

Sygn. akt I ACa 676/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 lipca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w S. I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Maria Iwankiewicz
Sędziowie:	SSA Eugeniusz Skotarczak SSO del. Tomasz Żelazowski (spr.)
Protokolant:	st. sekr. sądowy Beata Waclawik

po rozpoznaniu w dniu 19 czerwca 2013 r. na rozprawie w S.

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w S.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w S.

z dnia 7 maja 2012 r., sygn. akt VIII GC 250/09

1. zmienia punkt II. zaskarżonego wyroku w ten sposób, że zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 1.897.432,64 (jeden milion osiemset dziewięćdziesiąt siedem tysięcy czterysta trzydzieści dwa złote sześćdziesiąt cztery grosze) z ustawowymi odsetkami od dnia 28 maja 2009 roku, oddalając powództwo w pozostałej części,

2. zmienia punkt III. zaskarżonego wyroku tylko o tyle, że ustala, iż powódka wygrała proces w 69%,

3. oddala apelację w pozostałej części,

4. zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 55.549,35 (pięćdziesiąt pięć tysięcy pięćset czterdzieści dziewięć złotych trzydzieści pięć groszy) tytułem kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

SSO del. T. Żelazowski SSA M. Iwankiewicz SSA E. Skotarczak

Sygn. akt I ACa 676/12

UZASADNIENIE

Powódka (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. wniosła o zasądzenie od pozwanej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. kwoty 5.106.171,90 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 26 maja 2009 roku oraz kosztami procesu. Powołała się na wiążące strony umowy o numerach (...) z dnia 18 września 2008 r., wskazując, że dochodzona pozwem kwota stanowi część wynagrodzenia z tytułu ich wykonania, której pozwana nie zapłaciła z uwagi na potrącenie z wierzytelnościami powódki wierzytelności pozwanej z tytułu kar umownych za opóźnienie. Zdaniem powódki potrącona wierzytelność w ogóle nie powstała, ponieważ nie miało miejsca ani niewykonanie, ani nienależyte wykonanie zobowiązania przez stronę powodową. Wprawdzie nie zachowała określonego umowami terminu zakończenia robót, ale fakt ten nie stanowi nienależytego wykonania zobowiązania, nie jest bowiem wynikiem okoliczności, za które można powódce przypisać odpowiedzialność. Z ostrożności procesowej na wypadek uznania, że miało miejsce nienależyte wykonanie umowy powódka wniosła o miarkowanie kary umownej. Pozwana w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie od powódki na jej rzecz kosztów procesu. Zdaniem pozwanej dokonane przed wniesieniem pozwu potrącenie doprowadziło do umorzenia wzajemnych wierzytelności. Pozwana wskazała także, że powódka przyjęła odpowiedzialność za opóźnienie w wykonaniu robót, a nie za zwłokę. Odniosła się ponadto szczegółowo do wskazanych przez powódkę przyczyn opóźnienia. Niezależnie od tego wskazała na niezasadność wniosku powódki dotyczącego miarkowania kar umownych.

W wyroku z dnia 7 maja 2012 r. Sąd Okręgowy w S. zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 1.672.402,46 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi w stosunku rocznym od dnia 26 maja 2009 roku do dnia zapłaty oraz ustawowe odsetki od kwoty 3.433.769,44 zł za okres od dnia 26 maja 2009 roku do dnia 28 maja 2009 roku. W pozostałym zakresie Sąd oddalił powództwo, a także pozostawił szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu z uwzględnieniem, że powódka wygrała proces w 32,75 %.

Takie rozstrzygnięcie Sąd oparł o następujące ustalenia faktyczne.

Gmina Miasto S. - zakład budżetowy Miejski Zakład Komunikacyjny ogłosiła przetarg nieograniczony na realizację zamówienia publicznego nr (...) pod nazwą „Modernizacja wydzielonego torowiska tramwajowego wraz z siecią trakcyjną w ul. (...) w S. na odcinkach : od ul. (...) do (...) i od ul. (...) do ul. (...)” oraz zamówienia publicznego nr (...) pod nazwą „Modernizacja wydzielonego torowiska tramwajowego wraz z siecią trakcyjną w S. na odcinkach: ul. (...) - od pl. (...) do ul. (...) (torowisko bez (...)) oraz ul. (...) z pętlą tramwajową G. - od ul. (...) do ul. (...)”. Termin składania ofert wyznaczono do dnia 3 września 2008 roku. W zakresie każdego zamówienia sporządzona została Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia. Środki na realizację zawartych umów zakład budżetowy Miejski Zakład Komunikacyjny uzyskał z dotacji na rok 2008 od Gminy Miasto S.. Najkorzystniejszą w obydwu przetargach okazała się oferta (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. ((...)). Przed zakończeniem postępowania przetargowego - w dniu 30 lipca 2008 roku Miejski Zakład Komunikacyjny zwrócił się do Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego z pismem informującym o planowanej inwestycji oraz potrzebie wstrzymania ruchu tramwajowego w rejonie cmentarza, w tym w okresie od 31 października do 2 listopada 2008 r. W piśmie z dnia 1 sierpnia 2008 roku Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego poinformował, że nie wnosi zastrzeżeń do planowanych robót, na czas wstrzymania ruchu tramwajowego wprowadzona zostanie zastępcza komunikacja autobusowa. W dniu 18 września 2008 roku Gmina Miasto S. - Miejski Zakład Komunikacyjny jako zamawiający zawarła z (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. dwie umowy oznaczone numerami (...) oraz (...). W ramach umowy nr (...) wykonawca przyjął do realizacji wykonanie robót budowlanych polegających na modernizacji wydzielonego torowiska wraz z siecią trakcyjną w ul. (...) w S. na odcinkach:

- 1) w ul. (...) od ul. (...) do (...),
- 2) w ul. (...) od ul. (...) do (...).

W § 1 pkt 2 umowy wskazano, że podstawę jej wykonania stanowi projekt budowlano-wykonawczy, przedmiar robót, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, które to dokumenty jako załączniki do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sprawie zamówienia nr (...) pozostają w posiadaniu wykonawcy. W § 1 pkt. 4 zaznaczono, że modernizacja torowiska może odbywać się całodobowo. Na wykonawcę nałożono obowiązek ustalenia

z Zarządem Dróg i Transportu Miejskiego w S. oraz zamawiającym zmiany w organizacji ruchu w komunikacji związanej z remontem oraz poniesienia wszelkich związanych z tym kosztów, w tym kosztów komunikacji zastępczej (§ 1 pkt 5). W § 2 ustalono, że rozpoczęcie robót nastąpi od dnia przekazania placu budowy (pkt. 1), a zakończenie robót nastąpi w 90 dni kalendarzowych od dnia przekazania placu budowy, jednak nie dłużej niż do dnia 15 grudnia 2008 roku (pkt. 2). Za wykonanie umowy ustalono wynagrodzenie w wysokości 4.696.887,88 zł brutto, które miało być płatne za każdy wyszczególniony odcinek na podstawie faktur częściowych oraz dwóch faktur końcowych. Zapłata winna nastąpić przelewem na rachunek bankowy wykonawcy w terminie 21 dni od doręczenia zamawiającemu każdej faktury (§ 4). Zgodnie z umową zamawiający zobowiązał się przekazać wykonawcy plac budowy, przy czym zaznaczono, że przekazanie placu nastąpi w dniu poprzedzającym okres wstrzymania ruchu tramwajowego z powodu remontu skrzyżowania ul. (...) i (...). Jako przewidywany termin remontu skrzyżowania wskazano wrzesień danego roku. Zamawiający został także zobowiązany do dokonania odbiorów prac objętych umową w terminach określonych w § 10 ust. 2 po wcześniejszym zgłoszeniu przez wykonawcę gotowości odbioru (§ 5). Do obowiązków wykonawcy należało między innymi wykonanie prac zgodnie z dokumentacją projektową, zaleceniami nadzoru inwestorskiego, prawem budowlanym, sztuką inżynierską oraz warunkami umowy (§ 6). Zobowiązano go również do opracowania i dostarczenia zamawiającemu dokumentacji powykonawczej wraz z operatami geodezyjnymi powykonawczymi oraz przedłożenia atestów na wbudowane materiały (jako warunek odbioru końcowego); nadto do dostarczenia na dzień odbioru końcowego dokumentacji z dokonanych pomiarów i sprawdzeń, dokumentacji powykonawczej, dokumentów dotyczących pomiarów i gospodarowania odpadami oraz innych dokumentów odbiorowych wynikających z technologii wykonywanych robót. W § 9 umowy strony uregulowały kwestie dotyczące terenu budowy - wykonawca oświadczył, że zapoznał się z terenem budowy, otrzymał od zamawiającego odpowiedzi na pytania mogące mieć wpływ na ryzyko i okoliczności realizacji umowy i nie będzie rościł w przyszłości żadnych pretensji z tego tytułu wobec zamawiającego. W § 9 pkt. 3 zobowiązano wykonawcę między innymi do dostarczenia zamawiającemu na dzień przekazania placu budowy planu organizacji ruchu z uzgodnieniami i harmonogramu realizacji robót. W § 10 pkt. 1 i 2 strony uregulowały czynności odbiorowe, jakim podlegać będą wykonywane roboty, w tym : odbiory prac zanikowych, które winny być wykonywane na bieżąco, odbiory częściowe przeprowadzane w celu stwierdzenia wykonania przez wykonawcę 15%, 40% i 65% robót w każdym odcinku torowiska, odbiór końcowy polegający na ocenie ilości i jakości całości prac, przegląd całości wykonanych prac po upływie 12 miesięcy gwarancji oraz przegląd gwarancyjny przeprowadzony przed zakończeniem okresu gwarancji. Zamawiający został zobowiązany do dokonania poszczególnych odbiorów, przy czym odbiór końcowy powinien być dokonany w terminie do 14 dni kalendarzowych od dnia otrzymania zgłoszenia na piśmie od wykonawcy o zakończeniu prac. W § 10 pkt. 3 postanowiono, że jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady, to zamawiającemu przysługuje uprawnienie – jeżeli wady nadają się do usunięcia – do odmowy odbioru do czasu usunięcia wad. W § 13 strony wskazały, że wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne między innymi za opóźnienie w wykonaniu umowy w terminie określonym w § 2 pkt. 2 umowy za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w wysokości 0,5% łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1. Zamawiający zobowiązany został z kolei do zapłaty wykonawcy odsetek ustawowych za nieterminową regulację należności. W § 14 strony zastrzegły, że niedopuszczalna jest pod rygorem nieważności zmiana umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Dalej przewidziano, że w sprawach nie uregulowanych umową mają zastosowanie przepisy prawa powszechnie obowiązującego, w szczególności przepisy kodeksu cywilnego oraz ustawy Prawo o zamówieniach publicznych. Wszelkie zmiany treści umowy oraz oświadczenia stron wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności. Druga z umów o nr (...) dotyczyła zamówienia publicznego nr (...), w ramach której (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. przyjęła do wykonania roboty budowlane polegające na modernizacji wydzielonego torowiska tramwajowego wraz z siecią trakcyjną w S. na odcinkach: ul. (...) - do pl. (...) do ul. (...) (torowisko bez ronda (...)) oraz ul. (...) z pętlą tramwajową G. - od ul. (...) do ul. (...). Wynagrodzenie za wykonanie umowy ustalono na kwotę 8.682.322,81 zł brutto.

Wszelkie pozostałe kwestie umowne, takie jak warunki płatności, obowiązki wykonawcy i zamawiającego, czynności odbiorowe, kary umowne zostały uregulowane w tożsamy sposób jak w umowie nr (...). Po zawarciu powyższych umów spółka (...) podjęła czynności związane z uzyskaniem oraz zatwierdzeniem projektu czasowej zmiany organizacji ruchu

w związku z planowanymi w okresie od połowy września do połowy grudnia 2008 roku pracami modernizacyjnymi wydzielonych torowisk tramwajowych wraz z siecią trakcyjną, zgodnie z § 1 pkt. 5 umów. Przystawienie tego projektu było zgodnie z umową warunkiem przekazania placu budowy (§ 9 pkt 3 ppkt 4). Projekt określał zmiany organizacji ruchu. Przy zawieraniu umowy z (...) wykonawca projektu - spółka (...) uprzedziła, że jego wykonanie zajmie około miesiąca w odniesieniu do jednej umowy oraz 1,5 miesiąca w odniesieniu do drugiej umowy i w terminach takich projekty wykonała. Zmiana w organizacji ruchu wymagała zgody Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego w S., decyzji Prezydenta Miasta S. oraz zgody ze strony Policji.

Komenda Miejska Policji odpowiadając na pismo spółki jawnej (...) z dnia 7 października 2008 roku, w piśmie z dnia 13 października 2008 roku, zezwoliła na jej wprowadzenie od dnia 3 listopada 2008 roku. Decyzja odnosząca się do przesunięcia zgody na okres po dniu 3 listopada była związana ze zwiększonym natężeniem ruchu w okolicach cmentarza przed dniem 1 listopada. Decyzją z dnia 14 października 2008 roku Prezydent Miasta Szczecin zatwierdził projekt organizacji ruchu na czas inwestycji w okresie od dnia 4 listopada 2008 roku do dnia 31 stycznia 2009 roku. W piśmie z dnia 24 października 2008 roku powódka poinformowała pozwaną o uzyskaniu zatwierdzenia projektu w wyznaczonym okresie, zwracając się jednocześnie z prośbą o przygotowanie stosownych aneksów uwzględniających zmiany terminów realizacji zadań i płatności. W odpowiedzi w piśmie z dnia 24 października 2008 roku Miejski Zakład Komunikacyjny potwierdził konieczność wprowadzenia zmian. W dniu 31 października 2008 roku Gmina Miasto S. - Miejski Zakład Komunikacyjny oraz spółka (...) podpisały aneks nr 1 do umowy nr (...) oraz aneks nr 1 do umowy nr (...) zaznaczając na wstępie aneksów, że w związku z wystąpieniem okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umów, zachodzi konieczność wprowadzenia zmian. Ustalono, że zgodnie z nowym brzmieniem § 2. umowy rozpoczęcie robót nastąpi od dnia przekazania placu budowy (§ 2 ust 1 pkt. 1), a zakończenie do dnia 31 stycznia 2009 roku (§ 2 ust 1 pkt. 2). Dalej nałożono na wykonawcę obowiązek wykonania umowy w części nie przekraczającej 40% wartości wynagrodzenia brutto, tj. do łącznej kwoty 1.878.755,14 zł brutto (dot. faktur częściowych) - do dnia 15.12.2008 roku, wykonania umowy pozostałej części, tj. w części nie przekraczającej 60% wartości wynagrodzenia brutto, tj. do łącznej kwoty 2.818.132,74 zł (dot. faktur częściowych i końcowych) - w okresie od dnia 01.01.2009 roku do dnia 31.01.2009 roku. Określając obowiązki zamawiającego zaznaczono, że zamawiający zobowiązuje się do przekazania placu budowy, przy czym przekazanie placu budowy nastąpi w dniu poprzedzającym wstrzymanie ruchu tramwajowego. W zakresie kar umownych postanowiono, że § 13 ust 1 pkt 1. otrzymuje brzmienie: wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne „za opóźnienie w wykonaniu umowy w terminie określonym w § 2 ust 1 pkt. 2 - za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w wysokości 0,5% łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust 1”. W piśmie z dnia 3 listopada 2008 roku Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego w S. odpowiadając na wniosek spółki (...) z dnia 24 października 2008 roku poinformował o przyjęciu do wiadomości zamiaru zajęcia jezdni, chodnika i zieleni w celu wykonania prac związanych z remontem torowiska tramwajowego w terminie od dnia 4 listopada 2008 roku do dnia 31 stycznia 2009 roku, ustalając jednocześnie warunki zajęcia. W dniu 3 listopada 2008 roku w siedzibie Miejskiego Zakładu Komunikacyjnego w S. odbyło się spotkanie, na którym nastąpiło przekazanie wykonawcy placów budowy związanych z realizacją robót budowlanych wykonywanych na podstawie umowy nr (...) oraz umowy nr (...). Z czynności tych sporządzone zostały protokoły przekazania. W protokołach jako termin rozpoczęcia robót wskazano dzień 4 listopada 2008 roku, a termin zakończenia - 31 stycznia 2009 roku. Na dzień 4 listopada 2008 roku został wyznaczony termin przekazania dzienników budowy dla poszczególnych inwestycji. Załączniki do protokołów stanowiły protokoły przekazania dokumentacji technicznej, harmonogram robót i lista uczestników narady. W zakresie robót objętych umową nr (...) sporządzone zostały dwa harmonogramy: harmonogram dotyczący robót torowo-sieciowych, w którym określono szczegółowo zakres czynności w postępowaniu I, tj. ul. (...) od ul. (...) do (...) oraz od ul. (...) do ul. (...); harmonogram dotyczący robót torowo - drogowych, określonych jako postępowanie II, tj. ul. (...) i ul. (...), który nie został opatrzony żadnymi podpisami. Do umowy nr (...) sporządzony został harmonogram robót torowo - sieciowy określający szczegółowy zakres postępowania II, tj. ul. (...) oraz ul. (...). Harmonogramy zostały sporządzone na polecenie dyrektora wykonawczego (...) D. W., który zlecił ich wykonanie kierownikowi torów i sieci W. Z., a ten z kolei zlecił tą czynność kierownikowi sekcji torowej W. S.. W. S. wykonując harmonogramy sygnalizował W. Z., że może być problem z wykonaniem prac w okresie zimowym. Z własnej inicjatywy W. S. zamieścił więc w każdym z harmonogramów uwagę o treści: „realizacja wymienionych czynności jest uzależniona od otrzymania przez (...) zatwierdzonej organizacji ruchu wraz ze zgodą Zarządu Dróg i

