

*Sygn. akt VI ACa 175/14*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 18 listopada 2014 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA – Ksenia Sobolewska – Filcek*

*Sędzia SA – Małgorzata Manowska (spr.)*

*Sędzia SO (del.) – Magdalena Sajur – Kordula*

*Protokolant: – st. sekr. sąd. Ewelina Czerwińska*

*po rozpoznaniu w dniu 18 listopada 2014 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) spółki z o.o. z siedzibą w N.*

*przeciwko (...) spółce z o.o. z siedzibą w C.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji obu stron*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 3 grudnia 2013 r.*

*sygn. akt XX GC 579/11*

*I oddala obie apelacje;*

*II zasądza od (...) spółki z o.o. z siedzibą w C. na rzecz (...) spółki z o.o. z siedzibą w N. kwotę 2.025 zł (dwa tysiące dwadzieścia pięć złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.*

Sygn. akt VI ACa 175/14

## UZASADNIENIE

Powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej jako: (...)) w dniu 22 sierpnia 2011 r. wystąpiła z pozwem o zapłatę kwoty 190.125 zł z odsetkami ustawowymi przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w C..

Powód wskazał, że na kwotę przedmiotowego roszczenia składa się kwota 150.000 zł z tytułu ryczałtowego wynagrodzenia za przestoje z odsetkami liczonymi od 18 lutego 2011 r. oraz zapłata kwoty 40.125 zł z tytułu kary umownej za odstąpienie przez wykonawcę od umowy z przyczyn za które ponosi wyłączną odpowiedzialność zamawiający z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 25 lutego 2011 r.

W odpowiedzi na pozew, pozwany (...) sp. z o.o. w C. wniósł o oddalenie powództwa.

Wyrokiem z dnia 3 grudnia 2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 108 000 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 2 marca 2011 do dnia zapłaty. W pozostałej części powództwo zostało oddalone.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 08 lipca 2010 r. pomiędzy (...) sp. z o.o. w C. (zamawiającym) a (...) sp. z o.o. w W. (wykonawcą) doszło do zawarcia umowy o Nr (...). Przedmiotem tej umowy było wykonanie pali wielkośrednicowych formowanych w gruncie, bez podstawowej rury osłonowej wierconych zgodnie ze zleceniem z dnia 06 lipca 2010 r. oraz ofertą wykonawcy z dnia 06 lipca 2010 r. w ramach inwestycji – Budowa obwodnicy O. w ciągu drogi krajowej nr (...). W umowie ustalono, że orientacyjna wysokość wynagrodzenia wynosi 949.850 zł netto za wykonanie zakresu robót zgodnie z ofertą wykonawcy nr (...) z dnia 06 lipca 2010 r. Termin przekazania placu budowy i frontu robót określono na 27 tydzień 2010 r. Z kolei terminem rozpoczęcia robót było pięć dni roboczych od dnia przekazania frontu robót oraz podpisania umowy. Czas trwania robót określono od 12 lipca 2010 r. do połowy października 2010 r.

Zgodnie z treścią umowy spółka (...) zobowiązała się, że zapewni platformę roboczą, dojazd do miejsca montażu pali oraz drogi technologicznej, miejsce do prowadzenia prac o wysokości w świetle co najmniej 30 m, ogrodzony, ochroniony i oświetlony plac budowy, zaplecze socjalne budowy, pobór energii elektrycznej, dostawę wody, miejsce na składowanie materiałów i sprzęt, obsługę geodezyjną i geologiczną, dostarczenie koniecznej dokumentacji, wywóz urobku oraz przekazanie przed rozpoczęciem prac akceptacji wykonawcy przez inwestora jako podwykonawcy zgodnie z art. 647 [1] k.c., pod rygorem odstąpienia od umowy z winy zamawiającego. W przypadku wystąpienia przestoju robót niezawinionych przez wykonawcę, z winy zamawiającego, zamawiający zobowiązał się do pokrycia kosztów przestoju sprzętu w wysokości 12.000 zł za dobę.

