

Sygn. akt I A Ca 761/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 października 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu Wydział I Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Ewa Staniszevska

Sędziowie: SA Bogdan Wysocki,

SA Jan Futro (spr.)

Protokolant: st. sekr. sąd. Sylwia Stefańska

po rozpoznaniu w dniu 16 października 2013 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa Miejskiego Zakładu (...) sp. z o.o.

z siedzibą w N.

przeciwko Budownictwu (...) sp. z o.o. z siedzibą

w P.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 22 lutego 2013 r.

sygn. akt IX GC 942/11

1. oddala apelację;
2. zasądza od pozwanej na rzecz powódki 5 400 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Jan Futro Ewa Staniszevska Bogdan Wysocki

I A Ca 761/13

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 22 lutego 2013 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu zasądził od pozwanej spółki Budownictwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. na rzecz powódki Miejskiego Zakładu (...) sp. z o.o. z siedzibą w N. kwotę 267 852,84 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 15 kwietnia 2011 r. do dnia zapłaty a orzekając o kosztach postępowania zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 20 610 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Jako podstawy rozstrzygnięcia Sąd I instancji powołał następujące ustalenia.

Powódka Miejski Zakład (...) w N. prowadzi działalność gospodarczą w formie Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, której jedynym wspólnikiem jest Gmina M. N.. Przedmiotem działalności jest m. in. działalność usługowa w zakresie rozprowadzania wody, odprowadzanie i oczyszczanie ścieków. W 2008 r. powódka rozpoczęła projekt: Gospodarka wodościekowa Miasta N. i gmin ościennych, którego jednym z elementów była budowa sieci kanalizacyjnej w miejscowościach R. i L.. Projekt realizowany był z wykorzystaniem środków z Unii Europejskiej, pod nadzorem Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, w zakresie dofinansowania. Powódka przed przystąpieniem do realizacji projektu ogłosiła przetarg nieograniczony na „budowę sieci wodno-kanalizacyjnych w N., Gminie N. i Gminie O.”, organizowany na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm. dalej: p.z.p.). Ze względu na charakter poszczególnych inwestycji, powódka podzieliła zakres przedmiotowy zamówienia na 6 części, dopuszczając składanie ofert częściowych. W ramach projektu podpisano z wykonawcami łącznie 14 kontraktów na roboty budowlane.

Pozwana Budownictwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. złożyła w dniu 27 lipca 2009 r. ofertę w przedmiotowym przetargu na realizację części 2 i 6. Oferta pozwanej z zakresie realizacji części 2 zamówienia okazała się najkorzystniejsza, przy wskazaniu ceny na kwotę 5 357 056,83 zł (w tym VAT).

W konsekwencji w dniu 7 września 2009 r. zawarta została pomiędzy Miejskim Zakładem (...) Sp. z o.o. (Zamawiający) i Budownictwo (...) Sp. z o.o. (Wykonawca) umowa: Kontrakt nr (...) dla działań: „budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości R. w Gminie N.” oraz „budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości L. w Gminie N.”. Całość objętych kontraktem prac dotyczyła odcinka około 13 km. Zgodnie z aktem umowy wynagrodzenie wykonawcy ustalone zostało na kwotę 5 357 056,83 zł. Całość dokumentów kontraktowych składała się z: aktu umowy, formularza oferty z załącznikami do oferty, warunków szczególnych kontraktu, warunków ogólnych kontraktu, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, dokumentacji projektowej, przedmiaru robót, polisy ubezpieczeniowej, gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu, wyjaśnień SIWZ i modyfikacji SIWZ.

Warunki szczególne kontraktu określające prawa i obowiązki jego stron przewidywały, że zmieniają, uzupełniają i wprowadzają dodatkowe klauzule do warunków ogólnych kontraktu, stanowiąc jednocześnie, iż w razie rozbieżności wiążące pozostają postanowienia warunków szczególnych. W klauzuli 3. (...) zawarto zapis, zgodnie z którym polecenia inżyniera powinny być wykonywane przez wykonawcę w czasie określonym przez inżyniera, pod groźbą zatrzymania robót, a skutki finansowe z tego tytułu poniesie wykonawca. Postanowiono również, że inżynier będzie organizować w trakcie realizacji kontraktu rady budowy z udziałem wykonawcy, w celu dokonania oceny postępu robót oraz omówienia problemów związanych z realizacją kontraktu. Z każdej rady budowy inżynier sporządzi protokół, który zostanie podpisany przez inżyniera, wykonawcę i przedstawiciela zamawiającego (pkt 3.6). Klauzula 7. „Urządzenia, materiały i wykonawstwo” w pkt 7.1 dotyczącym sposobu wykonania stanowiła, że wykonawca przekaze inżynierowi dokumenty poświadczające dopuszczenie użytych urządzeń i materiałów do stosowania w budownictwie zgodnie z obowiązującymi w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia przepisami.

Klauzula 8. „Rozpoczęcie, opóźnienia i zawieszenie”, przewidywała, że data rozpoczęcia robót nie będzie późniejsza niż 30 dni po dacie wejścia kontraktu w życie. Wykonawca rozpocznie wykonywanie robót w dacie rozpoczęcia, a następnie będzie wykonywał roboty z należytą starannością i zgodnie z programem (pkt. 8.1). W pkt. 8.2 klauzuli (czas na ukończeniu) strony uzgodniły, że wykonawca ukończy całość robót w czasie na ukończenie przewidywanym dla robót, włącznie z: zaliczeniem prób, ukończeniem wszystkich robót ustalonych w kontrakcie, jako wymagane dla uznania robót za ukończone dla celów przejęcia.

Zgodnie z kontraktem wykonawca zobowiązał się do wykonania robót objętych umową w ciągu 24 miesięcy od daty rozpoczęcia wyznaczonej przez inżyniera projektu. Przyjęty 2-letni okres realizacji wykonywanych przez pozwanego robót uwzględniał w czasie przestoje związane z panowaniem w okresach zimowych ujemnych temperatur, przy których prace nie mogły być wykonywane.

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z. (...)kontraktu) w dniu 21 września 2009 r., dla zadania budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowościach R. i L., wyznaczył datę rozpoczęcia na dzień 7 października 2009 r. Tym samym wykonawca był zobowiązany do ukończenia wszelkich robót objętych umową do dnia 7 października 2011 r.

Ponadto wykonawca miał dostarczyć inżynierowi szczegółowy program robót w formie i treści uzgodnionej z inżynierem, najpóźniej na 7 dni przed datą rozpoczęcia robót (pkt 8.3). Dodatkowo pkt 3 klauzuli 8 ogólnych warunków kontraktu wskazywał, że wykonawca zobowiązany będzie dostarczać zaktualizowany program, kiedy tylko poprzedni program okaże się niezgodny z rzeczywistym postępem lub ze zobowiązaniami wykonawcy. Określający tempo wykonywania robót pkt 8.6 ogólnych warunków kontraktu stanowił, że inżynier może polecić wykonawcy przedłożenie skorygowanego programu oraz raportu towarzyszącego, opisującego zaktualizowane metody, które wykonawca zamierza zastosować w celu przyspieszenia tempa wykonawstwa i ukończenia robót w czasie na ukończenie. Jednocześnie strony kontraktu przewidziały w pkt. 8.7 warunków szczególnych prawo zamawiającego do naliczenia wykonawcy kar umownych za odstąpienie od kontraktu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10 % zatwierdzonej kwoty kontraktowej.