Transportu Miejskiego w S. na faktyczne rozpoczęcie prac torowych oraz sprzyjających warunków atmosferycznych do prowadzenia prac torowych”. W. Z. oraz W. S. byli przekonani, że harmonogram jest elementem umowy i tym samym ten zapis będzie zamieszczony w umowie. Po przekazaniu placu budowy w dniu 3 listopada 2008 roku spółka (...) przystąpiła do realizacji prac objętych umową nr (...) oraz umową nr (...). W przypadku obu inwestycji funkcję kierownika budowy objął T. K., a funkcję inspektora nadzoru: W. K. - w zakresie modernizacji sieci trakcyjnej oraz S. P. - w zakresie modernizacji torowisk tramwajowych. Odbiory poszczególnych, pośrednich, zgłoszonych do obioru prac wykonanych w okresie od dnia 4 listopada do końca 2008 roku zostały dokonane i potwierdzone następującymi protokołami: z dnia 8 grudnia - odbiór robót zanikających w ul. (...) na odcinku od pl. (...) do ul. (...), z dnia 9 grudnia - odbiór częściowy robót (15%) objętych umową nr (...) oraz z tego samego dnia - odbiór częściowy robót (15%) objętych umową nr (...), z dnia 12 grudnia - odbiór robót zanikających w ul. (...) na odcinku od ronda (...) do ul. (...), z dnia 15 grudnia - odbiór częściowy robót (40%) objętych umową nr (...) w ul. (...) od pl. (...) do ul. (...) oraz odbiór częściowy robót (40%) objętych umową nr (...) w ul. (...) - od ul. (...) do ul. (...), z dnia 18 grudnia - odbiór robót zanikających w ul. (...) na odcinku od ul. (...) do (...), z dnia 23 grudnia - odbiór robót zanikających na odcinku w ul. (...) od ul. (...) do ronda (...). Do dnia 15 grudnia 2008 roku prace wykonywane przez spółkę (...) były zgodne z harmonogramem. W czasie trwania prac odbywały się narady dotyczące realizacji umów. W dniu 14 listopada 2008 roku odbyła się narada w sprawie kolizji sygnalizacji świetlnej z robotami torowymi w ul. (...) (przejście dla pieszych przy bramie cementarza) oraz w ul. (...) przy skrzyżowaniu z ul. (...). W dniu 19 listopada 2008 roku odbyła się narada w sprawie robót torowych ustalająca m.in. konieczność dokonania korekt włączenia torów budowanych w stan istniejący w rejonie ul. (...) - pl. (...). W dniu 3 grudnia 2008 roku przeprowadzono oględziny miejsc usytuowania słupów trakcyjnych w ul. (...) (nr (...)), ustalając termin wykonania niezbędnych zmian w dokumentacji na dzień 9 grudnia 2008 roku. W dniu 23 grudnia 2008 roku T. K. wpisem w dzienniku budowy (dotyczącym umowy (...)) wskazał, że przystąpiono do wykonywania drenażu podłużnego i poprzecznego na ul. (...) na odcinku brama - ul. (...). W tym samym dniu w dzienniku budowy dotyczącym umowy (...) zapisano informację o protokole odbioru robót zanikających na odcinku ul. (...) - rondo (...). W okresie od Świąt Bożego Narodzenia do dnia 6 stycznia 2009 roku pracownicy (...) mieli przerwę świąteczną, w czasie której nie wykonywali robót. Kolejne wpisy w obu dziennikach dokonano w dniu 6 stycznia 2009 roku. W dzienniku budowy dotyczącym umowy (...) kierownik budowy T. K. zaznaczył, że przystąpiono do zabudowy i montażu toru na ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...), a w dzienniku budowy dotyczącym umowy (...) podał, że przystąpiono do zagęszczania warstwy tłuczniowej na ul. (...) na odcinku rondo (...) do ul. (...) oraz do zabudowy i zagęszczenia warstwy odsączającej na ul. (...). Z tej samej daty pochodzą wpisy inspektora nadzoru S. P., który przypomniał o przestrzeganiu technologii wykonywania spoin termitowych i warunków budowy toru bezстыkowego.

Na podstawie Uchwały Rady Miasta S. z dniem 1 stycznia 2009 roku Miejski Zakład Komunikacyjny w S. zakład budżetowy Gminy Miasto S. został przekształcony w (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w S.. Spółka (...) wstąpiła we wszystkie prawa i obowiązki zakładu budżetowego. Uzyskane wcześniej przez zakład budżetowy środki na realizację umów nr (...), które nie zostały wykorzystane i pochodziły z dotacji zostały rozliczone do dnia 15 stycznia 2009 roku. Dodatkowe środki spółka uzyskała poprzez podwyższenie kapitału zakładowego. W związku ze wskazanym przekształceniem nastąpiła zmiana zasad finansowania komunikacji miejskiej. Wobec powyższego z uwagi na wstrzymanie ruchu tramwajowego na trasie, gdzie prowadzone były prace dotyczące realizacji umów nr (...), kosztami komunikacji zastępczej autobusowej Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego obciążył spółkę (...). Od dnia 1 stycznia 2009 roku prezesem jednoosobowego zarządu spółki (...) został K. W.. Zastąpił on w kontaktach z (...) zastępcę dyrektora Miejskiego Zakładu Komunikacji K. T..

Po przerwie świątecznej tempo prac (...) zmniejszyło się z uwagi na to, że pogorszyły się warunki atmosferyczne, spadła temperatura, wystąpiły opady śniegu. Kierownik torów i sieci (...) W. Z. poprosił kierownika budowy W. S., aby zorganizował spotkanie z przedstawicielami nowopowstałej spółki (...) w celu omówienia tego problemu. Pismem z dnia 7 stycznia 2009 roku dyrektor wykonawczy spółki (...) D. W. zwrócił się do Miejskiego Zakładu Komunikacyjnego w S. o zorganizowanie spotkania w celu omówienia przedłużenia terminu realizacji umowy nr (...). W piśmie powołał się na treść uwagi zapisanej w harmonogramie robót torowo – sieciowych, dotyczącej warunków atmosferycznych, wskazał także, że wniosek spowodowany został utrzymującą się niską temperaturą dobową, skutkującą niemożnością wykonania poszczególnych prac torowych.

Strony prowadziły rozmowy na ten temat, prezes zarządu spółki (...) K. W. proponował, aby spółka (...) przedstawiła odpowiedni dokument z Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej, który pozwoliłby przyjąć, że wystąpiły okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umów i tym samym że zachodzi konieczność wprowadzenia zmian do umowy. Wymóg ten tłumaczył przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W dniu 6 stycznia 2009 roku w obu dziennikach budowy S. P. dokonał wpisu, w którym w związku z niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi (ujemne temperatury utrzymujące się całą dobę) przypomniał o przestrzeganiu technologii wykonywania spoin termitowych i warunkach budowy toru bezстыkowego. W dniu 13 stycznia 2009 roku w dzienniku budowy dotyczącym umowy nr (...) S. P. dokonał wpisu, w którym wyraził prośbę o rejestrację temperatur wykonywania spoin i montażu toru potwierdzającego. W dniu 21 stycznia 2009 roku odbyła się narada, na której omówiono zagadnienia związane z przedłużeniem terminu realizacji umowy nr (...). Przedstawiciele powódki uzasadniając wniosek o zmianę terminu wskazywali na okoliczność przesunięcia w związku z decyzją Urzędu Miejskiego rozpoczęcia prac o jeden miesiąc (co pogorszyło warunki realizacji robót), niedopuszczalność spawania szyn w niskich temperaturach oraz kwestie związane z jednoczesnym wykonywaniem budowy ronda na skrzyżowaniu ulic (...). Zaproponowali przedłużenie terminu zakończenia robót do dnia 28 lutego 2009 roku, uzależniając jego dotrzymanie od sprzyjających temperatur zewnętrznych. Uczestniczący w spotkaniu przedstawiciel pozwanej uznał, że zmiana terminu nie może nastąpić w oparciu o przedstawione argumenty, wskazał przy tym na konieczność uzyskania stosownej opinii instytucji meteorologicznych potwierdzającej, że w miesiącu styczniu 2009 roku wystąpiły temperatury nie dające się przewidzieć. Przygotowany przez spółkę (...) projekt aneksu do umowy nie został podpisany. Na początku stycznia 2009 roku inspektor nadzoru W. K. poinformował przedstawicieli spółki (...), w tym W. Z., że w rejonie prac prowadzonych przez (...) w ramach umowy nr (...) - od wiaduktu do pierwszej bramy cmentarza na ulicy (...) (...) planuje prace przy rurociągu ciepłowniczym. Przebudowa rurociągu kolidowała w tym miejscu z pracami przy torach tramwajowych. Wpisem z dnia 22 stycznia 2009 roku kierownik budowy T. K. poinformował, że na polecenie inspektora nadzoru W. K. wstrzymano roboty na odcinku w ul. (...) w związku z planami wbudowania rur CO. Prace ciepłownicze były wykonywane przekopem otwartym, stąd też żadne inne roboty w tym rejonie w ogóle nie mogły być wykonywane. Torowisko było rozkopane i nie można było wykonywać prac ziemnych, odwodnień linowych i montażu nawierzchni na odcinku od wiaduktu do pierwszej bramy cmentarza. Inspektor nadzoru uważał, że odwodnień linowych nie można było wykonywać również na innych odcinkach, ponieważ jest to system połączony w całość z połączeniami do kanalizacji miejskiej. Szerokość wykopu potrzebnego do budowy ciepłociągu wynosiła około 5 metrów, natomiast długość toru, która była całkowicie niedostępna dla wykonawcy - spółki (...) wynosiła 25- 30 metrów. W dniu 26 stycznia 2009 roku kierownik budowy T. K. odnotował w dzienniku budowy, że przystąpiono do montażu torów w ul. (...) na odcinku ul. (...) - brama, natomiast w dniu 1 lutego 2009 roku, że nastąpiła kontynuacja montażu torów na ulicy (...). W efekcie prowadzone prace ciepłownicze miały wpływ na realizację prac przez spółkę (...) w ramach umowy nr (...). Wpływ taki wystąpił mimo tego, że rurociąg ciepłowniczy był prowadzony wzdłuż linii tramwajowej pod nawierzchnią jezdni, a przejście rurociągu pod linią tramwajową nastąpiło tylko w jednym miejscu. Opóźnienie prac spółki (...) związane z demontażem i odbudową nawierzchni w miejscu przejścia rurociągu pod linią tramwajową wyniosło kilka dni. Ponadto prace te mogły ponadto spowodować opóźnienie na innych odcinkach robót, gdyż wykonawca musiał wykonać dodatkowe, nieprzewidziane wcześniej prace. W styczniu 2009 roku dokonano kolejnych odbiorów, w tym na podstawie protokołu z dnia 23 stycznia - odbiór robót zanikających w ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...), protokołu z dnia 26 stycznia - odbiór robót zanikających w ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...). W dniu 28 stycznia 2009 roku odbyła się narada w sprawie robót zamiennych, wykonywanych w ramach umowy nr (...). Pismem z dnia 26 stycznia 2009 roku Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Oddział Morski w G. odpowiedział na wniosek spółki (...) przesyłając „ekspertyzę” w zakresie minimalnej temperatury powietrza przy powierzchni gruntu za okres od dnia 15 grudnia 2008 roku do dnia 15 stycznia 2009 roku w rejonie miasta S.. Przesłana „ekspertyza” wymienia temperatury dla poszczególnych dni we wskazanym okresie przy powierzchni gruntu, które wyniosły od + 4°C do - 15°C. Wraz z pismem z dnia 28 stycznia 2009 roku spółka (...) przesłała spółce (...) dokumenty stanowiące źródło przygotowanego aneksu do umowy, w tym pismo Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Oddział Morski w G., fragment instrukcji spawania szyn, wybrane karty z dzienników budowy. W piśmie z dnia 30 stycznia 2009 roku spółka (...) wskazując na konieczność przedłużenia terminu robót zwróciła się do spółki (...) o zawarcie stosownych aneksów do wiążących strony umów. Zdaniem

powódki, podobnie jak w przypadku aneksów nr 1 podpisanych w dniu 31 października, również aktualnie istnieje taka możliwość na podstawie art. 144 ust. 1 prawa zamówień publicznych. Opisywane wcześniej opóźnienia w przekazaniu placu budowy oraz dodatkowo siła wyższa w postaci niesprzyjających warunków atmosferycznych stanowią bowiem okoliczności, których nie dało się przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Dalej podkreślono, że zamawiający w chwili podpisywania aneksów nr 1 miał świadomość, że spawanie w niskich temperaturach nie będzie możliwe, zatem już wtedy należało wziąć pod uwagę niesprzyjające warunki atmosferyczne. Zastrzeżenia w zakresie uzależnienia prac od warunków atmosferycznych zawarte zostały w harmonogramie robót doręczonym zamawiającemu w dniu przekazania placu budowy. Wobec przekazania placu budowy z ponad miesięcznym opóźnieniem w stosunku do zawarcia umowy i to w czasie pory zimowej niemożliwym było dochowanie zamierzonego pierwotnie terminu. Spółka (...) wskazała również na brak ewentualnej szkody po stronie Gminy S. w razie niewykonania prac do dnia 31 stycznia 2009 roku z uwagi na powiązanie robót objętych umowami nr (...) z innymi robotami torowymi prowadzonymi na rondzie przy ul. (...) słońcu i ul. (...), które nie zostaną zakończone przed dniem 15 marca 2009 roku, przy czym ruch samochodowy w tym obszarze będzie wyłączony do czerwca 2009 roku. Powódka przygotowała kolejne projekty aneksów nr 2 do umowy nr (...) zaznaczając, że w związku z wystąpieniem warunków atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie robót zachodzi konieczność wprowadzenia zmian do umów na podstawie art. 144 prawo o zamówieniach publicznych. W projektach jako dzień zawarcia aneksu wskazano datę 30 stycznia 2009 roku. W projektach zapisano między innymi, że do umowy wprowadza się następujące zmiany: termin zakończenia prac ustala się na dzień 28 lutego 2009 roku, przy czym termin ten może ulec zmianie w wypadku wystąpienia temperatur uniemożliwiających spawanie termitowe szyn, czyli spadku temperatur maksymalnych poniżej + 5 °C. W odpowiedzi na powyższe pozwana pismem z dnia 12 lutego 2009 roku wyznaczyła termin spotkania na dzień 16 lutego 2009 roku. Sąd I instancji ustalił też, że po wcześniejszym dokonaniu wpisów w dziennikach budowy z dnia 6 stycznia i z dnia 13 stycznia (przypominających o przestrzeganiu technologii wykonywania spoin termitowych i warunkach budowy toru bezстыkowego oraz zawierających prośbę o rejestrację temperatur wykonywania spoin i montażu toru) inspektor nadzoru S. P. zdecydował się wstrzymać wykonywanie robót torowych związanych z zapinaniem szyn i wykonywaniem spoin termitowych. Zgodnie z wiedzą, jaką posiadał S. P. budowa torów bezстыkowych polega na łączeniu styków szynowych przy pomocy specjalnej technologii, tor bezстыkowy może być układany w temperaturach niskich, ale później przy występowaniu temperatur sprzyjających powinien być poddany regulacji sił termicznych – naprężeń; technologia zakłada, że budując w temperaturach innych niż wymagane, niekoniecznie zimowych, można zastosować regulację sił termicznych przy użyciu narzędzi czy też metod, które pozwolą na uzyskanie naturalnych naprężeń w szynie. Według wiedzy S. P. takimi metodami są: stosowanie naprężaczy szynowych bądź podgrzewanie szyny na całej długości odcinka specjalnie usytuowanymi palnikami poruszającymi się na wózkach torowych, bądź stosowanie jednocześnie naprężaczy i podgrzewaczy szyn. S. P. pytał przedstawicieli powódki, czy takie urządzenia posiadają, od kierownika robót dowiedział się, że nie mają takich urządzeń i ich nie stosują.

W tych okolicznościach S. P. podjął decyzję, która została wyrażona poprzez wpisy w dziennikach budowy z dnia 13 lutego 2009 roku, w których S. P. wskazał, że dokonał kontroli robót torowych na poszczególnych odcinkach budowy oraz, że ze względu na panujące niekorzystne warunki atmosferyczne - opady śniegu i ujemne temperatury - od zaraz do odwołania wstrzymuje wykonywanie robót torowych związanych z zapinaniem szyn i wykonywaniem spoin termitowych. Na spotkaniu, które K. W. wyznaczył na dzień 16 lutego 2009 roku w celu omówienia kwestii warunków atmosferycznych, przedstawiciele powódki - K. L. i W. Z. przedstawili uzyskany dokument z Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej. K. W. stwierdził, że dokument ten jest niewystarczający, ponieważ aby podpisać aneks opinia instytutu powinna wskazywać temperatury i warunki atmosferyczne w kontekście dłuższego okresu czasu. K. W. nie wycofał się tym samym z możliwości podpisania aneksu, nadal przewidywał taką możliwość, o ile tylko (...) uzyska stosowne dokumenty. W dniu 18 lutego 2009 roku spółka (...) zwróciła się do Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Oddziału Morskiego w G. o przygotowanie raportu dotyczącego niesprzyjających warunków pogodowych panujących w S. w okresach od 1 grudnia 2008 roku do 31 stycznia 2009 roku w porównaniu do analogicznego okresu w latach 2004 – 2008, z uwzględnieniem pokrywy śniegowej oraz od 1 do 31 stycznia 2009 roku w porównaniu do okresu od 1 do 31 października 2008 roku. W odpowiedzi Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej Oddział Morski w G. przesłał „ekspertyzę” z dnia 20 lutego 2009 roku w zakresie minimalnej temperatury powietrza przy powierzchni gruntu, w której wskazano temperatury dla poszczególnych dni we wskazanych we wniosku okresach.