Spółka (...) jako wykonawca zobowiązała się do wykonania przedmiotu umowy z należytą starannością zgodnie z przepisami i sztuką budowlaną. Umowa przewidywała, że zamawiający – spółka (...) zobowiązana jest do zapłaty kary umownej w przypadku nie dojścia umowy do skutku z przyczyn, za które ponosi wyłączną odpowiedzialność zamawiający – w wysokości 10% wynagrodzenia netto określonego w § 3.1 umowy oraz za nieterminowe wykonanie odbioru częściowego i końcowego przedmiotu umowy – w wysokości 0,1 % wynagrodzenia netto określonego w § 3.1 umowy, za każdy dzień opóźnienia. Umowa ta określała również, że wszelkie je zmiany dokonywane będą pod rygorem nieważności na piśmie.

W dniu 01 grudnia 2010 r. strony podpisały aneks do umowy nr (...), którym zmieniono termin przekazania placu budowy i frontu robót na 50 – ty tydzień roku 2010, termin rozpoczęcia robót określono do trzech dni roboczych od dnia przekazania frontu robót oraz podpisania Aneksu nr (...) do umowy. Czas trwania robót określono na 42 dni robocze. Wysokość wynagrodzenia wykonawcy określono na kwotę 401.250 zł netto za wykonanie umownego zakresu robót zgodnie z ofertą wykonawcy nr (...) z dnia 01.12.2010 – załącznik nr 1 do Aneksu nr (...) do umowy.

W toku obowiązywania umowy zawartej przez strony postępowania występowały okresy, gdy prace nie były prowadzone przez powoda. Przyczyną tego były różne okoliczności, np. zbyt niska temperatura powietrza, awaria palownicy, opóźnienia w dostawach betonu, bądź brak dostaw betonu, awaria pompy do wody, czy też brak należycie przygotowanej platformy roboczej. O fakcie przestoju w pracach i przyczynach tego powód informował pozwanego w pismach kierowanych do niego. Pisma były przygotowywane przez S. C. w oparciu o informacje przekazywane jej z placu budowy przez S. K.. Z treści pism wynikało, że z uwagi na brak dostaw betonu prace w ogóle nie były prowadzone w dniach 20 grudnia 2010 roku oraz 26-29 stycznia 2011 roku. W dniach 17 i 18 stycznia 2011 roku prace nie były prowadzone z uwagi na brak przygotowania platformy roboczej i drogi dojazdowej, z tym, że trwało to 1,5 dnia. Z uwagi na brak platformy roboczej prace nie były też prowadzone w dniach 15 stycznia 2011 roku oraz 12 lutego 2011 roku i 14 lutego 2011 roku. W innych dniach wskazanych w pismach powoda występowały przestoje w pracach trwające od kilkudziesięciu minut do kilku godzin i powstawały z różnych przyczyn.

Także pozwany w pismach kierowanych do powoda wskazywał na zbyt częste – w jego ocenie przestoje w pracach powoda i zbyt opieszale tempo wykonywania prac. Informacje o sytuacji na budowie były przekazywane pozwanemu przez A. P. pełniącego na budowie funkcję.

Spółka (...) pismem z dnia 13 stycznia 2011 r. wezwała powoda do zwiększenia tempa prac. W dniu 17 stycznia 2011 r. powód poinformował pozwanego, że w dniu 15 stycznia 2011 r. prace palowe nie były prowadzone z powodu braku możliwości przejazdu palownicy z podpory C na podporę A na obiekcie WD – 8 w dniu 15 stycznia 2011 r.

Powód w piśmie z dnia 16 lutego 2011 r. poinformował pozwanego, że z powodu braku platformy roboczej w dniu 12 lutego 2011 r. i w dniu 14 lutego 2011 r. prace palowe nie były prowadzone.

Z pisma powoda z dnia 04 lutego 2011 r. wynika, że przestoje obejmowały następujące dni robocze:

- 20.12.2010 r. (z powodu braku frontu robót, braku betonu) policzono 1 dzień x 12.000 = 12.000,
- 23.12.2010 r. (z powodu braku frontu robót, braku betonu) policzono 0,5 dnia x 12.000 = 6.000,
- 15.01.2011 r. (z powodu braku drogi dojazdowej i braku platformy roboczej) policzono 1 dzień x 12.000 = 12.000
- 17-18.01.2011 r. (z powodu braku drogi dojazdowej i braku platformy roboczej) policzono 1,5 dnia x 12.000 = 18.000
- 19-20.01.2011 r. (z powodu braku frontu robót, braku betonu) policzono 2 x 0,5 dnia x 12.000 = 12.000
- 24-25.01.2011 r. (z powodu braku platformy roboczej) 2 x 0,5 dnia x 12.000 = 12.000
- 26-29.01.2011 r. (z powodu braku frontu robót, braku betonu) policzono 4,0 dnia x 12.000 = 48.000
- 31.01.2011 r. (z powodu awarii pompy od betonu) policzono 0,5 dnia x 12.000 = 6.000.