Specyfikacja techniczna ST - 01.02 dotycząca kanalizacji sanitarnej, rurociągów tłocznych - robót montażowych dla budowy kanalizacji sanitarnej w miejscowościach: R. i L. przewidywała, że ustalenia w niej zawarte dotyczą wykonania robót montażowych kanałów i obiektów kubaturowych na kanałach, rurociągów tłocznych. W zakres robót objętych powyższą specyfikacją wchodziły m. in. prace dotyczące rurociągów grawitacyjnych. Sieć kanalizacji sanitarnej należało uzbroić m.in. w studzienki z tworzywa sztucznego (...) mm, z zamknięciem włazem żeliwnym 40 T lub 12,5 T. Specyfikacja określała szczegółowo w uzasadnieniu wyroku opisane wymogi techniczne dla studzienek kanalizacyjnych z tworzywa sztucznego (...). Początkowo studzienki kanalizacyjne spełniające parametry wskazane przez powoda produkowała na rynku (...) firma (...) - studzienki T. 1000. Pod koniec 2009 r. firma (...) rozpoczęła produkcję studzienek (...), o parametrach odpowiadających specyfikacji technicznej ST 01.02. W ramach projektu realizowanego przez powódkę: Gospodarka wodoociągowa Miasta N. i gmin ościennych i wszystkich związanych z nim 14 kontraktów, specyfikacja techniczna studzienek kanalizacyjnych (...) była identyczna. Pozwana dokonując przedmiaru, w celu określenia zbiorczego kosztów realizacji zamówienia, przewidziała dla budowy kanalizacji sanitarnej w miejscowości R. użycie 49 kompletów studni rewizyjnych z elementów z tworzywa sztucznego (...), za cenę jednostkową 3 013,50 zł, co łącznie daje kwotę 147 661,50 zł. Przedmiar robót dla miejscowości L. w tym samym zakresie, uwzględnił 117 sztuk studni z elementów z tworzywa sztucznego(...) za cenę jednostkową 3 013,50 zł, co łącznie daje kwotę 352 579,50 zł. Przygotowując ofertę pozwany nie zwracał się do firmy (...), producenta studzienek (...), o wycenę produktu.

W dniu 6 października 2009 r. wykonawca wystąpił do inżyniera kontraktu o zatwierdzenie materiału - studni rewizyjnych (...) - mających zastosowanie na kolektorach głównych w miejscach na początku i na końcu kanałów w miejscach ich łączenia, na załamaniach trasy kanałów oraz co 50-60 m, wskazując, że wymagania odnośnie powyższego materiału przedkładanego do zatwierdzenia zawarte są w specyfikacjach technicznych ST - 01.02. Pozwana w wystąpieniu podała jednocześnie, że przedłożony do zatwierdzenia materiał spełnia wymagania zawarte w ST, za wyjątkiem następujących wymogów:

nastawne kielichy - kinety nie posiadały nastawnych kielichów

króćce kielichowe umożliwiające zmianę kierunku - nie posiadały

studzienka (...)o budowie modułowej wykonana z elementów prefabrykowanych z PP w kolorze pomarańczowym.

Pismem z dnia 14 października 2009 r. inżynier kontraktu odmówił zatwierdzenia materiałów zawnioskowanych w wystąpieniu pozwanej nr 7 z dnia 6 października 2009 r., stwierdzając niezgodność materiału z SIWZ.

W nawiązaniu do powyższego pisma, pozwana w dniu 15 października 2009 r. zwróciła się do inżyniera kontraktu o wskazanie przynajmniej dwóch producentów, którzy spełniają wymagania zawarte w specyfikacji technicznej

przedmiotowego kontraktu. Pozwana podała, że w przypadku producenta zagranicznego, prosi o wskazanie jego dystrybutora na terenie kraju.

Pismem z dnia 19 października 2009 r. skierowanym do (...) s.c. (projektant sieci objętej kontraktem), do wiadomości powoda i inżyniera kontraktu, pozwana zwróciła uwagę, że według jej wiedzy i doświadczenia wymagania techniczne określone w projekcie co do parametrów spornych studzienek, wskazują na produkt wytwarzany przez jedyne w Polsce producenta - firmę (...). Zdaniem pozwanej doszło do wskazania już na etapie projektowania potencjonalnego dostawcy materiału, który czując się monopolistą proponuje ceny o 49 % wyższe. Podnosząc, że niektóre wymagania ST odnośnie studzienek z kielichami nastawnymi są nieuzasadnione, pozwana zażądała wskazania jeszcze jednego producenta lub dopuszczenie materiałów firmy (...) do zastosowania w przedmiotowym projekcie. Jednocześnie pozwana zaznaczyła, że podpisując kontrakt akceptowała warunki wymienione w specyfikacjach technicznych, ale podkreśliła też, że projektant tak sprecyzował wymagania techniczne, by tylko firma (...) była dostawcą studzienek. Konkludując pozwana podała, że nie będzie kwestionowała wpisów zawartych w specyfikacjach technicznych kontraktu w przypadku, gdy firma (...) zbliży ceny swych produktów do firm konkurencyjnych.

W nawiązaniu do powyżej przytoczonego pisma, inżynier projektu w dniu 26 października 2009 r. poinformował wykonawcę, że wymogi techniczne projektowanych elementów zostały jednoznacznie określone w dokumentacji przetargowej, a pozwana składając ofertę musiała znać producentów i oferowane przez nich ceny na materiały i w konsekwencji uwzględnić je w swojej ofercie.

Dnia 18 marca 2010 r. pozwana wystąpiła do inżyniera kontraktu o zatwierdzenie studzienek kanalizacyjnych z PE DN 1000 - studzienek kanalizacyjnych włączonych R.-T. z polietylenu (PE) do sieci kanalizacyjnej zewnętrznej grawitacyjnej. Jednocześnie wskazano, że wykonawca mając wiedzę i doświadczenie dobrał tak materiał, aby pod względem technicznym odpowiadał wymogom zawartym w ST, w związku z czym do zatwierdzenia przedłożył wyrób, który miał pewne odstępstwa od wymogów zawartych w ST tj. (w nawiązaniu do parametrów studzienek (...) określonych w specyfikacji):

budowę modułową i być wykonana z elementów prefabrykowanych z PE w kolorze czarnym; elementy wykonane metodą „intruzji” - połączenia wtrysku z wytłaczaniem, dzięki której ścianka stanowi jednorodny materiał z licznymi zewnętrznymi żebrami. Pozwany zaproponował w zamian studzienki włączowe o budowie monolitycznej, wskazując, że tego typu rozwiązanie jest ze względów konstrukcyjnych jak i parametrów szczelnych bardziej pewne niż jasno określony w Specyfikacji system (...) firmy (...). Zdaniem pozwanej, w jej ocenie, z punktu widzenia zabezpieczenia interesów zamawiającego w przyszłości propozycja wydaje się zasadna,

kielichowe połączenia z uszczelką kształtowaną pomiędzy modułami – pozwana wskazała, że w tym względzie aktualne pozostają uwagi przytoczone powyżej, a w monolitycznej studziennicy brak jest połączeń między modułami,

pozytywne wyniki testów hydraulicznych wg DS. (...) zapewniające niezakłócony charakter przepływu przy łączeniu strug ścieków oraz przy zmianach kierunku przepływu - tu pozwana podała, że norma DS. (...) jest normą duńską, opublikowaną w 1990 roku, która to nie uzyskała powszechnej aprobaty wśród krajów członkowskich Unii Europejskiej. Pozytywny test dla swoich materiałów wg tej normy posiada tylko jeden producent na świecie i jest nim W.. W tej sytuacji bezzasadnym jest robienie testu hydraulicznego zapewniającego niezakłócony charakter przepływu wg normy nieobowiązującej w kraju realizacji prac czyli Polsce.

W odpowiedzi, pismem z dnia 16 kwietnia 2010 r. inżynier projektu poinformował pozwaną, że nie zatwierdza wniosku materiałowego nr (...) z dnia 26 marca 2010 r., ponieważ nie spełnia wymagań specyfikacji technicznej.

W dniu 30 kwietnia 2010 r. inżynier kontraktu zwrócił się do pozwanej wskazując, że wykonawca nie rozpoczął prac założonych od kwietnia 2010 r. na podstawie przyjętego harmonogramu rzeczowo-finansowego przy budowie kanalizacji sanitarnej w miejscowości L. w ramach zawartej umowy (...) z dnia września 2009 r. W ocenie autora pisma wykonawca słusznie zakładał małą efektywność i utrudnienia w poprawnym wykonawstwie prac w okresie jesienno-zimowym, a w szczelności od stycznia do marca 2010 r., co znalazło akceptację ze strony inżyniera

kontraktu i zamawiającego, jednak dalszy brak rozpoczęcia prac jest nieuzasadniony. Inżynier podkreślił, że zakładane przez wykonawcę przeroby w miesiącu kwietniu nie zostały osiągnięte, a dalsza bierność jest niedopuszczalna. Wskazano również, że okres niekorzystnych warunków atmosferycznych już minął i obecnie nie stoi nic na przeszkodzie sprawnego prowadzenia prac. Wobec powyższych stwierdzeń, inżynier kontraktu wydał pozwanej polecenie przyspieszenia prac oraz nakazał aby w terminie do dnia 11 maja 2010 r. przygotowała program naprawczy z uaktualnionym planem płatności i harmonogramem rzeczowo-finansowym.