Wskazano w niej, że w okresie grudnia – stycznia 2008/2009 wystąpiło 46 dni z minimalną temperaturą powietrza przy powierzchni gruntu niższą niż 0°C, w tym samym okresie w zimie 2007/2008 - 30 dni, w latach 2004/2008 średnio 33,8 dnia. Powódka uzyskała również wydruki komputerowe ze strony www.weatheronline.pl stanowiące porównanie temperatur maksymalnych w okresie od 3 stycznia do 31 marca w latach 2008 - 2009. W dwóch pismach z dnia 18 lutego 2009 roku, kierowanych do spółki (...), K. L. w imieniu spółki (...) wskazał na inne (poza warunkami atmosferycznymi) powody, które jego zdaniem przemawiały za podpisaniem aneksów przedłużających czas wykonywania robót. W pierwszym piśmie z dnia 18 lutego 2009 roku K. L. z związku z przebudową sieci ciepłej w ul. (...), powodującą zatrzymanie prac przez inspektora nadzoru w okresie od 22 stycznia do 10 lutego 2009 roku, wniósł o przedłużenie terminu zakończenia prac objętych umową nr (...) o 19 dni oraz o zawarcie stosownego aneksu. W kolejnym piśmie z tej samej daty K. L. zawiadomił spółkę (...) o „licznych niezgodnościach” występujących w dokumentacji projektowej dotyczącej umowy nr (...) oraz umowy zawartej z (...) S.A., które uniemożliwiają prawidłowe wykonanie zleconych spółce (...) robót. Dalej K. L. wniósł o pilne uzgodnienie projektu dotyczącego modernizacji torowiska w ul. (...) z przebudową skrzyżowania ul. (...) i ul. (...) wskazując, że do czasu uzgodnienia projektu nie ma możliwości realizacji umowy nr (...). W związku z powyższym zwrócił się o podpisanie stosownego aneksu uwzględniającego opóźnienia spowodowane nieprawidłową dokumentacją projektową, w terminie 7 dni, pod rygorem odstąpienia od umowy. W dniu 23 lutego 2009 roku wpisem do dzienników budowy dotyczących obydwu umów inspektor nadzoru S. P. zezwolił od dnia 24 lutego 2009 roku na wykonywanie prac wstrzymanych w dniu 13 lutego 2009 roku z powodu warunków atmosferycznych. W okresie, w jakim S. P. wstrzymał wykonywanie robót torowych związanych z zapinaniem szyn i wykonywaniem spoin termitowych, tj. od dnia 13 lutego 2009 roku do dnia 23 lutego 2009 roku, spółka (...) wykonywała inne prace. W dzienniku budowy nr (...) dokonywane były wpisy S. P. dotyczące kontroli robót oraz dokonywanych uzgodnień odnośnie płytek nawierzchniowych, ponadto dokonywane były wpisy kierownika budowy T. K. dotyczące prac przy zabudowie tłucznia oraz odbudowie nawierzchni w ul. (...). W okresie od dnia 13 lutego 2009 roku do dnia 23 lutego 2009 roku w dzienniku budowy nr (...) dokonywane były wpisy S. P. dotyczące kontroli robót oraz dokonywanych uzgodnień odnośnie płytek nawierzchniowych, ponadto dokonywane były wpisy kierownika budowy T. K. dotyczące odbudowy nawierzchni przy ul (...), zabudowy wygrodzeń, prac przy mechanicznym podbijaniu torów. W dniu 23 lutego 2009 roku K. L. w imieniu powódki powołując się na ustalenia poczynione na naradzie w dniu 16 lutego 2009 roku przesłał pozwanej informację otrzymaną od Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej Oddziału Morskiego w G.. W piśmie tym K. L. w związku z ujawnieniem w „ekspertyzie” niekorzystnych warunków pogodowych w miesiącu styczniu w porównaniu do stycznia roku ubiegłego zwrócił się z prośbą o przygotowanie aneksów do umów nr (...). Odpowiadając na żądania określone w pismach z dnia 18 lutego 2009 roku oraz 23 lutego 2009 roku powódka odmówiła zawarcia aneksów zmieniających terminy wykonania umów wskazując, że ujawnione przez wykonawcę okoliczności nie odpowiadają warunkom dopuszczalności zmian umów stanowiących udzielenie zamówienia publicznego, przewidzianym w art. 144 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych.

Do podpisania aneksów nie doszło.

Poza modernizacją torowiska tramwajowego wraz z siecią trakcyjną realizowaną przez powódkę w ramach umów nr (...) Gmina Miasto S. zaplanowała wykonanie modernizacji torowiska tramwajowego wraz z siecią trakcyjną na rondzie przy ul. (...). Zlecenie prac na tym odcinku objęte było osobną umową. Inwestorem zlecającym prace była Gmina Miasto S. Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego, wykonawcą wyłonionym w wyniku przetargu została spółka akcyjna (...). Podwykonawcą spółki (...) została spółka (...), która w całości przejęła wykonanie robót na rondzie. Kierownikiem robót torowych prowadzonych przez (...) S.A. w obrębie ronda został T. K., pełniący obok tej funkcji cały czas funkcję kierownika budowy spółki (...) w ramach umów nr (...). Prace na rondzie rozpoczęły się w dniu 27 stycznia 2009 roku, projekt budowlany spółka (...) otrzymała wcześniej. Projekty budowlany i wykonawczy, dotyczące prac wykonywanych przez (...) w ramach umów nr (...), wykonał J. Ż., prowadzący indywidualnie działalność gospodarczą pod nazwą Biuro (...). J. Ż. pełnił też nadzór autorski na budowach wykonywanych przez (...) w ramach umów nr (...). Projekt budowlany zadania realizowanego na rondzie wykonała firma (...), którą prowadził R. T., jego pracownikiem był A. B.. Oba biura projektowe wiedziały o wykonywanych projektach, w czasie prac projektowych projektanci pocztą elektroniczną wysyłali sobie nawzajem wykonywane projekty, aby na bieżąco usuwać ewentualne niezgodności.

Z chwilą uzyskania projektu przebudowy torów na rondzie T. K. uznał, że istnieje niezgodność dokumentacji projektowej, którą określił jako nakładanie się noworemontowanych odcinków torów na siebie – zdaniem T. K. niezgodność projektów polegała na różnej szerokości międzytorzy, na różnej długości odcinków prostych i różnej długości łuków - jeden projekt przewidywał inną szerokość rozstawu torów niż drugi. W dniu 18 lutego 2009 roku w ramach budowy realizowanej na rondzie przez (...) S.A. odbyła się narada koordynacyjna, w której uczestniczyli między innymi projektanci obu projektów : z jednej strony J. Ż., z drugiej – R. T.. W naradzie uczestniczył też T. K., który zgłosił prawdopodobieństwo braku zachowania parametrów skrajni torów. W czasie narady projektanci stwierdzili, że projekty nie wykazują żadnych niezgodności, oświadczyli też, że na etapie projektowania dokonano stosownych sprawdzeń oraz symulacji celem zapewnienia prawidłowych poszerzeń torów tramwajowych. Przebieg narady opisano w dokumencie dotyczącym budowy ronda oznaczonym jako „Protokół z narady technicznej nr 7”. W dniu 18 lutego 2009 roku T. K. spotkał się również z inspektorem nadzoru S. P., który podzielił dokonaną przez T. K. ocenę obu projektów. W piśmie z tej samej daty K. L. zawiadomił spółkę (...) o „licznych niezgodnościach” występujących w dokumentacji projektowej dotyczącej umowy nr (...) oraz umowy zawartej z (...) S.A., które uniemożliwiają prawidłowe wykonanie zleconych spółce (...) robót, wniósł o pilne uzgodnienie projektu dotyczącego modernizacji torowiska w ul. (...) z przebudową skrzyżowania ul. (...) i ul. (...) wskazując, że do czasu uzgodnienia projektu nie ma możliwości realizacji umowy nr (...). Powyższe argumenty K. L. przedstawił w celu uzasadnienia potrzeby podpisania stosownego aneksu uwzględniającego opóźnienia spowodowane nieprawidłową dokumentacją projektową. W dzienniku budowy prowadzonym dla umowy nr (...) brak jest jakichkolwiek wpisów dotyczących uzgodnień projektów bądź innych problemów związanych z niezgodnością projektów budow realizowanych przez spółki : (...) na ulicy (...) i (...) S.A. na rondzie. W. S. nie zamieścił w dzienniku budowy wpisów w tym przedmiocie, ponieważ uznał, że był to problem związany z budową prowadzoną na rondzie. Na naradach odbywających się w związku z realizacją umowy nr (...) problem synchronizacji dokumentacji projektowej nie był poruszany, temat ten był wyłącznie omawiany na naradach dotyczących budowy ronda. Inspektor nadzoru S. P. po rozmowie z T. K. w piśmie z dnia 23 lutego 2009 roku kierowanym do spółki (...) wskazał na niespójności w dokumentacji projektowej dotyczącej zadania polegającego na „przebudowie skrzyżowania ul. (...) i ul. (...)” oraz „modernizacji torowiska tramwajowego w ul. (...)”, ponadto wyraził pogląd, że rozbieżności należy sprowadzić do właściwych proporcji polegających na bezkolizyjnym połączeniu torów jednej i drugiej budowy. Jednocześnie poinformował, że w dniu 18 lutego 2009 roku odbyła się narada techniczna dotycząca realizacji budowy ronda i modernizacji torowisk tramwajowych, na której projektanci oświadczyli, że oba projekty są skoordynowane i nie ma rozbieżności co do ich zakresów. Natomiast zdaniem S. P. wprawdzie rozbieżności w tych projektach nie ma, ale są w sposobie rozwiązania szczegółów projektowych. S. P. wskazał także, że wnioskowane korekty mogą być powodem wydłużenia terminu zakończenia robót torowych. Ostatecznie projektant J. Ż. nie naniósł żadnych zmian w wykonanym projekcie, na podstawie którego wykonywane były prace w ramach umowy nr (...). Ani wykonawca, ani inwestor nie zwracał się do J. Ż. o wykonanie zmian projektu w miejscu styku projektowanej przez niego budowy z budową ronda. W projekcie w miejscu styku obu budow J. Ż. nie wprowadził nawet takich zmian, które byłyby wpisane jako nieistotne. Zdaniem J. Ż. S. P. źle zinterpretował dokumentację wykonaną przez firmę (...), tj. źle zinterpretował dwa rysunki: plan sytuacyjno-wysokościowy i profil podłużny i stąd ocenił oba projekty jako niezgodne ze sobą. T. K. wykonał ostatecznie tory w miejscu styku obu budow bez zmian projektowych, jedynie na podstawie pomiarów geodezyjnych, które wykonała (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S., którą reprezentował geodeta K. S. (1). Spółka ta pełniła obsługę geodezyjną przy budowie prowadzonej na rondzie, realizowanej przez (...) S.A., w ramach tej budowy współpracowała również z podwykonawcą spółki (...), tj. spółką (...). W notatce z dnia 11 marca 2009 roku K. S. (1) opisał zmiany do geometrii wprowadzone w związku z przebudową skrzyżowania przy ul. (...) i ul. (...) oraz koniecznością dostosowania projektu torowiska tramwajowego ronda do istniejącego układu komunikacyjnego i infrastruktury technicznej. Dokumentacja projektowa zadania „Przebudowa skrzyżowania ulic (...) w S.” (rondo) oraz „Modernizacja torowiska tramwajowego w ulicy (...) i ulicy (...)” charakteryzuje się różnym stopniem dokładności opisu. Projekt przebudowy skrzyżowania ulic (...) określa dokładne współrzędne osi torowiska na styku inwestycji. W projekcie modernizacji torowiska tramwajowego w ulicy (...) współrzędnych osi torowiska na styku inwestycji nie zamieszczono. W związku z tym nie można stwierdzić, czy projekty zakładały to samo położenie torów na styku

inwestycji. Nie można tym samym jednoznacznie ocenić, czy torry połączyłyby się bez konieczności wymiany i regulacji torów oraz sieci trakcyjnej.

W związku z rozpoczętą w dniu 27 stycznia 2009 roku budową ronda, realizowaną przez spółkę (...) (działającą na rondzie w charakterze podwykonawcy spółki (...)), została uruchomiona autobusowa komunikacja zastępcza. Zgodnie z projektem organizacji ruchu, jaki powstał w związku z budową na rondzie, jeden z tymczasowych przystanków autobusowych został posadowiony w miejscu, w którym zgodnie z projektem wykonanym dla umowy nr (...) miał być wybudowany słup trakcyjny nr 10. Komunikacja zastępcza budowy ronda została uruchomiona pod koniec stycznia 2009 roku. W tej dacie spółka (...) nie miała jeszcze wylanego fundamentu pod słup nr 10, który powinien powstać zgodnie z założeniami umowy nr (...) w grudniu 2008 roku, po to aby możliwe było zachowanie terminu oddania robót przewidzianego aneksem nr 1 na dzień 31 stycznia 2009 roku. W. Z. – kierownik torów i sieci (...) miał wiedzę o konieczności wylania fundamentów pod słupy w grudniu, zdawał sobie bowiem sprawę, że względy technologiczne wymagają, aby fundamenty zostały wylane na 30 dni przed zakończeniem robót. W okresie uruchomienia komunikacji zastępczej związanej z budową na rondzie, czyli na przełomie stycznia i lutego 2009 roku pojawił się problem w postaci kolizji robót przy wylewaniu fundamentu słupa trakcyjnego nr 10 z ruchem autobusowej komunikacji zastępczej, kursującej w związku z budową na rondzie. Słup nr 10 związany był z budową sieci na ul. (...) na odcinku od ul. (...) do głównej bramy cmentarza, realizowaną w ramach umowy nr (...). Słup zgodnie z projektem miał powstać między dwoma wiaduktami, miał służyć do podwieszenia sieci na ul. (...), nie pełnił żadnej funkcji podwieszenia w stosunku do sieci ronda. Komunikacja zastępcza była jednak związana z budową ronda, dlatego kwestię tego słupa poruszano na naradach koordynacyjnych budowy ronda. W dniu 9 lutego 2009 roku sporządzona została notatka ze spotkania, jakie odbyło się w związku z budową na rondzie, w której wskazano, że w zakresie skoordynowania robót torowo – trakcyjnych na odcinku od ul. (...) do bramy głównej cmentarza, wobec potrzeby utrzymania linii autobusowej zachodzi konieczność przesunięcia terminu wykonania fundamentu pod słup trakcyjny, zlokalizowany między wiaduktami. W naradzie uczestniczyli między innymi W. S. (kierownik sekcji torowej spółki (...)), W. K. (inspektor nadzoru) i J. P. (kierownik budowy robót sieciowych spółki (...)). Temat słupa W. K. uzgadniał z J. P. - powiedział mu, że są dwie możliwości: postawienie słupa poza pasem, po którym poruszają się autobusy lub pozostawienie tego słupa tymczasowo niezamontowanym, co wymagałoby, aby przewody sieci zawiesić bez tego słupa z zastrzeżeniem, że słup zostałby postawiony po wycofaniu komunikacji autobusowej z miejsca wskazanego w projekcie jako miejsce jego posadowienia. W. K. uważał, że bez tego jednego słupa będzie możliwość zawieszenia sieci trakcyjnej, ale brak większej ilości słupów już na to nie pozwoli. W dniu 9 lutego 2009 roku (w dacie notatki) spółka (...) nie była gotowa do montażu sieci trakcyjnej, nie tylko z powodu braku wybudowania słupa nr 10, ale także z powodu braku kilku innych słupów. Zdaniem K. W. panujące w styczniu i lutym warunki atmosferyczne nie przeszkadzały w budowie sieci, mogły natomiast utrudniać budowę torów. W związku z funkcjonowaniem autobusowej komunikacji zastępczej przy przebudowie ronda od dnia 22 stycznia 2009 roku w rejonie prowadzonych robót wystąpiły utrudnienia w montażu sieci trakcyjnej, co nie uniemożliwiało jednak montażu słupów i sieci trakcyjnej na pozostałym odcinku robót. Konieczność kursowania zastępczej komunikacji autobusowej spowodowała w ostateczności przesunięcie wykonania fundamentu pod słup. Utrudnienia występowały w obrębie przęsła naprężania, w skład którego wchodził odcinek sieci ze słupem nr 10 i polegały na braku możliwości właściwego zamontowania przewodów. W piśmie dnia 4 marca 2009 roku, kierowanym do pozwanej, powódka poinformowała, że ujawnione we wcześniejszych pismach okoliczności uniemożliwiające właściwą realizację robót objętych umowami nadal trwają. W celu zakończenia budowy sieci trakcyjnych oraz rozpoczęcia czynności wykończeniowych spółka wezwała do udostępnienia placu budowy określonego umową nr (...) w celu wylania fundamentu słupa oraz do przekazania poprawionej dokumentacji projektowej w celu realizacji prac objętych umową (...), w terminie do 9 marca, pod rygorem odstąpienia od umów. W odpowiedzi na powyższe pismo spółka (...) w piśmie z dnia 9 marca 2009 roku wskazała, że przedstawione zarzuty nie stanowią podstawy do odstąpienia od umów przez wykonawców. Problem z posadowieniem słupa stanowi bowiem okoliczność niewspółmierną w stosunku do całej inwestycji, nadto możliwe jest tymczasowe dopuszczenie sieci do eksploatacji bez wbudowanego słupa. Natomiast w zakresie błędów w projekcie na naradzie w dniu 18 lutego 2009 roku projektanci poinformowali o skoordynowaniu projektów, ewentualne dokonanie korekt może nastąpić wyłącznie w zakresie później rozpoczętej budowy ronda. Dodatkowo spółka (...) podkreśliła, że opisane przez wykonawcę problemy pojawiły się już po upływie umownego terminu wykonania umowy

i są następstwem opóźnienia w terminowym wykonywaniu umowy. Ostatecznie przyjęto rozwiązanie w postaci postawienia słupa trakcyjnego nr 10 w innym miejscu, niż przewidywał to projekt budowlany, na co W. K. wyraził zgodę. Nie ma w tym przedmiocie zapisów dzienniku budowy, nie wymagało to zmiany projektu budowlanego.