Pismem z dnia 16 lutego 2011 r. powód przesłał pozwanemu notę księgową nr (...) na łączną kwotę 150.000 zł.

W dniu 16 lutego 2011 r. powód złożył pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr (...) z winy zamawiającego. Wskazał, że odstąpienie to dotyczy części niewykonanej umowy. Powód jednocześnie wezwał swojego kontrahenta do niezwłocznego przejścia placu budowy, dokonania końcowego odbioru prac w terminie 3 dni, do niezwłocznego rozliczenia wynagrodzenia za wykonane prace oraz zapłaty kary umownej zgodnie z postanowieniami par. 7 ust. 2 a Umowy w terminie 7 dni od otrzymania niniejszego pisma.

Z pisma pozwanego z dnia 01 marca 2011 r. wynika, że w dniu 21 lipca 2010 r. wystąpił on do spółki (...) sp. z o.o. o zatwierdzenie spółki (...) jako podwykonawcę. Spółka (...) korzystając z uprawnienia zawartego w art. 647(1) § 2 k.c. nie zajęła stanowiska, zatem należy uznać jego działanie za domniemane wyrażenie zgody.

Spółka (...) oświadczyła powodowi pismem z dnia 15 marca 2011 r., że odstąpienie od umowy było związane z porzuceniem placu budowy i z zaprzestaniem prac.

Sąd Okręgowy uznał, że w przeważającej większości powództwo zasługiwało na uwzględnienie.

Podstawą sporu w przedmiotowej sprawie było wykonanie umowy numer (...) z dnia 08 lipca 2010 r., która dotyczyła wykonania przez powoda pali wielkośrednicowych formowanych w gruncie na inwestycji budowlanej (...) w ciągu drogi krajowej nr (...).

Poza sporem, jak wskazał Sąd I instancji, była sama treść przedmiotowej umowy oraz okoliczności jej zawarcia. Powód domagał się od pozwanego zapłaty wynagrodzenia za przestoje oraz kary umownej za odstąpienie przez niego od umowy z przyczyn leżących po stronie powoda.

W ocenie Sądu Okręgowego, za nieuzasadnione należało uznać żądanie pozwu w części dotyczącej zapłaty kary umownej.

Zapis § 7 punkt 2 zawartej przez strony umowy przewidywał, że zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej wykonawcy w przypadku nie dojścia umowy do skutku z przyczyn, za które ponosi wyłączną

odpowiedzialność zamawiający – w wysokości 10 % wynagrodzenia netto określonego w § 3. 1 umowy. Zgodnie natomiast z treścią § 4 ust. 2 pkt n, do obowiązków pozwanego, jako zamawiającego należało przekazanie, przed rozpoczęciem prac, akceptacji wykonawcy przez Inwestora, jako podwykonawcy, zgodnie z art. 647 (1) k.c., pod rygorem odstąpienia od umowy z winy zamawiającego. Taki zapis umowny wskazuje, według Sądu I instancji, na przyznanie powodowi prawa do odstąpienia od umowy. W zawartej przez strony umowie nie postanowiono jednak, w jakim okresie powód będzie mógł skorzystać z przysługującego mu prawa odstąpienia od umowy, co – w świetle art. 395 § 1 k.c. powoduje nieważność powyższego zastrzeżenia umownego. Powód nie dokonał zatem skutecznego odstąpienia od umowy zawartej z pozwanym i nie przysługuje mu prawo do żądania zapłaty kary umownej, zastrzeżonej dla skutecznego odstąpienia od umowy.