W dniu 10 czerwca 2010 r. pozwana wystąpiła o zatwierdzenie materiału - studzienek kanalizacyjnych włączonych i nie włączonych (...) z (...) do sieci kanalizacyjnej zewnętrznej wraz ze zwieńczeniem w zakresie średnic, DN 1000. Wykonawca jednocześnie wskazał, że przedłożony do zatwierdzenia materiał (wyrób) spełnia wymagania zawarte w ST 01.02 za wyjątkiem następujących wymogów:

elementy wykonane metodą „intruzji” - pozwany wskazał, że elementy prefabrykowane proponowanej studni wykonane są metodą wysokociśnieniowego wtrysku - pełnościennie wszystkie elementy posiadają ożebrowanie poziome i pionowe wzmacniające pierścieniowo studnię,

pozytywne wyniki testów hydraulicznych wg DS. (...) zapewniające niezakłócony charakter przepływu przy łączeniu strug ścieków oraz przy zmianach kierunku przepływu - pozwany wskazał jak poprzednio w wystąpieniu nr (...),

dopuszczenie do stosowania w pasie drogowym: aprobaty technicznej (...) pozwany przytoczył, że dla studzienek włączonych i niewłączonych z tworzyw sztucznych termoplastycznych została ustanowiona norma PN- (...) - 2:2009, zatem na wyroby produkowane z tą normą i spełniające wymagania tej normy, nie ma potrzeby i możliwości wydania Aprobaty (...).

Do wystąpienia załączono aprobatę techniczną (...) (...) (...) proponowanych wyrobów i deklarację zgodności oraz wydruk elektronicznego katalogu produktów firmy (...).

W odpowiedzi na wystąpienie nr (...), inżynier kontraktu w dniu 21 czerwca 2010 r. nie zatwierdził wniosku wykonawcy dotyczącego studzienek R. D. 1000. Jako przyczynę odmowy wskazano, że przedłożone do akceptacji studnie nie spełniają wymogów specyfikacji technicznej, gdyż nie posiadają nastawnych kielichów z możliwością regulacji kątów w zakresie +/- 7,5°.

W dniu 22 czerwca 2010 r. powódka wezwała pozwaną, w związku z dotychczasowym brakiem przedłożenia kompletu wniosków o zatwierdzenie materiałów zgodnych z dokumentacją projektową i nie rozpoczęciem realizacji robót budowlanych do rozpoczęcia robót do dnia 30 czerwca 2010 r. Zamawiający wskazał jednocześnie, że nie przystąpienie przez wykonawcę w wyznaczonym terminie do rozpoczęcia robót spowoduje odstąpienie od kontraktu (...) z dnia 7 września 2009 r. wraz ze skutkami prawnymi i finansowymi.

Pozwana w dniu 5 lipca 2010 r. wystąpiła z kolejnym wnioskiem do inżyniera kontraktu o zatwierdzenie wyrobu - studzienek kanalizacyjnych (...) 1000, które spełniały wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji technicznej ST 01.02.

W dniu 6 lipca 2010 r. inżynier kontraktu zatwierdził ten wniosek pozwanej

Wykonawca po uzyskaniu zatwierdzeń przez inżyniera kontraktu wszystkich materiałów budowlanych, mógł rozpocząć prace.

W nawiązaniu do pisma powódki z dnia 22 czerwca 2010 r. o wezwaniu do rozpoczęcia robót, pozwana pismem z dnia 6 lipca 2010 r. poinformowała zamawiającego, że roboty na kontrakcie zostaną rozpoczęte z dniem 1 sierpnia 2010 r. i zostaną zakończone w terminie zgodnym z umową. Pozwana poinformowała również powódkę, że szczegółowy harmonogram zostanie przedłożony do akceptacji do dnia 27 lipca 2010 r.

W dniu 12 sierpnia 2010 r. powódka poinformowała pozwaną, że w związku z nieprzystąpieniem do robót w pierwotnie zadeklarowanym terminie, tj. do dnia 1 sierpnia 2010 r., jak i w przypadku nie przystąpienia do robót w terminie wskazanym w złożonym harmonogramie rzeczowym - tj. w drugiej dekadzie sierpnia, zmuszona będzie odstąpić od kontraktu (...)

W połowie miesiąca sierpnia 2010 r. pozwana przystąpiła do wykonywania prac związanych z budową sieci kanalizacyjnej w miejscowościach R. i L..

Dnia 20 sierpnia 2010 r. pozwana wystąpiła do inżyniera kontraktu o zatwierdzenie studzienek kanalizacyjnych włączonych i nie włączonych (...) z (...) do sieci kanalizacyjnej zewnętrznej wraz ze zwieńczeniem w zakresie średnic DN 1000 wskazując, że przedłożony obecnie do akceptacji wyrób spełnia wszystkie wymagania zawarte z ST (...)

Inżynier projektu, w dniu 8 września 2010 r. zatwierdził wniosek wykonawcy nr 40 z dnia 20 sierpnia 2010 r. - studzienki kanalizacyjne włączowe i nie włączowe (...) z (...) do sieci kanalizacyjnej zewnętrznej wraz ze zwieńczeniem w zakresie średnic, DN 1000.

W dniu 25 października 2010 r., inżynier kontraktu, po wizji lokalnej na budowie prowadzonej przez pozwaną, stwierdzając niezadowolający postęp robót realizacji zakresu umownego, wydał pozwanej polecenie nr 2 przyspieszenia prac. Inżynier stwierdził, że stan zaawansowania robót w terenie, tempo robót oraz niewystarczająca ilość pracowników przeznaczonych do realizacji umowy wpływa na niewielki zakres realizowanych robót. Biorąc pod uwagę założenia przedstawione w harmonogramie rzeczowo-finansowym stwierdził, że przy tak znikomym zaangażowaniu ludzi i sprzętu jest niemożliwe osiągnięcie przerobu na poziomie ok. 96 tys. w październiku i ok. 264 tys. w listopadzie 2010 r. Jednocześnie podkreślono, że przekazane przez wykonawcę informacje o braku podwykonawców nie mogą być usprawiedliwieniem dla niewystarczającego zaangażowania wykonawcy w realizację umowy. Ponadto, jak wskazano, pozwana nie wywiązała się z zorganizowania zaplecza budowy i ustawienia tablic informacyjnych. Wobec powyższego polecono wykonanie zaplecza w terminie do dnia 30 października 2010 r. oraz podjęcie działań zmierzających do zwiększenia tempa robót poprzez zaangażowanie większej ilości brygad i sprzętu.

W dniu 23 listopada 2010 r. inżynier projektu, ponownie na podstawie wizji lokalnej budowy, stwierdzając brak postępu robót skierował do pozwanej polecenie nr (...) - wezwanie do usunięcia uchybienia i naprawy wg klauzuli (...) Stwierdzono wówczas, że wykonawca nie wywiązał się w uprzednio wydanego polecenia inżyniera kontraktu nr (...) oraz od ponad roku oddala faktyczne rozpoczęcie prac, przedkładając kolejne założenia w ich rozpoczęciu, które okazują się czysto teoretyczne. W ocenie inżyniera kolejne założenia wykonawcy były również fikcyjne i stąd odmówił zatwierdzenia harmonogramów rzeczowo - finansowych oraz polecił przygotowanie planu naprawczego polegającego na opracowaniu harmonogramu robót dla L. i R. w terminie do dnia 1 grudnia 2010 r. z uwzględnieniem tygodniowego czasu pracy zakładanych wiarygodnych ilości brygad i realnych zakresów robót wyrażonych w kwocie kontraktowej.

W dniu 10 grudnia 2010 r., z udziałem przedstawicieli stron, odbyła się rada budowy nr (...) na której ustalono, że wykonawca do dnia rady nie rozpoczął prac (był w trakcie zakładanie zaplecza budowy). Ponadto zamawiający i inżynier kontraktu wskazali, że harmonogram szczegółowy nie jest realizowany, co budzi obawy co do terminowego zakończenia robót. Wykonawca stwierdził, że w związku z panującymi złymi warunkami atmosferycznymi deklarowany termin rozpoczęcia prac - tj. 1 grudnia 2010 r. nie został dotrzymany i zapewnił, że jest przygotowany do rozpoczęcia robót od dnia 13 grudnia 2010 r.