Projektant J. Ż. w ramach nadzoru budowlanego nad realizacją budów wykonywanych przez (...) na podstawie umów nr (...) wykonał jedną korektę projektu budowlanego, która dotyczyła przystanku na ulicy (...). Potrzeba korekty związana była z tym, że projekt był wykonany jako projekt remontu torowiska, tory - jako remontowane – musiały być więc układane na tych samych miejscach, gdzie były pierwotnie, tj. na tych samych rzędnych wysokościowych. Po wykonaniu koryta ziemnego w rejonie przystanku na ulicy (...) geodeci stwierdzili, że zostanie utrzymany istniejący stan peronu przystankowego, który był wyżej niż wejścia do sklepów w tym rejonie. Padła wówczas sugestia, że lepszym rozwiązaniem będzie obniżenie torów, wtedy sklepy nie będą zalewane wodą opadową z peronu, co w istniejącym stanie rzeczy się zdarzało. W dniu 5 marca 2009 roku sporządzono protokół ze spotkania, zorganizowanego na żądanie kierownika budowy. W protokole odnotowano, że na spotkaniu omówiono zmiany w projekcie dotyczące przystanku na ul. (...). Ustalono, że nastąpi skrócenie długości peronu przystankowego, co pozwoli uniknąć spływu wód odpadowych do sąsiadujących placówek handlowych – zaznaczono, że zmiana ta nie wymaga zmiany projektu. Ustalono też lokalizację zabudowy smarownicy na ostatnim słupie w ul. (...), omówiono konieczność odbudowy uszkodzonych studzienek. W spotkaniu uczestniczyli W. K., J. Ż., E. K.. W dniu 5 marca 2009 roku kierownik budowy umieścił w dzienniku budowy wpis o treści: „zmiana długości peronu przystankowego na ul. (...), wyniki w protokole”. Firma J. Ż. w ciągu jednego dnia od zgłoszenia tego problemu zmieniła niweletę, tj. obniżono tor o około 10-15cm. Zmiana ta polegała na wymianie jednej strony w dokumentacji. W czasie oczekiwania na rozwiązanie zgłoszonego problemu z projektem przystanku spółka (...) wykonywała prace w ramach umowy na innych odcinkach. Według oceny T. K. zmiana projektu w rejonie przystanku „lekką” zmieniła zakres budowy oraz wpłynęła na kolejność wykonywanych czynności. Podobnie ocenił tą sytuację W. S.. W czasie realizacji prac zdarzało się, że wykonawca wykonał prace w nieznacznym zakresie inaczej niż w projekcie, J. Ż. wpisywał wówczas na odpowiedniej stronie dokumentacji, że jest to zmiana nieistotna, było to zatwierdzenie tego stanu, który wykonał wykonawca. Dotyczyło to między innymi przejazdów przez torowisko, gdzie wykonawca postanowił dać inny rodzaj podbudowy, niż był przewidziany w dokumentacji. J. Ż. wpisem na przekroju rysunku sytuacyjnego dokonał zgody na proponowane rozwiązanie.

W ramach wykonywanych prac wszystkie wjazdy z posesji, które były istniejące, zostały wyremontowane i odnowione. Nie były wymagane żadne korekty projektu związane z tymi wjazdami. W czasie wykonywania prac mieszkańcy niektórych posesji zgłaszali, że chcieliby aby wybudować im nowe wjazdy, których dotąd nie było. W dniu 5 marca 2009 roku sporządzono notatkę służbową na okoliczność problemu podniesionego przez mieszkańców domu nr 9 przy ul. (...), dotyczącego dojazdu samochodów, z sugestią wybudowania przejazdu przez torowisko. W spotkaniu uczestniczyli W. K., T. K., E. K.. Żadne nowe wjazdy nie zostały wybudowane w związku z realizacją projektu. Mieszkańcy posesji musieliby mieć zgodę administracyjną na taką budowę i wykonać ją na własny koszt, nowe wjazdy nie były więc budowane w związku z realizacją projektu finansowanego przez spółkę (...).

W dniu 19 marca 2009 roku odbyło się spotkanie, w którym uczestniczyli między innymi W. K., T. K., W. S., E. K.. Na spotkaniu omówiono problem drzewa utrudniającego ruch pieszych, rosnącego na granicy peronu i przejścia dla pieszych przy skrzyżowaniu ul. (...) i ul. (...). Ustalono, że ZDiTM wystąpi z wnioskiem o wycięcie drzewa, zanotowano że termin wycinki przewidziano na dzień 25 marca 2009 roku.

W 2009 roku dokonano kolejnych odbiorów, w tym na podstawie protokołu z dnia 27 marca 2009 roku - odbiór urządzeń odwadniających oraz z dnia 22 kwietnia 2009 roku - odbiór robót zamiennych. W dniu 24 marca 2009 roku kierownik robót K. S. (2) w dzienniku budowy dotyczącym umowy nr (...) zgłosił zakończenie robót na sieci trakcyjnej i ich odbiór na odcinku na ul. (...) (od ul. (...) od bramy cementarza oraz od ul. (...) do ul. (...)). W dniu 25 marca 2009 roku kierownik budowy T. K. w tym samym dzienniku budowy zgłosił gotowość do odbioru technicznego modernizowanych torów na ul. (...). W dniu 26 marca 2009 roku inspektor nadzoru S. P. dokonał sprawdzenia wykonania robót torowych na poszczególnych odcinkach w kontekście zgłoszenia do odbioru technicznego, po czym zaznaczył w dzienniku budowy, że opinia będzie wydana w dniu 28 marca 2009 roku. W dniu 30 marca 2009 roku

S. P. odnotował w dzienniku budowy, że rozpoczęto odbiór techniczny torów modernizowanych na odcinku ul. (...). W dniu 30 marca 2009 roku kierownik budowy T. K. dokonał natomiast wpisu o zakończeniu budowy peronów, przejść dla pieszych, przejazdów, obrzeży, wygrodzeń oraz regulacji krawężników na modernizowanych odcinakach torów. W dniu 25 marca 2009 roku kierownik robót K. S. (2) w dzienniku budowy dotyczącym umowy nr (...) zgłosił zakończenie robót na sieci trakcyjnej i ich odbiór na ul. (...) oraz ul. (...). W tym samym dniu kierownik budowy T. K. zgłosił gotowość do odbioru technicznego modernizowanych torów na ul. (...) i ul (...), zaś inspektor nadzoru S. P. w dniu 26 marca 2009 roku dokonał sprawdzenia wykonania robót. W dniu 30 marca 2009 roku kierownik budowy T. K. dokonał wpisu o zakończeniu budowy peronów, przejść dla pieszych, przejazdów, obrzeży, wygrodzeń oraz regulacji krawężników na modernizowanych odcinakach torów. Ponadto spółka (...) dokonała w piśmie z dnia 24 marca 2009 roku zgłoszenia do odbioru technicznego i prac objętych umową nr (...), proponując termin odbioru : 30 marca 2009 roku – godz. 10.00. W piśmie z dnia 24 marca 2009 roku powódka potwierdziła termin odbioru technicznego wskazując, że nastąpi w dniach 30 – 31 marca 2009 roku, od godz. 9.00. Odbiór odbył się w zaplanowanym terminie - w dniach 30 – 31 marca 2009 roku. W dniu 30 marca 2009 roku w obu dziennikach budowy inspektor nadzoru i kierownik budowy podpisali się pod wpisem, w którym wskazali, że rozpoczęto odbiór techniczny modernizowanych odcinków w ul. (...) (dziennik dot. umowy (...)) oraz że rozpoczęto odbiór techniczny torów na ul. (...) i ul. (...) (dziennik dot. umowy (...)).

W dniu 31 marca 2009 roku inspektor nadzoru i kierownik budowy podpisali się pod wpisem w dzienniku dotyczącym umowy (...), zgodnie z którym zakończono odbiór techniczny modernizowanych torów na ul. (...) i dokonano jazd próbnych, których wyniki znajdują się w protokole. W dniu 31 marca 2009 roku inspektor nadzoru i kierownik budowy podpisali się pod wpisem w dzienniku dotyczącym umowy (...), zgodnie z którym zakończono odbiór techniczny modernizowanych torów na ul. (...) i ul. (...) oraz dokonano jazd próbnych, których wyniki znajdują się w protokole. W „Protokole odbioru technicznego i dopuszczenia do eksploatacji” z dnia 31 marca 2009 roku, dotyczącym umowy nr (...), komisja dopuściła do eksploatacji tory i sieć - odcinek w ul. (...) od ul. (...) do ul. (...), po zgłoszeniu do usunięcia wad i usterek wymienionych w pkt. 7 (punkt 12 protokołu). W punkcie 7. komisja stwierdziła wady i usterek, które wymieniono w załączniku nr 1. W protokole odnotowano także, że po trasie odbieranych torów i sieci w dniu 31 marca (godz. 9.00-11.00) odbył się próbny przejazd tramwajem, do którego komisja nie wnosi zastrzeżeń. W załączniku nr 1 do protokołu obejmującym wykaz wad i usterek zapisano, że należy: oczyścić tor istniejący na początku budowy; uzupełnić brakujący tłuczeń; dostosować nawierzchnię torowiska do poziomu istniejącej jezdni przy ul. (...); dokończyć przejście dla pieszych dokończyć przejście dla pieszych przed przystankiem tramwajowym na wysokości posesji nr (...); uporządkować pobocze torowiska tramwajowego na odcinku od przystanku do końca torowiska wydzielonego; uzupełnić zalewką asfaltową szczeliny między płytami na wysokości przystanku tramwajowego; uzupełnić płotek ogrodzeniowy na końcu przystanku tramwajowego; przejście dla pieszych przy ul. (...); uzupełnić brakujące płytki chodnikowe, za duże pochylenie przejścia przez torowisko (różne poziomy jezdni); łączenia technologiczne zaszmarować emulsją asfaltową, brak czujnika naprężania typ LLA2 - 2 sztuki oraz czytnika z przewodem LJ300 - 1 sztuka; teren przylegający do torowiska tj. trawniki należy odtworzyć zgodnie z projektem uszkodzone elementy przywrócić do stanu pierwotnego do dnia odbioru końcowego. W załączniku nr 1 odnotowano, że część usterek usunięto w dniu sporządzenia protokołu – 31 marca 2009 roku, w celu usunięcia pozostałych wyznaczono termin do dnia 4 kwietnia 2009 roku. Odnośnie czujnika naprężania typ LLA2 oraz czytnika z przewodem LJ300 wykonawca nie określił terminu wykonania, w wykazie odnotowano, że sprawę tą pozostawia się do odrębnego rozpatrzenia. W tym samym dniu (31 marca 2009 roku) sporządzono „Protokół odbioru technicznego i dopuszczenia do eksploatacji” dotyczący umowy nr (...), w którym komisja dopuściła do eksploatacji tory i sieć – odcinek w ul. (...) od Pl. (...) do ul. (...) oraz zamieściła zapisy tożsame jak w poprzednim protokole. W załączniku nr 1 do protokołu obejmującym wykaz wad i usterek zapisano, że należy: ogrodzenia mocowane do słupów trakcyjnych zmienić na mocowane do własnych słupków; uzupełnić braki tłuczni między obrzeżem a szyną w rejonie przystanku tramwajowego przy p1. (...); uzupełnić szczelinę między krawężnikiem a jezdnią masą zalewową; uzupełnić płotki ogrodzeniowe przy przejeździe przy ul. (...); wymienić pokrywy teletechniczne do studni przed i za Rondem (...); posprzątać dwa przystanki na Rondzie (...); uzupełnić brakujące płotki ogrodzeniowe na przystanku tramwajowym przy ul. (...); uzupełnić zalewką asfaltową szczeliny między płytami na wysokości przystanku tramwajowego przy ul. (...); zmienić kotwienie lin wzdłużnych przy Pl. (...); brak czujnika naprężania typ LLA2 oraz czytnika z przewodem

LJ300; teren przylegający do torowiska tj. trawniki, żywopłoty należy odtworzyć zgodnie z projektem a uszkodzone elementy przywrócić do stanu pierwotnego - do dnia odbioru końcowego. W załączniku nr 1 odnotowano, że część usterek usunięto w dniu sporządzenia protokołu – 31 marca 2009 roku, w celu usunięcia pozostałych wyznaczono termin 4 kwietnia 2009 roku. Odnośnie czujnika naprężania typ LLA2 oraz czytnika z przewodem LJ300 wykonawca nie określił terminu wykonania, w wykazie odnotowano, że sprawę tą pozostawia się do odrębnego rozpatrzenia.

Ruch tramwajowy linii nr 8 przebiegającej przez ulicę (...), (...), (...) oraz (...) został wznowiony w dniu 2 kwietnia 2009 roku. W dniu 3 kwietnia 2009 roku inspektor nadzoru S. P. dokonał w dziennikach budowy obu umów wpisów o przeprowadzeniu kontroli na poszczególnych odcinkach budowy oraz o tym, że w wyniku odbioru technicznego dopuszczono do eksploatacji zmodernizowane tory tramwajowe, do wykonania pozostały roboty związane z zagospodarowaniem terenu przyległego. W dniu 9 kwietnia 2009 roku kierownik budowy T. K. złożył dwa pisemne oświadczenia, w których wskazał, że roboty objęte każdą z umów zostały wykonane zgodnie z projektami budowlano-wykonawczymi, przepisami i obowiązującymi Polskimi Normami, a teren budowy doprowadzono do należytego stanu i porządku. Oświadczenie potwierdzające zakończenie prac z jednoczesnym stwierdzeniem, że obiekty nadają się do użytkowania złożył również kierownik robót K. S. (2) w dniu 30 marca 2009 roku.

W piśmie z dnia 6 kwietnia 2009 roku powódka dokonała zgłoszenia do odbioru końcowego prac objętych umową nr (...), proponując termin odbioru 15 kwietnia 2009 roku. W piśmie z dnia 8 kwietnia 2009 roku spółka (...) poinformowała, że odbiór końcowy nastąpi od dnia 15 kwietnia 2009 roku. Wpisami w dziennikach budowy z dnia 14 kwietnia 2009 roku T. K. zgłosił zakończenie usuwania usterek i renowacji terenów zielonych oraz gotowość do odbioru końcowego. W dniu 15 kwietnia 2009 roku na skutek zgłoszenia dokonanego przez wykonawcę przystąpiono do odbioru końcowego robót objętych umowami nr (...). Z czynności odbiorowych sporządzone zostały protokoły. W „Protokołach przystąpienia do odbioru końcowego” dotyczących obu umów komisja stwierdziła, że występują wady i usterki, które wykonawca zobowiązuje się usunąć do dnia 24 kwietnia 2009 roku. W wykazie wad i usterek stanowiącym załącznik nr 1 do protokołu dotyczącego odcinka od pl. (...) do ul. (...) (torowisko bez ronda (...)) zawarte zostały następujące zapisy: uporządkować teren przylegający do torowiska wydzielonego na początku budowy przed przejściem dla pieszych przy pl. (...); przystanek tramwajowy przy p1. (...) - ostatni płotek zamykający jest za blisko torowiska; poprawić zalewkę asfaltową między płytami żelbetowymi na przystanku przy pl. (...); brak pętli indukcyjnych przy ul. (...); od p1. (...) do końca budowy między żywopłotem a obrzeżem betonowym posiać trawę; uzupełnić szczelinę między krawężnikiem a jezdnią masą zalewową; uzupełnić tłuczeń przy skrzynkach odwadniających; nie wbudowane czujniki naprężenia sieć trakcyjna; przystanki tramwajowe przy ul. (...) - ostatni płotek zamykający jest za blisko torowiska; uzupełnić zalewką asfaltową szczeliny między płytami na przystankach tramwajowych „Osiedle (...)” przy ul. (...). W zakresie wad i usterek stanowiącym załącznik nr 1 do protokołu dotyczącego odcinka od ul. (...) do ul. (...) poczyniono zaś zapisy o treści: oczyścić tor istniejący na początku budowy (nie wybrana ziemia); wyrównać pobocze zasypać czarnoziemem i posiać trawę od początku budowy do ul. (...) oraz od ul. (...) do końca budowy; przystanek tramwajowy przy ul. (...) ostatni płotek ogrodzeniowy zamykający jest za blisko torowiska od osi toru (ma być 1,70 m); usunąć wystającą rurę (po słupie) przy przejściu dla pieszych (przejazd z ul. (...)); od ul. (...) do ul. (...) (kierunek centrum) uzupełnić szczelinę między krawężnikiem a jezdnią masą zalewową; od ul. (...) do ul. (...) (kierunek centrum) oczyścić jezdnię z zanieczyszczeń (kurzy się); przeprowadzić regulację ciężaru słup 29/8 (podnieść do góry); nie wbudowane czujniki naprężenia - sieć trakcyjna; wyrównać pokrywą urządzenia smarującego z nawierzchnią torowiska z kostki kamiennej. W wykazach wad i usterek dotyczących obu umów zamieszczone zostało oświadczenie wykonawcy, który stwierdził, że nie może odszukać producentów i dystrybutorów czujników naprężenia, czujników takich nie ma w sprzedaży.

Po zakończeniu odbiorów końcowych sporządzono dwie notatki służbowe opatrzone datą 15 kwietnia 2009 roku: w notatce dotyczącej wyniku kontroli dokonanej na okoliczność sprawdzenia powierzchni torowiska ustalono, że miejscowe zawyżenia lub zaniżenia powierzchni tłuczni toru na poszczególnych odcinkach skorygowano; w notatce sporządzonej na okoliczność wykonania montażu płotków wygradzeniowych w międzytorzu typu (...) zapisano, że w wyniku rozmów ustalono sposób mocowania krańcowych płotków wygradzeniowych do słupów trakcyjnych. W okresie między odbiorem technicznym, który odbył się w dniach 30-31 marca 2009 roku, a odbiorem z dnia 15 kwietnia

2009 roku, na przystanku tramwajowym na ulicy (...) przy Pl. (...) doszło do zdarzenia, w wyniku którego drzwi wagonu tramwajowego po otwarciu przez motorniczego uderzyły w końcowe wygradzenie przystanku. Przyczyną tego zdarzenia było zbyt bliskie w stosunku do torowiska usytuowanie słupka wygradzeniowego. Lokalizacja tego słupka nie została dostrzeżona podczas odbioru technicznego. Zmiana lokalizacji słupka wymagała prac ze strony podwykonawcy (...) - firmy (...), która musiała zdemontować panel wygradzeniowy, przeciąć go, pospawać, ocynkować i pomalować. Ta poprawka końcowego wygradzenia jednego z przystanków nie miała żadnego wpływu na ruch tramwajowy, tramwaje od dnia 2 kwietnia 2009 roku stale kursowały.

W dniu 18 kwietnia 2009 roku założony został dziennik budowy dodatkowy dla budowy „modernizacja wydzielonego torowiska tramwajowego wraz z siecią trakcyjną w ul. (...) i ul. (...)”.