Za zasadne zostało uznane natomiast przez Sąd Okręgowy – żądanie zapłaty kosztów przestoju powstałych z winy pozwanego, jako zamawiającego. Roszczenie powoda w tym zakresie znajduje podstawy w zapisie § 4 punktu 4 zawartej przez strony umowy. Zapis ten wskazuje, że w przypadku wystąpienia przestoju robót niezawinionych przez wykonawcę, z winy zamawiającego, zamawiający (pозwany) zobowiązał się do pokrycia kosztów przestoju sprzętu w wysokości 12.000 zł/ dobę. Oceniając żądanie pozwu w omawianym zakresie, Sąd I instancji podzielił argumentację strony pozwanej, że koszty przestoju (o ile się należą powodowi) dotyczyć mogą jedynie takich przestoju, które trwały pełną dobę. Nie ma podstaw – w świetle powołanego przepisu § 4 ust. 4 umowy, do przyjęcia, że jakkolwiek przestój (niezależnie od czasu jego trwania) upoważniał powoda do żądania od pozwanego pokrycia kosztów tego przestoju. Interpretując omawiany zapis umowny, Sąd Okręgowy miał na względzie okoliczność, że strony niniejszego postępowania są profesjonalistami i gdyby chciały przyznać powodowi prawo żądania kosztów przestoju trwających krócej niż dobę – zawarłyby takie postanowienie w umowie. Z tego względu, zdaniem Sądu I instancji, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy przestoje trwające krócej niż dobę, a zatem i ustalenie przyczyn takich przestoju (w szczególności w odniesieniu do opóźnień dostaw betonu).

Z uwagi na powyższe, żądanie zapłaty kosztów przestoju zostało uwzględnione przez Sąd I instancji tylko w odniesieniu do takich przestoju, które trwały cały dzień (w połączeniu bowiem z nocą po tym dniu następującą przestój trwał pełną dobę).

Mając na uwadze treść § 4 ust. 4 zawartej przez strony umowy, Sąd Okręgowy uznał, że omawiane żądanie powoda jest uzasadnione tylko w tych wypadkach, w których przestój powstał z winy pozwanego, jako zamawiającego. Dotyczy to przestoju spowodowanych brakiem dostawy betonu, awarii pompy do betonu, a także brakiem przygotowania platformy roboczej. Zapewnienie dostaw betonu, czy przygotowanie platformy roboczej i dróg dojazdowych – należało – w świetle zawartej przez strony umowy – do obowiązków pozwanego. Z tego względu Sąd I instancji nie podzielił stanowiska pozwanego, że nie może ponosić odpowiedzialności za przestoje związane z brakiem dostaw betonu, gdyż nastąpiły one z winy betoniarni. Obowiązkiem pozwanego, jak wskazał Sąd Okręgowy, było zawarcie umowy z takim dostawcą betonu, który wykona swoją umowę w sposób należyty. Zdaniem Sądu I instancji winę pozwanego, jako zamawiającego należy ustalać w oparciu o treść zawartej przez strony umowy. W innym bowiem wypadku zapis § 4 ust. 4 umowy, byłby postanowieniem iluzorycznym. Faktyczna odpowiedzialność dostawcy betonu może stanowić dla pozwanego podstawę do wystąpienia przeciwko niemu z żądaniem regresowym zapłaty tych należności, które uiszcza na rzecz powoda. Taka faktyczna „wina” dostawcy betonu nie może jednak, według Sądu Okręgowego, zwalniać pozwanego z obowiązku zapłaty za przestoje w stosunku do powoda.

Sąd I instancji podkreślił, że okoliczność przestoju z uwagi na brak dostaw betonu została potwierdzona także przez świadka strony pozwanej D. D., który potwierdził brak dostaw betonu z uwagi na brak kruszywa w betoniarni.

W ocenie Sądu Okręgowego, zasadne jest również żądanie zapłaty za przestoje z uwagi na brak przygotowania przez pozwanego platformy roboczej i dróg dojazdowych. Konieczność poprawienia tych obiektów na żądanie powoda wynika z zeznań świadka D. D..

Ostatecznie Sąd I instancji uznał za zasadne żądanie zapłaty kosztów przestoju w odniesieniu do 9 dni, w których to dniach prace w ogóle nie były wykonywane. Dotyczy to następujących dni: 20 grudnia 2010 roku, 26 – 29 stycznia

2011 roku, w których brak było dostawy betonu oraz 15 stycznia 2011 roku, 17 stycznia 2011 roku, 12 lutego 2011 roku i 14 lutego 2011 roku, w których brak było przygotowanej należycie platformy roboczej. Mając na uwadze ustalony przez strony koszt przestoju za jedną dobę – 12 000 zł, Sąd Okręgowy zasądził na rzecz powoda tytułem kosztów przestoju kwotę 108 000 zł ( 9 x 12 000 zł). W pozostałym zakresie powództwo, jako niezasadne, zostało oddalone.