Na radzie budowy nr (...) która odbyła się w dniu 11 stycznia 2011 r. stwierdzono, że wówczas panujące warunki atmosferyczne nie sprzyjają prowadzeniu robót, a przedstawiciel wykonawcy, pomimo obaw wyrażanych przez zamawiającego i inżyniera kontraktu, podtrzymał swoje stanowisko co do wykonania wszystkich robót w wyznaczonym czasie na ukończenie w terminie kontraktowym do dnia 6 października 2011 r.

W dniu 14 stycznia 2011 r. inżynier kontraktu, w piśmie kierowanym do pozwanej, wyraził głębokie zaniepokojenie niedostatecznym tempem prowadzonych robót objętych kontraktem. Inżynier wskazał, że pomimo poleceń z

dnia 30.04.2010 r., z dnia 25.10.2010 r. oraz z dnia 23.11.2010 r. wykonawca nie wykazał wymaganej od niego wystarczającej staranności oraz odpowiedzialności dla sprawnej i terminowej realizacji robót. Podkreślono, że dotychczas pozwana była trzykrotnie wzywany w trybie klauzuli 8.6 kontraktu, do przedłożenia programu naprawczego oraz w trybie klauzuli (...) kontraktu, do skutecznego wykonywania robót w zakresie deklarowanych i wymaganych ilości i terminów ich wykonania. Pomimo tego nie nastąpiła wymagana poprawa deklarowanej skuteczności i determinacji w podejmowanych działaniach dotyczących realizacji prac objętych kontraktem, co stanowi sytuację niedopuszczalną i nie może być tolerowane. Zdaniem inżyniera kontraktu, podejmowane przez wykonawcę działania, od ujętej w harmonogramie daty rozpoczęcia tj. od dnia 30.04.2010 r., ograniczają się wyłącznie do deklarowania kolejnych zmian terminów rozpoczęcia realizacji poszczególnych zakresów robót objętych kontraktem, które nie znajdują następnie odzwierciedlenia w rzeczywistych działaniach. Efektem powyższego jest wykonanie dotychczas jedynie robót o wartości stanowiącej około 1,10 % wartości kontraktu, przy wykorzystaniu przy tym 62 % czasu przeznaczanego na ukończenie robót. Ponadto pozwana nie realizowała programu naprawczego z dnia 16 grudnia 2010 r., a prowadziła prace wyłącznie przy pomocy jednej brygady na odcinku kanalizacji (...), a wykonawstwo pozostałych robót zostało zaniechane z powodu rezygnacji z prowadzenia prac w niekorzystnych warunkach atmosferycznych.

Działania te, jako rażąco naruszające obowiązki wykonawcy wynikające z kontraktu tj. klauzuli 15.1 „Wezwanie do naprawy uchybienia”, klauzuli (...) (...), klauzuli(...) „Rozpoczęcie robót” i klauzuli (...) „Tempo wykonawstwa”, były formalnie wystarczające do rozpoczęcia procedowania uprawnień przyznanych w klauzuli(...) [Wypowiedzenie przez Zamawiającego] i klauzuli (...) [Zabezpieczenie Wykonania].

Biorąc jednak pod uwagę pozostały czas do zakończenia realizacji robót tj. do dnia 6 października 2011 r., inżynier kontraktu uznał, że istnieje realna możliwość ich wykonania, pod warunkiem jednak wykazania przez pozwaną maksymalnej determinacji i odpowiedniego zaangażowania potencjału sprzętowego i zasobów ludzkich w odniesieniu do zakresu robót pozostały do wykonania w ramach kontraktu.

Mając na uwadze powyższe, inżynier wezwał wykonawcę w trybie i na mocy klauzul kontraktu (klauzule: (...) do natychmiastowej mobilizacji i realizacji robót oraz opracowania i przedłożenia do akceptacji do dnia 21 stycznia 2011 r. skorygowanego programu naprawczego realizacji robót, który będzie przedstawiał rzeczywiste dane dotyczące miesiąca grudnia 2010 r. i stycznia 2011 r., oraz zostanie rozszerzony o dane dla pozostałego czasu na ukończenie tj. do dnia 6 października 2011 r. Program ten miał uwzględnić konieczność prowadzenia robót w systemie dwuzmianowym oraz w dni wolne. Ponadto inżynier kontraktu polecił pozwanej przedłożenie pisemnej informacji o posiadanym potencjale sprzętowym i zasobach ludzkich, które są w dyspozycji do realizacji kontraktu, a przypadku wykazania zakresów robót, które będą wykonywane przez podwykonawców, również przedłożenie wstępnych umów na wykonanie tych prac.

W dniu 20 stycznia 2011 r. inżynier kontraktu przeprowadził inspekcję terenu budowy i stwierdził, że wówczas obecny całkowity stan ilościowy wykonania robót objętych kontraktem wynosi około 50 mb kanału sanitarnego w miejscowości R.. Wykonawca realizował roboty wyłącznie jedną brygadą w miejscowości R., natomiast w miejscowości L. nie rozpoczęto robót. Sześciuosobowa brygada realizująca roboty została wystawiona przez podwykonawcę firmę (...) i dysponowała jedną koparką kołową, jedną pompą z zestawem do odwodnień igłofiltrami i jedną zagęszczarką.

Wykonawca nie zastosował się do polecenia inżyniera kontraktu z dnia 14 stycznia 2011 r. i nie wykazał wymaganej mobilizacji zasobów sprzętowych i ludzkich, które powinien bezwzględnie skierować do prowadzenia robót. Zaangażowanie jednej brygady było niewystarczające do ukończenia robót w terminie wyznaczonych na ich ukończenie i stanowiło realne tego zagrożenie. Wobec tego pozwana została wezwana kolejny raz do natychmiastowej mobilizacji i skierowania do realizacji robót odpowiedniej ilości brygad roboczych wraz z niezbędnym sprzętem.

W dniu 26 stycznia 2011 r. inżynier kontraktu wystosował do obu stron niniejszego postępowania pismo, w którym wskazał, że wykonawca po raz kolejny nie zastosował się do wezwania do naprawy uchybienia (z dnia 14 stycznia 2011 r.) oraz nie wykazał wymaganej i oczekiwanej od niego mobilizacji zasobów sprzętowych i ludzkich, które powinien

bezwzględnie skierować do realizacji robót. Inżynier jednocześnie zarekomendował powódce wyegzekwowanie prawa z klauzuli 15.2 kontraktu (wypowiedzenie przez zamawiającego) i przekazanie pozwanej oświadczenia o wypowiedzeniu.

Następnego dnia pozwana przekazała inżynierowi kontraktu skorygowany program naprawczy.

W dniu 31 stycznia 2011 r. powódka zawiadomiła pozwaną, że jest głęboko zaniepokojony tempem prowadzenia prac budowlanych objętych kontraktem z dnia 7 września 2009 r., ponadto wyraziła obawy odnośnie braku reakcji na polecenia inżyniera kontraktu, w sprawie właściwej realizacji umowy. Powódka poinformowała jednocześnie pozwaną o przekazanych przez inżyniera kontraktu danych, co do dotychczasowego zakresu wykonania robót w miejscowości R. oraz zaniechaniu prac w miejscowości L..

Biorąc pod uwagę dotychczasowy sposób realizacji kontraktu przez wykonawcę, powódka poinformowała pozwaną, że w przypadku nie wykazania w najbliższym okresie znacznego zaangażowania w realizację robót (skierowania odpowiedniej ilości brygad z niezbędnym sprzętem) będzie zmuszona do odstąpienia od kontraktu nr (...) z dnia 7 września 2009 r., co pociągnie za sobą wszystkie konsekwencje prawne i finansowe przewidziane w umowie.

W dniu 1 lutego 2011 r. odbyła się rada budowy nr 14, na której wykonawca poinformował, że prowadzi prace jedną brygadą roboczą w R. i zadeklarował prace drugiej brygady od końca bieżącego wówczas tygodnia. Wykonawca zaplanował też rozpoczęcie robót na podzadaniu L. od 1 marca 2011 r. w systemie dwuzmianowym.