W dniu 20 kwietnia 2009 roku sporządzony został protokół z narady w sprawie dodatkowych robót zamiennych przy modernizacjach torowisk tramwajowych obejmujących wykonanie nawierzchni asfaltowej. W dniu 21 kwietnia 2009 roku kierownik budowy T. K. wpisał do dzienników budowy prowadzonych dla każdej z budów odnotował zakończenie robót wykończeniowych i porządkowych oraz zgłosił gotowość do odbioru końcowego. Wpisem z tego samego dnia inspektor nadzoru S. P. potwierdził zakończenie robót w dzienniku budowy dotyczącym umowy nr (...). W dzienniku dotyczącym umowy nr (...) potwierdził zakończenie robót torowych oraz doprowadzenie terenu do stanu wymaganego dokumentacją budowlaną. Wpisem z dnia 24 kwietnia 2009 roku S. P. potwierdził zabudowanie pętli indukcyjnych w ul. (...). Ponadto powódka poinformowała pozwaną w piśmie z dnia 21 kwietnia 2009 roku o usunięciu usterek stwierdzonych podczas odbioru z dnia 15 kwietnia 2009 roku i zgłosiła gotowość do odbioru końcowego robót objętych umowami nr (...), proponując termin 27 kwietnia 2009 roku. W odpowiedzi w piśmie z dnia 22 kwietnia 2009 roku spółka (...) potwierdziła wyznaczony termin. W piśmie z dnia 22 kwietnia 2009 roku spółka (...) z związku ze zgłoszeniem o zakończeniu inwestycji z dnia 25 marca wezwała do odbioru końcowego w terminie trzech dni, pod rygorem odstąpienia od umowy. Dodatkowo w kolejnym piśmie kierowanym między innymi do spółki (...), Komendy Straży Miejskiej w S. oraz Zarządcy Dróg i Transportu Miejskiego poinformowała o licznych przypadkach jazdy samochodów osobowych i motocykli po torowisku tramwajowym, powodujących niszczenie infrastruktury torowej. Odpowiadając na wezwanie do odbioru końcowego spółka (...) w piśmie z dnia 27 kwietnia 2009 roku podkreśliła, że czynności odbiorowe są w toku. W związku ze stwierdzeniem w protokole z dnia 15 kwietnia 2009 roku wad i usterek ich usunięcie zaplanowano do dnia 24 kwietnia 2009 roku. Spółka (...) wskazała także, że odbiory dokonane w dniu 31 marca 2009 roku dopuszczające torowisko do ruchu tramwajowego miały charakter odbiorów technicznych i nie stanowiły odbiorów końcowych. Dalej spółka (...) stwierdziła, że wyraźne zgłoszenie zakończenia robót objętych umowami i gotowości do odbioru końcowego otrzymała faksem w dniu 24 kwietnia 2009 roku. W dniu 27 kwietnia 2009 roku dokonano odbiorów końcowych i przekazania do eksploatacji robót objętych umowami nr (...). Zgodnie z protokołami odebrano wszystkie roboty objęte obiema umowami. Jako datę zakończenia robót wskazano 24 kwietnia 2009 roku. Dodatkowo spisany został protokół wad i usterek stwierdzonych po dniu 24 kwietnia 2009 roku, dotyczący obu umów. W oparciu o poczynione w protokole ustalenia dokonano dalszych uzgodnień w zakresie usunięcia wad. Ostatecznie w dniu 7 maja 2009 roku dokonano odbioru wad i usterek stwierdzonych po dniu 24 kwietnia 2009 roku (z wyłączeniem pozapadanej jezdni). Z czynności tej sporządzono dokument oznaczony jako „Protokół odbioru robót zamiennych”. Po dniu 7 maja 2009 roku nie były już wykonywane żadne prace. Obie umowy zostały wykonane w całości, z wyjątkiem zamontowania czujników naprężeń - inwestor ostatecznie zrezygnował z zamontowania tych czujników.

W dniu 25 maja 2009 roku spółka (...) wystawiła na rzecz spółki (...) tytułem realizacji umowy nr (...) fakturę VAT nr (...) na kwotę 784.846,17 zł oraz fakturę VAT nr (...) na kwotę 1.472.682,14 zł, natomiast tytułem realizacji umowy nr (...) fakturę VAT nr (...) na kwotę 2.191.701,64 zł oraz fakturę VAT (...) na kwotę 847.114,81 zł. W dniu 26 maja 2009 roku spółka (...) wystawiła na rzecz spółki (...) notę księgową (obciążeniową) nr (...) na kwotę 1.503.004,16 zł z tytułu kary za opóźnienie w wykonaniu umowy nr (...), zgodnie z uregulowaniem zawartym § 13 ust. 1 pkt 1 umowy oraz aneksem nr 1. W nocie wskazano wysokość kary za 1 dzień – 23.484,44 zł, ilość dni opóźnienia – 64 oraz termin umowny i termin wykonania: 31 stycznia 2009 roku i 24 kwietnia 2009 roku. Zaznaczono także, że wyliczając karę uwzględniono, że przez 19 dni trwały roboty (...) przy ul (...). W tej samej dacie pozwana wystawiła

notę księgową (obciążeniową) nr (...) na kwotę 3.603.167,78 zł z tytułu kary za opóźnienie w wykonaniu umowy nr (...). W nocie wskazano wysokość kary za 1 dzień – 43.411,68 zł, ilość dni opóźnienia – 83 oraz termin umowy i termin wykonania - 31 stycznia 2009 roku i 24 kwietnia 2009 roku. W piśmie z dnia 27 maja 2009 roku powołując się na powyższe noty księgowe pozwana złożyła oświadczenie o potrąceniu wynikających z nich należności w łącznej kwocie 5.106.171,94 zł z wierzytelnościami spółki (...) z tytułu wynagrodzenia za wykonanie umów. Należności wynikające z noty księgowej nr (...) zostały potrącone z należnościami wynikającymi z faktury VAT nr (...) (do kwoty 30.322,02 zł) i (...), wynikające zaś z noty (...) z należnościami wynikającymi z faktury VAT nr (...) (do kwoty 564.351,33 zł). Po określeniu sposobu potrąceń spółka (...) zaznaczyła, że do zapłaty z tytułu faktury VAT nr (...) na rzecz spółki (...) pozostaje kwota 190.172,82 zł, która zostanie uregulowana do dnia 19 maja 2009 roku. Pismo to doręczono powódce w dniu 28 maja 2009 roku, co zostało potwierdzone prezentatą tej spółki. W dniu 3 czerwca 2009 roku powódka odesłała noty księgowe bez księgowania uznając je za niezasadne. Poinformowała jednocześnie, że zrealizowała wiążące strony umowy z należytą starannością, zgodnie z ich treścią oraz ustaleniami stron i nie ponosi winy za opóźnienia w ich wykonaniu.

W odpowiedzi udzielonej pismem z dnia 22 czerwca 2009 roku pozwana wskazała, że zwrot not księgowych nie wywiera wpływu na zajęte w sprawie opóźnień stanowisko. Na zlecenie spółki powódki J. D. członek (...) Okręgowej Izby Budownictwa w dniu 6 lipca 2009 roku sporządził opinię w przedmiocie oceny warunków, w jakich przeprowadzono budowę dwutorowej linii tramwajowej w ul. (...) i ul. (...) w S.. Pismem z dnia 28 lipca 2009 roku spółka (...) wezwała spółkę (...) do zapłaty kwoty 5.106.171,90 zł tytułem nieuregulowanej części wynagrodzenia z tytułu wykonanych umów. W odpowiedzi pozwana uznała wezwanie za nieuzasadnione powołując się jednocześnie na dokonane w dniu 27 maja 2009 roku potrącenie.

W Polsce jedynym dokumentem, który opisuje wytyczne w zakresie technologii spawania termitem szyn jest Instrukcja Id-5. Instrukcje ID – 1 i ID – 5 są dokumentami zatwierdzonymi przez zarząd spółki (...) S.A. i obowiązują w torach zarządzanych przez tą spółkę. Przepisy kolejowe (instrukcje) stosuje się w torach tramwajowych w związku z tym, że przepisy dotyczące torów tramwajowych nie obejmują wszystkich obszarów pod względem technologii i budowania. Jest to uzasadnione tym, że materiały do budowy nawierzchni kolejowej są produkowane w tych samych zakładach, a często są to te same materiały. Instrukcja Id-5 jest dokumentem przydatnym przy łączeniu szyn tramwajowych, ponieważ technologia spawania szyn tramwajowych i kolejowych różni się przede wszystkim ilością materiału (co związane jest z kształtem przekroju poprzecznego szyny). Wynika to z faktu, że szyny kolejowe oraz tramwajowe zazwyczaj wykonane są z tego samego gatunku stali, a dostawcy materiałów spawalniczych mają w swojej ofercie zarówno produkty do spawania szyn kolejowych, jak i tramwajowych. Norma dotycząca szyn kolejowych podaje siedem gatunków stali: R200, R220, R260, R260Mn, R320Cr, R35OHT, R35OLHT, a norma dotycząca szyn tramwajowych podaje 6 gatunków stali: R200, R220G1, R260, R260GHT, R290GHT oraz R34OGHT. Oprócz tego, do budowy torowisk tramwajowych również często stosuje się szyny kolejowe typu 49E1 (S49). Łączenie szyn metodą spawania łukowego elektrodą otuloną oraz metodą spawania MAG, choć stosowane przez służby utrzymaniowe torowisk tramwajowych, nie jest w Polsce na tyle rozpowszechnione, by istniały przepisy określające warunki, które gwarantowałyby właściwą jakość oraz trwałość tego typu połączeń. Nadto łączenie szyn metodą spawania łukowego elektrodą otuloną oraz metodą spawania MAG, choć stosowane przez służby utrzymaniowe torowisk tramwajowych, nie jest w Polsce na tyle rozpowszechnione, by istniały przepisy określające warunki, które gwarantowałyby właściwą jakość oraz trwałość tego typu połączeń. Zgodnie z instrukcją Id-5 spawanie szyn nieprzytwierdzonych (w torze lub poza torem) można wykonywać przy temperaturze szyn nie niższej niż +5°C. Nie przekreśla to możliwości spawania szyn poniżej temperatury otoczenia +5°C. Oznacza to natomiast, że przy wykonywaniu prac spawalniczych przy temperaturze niższej niż +5°C należy zapewnić w trakcie procesie spawania warunki pozwalające na utrzymanie temperatury szyn powyżej wartości minimalnej, poprzez zastosowanie wózków wyposażonych w palniki. Technologia spawania z wykorzystaniem wózków wyposażonych w palniki pozwala na podwyższenie temperatury szyn tak, aby możliwe było przytwierdzenie oraz połączenie szyn zgodnie z instrukcją technologiczną. Zastosowanie powyższej metody, biorąc pod uwagę temperatury panujące w S. w okresie od drugiej połowy grudnia 2008 roku do końca lutego 2009 roku, było możliwe tylko w wybranych okresach czasu, a także przy odpowiednim reżimie technologicznym.

Nie istnieją normy bądź instrukcje opisujące tę metodę w kontekście stosowania jej zarówno przy budowie torowiska tramwajowego, jak i nawierzchni kolejowej.

Przez pojęcie „reżim technologiczny” należy rozumieć przytwierdzenie szyn w temperaturach neutralnych, po wcześniejszym podgrzaniu szyn tak, aby szyna miała temperaturę neutralną, którą się uzyskuje się przez podgrzanie. Przy przytwierdzaniu szyn, aby doprowadzić je do temperatury neutralnej, należałoby je podgrzewać na całej ich długości. Przy spawaniu szyn również należałoby podgrzewać końce szyn, w zależności od przyjętej metody spawania w niskich temperaturach. Przy spawaniu w niskich temperaturach, a następnie przytwierdzaniu szyn, w celu doprowadzenia do temperatury neutralnej zazwyczaj byłaby to jedna operacja, nie byłoby konieczne dwukrotne podgrzewanie szyn – osobno do spawania, osobno do przytwierdzania. Wykonywanie spoin termitowych w temperaturach poniżej +5 °C mogło być prowadzone, ale pod warunkiem że temperatura powietrza w ciągu dnia robót nie byłaby niższa niż - 3°C oraz przy zastosowaniu odpowiednich metod i reżimu technologicznego. W żadnym z obowiązujących w Polsce przepisów, dotyczących spawania termitowego, nie przewiduje się spawania w temperaturze poniżej +5 °C. Jeżeli wykonawca robót nie zastosowałby podgrzewania szyn w trakcie ich przytwierdzania, to w okresie wiosennym potrzebna byłaby regulacja naprężeń, która mogłaby się wiązać z wstrzymaniem ruchu tramwajowego, co wiązałoby się z dodatkowymi kosztami. Oznacza to, że jeżeli przytwierdzenie szyn nastąpiłoby w warunkach, które panowały w S. w okresie wykonywania prac, to w okresie wiosennym potrzebna byłaby regulacja naprężeń w szynach. Regulacja naprężeń w szynach polega na odkręceniu przytwierdzeń w okresie występowania temperatur neutralnych, następnie po odkręceniu w szynach wyzwalają się naprężenia, po ponownym ich przytwierdzeniu temperatura neutralna takiego toru jest równa temperaturze neutralnej. W przypadku robót wykonywanych przez powódkę w S. trzeba byłoby odkręcić szyny na całym odcinku robót (nie jednocześnie, ale na całym odcinku). Jeżeli projekt zakładał zasypanie toru tłuczniem aż po główki szyny, w przypadku regulacji naprężeń należałoby wykonać dodatkowe prace związane z odgarnięciem tłucznia w rejonie przytwierdzeń, czyli przy szynach na całej długości, gdzie jest potrzebna regulacja, byłoby to odgarnięcie tłucznia na odcinku co 60 cm na całej długości. Odgarnięcie musiałoby być na tyle duże, aby dostać się do śruby stopowej. Regulacja naprężeń w szynach wiązałaby się z wstrzymaniem ruchu tramwajowego, chyba że prace mogłyby być prowadzone w okresie, w którym ruch tramwajowy nie funkcjonuje – tj. np. w nocy. W przypadku regulacji naprężeń należy przeciąć toki szynowe w określonych miejscach, następnie ponownie je połączyć poprzez zespawanie bądź wbudowanie dodatkowej wstawki szynowej i zespawanie. W odcinkach poddanych regulacji następowałaby regulacja długości szyny – odcinki regulacji w zależności od warunków miejscowych i możliwości samoistnego przesuwania się szyny mogą wynosić ok. 100 m. W związku z tym przecięcie toków szynowych prawdopodobnie następowałoby w odległości ok. 100 metrów jeden od drugiego. Spawanie w niższych temperaturach wiąże się z koniecznością utrzymania szczególnych rygorów technologicznych, a próba łączenia szyn termitem w temperaturze szyny bliskiej 0°C wiąże się z dużym ryzykiem oraz może powodować wystąpienie wad złącza w trakcie eksploatacji.

Dla stworzenia warunków spawania jednak istnieje możliwość podgrzania samej szyny i otoczenia w namiocie termicznym, zastosowanie takiej metody przy odpowiednim reżimie technologicznym było możliwe S. w okresie od drugiej połowy grudnia 2008 roku do końca lutego 2009 roku. W okolicznościach niniejszej sprawy niewykonywanie prac spawalniczych, spowodowanych niskimi temperaturami otoczenia, prowadziło do braku możliwości połączenia szyn oraz uniemożliwiało wykonanie kolejnych procesów technologicznych związanych z budową toru, a mianowicie zasypanie tłuczniem oraz regulacja toru w planie i w profilu. Regulacja toru jest niemożliwa do wykonania bez odpowiedniej ilości tłucznia oraz w przypadku, gdy szyny nie są ze sobą połączone.

Warunki atmosferyczne, jakie panowały w S. w okresie od połowy grudnia 2008 roku do końca lutego 2009 roku umożliwiały prowadzenie prac związanych z rozbiórką torów i nawierzchni, montażem torów (z zastrzeżeniami dotyczącymi spawania szyn wskazanymi powyżej), a także prac z zastosowaniem betonu, ale prace te mogły być w dużym stopniu utrudnione. Mieszanka betonowa powinna mieć zmienioną recepturę umożliwiającą wiązanie cementu w niskich temperaturach, a ułożona na miejscu budowy powinna podlegać dodatkowym zabiegom pielęgnacyjnym (ochrona przed zbyt dużym spadkiem temperatury). Zabudowa warstw podbudowy oraz montaż nawierzchni mogłyby się odbywać po usunięciu zalegającego śniegu. Dodatkowo, przy ujemnych

temperaturach trudno właściwie zastabilizować warstwy podbudowy, a także miarodajnie skontrolować jakość prac. Analiza warunków atmosferycznych panujących w S. od połowy grudnia 2008 do końca lutego 2009 roku wskazuje więc na to, że roboty nawierzchniowe mogły być prowadzone, choć istniały duże utrudnienia w ich prowadzeniu spowodowane niesprzyjającymi warunkami atmosferycznymi. Istnieje również możliwość zmiany kolejności procesów technologicznych budowy torów przez zasypanie tłuczniem torowiska (za wyjątkiem okolic miejsc spawanych).

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd I instancji uznał powództwo za uzasadnione tylko częściowo. Obie łączące strony umowy zakwalifikował jako umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. Wskazał, że między stronami nie było sporu co do powstania po stronie powódki wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia w łącznej wysokości 5.106.171,90 zł wynikającej z wystawionych przez powódkę w dniu 25 maja 2009 roku faktur VAT nr (...) na kwotę 784.846,17 zł, nr (...) na kwotę 1.472.682,14 zł, nr (...) na kwotę 2.191.701,64 zł, nr (...) na kwotę 847.114,81 zł. Objęte oświadczeniem pozwanej o potrąceniu zawartym w jej piśmie z dnia 27 maja 2009 r. wierzytelności obejmowały kwotę 1.503.004,16 zł – kara za opóźnienie w wykonaniu umowy nr (...), którą naliczono za 64 dni przyjmując wysokość kary za 1 dzień – 23.484,44 zł, termin umowny i termin wykonania: 31 stycznia 2009 roku i 24 kwietnia 2009 roku oraz uwzględniając, że przez 19 dni trwały roboty SEC przy ul (...) (nota nr (...)) oraz kwotę 3.603.167,78 zł tytułem kary za opóźnienie w wykonaniu umowy nr (...), którą naliczono za 83 dni przyjmując wysokość kary za 1 dzień – 43.411,68 zł, termin umowny i termin wykonania: 31 stycznia 2009 roku i 24 kwietnia 2009 roku (nota nr (...)). Sąd podniósł, że aby doszło do potrącenia, a więc do umorzenia dwóch przeciwstawnych wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej (art. 498 § 2 k.c.), konieczne jest współistnienie ustawowo określonych przesłanek (wymienionych w art. 498 § 1 k.c.), które tworzą tzw. „stan potrącalności”, a nadto konieczne jest złożenie oświadczenia woli o potrąceniu (art. 499 k.c.). Niesporny był fakt, że oświadczenie woli o potrąceniu pozwana złożyła przed wytoczeniem powództwa. Spór dotyczył natomiast istnienia wierzytelności pozwanej zgłoszonych do potrącenia. Z kolei przesłankami od jakich art. 483 § 1 k.c. uzależnia powstanie roszczenia z tytułu kary umownej są: istnienie źródła, z którego wypływa obowiązek zapłaty kary umownej oraz fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego.