Na podstawie art. 481 § 1 k.c., Sąd Okręgowy zasądził także od pozwanego na rzecz powoda odsetki ustawowe od dnia 2 marca 2011 roku do dnia zapłaty. Zasądzenie odsetek od tej daty uzasadnione było tym, że powód nie przedstawił dowodu doręczenia pozwanemu noty księgowej przesłanej pozwanemu przy piśmie z dnia 16 lutego 2011 roku. Do omawianego pisma powoda z dnia 16 lutego 2011 roku pozwany odniósł się natomiast w piśmie z dnia 2 marca 2011 roku. Zatem tę datę (datę tego pisma), w braku innych dowodów należało uznać, według Sądu I instancji, za dzień, w którym pozwany otrzymał pismo powoda z dnia 16 lutego 2011 roku.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniosły obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo co do kwoty 40.125 zł z tytułu kary umownej za odstąpienie przez wykonawcę od umowy z przyczyn, za które ponosi wyłączną odpowiedzialność zamawiający.

W apelacji zarzucił błędne ustalenie, że zapisy umowy dotyczące prawa odstąpienia przez powoda od umowy i naliczenia z tego tytułu kary umownej były nieważne, a także przez odmowę zasądzenia kary umownej, pomimo że strony, działając w zakresie przysługującej im swobody umów, zgodnie z dyspozycją art. 492 k.c. ustaliły prawo powoda do odstąpienia od umowy w przypadku niewykonania przez pozwanego w określonym terminie postanowienia par. 4 ustęp 2 litera n, łączącej je umowy, świadomie rezygnując z ustalenia terminu, w jakim prawo do złożenia odpowiedniego oświadczenia przysługuje wykonawcy.

W konkluzji skarżący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku częściowo, to jest przez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda dalszej kwoty 40.125 zł. Wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 25 lutego 2011 r. do dnia zapłaty.

Pozwany zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w części uwzględniającej powództwo. W apelacji zarzucił:

1. naruszenie art. 233 paragraf 1 i 2 k.p.c. przez błędne przyjęcie, że w przedmiotowym stanie faktycznym wystąpiła niezbędna przesłanka odpowiedzialności kontraktowej, czyli wina pozwanego oraz przyjęcie że wystąpienie warunków atmosferycznych jako siły wyższej może stanowić podstawę naliczenia odszkodowania za przestoje, a także pominięcie okoliczności nienależytego wykonywania robót oraz niewłaściwego manewrowania palownicą, co spowodowało zniszczenie platformy roboczej palownicy.

2. naruszenie art. 471 k.c. w związku z art. 472 k.c. przez przyjęcie, że w przedmiotowym stanie faktycznym doszło do ziszczenia się wszystkich przesłanek reżimu odpowiedzialności kontraktowej, a wobec tego przyjęcie winy po stronie pozwanego za przestoje powoda, rozumianej jako niezachowanie należytej staranności, podczas, gdy warunki atmosferyczne zdecydowały o braku dostaw betonu, a sposób wykonywania robót przez powoda o niszczeniu platformy wiertniczej;

3. naruszenie art. 65 par. 2 k.c. przez jego niezastosowanie, podczas, gdy jego zastosowanie uzasadniałoby stanowisko, iż badając treść umowy (par. 4 ustęp 4) zgodnie z zamiarem stron i celem umowy wystąpienie warunków atmosferycznych (siły wyższej), będących przyczyną przestoju robót i niewłaściwy sposób wykonywania robót przez powoda nie mogą stanowić podstawy naliczenia odszkodowania przestój;

W konkluzji skarżący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości, ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Obie apelacje są bezzasadne.