W piśmie z dnia 2 lutego 2011 r. inżynier kontraktu poinformował pozwaną, że po przeanalizowaniu przedłożonego w dniu 27 stycznia 2011 r. programu naprawczego stwierdza brak realnych możliwości zrealizowania jego założeń. Program naprawczy, pomimo wykazania planowanej realizacji wszystkich robót w wyznaczonym zgodnie z kontraktem czasie na ukończenie tj. do dnia 6 października 2011 r., przedstawiał z gruntu fałszywe i nierealne terminy dla realizacji poszczególnych zakresów prac, w odniesieniu do dedykowanych dla ich realizacji zasobów ludzkich i sprzętowych. W przedmiotowym programie naprawczym pozwana przewidziała, że w miesiącu kwietniu 2011 r. w miejscowości L. dokona realizacji robót w łącznej ilości 729,00 mb, przy zaangażowaniu jednej brygady.

W piśmie z dnia 10 lutego 2011 r. inżynier kontraktu, po przeprowadzeniu inspekcji terenu budowy, poinformował strony, że wykonawca po raz kolejny nie zastosował się do wezwania do naprawy uchybienia z dnia 14 stycznia 2011 r. oraz wytycznych zawartych w piśmie z dnia 26 stycznia 2011 r. i nadal nie wykazuje wymaganej od niego i oczekiwanej mobilizacji zasobów sprzętowych i ludzkich, które powinien bezwzględnie skierować do realizacji robót. Stwierdzone podczas kontroli ilościowe zasoby ludzkie i sprzętowe nie odpowiadają niezbędnym wymaganiom w odniesieniu do skali opóźnień i pozostałego do realizacji zakresu robót objętych kontraktem. W ocenie inżyniera brak odpowiedniego zaangażowania po stronie wykonawcy w perspektywie uniemożliwi zrealizowanie powierzonych robót w wyznaczonym czasie tj. do dnia 6 października 2011 r. Wobec powyższego inżynier zarekomendował powódce wypowiedzenie kontraktu. Jednocześnie jeszcze raz wezwał wykonawcę do natychmiastowej mobilizacji i skierowania do realizacji robót odpowiedniej ilości brygad roboczych wraz z niezbędnym sprzętem.

W dniu 15 lutego 2011 r. pozwana przedstawiła inżynierowi kontraktu kolejny poprawiony program naprawczy dotyczący budowy sieci kanalizacyjnej w miejscowościach R. i L..

Pismem z dnia 16 lutego 2011 r. skierowanym do pozwanej powódka stwierdziła, że w dalszym ciągu nie stosuje się ona do poleceń inżyniera kontraktu i nie realizuje robót w tempie pozwalającym na ich terminowe zakończenie, co zdaniem inżyniera stanowi rekomendację dla wypowiedzenia kontraktu z dnia 7 października 2009 r. Prace realizowane przez podwykonawcę firmę (...), przy zaangażowaniu jednej brygady i zbyt małej ilości sprzętu są nieadekwatne do skali opóźnień i czasu pozostałego na realizację robót objętych kontraktem. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności oraz nierealność założeń programu naprawczego, powódka poinformowała pozwaną, że w przypadku nie wykazania do dnia 24 lutego 2011 r. znacznego zaangażowania w realizację przewidzianych kontraktem robót (poprzez skierowanie



odpowiedniej liczby brygad z niezbędnym sprzętem) będzie zmuszona do odstąpienia od kontraktu (...), wraz z wynikającymi z tego dla wykonawcy konsekwencjami prawnymi i finansowymi.

Dnia 24 lutego 2011 r. podczas rady budowy nr 15, zaprotokołowano, że inspektor nadzoru wpisem do dziennika budowy zalecił zatrzymanie robót montażowych w uwagi na zbyt niskie temperatury, przy których wykonywanie tych prac jest technologicznie nieprawidłowe.

W miesiącu lutym 2011 r., zatem na siedem miesięcy przed upływem terminu na ukończenie robót, realizowanych w ramach kontraktu (...) pozwana wykonała tylko około 5-7 % prac zakontraktowanych, co odpowiadało około 1 km kanalizacji, z 13,5 km. W marcu projekt był zrealizowany w ok. 8 %. Powstałe opóźnienia były wynikiem niedostatecznej mobilizacji zasobów ludzkich i sprzętowych. Pozwana, realizując roboty przy pomocy podwykonawcy firmy (...) dysponowała jedną brygadą pracowników budowlanych, podczas gdy potrzeby przerobowe były znacznie większe.

Sporządzając w dniu 3 marca 2011 r. opinię dla programu naprawczego wykonawcy z dnia 15 lutego 2011 r., inżynier kontraktu stwierdził, że skorygowany program ponownie przedstawia z gruntu fałszywe i nierealne terminy dla realizacji poszczególnych zakresów robót w odniesieniu do dedykowanych dla ich wykonania zasobów ludzkich i sprzętowych. Zdaniem inżyniera powyższa opinia uprawniona jest faktem dotychczasowych przedsięwzięć pozwanej i ich rezultatów. Inżynier kolejny raz podkreślił, że wykonawca jest nieprzygotowany do profesjonalnego i uwzględniającego rzeczywiste realia kontraktu planowania, zarządzania i przede wszystkim realizowania robót w wymaganych od niego ilościach i terminach. Według badanego planu pozwana zamierzała wykonać w miejscowości R. łącznie ok. 400 mb kanałów, a faktycznie wykonała łącznie ok. 180 mb w okresie od 20 stycznia 2011 r. do 28 lutego 2011 r. Mając na uwadze zalecenia inspektora nadzoru o ograniczeniu robót w ciągu 5 dni roboczych z powodu ujemnych temperatur, okres realizacji robót wyniósł około jednego miesiąca, a ilość zrealizowanych w tym czasie prac nie stanowiła nawet 50 % zakresu robót zaplanowanych w tym okresie. W miejscowości L. do dnia 3 marca 2011 r. pozwana nie podjęła zaplanowanych prac budowlanych. Przy uwzględnieniu wówczas obecnego zaawansowania i pozostały do zrealizowania zakres robót wykonawca powinien był prowadzić prace przy jednoczesnym zaangażowaniu ośmiu do dziewięciu brygad. Inżynier kontraktu nie zatwierdził przedłożonego planu naprawczego uwzględniając czas, jaki pozostał do zakończenia robót i zaangażowanie po stronie wykonawcy jedynie jednej brygady skierowanej do robót objętych kontraktem. W związku z tym wezwał wykonawcę w trybie polecenia do skorygowania do dnia 8 marca 2011 r. przedmiotowego programu naprawczego z uwzględnieniem wszystkich poczynionych uwag. Ponadto w trybie klauzuli 15.1 „Wezwanie uchybienia” wezwał wykonawcę do natychmiastowej mobilizacji i skierowania do prowadzonych robót dziewięciu w pełni usprzętowanych brygad roboczych.

Jednocześnie inżynier kontraktu poinformował zamawiającą powódkę, że uchybienia wykonawcy mają charakter trwały, a przede wszystkim faktycznie wykonana ilość robót potwierdza niemożliwość ukończenia budowy sieci kanalizacyjnych w miejscowościach R. i L. w wyznaczonym terminie.

W dniu 8 marca 2011 r. na radzie budowy nr 16 inspektor nadzoru poinformował, że warunki atmosferyczne pozwalają na prowadzenie robót. Co do postępu robót stwierdzono, że wykonawca do tej pory wykonał około 675 mb kolektora, co stanowi około 5 % zakresu objętego kontraktem. Wykonawca ponadto poinformował, że realizuje prace trzema brygadami, z czego dwie na budowie w R. i jedna w L. oraz, że zamierza od 10 marca 2011 r. wprowadzić czwartą brygadę do L.. Wykonawca zadeklarował od początku kwietnia pracę sześciu brygad łącznie.

Pismem z dnia 9 marca 2011 r. powódka zawiadomiła pozwaną, że na podstawie art. 635 k.c. odstępuje od umowy - kontraktu nr (...) z dnia 7 września 2009 r., z winy wykonawcy, wobec niewykonywania przez nią obowiązków wynikających z kontraktu oraz biorąc pod uwagę opinię inżyniera kontraktu wyrażoną w pismach: z dnia 8 marca 2011 r., z dnia 3 marca 2011 r. i dnia 10 lutego 2011 r. Oświadczenie to doszło do pozwanego w dniu 16 marca 2011 r.