W rozpoznawanej sprawie źródłem tym były załączone do pozwu umowy zmienione aneksami nr 1, kara umowna została naliczona na podstawie § 13 ust 1 pkt. 1 obu umów, który w brzmieniu nadanym aneksami nr 1 brzmi : wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za opóźnienie w wykonaniu umowy w terminie określonym w § 2 ust 1 pkt 2 - za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w wysokości 0,5% łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust 1. W § 2 ust 1 pkt. 2 (w brzmieniu nadanym aneksami nr 1), do którego odwołuje się § 13 ust 1 pkt. 1 określono termin zakończenia robót oznaczając go datą 31 stycznia 2009 roku. W ocenie sądu takie zapisy świadczą o tym, że kara została zastrzeżona za „opóźnienie”, a nie za „zwłokę” w wykonaniu umowy, natomiast zdarzeniem, od którego strony uzależniły naliczanie kar umownych jest „zakończenie robót”, a nie np. podpisanie protokołów odbioru. Przywołując orzecznictwo Sąd wskazał, że w wypadku kary umownej zastrzeżonej na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia niepieniężnego kara ta należy się w wypadku zwłoki dłużnika, której dłużnik dopuszcza się jeśli nie spełnia świadczenia w terminie, przy czym nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w wykonaniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. W rozpoznawanej sprawie strony umówiły się inaczej – zastrzegły bowiem karę umowną za „opóźnienie”, a nie za „zwłokę” w wykonaniu umowy. Opierając się na założeniu, że obecnie w obrocie gospodarczym przedsiębiorcy zawierający umowy o roboty budowlane rozróżniają te dwa pojęcia, nadając im znaczenie wynikające z przepisów prawa cywilnego Sąd przyjął, że użycie w umowie zwrotu „opóźnienie” oznaczało, że wolą stron było, aby powódka odpowiadała za opóźnienie niezależnie od tego, czy jest ono następstwem okoliczności, że które powódka ponosi odpowiedzialność, czy też nie. Niezależnie od tego w ocenie Sądu w okolicznościach niniejszej sprawy brak było podstaw do przyjęcia, że opóźnienie powódki jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi ona odpowiedzialności. Opóźnienie powódki należało liczyć od dnia 1 lutego 2009 roku, który tym samym stanowi datę początkową naliczania kar umownych. Z § 13 ust 1 pkt. 1 w zw. z § 2 ust 1 pkt 2 umów (w brzmieniu nadanym aneksami) wynika, że pozwana była uprawniona do naliczania kar do „terminu zakończenia robót”. Nie jest to data 24 kwietnia 2009 roku, która pojawiła się po raz pierwszy w „Protokołach przystąpienia do odbioru końcowego” z dnia 15 kwietnia 2009 roku (dotyczących obu umów), w których

komisja odbiorowa stwierdziła wystąpienie wad i usterek, które wykonawca zobowiązał się usunąć właśnie do dnia 24 kwietnia 2009 roku. Cały proces odbiorowy rozpoczął się w dniu 30 marca 2009 roku wraz z rozpoczęciem „odbioru technicznego i dopuszczenia do eksploatacji”, który odbył się w dniach 30-31 marca. Następnie wpisami w dziennikach budowy z dnia 14 kwietnia 2009 roku T. K. zgłosił zakończenie usuwania usterek i renowacji terenów zielonych oraz gotowość do odbioru końcowego, który rozpoczął się w dniu 15 kwietnia 2009 roku, kiedy to sporządzono wspomniane powyżej „Protokoły przystąpienia do odbioru końcowego”. Umowy łączące strony (w brzmieniu zmienionym aneksami nr 1) nie wiążą terminu, do którego miały być naliczane kary umowne za opóźnienie, ze sporządzeniem jakiegokolwiek protokołu odbioru, poprzez § 2 ust 1 pkt. 2 odsyłają natomiast do „terminu zakończenia robót”. Ponadto należy zauważyć, że umowy nie posługują się pojęciami „odbiór techniczny i dopuszczenia do eksploatacji” oraz „odbiór końcowy”, mimo tego strony dokonały czynności, które w sporządzonych protokołach zostały oznaczone tymi dwoma nazwami. W ocenie Sądu w tych okolicznościach przyjąć należy, że za datę, do której uzasadnione było naliczanie kar umownych należy przyjąć dzień faktycznego zakończenia robót, które zostały odebrane w dniach 30 – 31 marca w wyniku pierwszego dokonanego przez wykonawcę zgłoszenia zakończenia robót, a więc zgłoszenia w następstwie którego przystąpiono do odbioru nazwanego przez strony „technicznym”. Faktycznie roboty zostały zakończone w dniu 30 marca 2009 roku, co potwierdził T. K. wpisami w dziennikach budowy. Ponadto powołując się na § 1 pkt. 1 umów Sąd podniósł, że ich celem miało być więc uruchomienie ruchu tramwajowego po zmodernizowanym torowisku i na zmodernizowanej sieci trakcyjnej. Roboty w tym zakresie zakończono w dniu 30 marca 2009 roku i cel umowy został osiągnięty już w dniu 31 marca 2009 roku, ponieważ – jak wynika z protokołów odbioru technicznego – w tej dacie w godz. 9.00-11.00 odbył się próbny przejazd tramwajem, do którego komisja nie wniosła zastrzeżeń.

Przywołując orzecznictwo Sąd wskazał, że strony nie mogły wprowadzić do umów zapisu, zgodnie z którym pozwana miałaby odmówić odbioru w razie stwierdzenia w trakcie czynności odbioru wad. Takie postanowienie zostało wprawdzie wprowadzone do umowy (§ 10 ust 3 pkt 1), w świetle powyższego należy je jednak uznać za sprzeczne z naturą zobowiązania i wskutek tego nieważne (art. 353 1 k.c. w zw. z art. 58 § 3 k.p.c.). Należy bowiem podzielić panujący w orzecznictwie pogląd, że ewentualne wady podlegają usunięciu stosownie do przepisów regulujących rękojmię, ale uprawnienia inwestora z rękojmi nie wpływają na istniejący po jego stronie obowiązek odbioru wykonanego świadczenia. Jednocześnie wszystkie wskazane w protokołach odbioru wady były usuwane poprzez wykonywanie prostych prac konserwacyjnych, jedynie dwie pozycje dotyczyły konieczności przeprojektowania przejazdu przy ul. (...), w celu dostosowania do poziomu istniejącej jezdni oraz przejścia dla pieszych przy ul. (...). Nie stanowiły one, co wynika z dowodu z opinii biegłego, przeszkody w normalnej eksploatacji infrastruktury tramwajowej na modernizowanych odcinkach. Powyższe ustalenia potwierdzają, że już w dniu 30 marca 2009 roku zakończone były prace, które umożliwiły dokonanie odbioru końcowego. Mając na uwadze powyższe Sąd uznał, że uzasadnione było naliczenie przez pozwaną kar umownych za okres od dnia 1 lutego do dnia 30 marca 2009 roku w stosunku do obu umów, z których powódka dochodzi swoich roszczeń. Należy jednak pamiętać, że naliczając karę z umowy nr (...) pozwana pomniejszyła ją o 19 dni z uwagi na rozpoczęte w styczniu 2009 roku roboty prowadzone przez (...). Sąd dodał, że o ile data rozpoczęcia robót przez (...) Energetykę Ciepłą (22 stycznia 2009 roku) nie budzi wątpliwości, o tyle wskazana przez powódkę data zakończenia utrudnień w dostępie do placu budowy z tego powodu (10 lutego 2009 roku) nie została w niniejszym procesie wykazana. Z dziennika budowy prowadzonego dla umowy nr (...) wynika, że prace powódki na objętych kolizją odcinkach zostały podjęte wcześniej niż 10 lutego 2009 roku, dowód z opinii instytutu wskazuje natomiast, że opóźnienie prac spółki (...) związane z demontażem i odbudową nawierzchni w miejscu przejścia rurociągu pod linią tramwajową wyniosło szacunkowo kilka dni, prace te mogły jednak spowodować opóźnienie na innych odcinkach robót, gdyż wykonawca musiał wykonać dodatkowe, nieprzewidziane wcześniej prace. W świetle materiału dowodowego nie można więc przyjąć, że brak dostępu do placu budowy trwał przez pełne 19 dni. Z uwagi jednak na stanowisko pozwanej, która uznała żądania powódki co do całych 19 dni, Sąd ustalając okres, za jaki uzasadnione było naliczenie kary umownej w odniesieniu do umowy nr (...) przyjął, że okres ten należy pomniejszyć o 19 dni. Ostatecznie Sąd przyjął za zasadne naliczania kar umownych dla umowy nr (...) za okres od dnia 1 lutego do dnia 30 marca 2009 roku pomniejszony o 19 dni, a dla umowy nr (...) okres od dnia 1 lutego do dnia 30 marca 2009 roku. W dalszej kolejności Sąd poddał ocenie przyczyny opóźnienia w wykonaniu prac. W tym kontekście podniósł, że z zeznań świadków oraz z opinii biegłego wynika, że decydujące znaczenie dla powstania opóźnienia powódki miały warunki atmosferyczne panujące w styczniu i lutym 2009 roku. Sąd wskazał, że

powódka dobrowolnie zgodziła się na określone aneksami przesunięcie terminu wykonywania umów, a więc należało przyjąć, że dysponowała takimi zasobami swojego przedsiębiorstwa, które pozwoliły jej wykonać umowy w terminie określonym przez aneksy nr 1, a więc zakończyć prace do dnia 31 stycznia 2009 roku. Ponadto przesunięcie w czasie terminów wykonywania przedmiotu umów aneksami nr 1 było dla powódki korzystne. Umowy z dnia 18 września 2008 roku w pierwotnym brzmieniu zakładały, że rozpoczęcie robót nastąpi w dniu przekazania placu budowy, zakończenie - 90 dni od przekazania placu budowy, jednak nie później niż 15 grudnia 2008 roku. Z kolei Umowy w brzmieniu zmienionym aneksami zakładały natomiast, że rozpoczęcie robót nastąpi w dniu przekazania placu budowy, zakończenie - 31 stycznia 2009 roku; przy czym w każdym przypadku przekazanie placu budowy mogło nastąpić po uzyskaniu i przedstawieniu przez powódkę planu organizacji ruchu z uzgodnieniami (§ 9 ust 3 pkt 4). Do czasu wykonania przedmiotu umów w pierwotnym brzmieniu doliczony był czas potrzebny na uzyskanie przez powódkę planu organizacji ruchu, co wymagało w pierwszej kolejności przygotowania projektu organizacji ruchu (jaki ostatecznie wykonała na zlecenie powódki firma zewnętrzna), dalej projekt ten wymagał zatwierdzenia nie tylko przez Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego (który wyraził zgodę na prace w pierwotnie założonym okresie jeszcze w sierpniu 2008 roku), ale również zatwierdzenia Prezydenta Miasta S. oraz Policji. Uzyskanie projektu czasowej zmiany organizacji ruchu - jak wynika z zeznań świadków - to czynność, która może zająć do miesiąca czasu, w tym przypadku decyzja Prezydenta Miasta S. została wydana w dniu 14 października. Nawet więc gdyby przyjąć, że decyzja ta zawierałaby zgodę na rozpoczęcie prac powódki od dnia 15 października, to czas poświęcony przez powódkę na uzyskanie i zatwierdzenie planu czasowej zmiany organizacji ruchu wyniósł cały miesiąc, faktycznie czas prac wykonywanych przez powódkę na placu budowy (w terenie) wyniósłby więc - przy pierwotnych zapisach umownych - około 2 miesiące (od dnia 15 października do dnia 15 grudnia). W dacie podpisania aneksów nr 1 powódka dysponowała już zaakceptowanym planem czasowej zmiany organizacji ruchu. Czas uzyskania i zaakceptowania planu nie był więc w wersji umowy zmienionej aneksami wliczony do czasu wykonywania umów, tym samym faktyczny czas przeznaczony na prace w terenie - w brzmieniu umów po podpisaniu aneksów - wyniósł prawie 3 miesiące (od daty przekazania placu budowy, co nastąpiło 3 listopada, do dnia 31 stycznia. W tych okolicznościach Sąd przyjął, że wprawdzie faktycznie nastąpiło przesunięcie w czasie terminów wykonywania przedmiotu umów z okresu od połowy września do połowy grudnia na okres od listopada do stycznia, jednak po podpisaniu aneksów faktyczny czas przeznaczony na prace powódki w terenie wydłużony został o okres około miesiąca, a tym samym skoro do końca grudnia panowały dobre warunki atmosferyczne (co jest niesporne), to powódka powinna skończyć prace w terenie jeszcze przed pogorszeniem się warunków atmosferycznych. Ponadto powódka nie wykorzystała w pełni czasu, kiedy warunki atmosferyczne pozwalały na prowadzenie prac w pełnym zakresie, albowiem z materiału dowodowego wynika, że w okresie od Świąt Bożego Narodzenia do dnia 6 stycznia 2009 roku pracownicy powódki mieli przerwę świąteczną, w czasie której nie wykonywali robót. Sąd wskazał też, że powódka nie dopilnowała, aby do obu umów na mocy aneksów nr 1 wprowadzony został zapis uzależniający termin zakończenia robót od warunków atmosferycznych, zapis taki pojawił się dopiero w harmonogramie, przy czym aneksy podpisano w dniu 31 października 2008 roku, a harmonogramy zostały dołączone do protokołów przekazania placu budowy, co miało miejsce już po podpisaniu aneksów, w dniu 3 listopada 2008 roku, Harmonogramy te nie zostały przy tym podpisane przez żadną z osób umocowanych do reprezentacji Miejskiego Zakładu Komunikacji w S., podpisy na niektórych (nie wszystkich) harmonogramach złożył jedynie W. S. oraz T. C.. W ocenie Sądu pozwana nie miała obowiązku podpisania aneksów przedłużających termin zakończenia robót, a powódka podpisując aneksy nr 1 dobrowolnie zgodziła się wykonać prace w okresie od dnia 3 listopada do dnia 31 stycznia 2009 roku. W dalszej części uzasadnienia Sąd Okręgowy wskazał, że przedłożone przez powódkę „ekspertyzy” meteorologiczne nie świadczą o wystąpieniu okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umów (art. 144 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie zawierania umów przez strony stanowił, że zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Pierwsza z uzyskanych przez powódkę „ekspertyz” w ogóle nie zawierała analizy warunków atmosferycznych po kątem ich nadzwyczajności, natomiast druga „ekspertyza” zawierała informacje jedynie z kilku lat poprzedzających zimę 2008/2009 (od 2004 do 2008 roku), co więcej z „ekspertyzy” tej wynika, że występowanie w okresie od grudnia do stycznia dni z minimalną temperaturą powietrza przy powierzchni gruntu niższą niż 0°C jest zjawiskiem powszechnym, w latach

2004/2008 w okresie od grudnia do stycznia taką temperaturę zanotowano bowiem przez średnio 33,8 dni; wskazana „średnia” liczba dni świadczy o tym, że są lata, gdzie ilość dni z taką temperaturą jest mniejsza niż 33,8 oraz lata, gdzie liczba ta przekracza 33,8 dni, co nastąpiło w zimie 2008/2009 (odnotowano wówczas 46 dni z opisywaną temperaturą). Nie oznacza to więc, że w zimie 2008/2009 wystąpiły nadzwyczajne warunki pogodowe, przeciwnie są to warunki jakich należało się spodziewać na podstawie średnich danych z lat 2004/2008. Niezależnie od tego w ocenie Sądu, fakt występowania w okresie od grudnia do stycznia na terenie Polski (w tym również na wybrzeżu) temperatur niższych niż 0°C, jak i opadów śniegu, jest faktem powszechnie znanym i nie wymaga dowodzenia. W konsekwencji powódka nie mogła powoływać się na nadzwyczajne warunki atmosferyczne, których nie mogła się spodziewać. Ponadto z ustaleń dokonanych w oparciu o opinię biegłego wynika, że warunki atmosferyczne, jakie panowały w S. w okresie od połowy grudnia 2008 roku do końca lutego 2009 roku umożliwiały prowadzenie prac związanych z rozbiórką torów i nawierzchni, montażem torów (przy czym spawanie wymagało odpowiedniego reżimu technologicznego), a także prac z zastosowaniem betonu, ale prace te mogły być w dużym stopniu utrudnione (np. mieszanka betonowa powinna mieć zmienioną recepturę, powinna podlegać dodatkowym zabiegom pielęgnacyjnym, zabudowa warstw podbudowy oraz montaż nawierzchni mogły się odbywać po usunięciu zalegającego śniegu). Z opinii wynika również, że możliwe było spawanie szyn poniżej temperatury otoczenia +5°C, o ile zapewnionoby w trakcie spawania warunki pozwalające na utrzymanie temperatury szyn powyżej wartości minimalnej, poprzez zastosowanie wózków wyposażonych w palniki, co pozwoliłoby uzyskać zarówno do przytwierdzenia, jak i do spawania szyn temperaturę neutralną, którą się uzyskuje się przez podgrzanie. Dla stworzenia warunków spawania istnieje też możliwość podgrzania samej szyny i otoczenia w namiocie termicznym, zastosowanie takiej metody przy odpowiednim reżimie technologicznym było możliwe S. w okresie od drugiej połowy grudnia 2008 roku do końca lutego 2009 rok. W toku procesu udowodnione zostało, że inspektor nadzoru S. P. wpisami w dziennikach budów wstrzymał roboty torowe związane z zapinaniem szyn i wykonywaniem spoin termitowych w okresie 13 lutego – 24 lutego 2009 roku (niecałe dwa tygodnie), uczynił to jednak po uprzednim przypomnieniu o przestrzeganiu technologii wykonywania spoin termitowych (wpisy z 6 stycznia); jak wynika z zeznań S. P. znał on technologie regulacji sił termicznych w szynach za pomocą naprężaczy szynowych bądź podgrzewania szyny na całej długości odcinka palnikami poruszającymi się na wózkach torowych i oczekiwał zastosowania tych technologii przez powódkę (zeznania świadka korespondują w tym względzie z opinią instytutu), przy braku zastosowania tych metod ze strony powódki - mimo dokonanego w dniu 6 stycznia przypomnienia o obowiązku przestrzegania technologii wykonywania spoin termitowych - S. P. zdecydował się wstrzymać roboty torowe związane z zapinaniem szyn i wykonywaniem spoin termitowych. Jak wynika z materiału dowodowego przyczyną wstrzymania robót był brak zastosowania przez powódkę technologii wymaganej w występujących warunkach atmosferycznych, a nie brak technologicznej możliwości wykonywania robót związanych z zapinaniem szyn i wykonywaniem spoin termitowych. Dodatkowo Sąd wskazał, że mimo wstrzymania robót torowych w opisanym zakresie w okresie 13 lutego – 24 lutego 2009 roku powódka mogła wykonywać inne prace i wykonywała je, o czym świadczą wpisy w dziennikach budowy. Ostatecznie więc niemożna przyjąć, iż opóźnienie powódki jest usprawiedliwione panującymi w styczniu i lutym warunkami atmosferycznymi. Tym samym nie sposób przyjąć, że za opóźnienie to nie można przypisać powódce odpowiedzialności. Powódka zgodziła się podjąć i wykonać prace w ramach czasowych określonych przez aneksy nr 1, przy czym faktyczny czas prac wykonywanych w terenie po podpisaniu aneksów uległ wydłużeniu. Powódka nie wykorzystała tej możliwości, ponadto zgodziła się wykonać umowę w okresie zimowym nie dysponując technologią pozwalającą na wykonanie prac przy układaniu i spawaniu torów w niskich temperaturach. Sąd podkreślił, że powódka jest profesjonalnym przedsiębiorcą, podjęła się wykonać prace w okresie od 3 listopada do 31 stycznia, jej kontrahent miał więc podstawy do tego, aby oczekiwać, że powódka dysponuje takimi zasobami swojego przedsiębiorstwa (pracownikami, sprzętem, technologią), które pozwolą jej wykonać obie umowy w terminie. Z zeznań świadków pracowników powódki: w tym T. K. (kierownika budowy) oraz W. S. (kierownika sekcji torowej), a także z dowodu z opinii biegłego wynika, że warunki atmosferyczne były w zasadzie jedyną przyczyną opóźnienia robót. Z powyższego wynika, że pozostałe przyczyny, jakie powódka podała, jako leżące poza nią przeszkody uniemożliwiające wykonanie umów w terminie, stanowiły problemy, które – jak zeznał świadek T. K. – „występują na budowach i są na nich rozwiązywane”. Z zeznań tego świadka wynika, że to warunki pogodowe, a nie pozostałe problemy opóźniły wykonanie robót. Ocena świadka w tym zakresie jest zdaniem Sądu wiarygodna, świadek z racji pełnionej funkcji miał bowiem największą wiedzę co do przeszkód, jakie spowodowały opóźnienie. Tym samym już na podstawie dowodu z opinii instytutu