Jeśli chodzi o apelację powoda, to nie jest kwestionowane przez żadną ze stron, że w par. 4 ustęp 2 pkt n umowy z dnia 8 lipca 2010 r. zastrzeżone zostało dla wykonawcy bezterminowe prawo odstąpienia od umowy, jeżeli zamawiający nie przedstawi akceptacji wykonawcy przez inwestora jako podwykonawcy – zgodnie z art. 647 [1] k.c. do dnia rozpoczęcia robót. Zasadnie zatem uznał Sąd Okręgowy, że zastrzeżenie takiego prawa bez określenia terminu, zgodnie z art. 395 par. 1 k.c., jest nieważne. Skarżący wskazuje, że zastrzeżenia wskazane w par. 4 ustęp 2 pkt n, umowy z dnia 8 lipca 2010 r. określone zostało w oparciu o art. 492 k.c. Pogląd ten jest błędny. Zgodnie z powołanym przepisem, jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, strona uprawniona może w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego. To samo dotyczy wypadku, gdy wykonanie zobowiązania przez jedną ze stron po terminie nie miałyby dla drugiej strony znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce.

W orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że w pierwszym wypadku wierzyciel jest zwolniony z obowiązku wyznaczenia odpowiedniego dodatkowego terminu, dlatego że spełnienie świadczenia po terminie traci znaczenie ze względu na sam fakt niespełnienia go w terminie (tak A. Rzetecka – Gil, Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna, Lex/el., 2011, komentarz do art. 492 k.c., teza 4 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 września 2005 r., II CK 72/2005 – niepublikowane). Sytuacja taka w sprawie niniejszej jednak nie zachodzi. Nie można przyjąć, że samo nieprzedstawienie przez pozwanego powodowi oświadczenia inwestora w trybie art. 647 [1] k.c. do momentu rozpoczęcia prac (zastrzeżony przez strony termin) powodowało utratę znaczenia tego świadczenia, jeśli zostałoby ono przedstawione po tym terminie. Zgodnie bowiem z art. 647 [1] par. 5 k.c. uzyskanie akceptacji inwestora powoduje jego solidarną odpowiedzialność wraz z wykonawcą w stosunku do podwykonawcy – niezależnie od tego, w którym momencie akceptacja nastąpi. O tym, że takie ściśle terminowe wykonanie przez pozwanego zobowiązania, o jakim mowa w par. 4 ustęp 2 pkt n umowy łączącej strony, nie miało znaczenia dla powoda świadczy dobitnie fakt, że powód – pomimo nieprzedstawienia zgody inwestora, przystąpił do robót i w znacznej części wykonał je. Jest rzeczą oczywistą, że akceptacja inwestora miała, ogólnie rzecz biorąc, znaczenie dla podwykonawcy z uwagi na fakt odpowiedzialności solidtarnej wskazanej w art. 647 [1] par. 5 k.c. Nie jest jednak tak, że przedstawienie jej w późniejszym terminie, niż rozpoczęcie prac, powoduje, że tego typu świadczenie (przedstawienie akceptacji) traci znaczenie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, rozszerzająca interpretacja art. 492 k.c. – z pominięciem ratio legis tego przepisu – jest niedopuszczalna. Mogłoby to prowadzić do omijania zasad ustawowego prawa odstąpienia od umowy, o jakim mowa w art. 491 k.c. przez przyjęcie, że każde niewykonanie zobowiązania może uprawniać stronę do odstąpienia od umowy bez wyznaczenia dodatkowego terminu, niezależnie od tego jakiego świadczenia i jakiego etapu realizacji zobowiązania dotyczy. Strony mogą oczywiście zmodyfikować ustawową regulację art. 491 k.c. przez pominięcie konieczności wyznaczenia dodatkowego terminu, jednak tylko wówczas, gdy zachodzą jednocześnie przesłanki wymienione w art. 492 k.c., a więc, gdy świadczenie traci znaczenie przez sam fakt, że nie zostało wykonane w ściśle określonym terminie. Sąd Apelacyjny uznał, że taka sytuacja w stanie faktycznym sprawy nie wystąpiła. W związku z powyższym, zapis par. 4 ustęp 2 pkt n umowy z dnia 8 lipca 2010 r. należy rozumieć jedynie jako nałożenie na stronę pozwaną obowiązku przedstawienia akceptacji inwestora pod warunkiem odstąpienia od umowy w trybie art. 491 par. 1 k.c., a więc po wyznaczeniu pozwanemu dodatkowego terminu do spełnienia tego zobowiązania. Nie jest sporne pomiędzy stronami, a przynajmniej strona powodowa nie udowodniła okoliczności, że przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy z dnia 8 lipca 2010 r. wyznaczyła pozwanemu dodatkowy termin na przedstawienie oświadczenia inwestora.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny uznał apelację powoda za bezzasadną.