Pozwana w dniu 15 marca 2011 r. przedstawiła inżynierowi kontraktu skorygowany program naprawczy dla realizacji robót objętych kontraktem z dnia 7 września 2009 r. Pozwana wskazała jednocześnie, że przedłożony program

naprawczy jest programem ambitnym i bardzo napiętym, którego celem jest zakończenie prac terminowo, zgodnie z umową.

W piśmie z dnia 17 marca 2011 r., w odpowiedzi na otrzymane w dniu 16 marca 2011 r., oświadczenie o odstąpieniu od umowy, pozwana zapewniła powódkę, że zadanie objęte kontraktem z dnia 7 września 2009 r. zostanie wykonane miesiąc przed terminem umownym. Wykonawca wskazał, że wówczas posiadał 80 % zakupionego materiału, a dotychczasowe nikłe zaangażowanie spowodowane było złymi warunkami atmosferycznymi. Podkreślono również, że od 21 marca pozwana uruchamia pracę dodatkowymi trzema brygadami wyposażonymi w niezbędny sprzęt.

W dniu 21 marca 2011 r. powódka wezwała pozwaną, zgodnie z zapisami kontraktu nr(...) budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości R. i miejscowości L., Gmina N., do zapłaty 5 % kary umownej za odstąpienie od kontraktu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, tj. kwoty 267 852,84 zł w terminie do dnia 31 marca 2011 r.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2011 r. powódka ponownie wezwała pozwaną do zapłaty kary umownej (tj. jej części - 5 % wartości kontraktu). Jednocześnie poinformowała pozwaną, że pieniądze z gwarancji należytego wykonania umowy i usunięcia wad w kwocie 267 852,84 zł zostały zaliczone na poczet pozostałej części kary umownej (tj. dalszych 5 %).

Powódka po odstąpieniu od umowy ogłosiła nowy przetarg na realizację odcinka kanalizacji sanitarnej w miejscowościach R. i L., w ramach którego wyłoniła wykonawcę w miejsce pozwanej, którym jest Konsorcjum Firm (...) sp. z o. o. i Budownictwo (...) Sp. z o.o.). Kontrakt z Konsorcjum przewidywał termin ukończenia prac na dzień 5 sierpnia 2012 r.

W tak ustalonym stanie faktycznym, Sąd Okręgowy wskazał, że podstawę uwzględnienia powództwa stanowi przepis art. 483 k.c. Stwierdził, że przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, iż do odstąpienia powódki od umowy przed terminem jej wykonania, doszło z przyczyn leżących po stronie pozwanej, której znaczne opóźnienie w realizacji robót budowlanych było tak duże, że uprawdopodobniało fakt nieukończenia ich w umówionym terminie do dnia 7 października 2011 r. Powódka zatem skutecznie odstąpiła od umowy na podstawie art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. Pozwana nie wykazała, by niewykonanie przez nią zobowiązania objętego kontraktem z dnia 7 września 2009 r. było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 k.c.). W szczególności pozwana nie wykazała, że do opóźnienia w rozpoczęciu prac doprowadziło nieprawidłowe działanie powódki już na etapie postępowania przetargowego oraz - w konsekwencji tych nieprawidłowości - także w trakcie procesu budowlanego. Zdaniem Sądu Okręgowego, nie ma podstaw do przyjęcia, że w toku postępowania przetargowego, określając w specyfikacji technicznej, stanowiącej integralną część umowy z dnia 7 września 2009 r., parametry techniczne studzienek (...) dopuściła się naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 29 ust. 2 i art. 7 tej ustawy, ani też, by dopuściła się w ten sposób czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Rozważając kwestię ewentualnego zmniejszenia wysokości kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c., Sąd Okręgowy nie dopatrył się w okolicznościach sprawy przesłanek do jej obniżenia. Stwierdził w szczególności, że zastrzeżona w umowie kara umowna nie jest rażąco wygórowana. Przeciwno obniżeniu jej wysokości przemawiała także okoliczność, że zobowiązanie zostało wykonane jedynie w niewielkiej części. Znaczne opóźnienie w realizacji prac przez pozwaną naraziło również powódkę na możliwość utraty dofinansowania inwestycji z funduszy Unii Europejskiej. Ponadto pozwana na skutek odstąpienia od umowy zmuszona była do ponownego zorganizowania przetargu na realizację niewykonanej przez pozwaną części robót oraz poniosła stratę przez opóźnienie w podłączeniu odbiorców do sieci sanitarnej. O odsetkach ustawowych orzeczono na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c.

Jako podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu Sąd Okręgowy powołał przepisy art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z § 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 490).

Od wyroku tego zaskarżając go w całości apelację wniosła pozwana zarzucając zaskarżonemu wyrokowi naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i w zw. z art. 278 k.p.c., poprzez oddalenie

wniosku pozwanej o powołanie biegłego z zakresu budownictwa, pomimo że wskazana teza dowodowa dotyczyła kwestii istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż dotyczyła z jednej strony ustalenia, czy opis techniczny dokonany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczący studzienek o przekroju (...) spełniał tylko jeden producent, tj. firma (...), co oznaczało naruszenie przez zamawiającego ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powodujące nieważność części zapisów umownych, a z drugiej strony dotyczyło ustalenia, czy plany naprawcze przedkładane przez pozwaną (w tym zwiększenia liczby ekip budowlanych kilkukrotnie) powodowały, iż termin końcowy ukończenia kontraktu nie był zagrożony, przy czym wskazała, że zarzut ten jest możliwy na tym etapie do sformułowania, bowiem pełnomocnik pozwanego zgłosił zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 k.p.c. oraz dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów, tj. naruszenie art. 233 §1 k.p.c. oraz błąd w ustaleniach faktycznych, gdyż Sąd Okręgowy pominął część zeznań świadka J. K., który wyjaśnił, iż studzienki produkowane przez firmę (...) o przekroju (...) w 2009 nie miały składu surowcowego identycznego jak wymagany w specyfikacji technicznej, a zatem tylko firma (...) spełniała wymogi określone w SIWZ. Wobec powyższego Sąd Okręgowy niesłusznie odmówił wiarygodności zeznaniom J. F., który jednoznacznie stwierdził, iż firma (...) rozpoczęła produkcję studzienek specjalnie pod zamówienie publiczne w N. dopiero na prośbę firmy Budownictwo (...) Sp. z o.o. Nadto Sąd Okręgowy nie wziął pod uwagę przy wyrokowaniu treści zeznań świadka A. M., która zeznała, iż „Można było kupić te studzienki ale była tylko jedna firma (...), u której można było to kupić. Ja wiem, że ta jedna firma w Polsce był firma (...). Firma (...) na pewno na „dzień dobry” ich nie miała”.

Zarzuciła także naruszenie art. 58 § 3 k.c. poprzez jego niezastosowanie w sprawie, a tym samym brak uznania, iż umowa o roboty budowlane łącząca strony była umową nieważną częściowo, tj. w zakresie, w jakim wskazywała na jednego producenta studzienek o przekroju (...) (firma (...)), gdyż taki zapis umowny zawarty w SIWZ spełniał dyspozycję z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z mocy którego czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie dostępu do rynku przez działanie zmuszające do zakupu określonego towaru lub u określonego dostawcy (czytaj u firmy (...)) oraz naruszenie art. 484 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i brak dokonania miarkowania kary umownej, podczas gdy w toku postępowania wykazano, iż powodowa spółka nie poniosła żadnej szkody z tytułu opóźnienia w zakończeniu kontraktu. W tym celu wnoszono o przesłuchanie strony powodowej, a zarząd nie stawiał się na ostatniej rozprawie celem wyjaśnienia owej kwestii, a zatem okoliczność została przyznana. Wprawdzie kara umowna jest oderwana od szkody i jest bytem abstrakcyjnym, jednakże wysokość doznanej szkody ma zasadniczy wpływ na możliwość markowania kary. In concreto: „Zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie jest kryterium stosunku wysokości kary umownej do wysokości odszkodowania należnego wierzycielowi. Wprawdzie powstanie roszczenia zapłaty kary umownej nie jest uzależnione od powstania szkody, to jednak brak szkody po stronie wierzyciela jest przesłanką do miarkowania kary umownej zgodnie z art. 483 k.c. k.c. i art. 484 § 2 k.c. Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela” (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28.09.2010 r., V ACa 267/10).