i zeznań świadka T. K. można przyjąć, że pozostałe przyczyny, jakie podała powódka, nie spowodowały utrudnień prowadzących do opóźnienia robót i tym samym nie mogą stanowić podstawy do tego, aby przyjąć, że opóźnienie powódki jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi ona odpowiedzialności. Materiał dowodowy wskazuje przy tym, że dwie spośród pozostałych (poza warunkami pogodowymi) przeszkód - tj. niezgodności w projektach „na styku” budowy realizowanej przez powódkę w ramach umowy nr (...) i budowy realizowanej na rondzie oraz kolizja robót przy budowie fundamentu słupa trakcyjnego nr 10 z ruchem komunikacji zstępczej kursującej w związku z budową na rondzie - w ogóle nie wystąpiłyby, gdyby powódka zakończyła budowę w terminie, tj. w dniu 31 stycznia 2009 roku, co wynika stąd, że obie te przeszkody związane były z rozpoczętą w dniu 27 stycznia 2009 roku budową na rondzie. Oba te problemy były więc następstwem tego, że powódka opóźniła się z wykonaniem umów będących przedmiotem procesu. Dodatkowo Sąd zauważył, że problemy polegające na niezgodności w projektach „na styku” budów – jak wynika z materiału dowodowego – zostały rozwiązane w ramach budowy realizowanej na rondzie. Projektant dokumentacji, w oparciu o którą powódka realizowała objęte sporem umowy (J. Ż.) nie dokonał żadnej zmiany w projekcie budowlanym, związanej z problemami „na styku” budów, wskazał natomiast, że problem ten jest efektem błędnego odczytania rysunków. Faktu wystąpienia błędów projektowych nie potwierdził też dowód z opinii biegłego. Rozwiązanie jakie ostatecznie przyjęła zastosowała powódka znalazła zatrudniona na budowie ronda spółka (...), przy czym podkreślenia wymagało, że nie wymagało ono zmian w projekcie ani zgody projektantów. Powyższe świadczy o tym, że przeszkoda ta nie może być uznana za usprawiedliwienie opóźnienia powódki w wykonaniu robót. Sąd wskazał też, że z zeznań świadka W. S. (pracownika powódki), który wynikało, iż występujące w ocenie kierowników budowy powódki niezgodności w projektach „na styku” budów nie spowodowały opóźnienia robót, ale „jakiś problem”. Podobnie zeznał świadek A. B., który wskazał, że nie było z tego powodu żadnego zatrzymania robót. Podobnie kolizja robót przy budowie fundamentu słupa trakcyjnego nr 10 z ruchem autobusowej komunikacji zstępczej, kursującej w związku z budową na rondzie, w ogóle nie powstałaby, gdyby powódka zakończyła budowę do dnia 31 stycznia. Oceniając tą przesłankę opóźnienia Sąd zwrócił uwagę na zeznania świadka W. Z. (pracownika powódki – kierownika torów i sieci), który w swoich zeznaniach przyznał, że „fundament powinien stać najpóźniej w grudniu – w pierwszych dniach stycznia”, natomiast konflikt związany z komunikacją zastępczą powstał na przełomie stycznia/lutego. Jak wynika z materiału dowodowego (z opinii instytutu i zeznań świadków) do dnia 15 grudnia 2008 roku prace wykonywane przez spółkę (...) były zgodne z harmonogramem, w połowie grudnia nastąpiła przerwa świąteczna, nie wykonano więc zaplanowanych na drugą połowę grudnia i początek stycznia fundamentów pod słupy trakcyjne, w tym fundamentu słupa nr 10, co spowodowało opóźnienie robót w stosunku do harmonogramu, a w dalszej kolejności dalsze problemy związane z pogodą i rozpoczętą pod koniec stycznia budową ronda. Jak zeznał odnośnie słupa nr 10 świadek W. Z. (kierownik torów i sieci powódki): „ten słup faktycznie nie miał istotnego znaczenia dla budowy sieci, ale bez niego budowa nie byłaby odebrana, a zasada jest taka, że obciążenie słupa może dokonać się po około miesiącu od dokonania fundamentu”. W świetle powyższych zeznań za niczym nieusprawiedliwione Sąd uznał zachowanie powódki, która mając termin zakończenia robót określony w aneksach na dzień 31 stycznia do końca grudnia nie wylała fundamentów pod słupy trakcyjne, co powinna uczynić, aby przed dniem 31 stycznia można było dokonać obciążenia słupów. Co więcej powódka w odniesieniu do słupa nr 10 nie wykonała fundamentu do końca stycznia 2009 roku, co spowodowało kolizję z komunikacją zastępczą związaną z budową ronda. Dodatkowo wskazać należy, że dotyczyło to nie tylko słupa nr 10, ale – jak zeznał świadek W. K. – również innych słupów. Świadek nie pamiętał dokładnie numerów słupów, których wraz z fundamentami brakowało w momencie, kiedy pojawił się problem z posadowieniem słupa nr 10, wskazał jednak, że brakujących słupów było około 5. W tych okolicznościach Sąd uznał za nieuzasadnioną tezę, że kolizja słupa nr 10 z autobusową komunikacją zstępczą, kursującą w związku z budową na rondzie, jest okolicznością która wpłynęła na opóźnienie powódki i za którą powódka nie ponosi odpowiedzialności. W ocenie Sądu opóźnienia powódki nie usprawiedliwiały również problemy związane z wycinką drzewa rosnącego na granicy peronu i przejścia dla pieszych przy skrzyżowaniu ul. (...) i ul. (...) oraz zmiany w projekcie, dotyczące przystanku tramwajowego na ul. (...). Problemy takie, co potwierdził świadek T. K., pojawiają się na każdej budowie. Sąd przyjął, że wykonawca ustalając w umowie termin wykonania robót uwzględnia, że na każdej budowie będą problemy związane z różnymi kolizjami, a także problemy projektowe (rozwiązywaniu tych problemów służy instytucja nadzoru autorskiego). Ponadto kierownicy budowy powódki T. K. i W. S. sami przyznali, że sprawa zmian projektu przystanku na ul. (...) nie wpłynęła na opóźnienie robót, choć spowodowała pewne trudności. Natomiast odnośnie drzewa rosnącego w rejonie budowanego przystanku Sąd wskazał, że problem ten – jak wynika

z notatki sporządzonej na tą okoliczność – został podniesiony przez pracowników powódki w dniu 19 marca 2009 roku, termin wycinki przewidziano na dzień 25 marca 2009 roku. Jak wynika z dzienników budowy wpisem z dnia 30 marca 2009 roku kierownik budowy T. K. zgłosił zakończenie budowy peronów, przejść dla pieszych, przejazdów, obrzeży, wygradzeń oraz regulacji krawężników na modernizowanych odcinakach torów. W świetle powyższego za niewiarygodne sąd uznał zeznania świadków T. K. i W. S., którzy zeznali o utrudnieniach związanych z problemem drzewa. Z opisanych wyżej dowodów wynika bowiem, że problem zgłoszono na spotkaniu w dniu 19 marca 2009 roku, a w dniu 30 marca przystanki były już gotowe. Ponadto plac budowy został przekazany powódce w dniu 3 listopada, a problem z drzewem został podniesiony dopiero w notatce z dnia 19 marca 2009 roku. Nie budzi wątpliwości, że zarówno wszczęcie procedury związanej z wycinką drzewa, jak i sama wycinaka, mogły nastąpić w pierwszych miesiącach budowy bądź nawet w miesiącach zimowych, kiedy panowały niesprzyjające innym pracom warunki pogodowe, tymczasem powódka zajęła się tym problemem w ostatnim miesiącu wykonywania umowy (w miesiącu marcu), kiedy określony umowami termin zakończenia robót był już dawno przekroczony.

W tym stanie rzeczy Sąd uznał, że kara umowna została przez pozwaną zasadnie naliczona za okres od 1 lutego do 30 marca 2009 roku, obejmujący 58 dni, przy czym w przypadku umowy nr (...) zgodnie ze stanowiskiem pozwanej okres ten został pomniejszony o 19 dni z powodu nieudostępnienia powódce placu budowy w związku z realizowaną budową ciepłociągu, co oznacza że dla umowy nr (...) kara powinna być naliczona za 39 dni (różnica między 58 i 19). Za opóźnienie w wykonaniu umowy nr (...) po stronie pozwanej powstała więc wierzytelność w wysokości 915.893,16 zł (39 dni x 23.484,44 zł), za opóźnienie w wykonaniu umowy nr (...) wierzytelność w wysokości 2.517.876,28 zł (58 dni x 43.411,66 zł), co daje łącznie wierzytelność w wysokości 3.433.769,44 zł. Tym samym oświadczenie pozwanej o potrąceniu wywołało skutek w postaci umorzenia obu przeciwstawnych wierzytelności do kwoty 3.433.769,44 zł. Po stronie powódki pozostała więc niezaspokojona wierzytelność w kwocie 1.672.402,46 zł (różnica między 5.106.171,90 zł i 3.433.769,44 zł), taka też kwota została zasądzona na rzecz powódki w wyroku.

Sąd uznał za niezasadny wniosek powódki podniesiony w pozwie o miarkowanie kar umownych zgodnie z art. 484 § 1 k.c., albowiem nie wystąpiły przesłanki do zastosowania tej regulacji. W obrocie gospodarczym kara zastrzeżona wysokości 0,5% dziennie nie jest rażąco wygórowana - między przedsiębiorcami występują nawet kary dwukrotnie wyższe (1 % dziennie). Zauważyć należy, że za wykonanie obu umów łącznie przewidziano wynagrodzenie powódki w wysokości 13.379.220,69 zł brutto (4.696.887,88 + 8.682.332,81 zł). Sąd nie znalazł więc podstaw do miarkowania kary umownej. Ponadto pozwana poniosła szkodę, wbrew stanowisku powódki. Nie była ona inwestorem robót na rondzie (inwestorem była Gmina Miasto S. Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego). W związku z pracami wykonywanymi przez powódkę pozwana zatrudniała inspektorów nadzoru, wykonywane przez powódkę prace wymagały też współdziałania i zaangażowania innych pracowników pozwanej, tym samym nie tylko uruchomienie linii tramwajowej miało wpływ na ewentualną szkodę po stronie pozwanej. Ponadto pozwana przedłożyła dowody z dokumentów, z których wynika, że pozwana (po przekształceniu w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością), z uwagi na wstrzymanie ruchu tramwajowego na trasie, gdzie prowadzone były prace dotyczące realizacji umów nr (...), została obciążana przez Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego kosztami zastępczej komunikacji autobusowej. Stan faktyczny sprawy Sąd ustalił w oparciu o dowody z dokumentów prywatnych, z dokumentów w postaci dzienników budowy, które zgodnie z art. 45 ust 1 ustawy Prawo budowlane są dokumentami urzędowymi, z zeznań świadków, z zeznań prezesa zarządu pozwanej K. W. (powódka wnosila o ograniczenie dowodu z przesłuchania stron do przesłuchania strony pozwanej) oraz z opinii Instytutu Kolejnictwa w W.. Dokumenty powołane jako dowody w sprawie nie były przez strony kwestionowane. Zeznania świadków Sąd ocenił jako wiarygodne. Przesłuchani świadkowie (zarówno świadkowie strony powodowej jak i świadkowie strony pozwanej) złożyli zeznania, które wzajemnie się uzupełniały i pozwoliły na ustalenie faktów istotnych dla rozstrzygnięcia.

Na podstawie zeznań świadków W. K. i S. P. Sąd ustalił, że w okresie od Świąt Bożego Narodzenia do dnia 6 stycznia 2009 roku pracownicy (...) mieli przerwę świąteczną, w czasie której nie wykonywali robót. Fakt ten wynika ze zgodnych w tym zakresie zeznań obu świadków, pełniących funkcję inspektorów nadzoru, zeznania świadków korespondują przy tym z zapisami w obu dziennikach budowy (stanowiących dokumenty urzędowe). Na temat pracy pracowników powódki w omawianym okresie wypowiadał się również świadek T. K. - kierownik budowy, zatrudniony

przez powódkę. W ocenie Sądu zeznania tego świadka nie pozostają w sprzeczności z zeznaniami W. K. i S. P.. Świadek T. K. zeznał, że przerwa świąteczna była ujęta w harmonogramie oraz przyznał, że przez dwa dni świąt nikogo nie było na budowie. Co do kolejnych dni (okres po Bożym Narodzeniu do dnia 6 stycznia) świadek nie udzielił jasnej odpowiedzi, wskazał jedynie, że pracuje na niepełnym etacie, jest rencistą i osobą niepełnosprawną, ponadto od 27 grudnia świadka na budowie go nie było. Świadek dodał też, że budowę realizowali oprócz pracowników powódki firmy podwykonawców, sugerując w ten sposób, że jeżeli nie pracownicy powódki, to pracownicy tych firm wykonywali w omawianym okresie prace na budowie. W związku z tym, że świadek nie wskazał jednoznacznie, że prace były wykonywane w okresie od Świąt Bożego Narodzenia do dnia 6 stycznia 2009 roku, Sąd uznał, że jego zeznania nie pozostają w sprzeczności z zeznaniami W. K. i S. P., ani w żaden sposób ich nie podważają. Ponadto zeznania W. K. i S. P., jako zgodne ze sobą i korespondujące z dziennikami budowy nie mogą być uznane za niewiarygodne.

Sąd nie znalazł podstaw do tego, aby uwzględnić zgłoszony przez stronę powodową po przesłuchaniu przedstawiciela instytutu G. S. wniosek o dopuszczenie dowodu z kolejnej pisemnej opinii uzupełniającej, która miałaby zawierać odpowiedź na pytanie: „czy i w jakim zakresie zwiększyłyby się koszty wykonania pojedynczych spawów oraz czas ich wykonania w tych nowatorskich technologiach, w temperaturach panujących w S. od drugiej połowy 2008 roku do końca lutego 2009 roku, w stosunku do technologii stosowanej przy temperaturze + 5°C?”. Wniosek ten Sąd uznał za spóźniony, a strona powodowa nie przedstawiła żadnych argumentów wyjaśniających, dlaczego nie został on zgłoszony po doręczeniu stronie powodowej pierwszej pisemnej opinii. Ponadto dokonanie przez instytut analizy w kierunku przedstawionym przez powódkę nie doprowadziłoby do zmiany rozstrzygnięcia. Koszt wykonania spawów przez powódkę nie miał bowiem wpływu na termin zakończenia robót ani na zastrzeżoną w umowie karę umowną. Powódka dobrowolnie zgodziła się na podpisanie aneksów nr 1, zobowiązała się więc wykonać umowę za określone wynagrodzenie ryczałtowe oraz w określonym aneksami terminach. Zwiększony koszt wykonania spawów w okresie zimowym nie miałby wpływu na zasadność roszczenia o zapłatę kary umownej naliczonej za opóźnienie.