Jeśli chodzi o apelację pozwanego, to wskazać należy na brzmienie art. 471 k.c., w myśl którego dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania chyba, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Z powyższego przepisu jasno wynika, że ciężar dowodu, po myśli art. 6 k.c., co do tego, że warunki pogodowe miały cechy siły wyższej i uniemożliwiały dostawę betonu, oraz co do tego że przestoje w związku z uszkodzeniem platformy roboczej palownicy były wynikiem błędu w sztuce budowlanej po stronie powodowej, obciążał stronę pozwaną.

Odnosnie do pierwszej przesłanki, wyłączającej, zdaniem skarżącego jego odpowiedzialność za nieterminowe dostawy betonu, to pozwany wskazał w apelacji, że istotnie obciążał go taki obowiązek. Wskazał jednakże, że do produkcji mieszanki betonowej niezbędne jest kruszywo, które nie jest możliwe do uzyskania podczas niskich temperatur.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, okoliczność powyższa nie została wykazana przez pozwanego. Pozwany powinien nie tylko udowodnić, że produkcja i dostawa betonu nie była możliwa w określonych warunkach pogodowych, ale także, że warunki takie zachodziły podczas wykonywania prac przez stronę powodową, i że to właśnie one spowodowały opóźnienia w dostawach.

Przede wszystkim wskazać należy, że pozwany w odpowiedzi na pozew w ogóle nie powołał się na warunki pogodowe jako okoliczność opóźnień w dostawie betonu, chociaż skrupulatnie wytknął błędy powoda przy wykonywaniu robót. Wprost przeciwnie, pozwany wskazał, że przyczyną braku dostaw betonu był fakt dostarczania go przez firmę zewnętrzną i w związku z tym – konieczność złożenia stosownego zamówienia w dniu poprzednim. To samo dotyczy awarii pompy do betonu, która stanowiła własność betoniarni i miało to zwalniać pozwanego z odpowiedzialności. Ta sama argumentacja zawarta została w piśmie pozwanego kierowanym do powoda w dniu 2 marca 2011 r., w którym strona pozwana powołuje się na brak kruszywa w betoniarni, a nie na niskie temperatury (k 63). Okoliczność ta potwierdzona została także w zeznaniach świadka zgłoszonego przez pozwanego – D. D..

Wskazać jednak należy, że zgodnie z art. 474 k.c., dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie i zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Z całą pewnością do takich podmiotów należy zaliczyć betoniarnię, za pomocą której pozwany zobowiązał się dostarczać wykonawcy beton. Odnosząc się do tych twierdzeń, podnieść należy, że pozwany nie wykazał, aby uzależniał terminową dostawę betonu od zgłoszenia zapotrzebowania w dniu poprzednim. Informacja na ten temat została zawarta dopiero w piśmie pozwanego z dnia 9 lutego 2011 r. (k 56). Ponadto, jak zasadnie podniósł powód, nie wliczył on do podstawy określenia kary umownej, tych dni, w których prace nie były prowadzone z uwagi na niskie temperatury. Wynika to z pism powoda z dnia 13 stycznia 2011 r. jak również z dnia 16 lutego 2011 roku, w którym powód informuje pozwanego, że z powodu niskich temperatur i tym samym braku dostaw betonu od dnia 15 lutego 2011 r. prace palowe nie są prowadzone (k – 58). Za ten dzień powód nie domagał się kar umownych. Okoliczność powyższa potwierdzona została w piśmie z dnia 4 marca 2011 r. kierowanym do pozwanego, w którym powód oświadczył, że nie wliczył do podstawy określenia kar umownych tych dni, w których z uwagi na niskie temperatury (i w związku z tym brak dostaw betonu) prace nie były prowadzone (k 65).

Ostatecznie również wskazać należy, że ze sprawozdania z kolejnych dni pracy – sporządzonego przez pozwanego, a nie przez powoda wynika, że beton był dowożony także przy temperaturach minusowych - 5, - 2 (k 36 – 38, k 42).

W tym stanie rzeczy zasadnie uznał Sąd Okręgowy, że powodowi należą się kary umowne za te dni przestojów, których przyczyną było niedostarczenie na budowę betonu przez pozwanego.