W konsekwencji pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie kosztów procesu z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje.

Powódka wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

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

Apelacja okazała się niezasadna.

Wobec postawienia w apelacji zarówno zarzutów naruszenia prawa materialnego jak i procesowego zauważyć trzeba, że prawidłowość zastosowania lub wykładni prawa materialnego może być właściwie oceniona jedynie na kanwie niewadliwie ustalonej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. Skuteczne, zatem zgłoszenie zarzutu dotyczącego naruszenia prawa materialnego wchodzi zasadniczo w rachubę tylko wtedy, gdy ustalony przez sąd pierwszej instancji stan faktyczny, będący podstawą zaskarżonego wyroku, nie budzi zastrzeżeń. Powyższe rodzi konieczność rozpoznania w pierwszym rzędzie zmierzających do zakwestionowania stanu faktycznego zarzutów naruszenia prawa procesowego.

Przystępując do powyższego wskazać należy, że Sąd Okręgowy nie stosował przepisu art. 217 § 2 k.p.c. sąd niezrozumiały jest zarzut dotyczący naruszenia tego przepisu.

Podważając ustalenia faktyczne w zakresie ustalenia, że w okresie, w jakim pozwana miała przystąpić do rozpoczęcia prac budowlanych na rynku było co najmniej dwóch producentów studzienek (...), spełniających wymagania SIWZ, tj. w zakresie ustalenia, że pod koniec 2009 r. firma (...) rozpoczęła produkcję studzienek (...), o parametrach odpowiadających specyfikacji technicznej(...) apelująca kwestionowała ocenę dowodu z zeznań świadka J. F.. Skarżąca zarzucając niezasadną odmowę wiarygodności tym zeznaniom w części, w jakiej świadek J. F. stwierdził, że firma (...) rozpoczęła produkcję studzienek specjalnie pod zamówienie publiczne w N. dopiero na prośbę pozwanej, podnosiła, że Sąd Okręgowy pominął część zeznań świadka J. K.. Wbrew jednak podniesionym zarzutom, z zeznań świadka J. K. (pracownik firmy (...)), nie wynika, że bezpośrednio przed wrześniem 2010 r. (i sierpniem 2010 r., kiedy według zeznań świadka przekazano pozwanej dokumenty, żeby mogła ona uzyskać zatwierdzenie materiałowe) firma (...) w ogóle nie produkowała studzienek (...) polietylenu. Okoliczność, że świadek zeznał: „przed sobą mam w tej chwili np. zamówienie na te studzienki od pozwanej z września 2010 r. My wcześniej produkowaliśmy studnie takiej samej konstrukcji przy czym były one z polipropylenu a nie z polietylenu” nie świadczy w kontekście pozostałych zeznań tego świadka, że bezpośrednio przed wrześniem 2010 r. firma (...) w ogóle nie produkowała studzienek(...) z polietylenu. Z kontekstu wypowiedzi świadka wynika, że dotyczyło to okresu wcześniejszego, przed rokiem 2009, kiedy rozpoczęto sprzedaż studzienek, jakie nabyła pozwana. Podstawą kwestionowanych ustaleń faktycznych były jednoznaczne zeznania świadka, który podał: „O ile sobie dobrze przypominam, te studnie, które dostarczaliśmy pozwanej rozpoczęliśmy produkować gdzieś pod koniec 2009 r., był to element sukcesywnej ewolucji. Mniej więcej te studzienki, o których mówiłem rozpocząłem sprzedawać w roku 2009. Wbrew zatem podniesionym zarzutom, Sąd Okręgowy prawidłowo ocenił zeznania świadka J. F..

Okoliczność ta jest zresztą o tyle nieistotna, że jak wykazało postępowanie, firma ta – po otrzymaniu zlecenia – mogła produkować studzienki spełniające warunki określone w SIWZ.

Wbrew zarzutom apelującej, Sąd Okręgowy przy wyrokowaniu wziął pod uwagę również treść zeznań świadka A. M., prawidłowo jednak oceniając, że na podstawie tych zeznań nie ma podstaw, by przyjąć, że przystępując do realizacji prac pozwana nie miała możliwości zamówienia studzienek odpowiadających wymogom zawartym w specyfikacji warunków zamówienia w innej firmie, niż firma (...). Okoliczność, że firma (...) nie dysponowała gotowymi produktami (studzienkami) do sprzedaży, lecz konieczne było wcześniejsze zamówienie i ich wyprodukowanie na potrzeby klienta, nie zmienia faktu, że pozwana nie wykazała, iż niemożliwe było pozyskanie studzienek do realizacji robót zgodnie ze specyfikacją u innej firmy niż W., w dacie, w jakiej zgodnie z umową pozwana miała przystąpić do rozpoczęcia robót, tj. w październiku 2009 r. Pozwana nie twierdziła, by w tej dacie względnie bezpośrednio po zawarciu umowy z powódką występowała do firmy (...) z zapytaniem o możliwość wyprodukowania studzienek zgodnych ze specyfikacją, takich, jak ostatecznie u niej zakupiła. Okoliczność, że pozwana odpowiednio wcześniej nie złożyła takiego zamówienia u firmy (...), lecz podejmowała próby zatwierdzenia innych studzienek, niezgodnych ze specyfikacją, przez co przesunięciu uległ termin rozpoczęcia prac, stanowi przyczynę opóźnienia leżącą po stronie pozwanej. Zasadnie wskazał Sąd Okręgowy, że pozwana profesjonalnie zajmująca się działalnością w zakresie wykonywania instalacji sanitarno-kanalizacyjnych, przystępując do przetargu i znając wymogi specyfikacji powinna zasięgnąć informacji na temat dostępności produktów odpowiadających tej specyfikacji, możliwości ich zamówienia oraz cen na rynku, odpowiednio wcześniej zgłaszając i kalkulując swoją ofertę w przetargu a nie dopiero z momentem przystąpienia do realizacji robót. A. M. zeznała jednoznacznie: „Przygotowując ofertę ja nie rozważałam kwestii, kto będzie dostawcą studzienek.” (k. 594). W konsekwencji niezasadny jest zarzut błędnego uznania, że umowa między stronami w części dotyczącej opisu parametrów studzienki była nieważna, gdyż zapis umowny zawarty w SIWZ spełniał dyspozycję z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Niezasadne są wobec tego zarzuty, że do opóźnienia w realizacji robót nie doszło z przyczyn zawinionych przez pozwaną.

W powyższym kontekście też pozwana kwestionowała w apelacji prawidłowość oddalenia przez Sąd Okręgowy złożonego przez nią wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, w części, w