Prawidłowo również przyjął Sąd I instancji, że pozwany zobowiązany jest do zapłaty kar umownych za przestoje spowodowane brakiem drogi dojazdowej i brakiem platformy roboczej. Dotyczyło to 15, stycznia, 17 stycznia, 12 lutego i 14 lutego 2011 r.

Odnosnie do tej przyczyny przestojów, to konieczność przygotowania drogi dojazdowej i platformy roboczej była zgłaszana wcześniej w pismach kierowanych do pozwanego. Również w pismach zgłaszane były na bieżąco sytuacje, w których droga i platforma nie zostały przygotowane (k 49, k 51, k 57, k 58, k 60). Pozwany z kolei w swoich pismach kierowanych do strony powodowej, nie odnosił się do tej kwestii.

Okoliczność braku przygotowania platformy roboczej została potwierdzona zeznaniami świadków: S. K. i S. C.

Wprawdzie świadek zgłoszony przez pozwanego – D. D. zaprzeczył temu, aby platforma robocza i droga przejazdowa palownicy były nienależycie przygotowane, jednak świadek ten przyznał, że otrzymywał informacje o takich zdarzeniach, a swoje przekonanie o należyтым wywiązaniu się z obowiązków przez pozwanego czerpał z informacji świadka P. typu, że „skoro samochód osobowy czy ciężarowy mogą przyjechać to może też przyjechać maszyna na gąsienicach”. Nie jest to jednak wystarczające źródło wiarygodnych informacji, co do prawidłowego przygotowania platformy i drogi dojazdowej. Sam świadek P. przyznał z kolei, że rampy były poprawiane na żądanie powoda. Gdyby żądanie to nie było usprawiedliwione, to pozwany zapewne nie dokonywałby poprawek. Według świadka M. W., na trasie przejazdu palownicy zostały położone płyty betonowe, aby kierowca czuł się bezpiecznie. Zdaniem świadka zastrzeżenia kierowcy palownicy brały się stąd, że był to człowiek niedoświadczony.

Powyższa ocena zeznań świadków co do tego, czy platforma robocza i droga przejazdowa palownicy były prawidłowo przygotowane, nie zasługują na uwzględnienie. Przypadki poprawek bowiem miały miejsce, natomiast ostatecznie, to kierowca decyduje o bezpiecznej możliwości przejazdu i manewrowania maszyny, która jednak różni się od samochodu ciężarowego, gdyż jest pojazdem na gąsienicach, a przede wszystkim – z uwagi na wysokość – ma inaczej rozłożony środek ciężkości.

Tym samym Sąd Apelacyjny uznał, że zarówno z pism kierowanych do pozwanego już w trakcie wykonywania prac, jak i z zeznań świadków powoda, potwierdzonych w pewnej mierze zeznaniami świadków wskazanych przez pozwanego, wynika, że twierdzenia powoda o przestojach spowodowanych nieprzygotowaniem drogi przejazdowej i platformy roboczej są zasadne.

Znamienne jest przy tym, że w apelacji pozwanego zarzuca się niewłaściwe manewrowanie palownicą i zniszczenie platformy podczas, gdy nic takiego nie wynika z zeznań świadków.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny uznał apelację strony pozwanej za bezzasadną i na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak na wstępie.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art.

Strona powodowa uiściła opłatę od apelacji w kwocie 2007 zł. Do tego dochodzą koszty wynagrodzenia pełnomocnika według stawki od łącznej wartości przedmiotu zaskarżenia obiema apelacjami, to jest 2700 zł. (par. 6 pkt 6 w związku z par. 12 ustęp 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). Łącznie jest to kwota 4707 zł. (3436,11) 3530

Strona pozwana uiściła opłatę od apelacji w kwocie 5.400 zł. Do tego dochodzą koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 2.700 zł. – łącznie 8.100 zł. Powód wygrał postępowanie w drugiej instancji w około 75 % (biorąc pod uwagę łączną wartość przedmiotu zaskarżenia, czyli 148125 zł), a pozwany w 25 %. Powód zatem powinien otrzymać zwrot 3530 zł., a pozwany zwrot 2025 zł. Po wzajemnym potrąceniu Sąd Apelacyjny powinien był zasądzić od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1505 zł. Na skutek oczywistej omyłki rachunkowej Sąd Apelacyjny zasądził, od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2025 zł., co – w związku z niedokonaniem operacji odejmowania – kwalifikuje się jako oczywista omyłka rachunkowa.