jakiej Sąd Okręgowy oddalił ten wniosek co do przeprowadzenia dowodu na okoliczność: 1) czy wymogi techniczne przewidziane przez zamawiającego co do studzienek kanalizacyjnych powodowały preferowanie jednego producenta, dostawcę materiałów budowlanych, tj. firmę (...) oraz czy na rynku byli inni producenci studzienek kanalizacyjnych o takich parametrach, a jeżeli nie, to jaka była różnica w cenie pojedynczej studzienki (...); 2) czy plan naprawczy przedłożony przez pozwanego gwarantował terminowe wykonanie prac budowlanych (k. 231). Wbrew jednak podniesionym zarzutom, oddalenie wniosku pozwanej w tym zakresie nie narusza przepisów prawa procesowego, a w szczególności art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. Przede wszystkim stwierdzić należy, że opinia biegłego nie może być źródłem materiału faktycznego sprawy. Rolą biegłego nie jest dokonywanie samodzielnych ustaleń faktycznych istotnych dla zastosowania określonej normy prawnej. To strony winny wykazywać fakty, z których wywodzą skutki prawne. Zadaniem biegłego jest jedynie naświetlenie wyjaśnianych okoliczności z punktu widzenia wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego w toku procesu i udostępnionego mu materiału sprawy (wyrok SA w Poznaniu z dnia 25 kwietnia 2013 r. I A Ca 288/13, LEX nr 1314847). Biegły w procesie cywilnym nie jest powoływany do ustalania stanu faktycznego w sprawie, a jedynie do wyrażenia stanowiska w kwestiach, w których wymagane są wiadomości specjalne (wyrok SA w Poznaniu z dnia 21 października 2009 r. I A Ca 604/09, LEX nr 628204). Ze względu na powyższe, zasadnie Sąd Okręgowy oddalił wniosek pozwanej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, czy na rynku byli inni producenci studzienek kanalizacyjnych o parametrach wskazanych w specyfikacji zamówienia, niż firma (...). Okoliczność ta, jako okoliczność stanu faktycznego nie mogła być bowiem przedmiotem opinii biegłego. Zasadnie też Sąd Okręgowy oddalił wniosek pozwanej o powołanie biegłego na okoliczność, czy wymogi techniczne przewidziane przez zamawiającego co do studzienek kanalizacyjnych powodowały preferowanie jednego producenta, dostawcę materiałów budowlanych, tj. firmę (...). Okoliczność ta należy do oceny Sądu orzekającego w sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego. Powołanie w tym celu biegłego byłoby zatem nieuprawnione. Zasadnie też Sąd Okręgowy oddalił wniosek o powołanie biegłego w celu stwierdzenia różnicy w cenie studzienek, w tym zakresie nie są bowiem wymagane wiadomości specjalne. Również oddalenie wniosku pozwanej o powołanie biegłego celem oceny, czy plan naprawczy przedłożony przez pozwaną gwarantował terminowe wykonanie prac budowlanych, było zasadne. Przeprowadzenie tego dowodu było bowiem nieistotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia w sprawie. Żaden bowiem plan nie gwarantuje zrealizowania założonego zadania. Nawet w przypadku stwierdzenia, że wykonanie przedmiotowego planu naprawczego było teoretycznie możliwe, nie przesądza to kwestii, czy w okolicznościach niniejszej sprawy zachodziły podstawy do odstąpienia przez powódkę od umowy na podstawie art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. Ustalenie takie nie podważałoby bowiem dokonanej przez Sąd Okręgowy oceny, że rzeczywiste działania pozwanej nie stosującej się do wielokrotnych wezwań i poleceń inżyniera kontraktu, przedkładającej nierealizowane przez nią później plany i harmonogramy oraz stopień realizacji przez nią prac uzasadniało przyjęcie, że nie wykona całości prac w terminie.

Oddalenie wniosków dowodowych pozwanej o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa nie naruszało zatem przepisów postępowania i to w stopniu mającym wpływ na treść rozstrzygnięcia w sprawie.

Brak wskazanych naruszeń prawa procesowego nakazuje przyjąć stan faktyczny ustalony przez Sąd Okręgowy za znajdujący pełne odbicie w materiale dowodowym. Nie znajdują też podstaw zarzuty naruszenia prawa materialnego. W szczególności brak podstaw do przyjęcia na podstawie art. 58 § 3 k.c., że umowa o roboty budowlane łącząca strony była umową nieważną częściowo, tj. w zakresie, w jakim wskazywała na jednego producenta studzienek o przekroju fi 1000 (firma (...)), gdyż taki zapis umowny zawarty w SIWZ spełniał dyspozycję z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z mocy którego czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie dostępu do rynku przez działanie zmuszające do zakupu określonego towaru lub u określonego dostawcy.

Jak wskazano wyżej niezależnie od faktu czy rzeczywiście firma (...) jako jedyna miała w sprzedaży studzienki spełniające warunki SIWZ stwierdzono, że co najmniej jeden dalszy podmiot mógł – gdy tylko otrzymał zlecenie – produkować studzienki spełniające te warunki.

(Ubocznie więc tylko zauważyć można, że nawet gdyby przyjąć - do czego jak wyżej wskazano nie ma podstaw, - że rzeczywiście opis techniczny dokonany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia

dotyczący studzienek o przekroju (...) spełniał tylko jeden producent, tj. firma (...) a postanowienie umowy w tym zakresie było nieważne to przecież nie można nie zauważyć, że kwestia studzienek przestała być problemem już 6 lipca 2010 r.)

Nie ma też uzasadnionych podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 484 § 2 k.c.

W art. 484 § 2 k.c. ustawodawca wskazał dwie przesłanki zmniejszenia kary umownej, nazywanego powszechnie miarkowaniem. Pierwszą z nich jest wykonanie zobowiązania w znacznej części, drugą rażąco wygórowanie kary. Obie przesłanki są równorzędne, stąd wystąpienie którejkolwiek z nich uzasadnia miarkowanie kary umownej. Miarkowanie kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki w spełnieniu całości świadczenia jest co do zasady dopuszczalne także ze względu na wykonanie przez dłużnika zobowiązania w znacznej części. Trzeba jednak podkreślić, że zmniejszenie kary z powołaniem się na tę przesłankę zależy od konkretnych okoliczności faktycznych, które pozwalają ocenić czy, i ewentualnie w jakim stopniu, częściowe wykonanie robót przed popadnięciem w zwłokę zaspokajało interes wierzyciela. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r. II CSK 318/10, LEX nr 784914, OSNC-ZD 2011/4/80).

Można zgodzić się ze skarżącą, że może stanowić podstawę miarkowania kary umownej okoliczność, iż strona powodowa nie poniosła żadnej szkody wobec opóźnionego wykonania umowy. Żądanie bowiem - mimo braku szkody - kary umownej w znacznej wysokości może uzasadniać przyjęcie, że w stosunku do wartości przedmiotu umowy kara jest rażąco wygórowana i wymaga miarkowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 stycznia 1974 r. I CR 376/72, LEX nr 766678). Jednakże nie można pominąć, że przesłanką kary umownej jest wina dłużnika i przy rozpatrywaniu zmniejszenia kary umownej należy mieć na uwadze stopień tej winy. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2003 r. III CKN 50/01, M. Prawn. 2011/7/380, LEX nr 784259).

W okolicznościach niniejszej sprawy, nie można przyjąć, by istniały podstawy do obniżenia zasądzonej kary. Nie można nie podzielić opinii inżyniera kontraktu zawartej w piśmie z dnia 3 marca 2011 r. stwierdzającego, że pozwana była nieprzygotowana do profesjonalnego i uwzględniającego rzeczywiste realia kontraktu planowania, zarządzania i przede wszystkim realizowania robót w wymaganych od niego ilościach i terminach. O jej braku przygotowania świadczy w szczególności fakt, że przed zawarciem umowy nie zweryfikowała niezbędnych kosztów. Zawierając umowę uniemożliwiła powodce zawarcie umowy za cenę wyższą, ale z bardziej solidnym kontrahentem. Nie wystąpiła też w odpowiednim czasie - a jak się okazało się było to możliwe - do producentów mogących produkować studzienki o określonych w SIWZ parametrach taniej niż W.. Nie dysponowała zespołem ludzi i sprzętu, mogącymi wykonać umowę, o czym świadczy nie tylko fakt, że już przy wykonywaniu robót - mimo opóźnienia w stosunku do harmonogramu - zaangażowanych było niewielu ludzi (jedna brygada podwykonawcy) a pozwana skarżyła się na niemożność znalezienia podwykonawców. Tak więc stopień winy pozwanej, w okolicznościach których pozwana skutecznie nie zakwestionowała, należy określić jako znaczny.

Nie można też uznać, że pozwana wykonała zobowiązanie w znacznej części. Skarżąca nie kwestionowała ustaleń faktycznych, z których wynika, że nie przystąpiła do wykonywania robót w terminie oraz że w dacie odstąpienia od umowy wykonała roboty jedynie na poziomie kilku procent.

Zasadnie zauważył też Sąd Okręgowy, że szkoda pozwanej wyrażała się w tym, iż wobec nie wykonania przez pozwaną robót w znacznej części, powodka została zmuszona do ponownego przeprowadzenia przetargu na wykonanie prac, których nie wykonała pozwana. Powódka utraciła także dochody z powodu opóźnionego przyłączenia odbiorców do instalacji wodno-kanalizacyjnej oraz poniosła ryzyko utraty dofinansowania inwestycji ze środków Unii Europejskiej. Należy zatem podzielić stanowisko Sądu Okręgowego, że w tej sytuacji obniżenie wysokości kary umownej należącej powodce byłoby nieuzasadnione.

Wobec powyższego Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w punkcie 1 wyroku, orzekając o kosztach postępowania zgodnie z treścią przepisu art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. oraz w zw. z § 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 (Dz. U. z 2013 r., poz. 490).

Jan Futro Ewa Staniszevska Bogdan Wysocki