Sąd oddalił wnioski dowodowe stron zgłoszone z naruszeniem art. 479⁽¹²⁾ § 1 k.p.c. i art. 479⁽¹⁴⁾ § 2 k.p.c. Dotyczy to w szczególności wniosków zgłoszonych przez stronę powodową w piśmie procesowym z dnia 24 listopada 2009 roku, w tym wniosku z przesłuchania świadka K. S. (1). Powódka załączyła do pozwu notatkę z dnia 11 marca 2009 roku sporządzoną przez K. S. (1), który opisał zmiany do geometrii wprowadzone w związku z przebudową skrzyżowania przy ul. (...) i ul. (...) oraz w związku z koniecznością dostosowania projektu torowiska tramwajowego ronda do istniejącego układu komunikacyjnego i infrastruktury technicznej. O ile powódka była zdania, że dowód z tej notatki jest niewystarczający dla wykazania faktów, jakie zamierzała udowodnić, mogła już w pozwie zgłosić dowód z przesłuchania świadka K. S. (1). Świadek miałby – zgodnie z wnioskiem zgłoszonym w piśmie z dnia 24 listopada 2009 roku – zeznawać na okoliczność istnienia niezgodności między projektami robót w ul. (...), ul. (...) i na rondzie, prowadzenia w tej mierze uzgodnień przez strony oraz na okoliczność sposobu rozwiązania niezgodności. Są to fakty, na jakie powódka powoływała się już w pozwie, zdaniem Sądu potrzeba przesłuchania tego świadka nie pojawiła się więc później niż w pozwie. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że pominięcie dowodu z zeznań tego świadka uzasadnia art. 217 § 2 k.p.c.. Za pomocą przeprowadzonych w sprawie dowodów, w tym z zeznań świadków będących projektantami, ustalone zostało, że nie wprowadzono żadnych zmian do projektu budowlanego czy wykonawczego dotyczącego umów, których dotyczy niniejsza sprawa, a zastosowane w praktyce rozwiązanie – które znalazła dla wykonawcy spółka K. S. (1) (...) – zostało wykonane w ramach robót na rondzie. Tym samym nawet przesłuchanie K. S. (1), które mogłoby przybliżyć techniczne szczegóły przyjętego rozwiązania (opisanego zresztą przez K. S. (1) w notatce z dnia 11 marca 2009 roku) nie wpłynęłoby na ostateczne wnioski Sądu dotyczące braku wpływu podnoszonego przez powódkę problemu niezgodności projektów na zasadność naliczenia kar umownych. Za spóźnione oraz podlegające pominięciu na podstawie art. 217 § 2 k.p.c. bądź na podstawie art. 227 k.p.c. (jako fakty nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia) Sąd uznał również wnioski dowodowe powołane przez strony w kolejnych pismach procesowych, w tym: wnioski powołane w piśmie z dnia 14 grudnia 2009 roku (w którym nie wskazano nawet jaka jest przyczyna powołania nowych dowodów na tym etapie postępowania), w piśmie z dnia 31 marca 2011 roku (dowody powołane w tym piśmie miały zmierzać do wykazania, że pozwana przy innych przetargach nie stosuje kar umownych, pomimo naruszenia postanowień umownych, co jest faktem nie mającym znaczenia dla rozstrzygnięcia), w piśmie z dnia 14 kwietnia 2011 roku (dowody powołane w tym piśmie miały wykazać, że dowody powołane w piśmie z dnia 31

marca 2011 roku przez stronę powodową są spóźnione, ponieważ miała ona możliwość ich uzyskania już wcześniej – wobec oddalenia dowodów powołanych w piśmie z dnia 31 marca 2011 roku nie było potrzeby rozważania zasadności tych wniosków dowodowych), w piśmie z dnia 16 listopada 2011 roku (dowody powołane w tym piśmie odnoszą się do zastosowanej przez powódkę metody spawania, zarówno dowody jak i twierdzenia dotyczące tej okoliczności powinny być powołane przez stronę powodową już w pozwie, gdzie podnoszono wpływ warunków atmosferycznych na wykonywane przez powódkę prace).

Jako podstawę zasądzenia odsetek Sąd wskazał przepis art. 481 § 1 k.c. przywołując terminy płatności wskazane w fakturach załączonych do pozwu.

Z kolei jako podstawę rozstrzygnięcia w zakresie kosztów procesu Sąd wskazał art. 108 § 1 k.p.c., pozostawiając szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu przy założeniu, że powódka wygrała sprawę w 32,75 % (żądanie pozwu wynosiło 5.106.171,90 zł, Sąd zasądził 1.672.402,46 zł).

Apelację od powyższego wyroku złożyła powódka zaskarżając jego pkt. II i III wyroku. Skarżąca sformułowała następujące zarzuty:

1. naruszenie prawa materialnego, w postaci:

- art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 473 k.c. w zw. z art. 65 § 2 k.c. poprzez przyjęcie, iż strony przyjęły w umowie absolutną odpowiedzialność powódki za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, podczas gdy strony takiej odpowiedzialności nie przewidziały;

- art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. poprzez przyjęcie, iż w sprawie zachodziły przesłanki do zastosowania kary umownej przez pozwanego podczas gdy przesłanki takie nie zaszły wobec braku szkody po stronie pozwanej, a także braku zaistnienia okoliczności obciążających pozwanego wskazanych w § 13 ust. 1 pkt. 1 obu umów;

- art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 362 k.c. w zw. z art. 5 k.c. poprzez przyjęcie, iż pozwanemu przysługiwała kara umowna z powodu nieterminowego wykonania umowy przez powódkę, w sytuacji, gdy pozwana przyczyniła się do przesunięcia terminu wykonania robót z okresu jesiennego (15.09.2008-15.12.2008) na jesienno-zimowy (3.11.2008-31.01.2009), co w następstwie złych warunków atmosferycznych doprowadziło do nieterminowego wykonania umowy przez powódkę,

- art. 484 § 2 k.c. poprzez błędne przyjęcie, iż w sprawie nie zachodziły przesłanki do miarkowania kary umownej w sytuacji, gdy była ona rażąco wygórowana, zwłaszcza w świetle przyczyn nieterminowego wykonania robót, braku szkody po stronie pozwanej przy wielomilionowej karze umownej oraz kar umownych za zwłokę niższych o jedną piątą zastrzeżonych przez pozwaną w innych postępowaniach na tego samego rodzaju prace, zaś zobowiązanie powódki zostało w całości wykonane;

- art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy) poprzez przyjęcie, że powódka powinna była dopilnować wprowadzenia w aneksie nr 1 z dnia 31 października 2008 r. przesuwającym termin wykonania umowy na okres od dnia przekazania placu budowy (3 listopada 2008 r.) do dnia 31 stycznia 2009 r. zapisu uzależniającego termin zakończenia robót od warunków atmosferycznych, podczas gdy wprowadzenie takiej zmiany do umowy stanowiącej załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawartej na skutek wyboru wykonawcy w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych sprzeciwiałoby się ustawie - jako istotnie wpływające na określenie terminu wykonania umowy i byłoby nieważne, a przez to powódka nie miała możliwości wprowadzenia takiego postanowienia do umowy;

- art. 498 § 1 i § 2 k.c. i art. 499 k.c. poprzez przyjęcie, że powódka była dłużnikiem pozwanego z tytułu kary umownej w zakresie przyjętym przez Sąd I instancji oraz że w skutek dokonanego przez pozwaną potrącenia wierzytelność powódki dochodzona pozwem uległa umorzeniu w tym zakresie umorzeniu;

2. naruszenie prawa procesowego, które miało wpływ na wynik sprawy, to jest:

- art. 479¹² § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku dowodowego o wydanie przez innego biegłego opinii uzupełniającej opinię biegłego G. S., podczas gdy wniosek ten został zgłoszony na tej samej rozprawie, na której był przesłuchiwany biegły S., dotyczył kwestii zgłaszanych przez stronę powodową jako pytania do biegłego, dotyczył okoliczności istotnych dla sprawy z punktu widzenia możliwości gospodarczej wykonania robót budowlanych w ramach zawartej umowy z zastosowaniem metod teoretycznie dopuszczonych przez biegłego S., a zgłoszenie wniosku dowodowego na rozprawie było spowodowane brakiem możliwości uzyskania od biegłego S. odpowiedzi na pytania zadawane mu w toku przesłuchania;

-art. 479⁽¹²⁾ § 1 k.p.c. w zw. z art. 258 k.p.c. w zw. z art. art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku dowodowego o przesłuchanie w charakterze świadka K. S. (1) jako dowodu spóźnionego oraz nieistotnego dla rozpoznania sprawy, podczas gdy wniosek ten został zgłoszony w terminie, a zmierzał do wykazania znaczenia okoliczności wynikających z kwestionowanego przez pozwaną pisma załączonego do pozwu dla nieterminowego wykonania robót objętych umową, mając znaczenie dla prawidłowej oceny zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania;

- art. 479¹² § 1 k.p.c. w zw. z art. art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie jako spóźnionego wniosku dowodowego zgłoszonego przez powódkę w piśmie procesowym z dnia 31 marca 2011 r. dotyczącego dokumentów prywatnych pochodzących od pozwanej, podczas gdy wniosek ten został zgłoszony w terminie, zaś dowodzona okoliczność ma bardzo istotne znaczenie dla oceny zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakres jej miarkowania;

- art. 479¹² § 1 k.p.c. w zw. z art. art. 227 k.p.c. przez oddalenie jako spóźnionych wniosków dowodowych zgłoszonych przez powódkę w piśmie procesowym z dnia 16 listopada 2011r., podczas gdy dowody te zostały zgłoszone w terminie, a przy tym już w pkt. 9 pozwu powódka wносиła o zobowiązanie pozwanego do złożenia tych dokumentów w ramach pełnej dokumentacji dotyczącej inwestycji objętej umowami nr (...), zaś dowodzona okoliczność ma znaczenie dla wskazania technologii wykonania spawów wymaganej przez pozwaną i kwestionowanej przez pozwaną;

- art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez wybiórcze przedstawienie materiału dowodowego w uzasadnieniu oraz dowolną, arbitralną i wybiórczą, wykraczającą poza swobodną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, niejednokrotnie wewnętrznie sprzeczną, polegającą na:

- bezpodstawnym pominięciu, że wynagrodzenie powódki znajdujące się w jej ofercie i uwzględnione w treści zawartych umów wynikało z kalkulacji prowadzenia prac w terminie wskazanym w przetargu, tj. do 15 grudnia 2008 r., a nie w okresie zimowym do dnia 31 stycznia 2009 r., co ma istotne znaczenie dla oceny przewidywania przez strony potrzeby korzystania ze specjalnych technik przy wykonywaniu robót, zasadność odmowy przez pozwaną podpisania aneksu nr 2 przedłużającego termin trwania robót, a w konsekwencji zasadność stosowania kary umownej, względnie na zakres jej miarkowania;

- bezpodstawnym pominięciu, iż z przyczyn wskazanych w piśmie policji z dnia 13 października 2008 r. nie było możliwości rozpoczęcia przez powódkę robót przed 3 listopada

2008 r., co wskazuje na złe przygotowanie przetargu przez pozwaną, a co ma istotne znaczenie dla określenia przyczyn przesunięcia terminu wykonania robót na okres jesienno-

zimowy i ocenę zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania w związku z warunkami, w jakich powódce przyszło wykonywać umowę;

- bezpodstawnym przyjęciu przy uzasadnianiu rzekomej odpowiedzialności powódki za nieterminowe wykonanie umowy, iż powódka powinna była skończyć wszystkie objęte umową prace w terenie do końca grudnia 2008 r., tj. w czasie rzekomo sprzyjającej pogody, podczas gdy sprzyjająca pogoda wówczas nie panowała, zaś z §2 ust. 2 umów

w treści przyjętej aneksem nr 1 wynika, iż powódka miała wykonać 40% wartości prac objętych umową do dnia 15 grudnia 2008 r., zaś 60% wartości prac w okresie 1-31 stycznia 2009 r., a przez to uchybienie Sądu miało istotne znaczenie dla określenia zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania;

- bezpodstawnym pominięciu w obszernie prezentowanym stanie faktycznym i w uzasadnieniu merytorycznym istotnych dla sprawy informacji o temperaturach i warunkach

śniegowych panujących w okresie grudzień 2008 - 31 marzec 2009 r. w miejscu prowadzonych robót - nie kwestionowanych przez pozwanego - a przez to przyjęcie, że warunki pogodowe nie odbiegały od typowych oraz umożliwiały wykonywanie robót przewidzianych umowami, podczas gdy informacje wskazują na warunki dalece odbiegające od typowych możliwych do przewidzenia zarówno w zakresie temperatur, jak i ilości dni uniemożliwiających prowadzenie robót, mają znaczenie dla oceny ilości dni, w których wykonywanie robót było niemożliwe, a przez to mają istotne znaczenie dla oceny zasadności stosowania kary umownej (ilości dni) oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania;

- bezpodstawnym przyjęciu, że w czasie trwania robót nie zaszły nadzwyczajne warunki atmosferyczne w sytuacji, gdy z przyjętego stanu faktycznego wynika, iż przeciętnie temperatura poniżej 0°C ma miejsce w S. w okresie grudzień-styczeń przez 33,8 dnia, zaś w okresie trwania przedmiotowych robót było to 46 (a więc o prawie 40%, w tym praktycznie cały styczeń), i temperatury takie były kontynuowane przez niemal cały luty 2009 r., szczególną srogość zimy 2008/2009 w porównaniu z latami poprzednimi potwierdził S. P.reprezentujący pozwanego na placu budowy, a ponadto pozwany obecny w S. w styczniu 2009 r. nie przeczył wyjątkowości i niespodziewanemu charakterowi warunków atmosferycznych (w przeciwnym przypadku nie żądałby ekspertyzy, ale wprost wskazał na brak przesłanek do zawarcia aneksu wydłużającego termin trwania robót), co ma istotne znaczenie dla określenia zasadności stosowania kary umownej (ilości dni) oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania;

- bezpodstawnym przyjęciu przy uzasadnianiu rzekomej odpowiedzialności powódki za nieterminowe wykonanie umowy, iż bezsporna jest okoliczność panowania do końca grudnia 2008 r. dobrych warunków atmosferycznych do prowadzenia robót, a przez to przyjęcie, iż powódka mogła bez problemów wykonywać wówczas umowę w pełnym zakresie, podczas gdy bezsporna jest okoliczność przeciwna, powódka wykazała dowodami nie kwestionowanymi przez pozwaną, że już od początku grudnia 2008 r. temperatury oscylowały wokół 0°C, co uniemożliwiało normalne prowadzenie robót, a niektórych prac nie można było w ogóle wykonać, wobec czego argumentacja przedstawiona przez Sąd jest błędna;

- pominięciu w stanie faktycznym i w uzasadnieniu merytorycznym bardzo istotnych twierdzeń biegłego zawartych w opinii wskazujących na brak wykonywania w Polsce spawania szyn termitem w temperaturze poniżej +5° C, niebezpieczeństw związanych ze spawaniem w warunkach niekorzystnych oraz konsekwencji braku możliwości spawania szyn dla wykonania kolejnych procesów technologicznych, podczas gdy okoliczności te mają istotne znaczenie dla oceny zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania;

- bezpodstawnym przyjęciu przy uzasadnianiu rzekomej odpowiedzialności powódki za nieterminowe wykonanie umowy, iż na skutek przesunięcia prac objętych umową na okres od początku listopada 2008 do 31 stycznia 2009 r. warunki wykonania robót nie stały się dla powódki mniej korzystne, a było to wręcz korzystne, podczas gdy Sąd I instancji w szeregu miejsc w uzasadnieniu przyjmuje, iż podstawowym powodem nie wykonania w terminie umów były warunki atmosferyczne panujące w S. w okresie II połowa grudnia 2008-koniec lutego 2009, których to warunków nie było w pierwotnie planowanym okresie robót (do 15 grudnia 2008 r.), zaś z opinii biegłego jednoznacznie wynika, iż wykonywanie robót w tych warunkach było w dużym stopniu utrudnione, jeśli nie niemożliwe, co ma istotne znaczenie dla określenia zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania;

- bezpodstawnym przyjęciu, że powód powinien był dopilnować wprowadzenia w aneksie nr 1 zapisu uzależniającego termin zakończenia robót od warunków atmosferycznych, podczas gdy wprowadzenie takiego postanowienia było

niemożliwe na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś ocena dokonana przez Sąd w istotnej dla rozstrzygnięcia sprawie jest błędna;

- bezpodstawnym przyjęciu, że z faktu zawarcia przez powódkę aneksu nr 1 do umowy wynika, iż powódka powinna była dysponować sprzętem i technologią pozwalającą na wykonanie prac w niskich (ujemnych) temperaturach, podczas gdy zawarcie aneksu nr 1 służyło jedynie automatycznemu przeniesieniu prac na inny termin bez zmiany jego długości wobec rygorów ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś z okoliczności i opinii biegłego wynika, że strony nie przewidywały potrzeby stosowania takiego sprzętu i technologii oraz ponoszenia kosztów zaopatrzenia w taki sprzęt i technologie, taki sprzęt i technologie w Polsce nie są stosowane, zaś nawet technologie nie stosowane w Polsce nie przewidują wykonywania robót przewidzianych umową w temperaturze poniżej -3°C (w styczniu było 11 dni o temperaturze -3°C lub wyższej, jeden dzień z najwyższą temperaturą $+1^{\circ}\text{C}$, w pozostałe była temperatura niższa) i to na takiej długości, co ma istotne znaczenie dla oceny zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania;

- bezpodstawnym przyjęciu, że reprezentujący pozwanego na placu budowy inspektor nadzoru S. P. oczekiwał od powódki zastosowania technologii regulacji sił termicznych w szynach za pomocą naprężaczy szynowych bądź podgrzewania szyny na całej długości odcinka palnikami poruszającymi się na wózkach torowych, co rzekomo koresponduje z opinią biegłego, podczas gdy zeznania S. P. są odmienne niż przedstawione przez Sąd w stanie faktycznym, okoliczności takiego oczekiwania nie potwierdza ani żaden dokument, w tym wpisy w dziennikach budowy, ani zeznania innych świadków, zaś zasadności takiego oczekiwania nie potwierdza także opinia biegłego, co ma istotne znaczenie dla określenia zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania w związku z warunkami;

- bezpodstawnym pominięciu, że S. P. zeznając o możliwości stosowania zgrzewarek torowych wskazał, że nie wiadomo mu, by były one stosowane przy budowie kolei tramwajowej, zaś namioty dawałyby możliwość wykonania dwóch spawów, chroniąc szynę na przestrzeni 6-8 m, co przy co najmniej 160 połączeniach przy dwóch połączeniach na namiot wymagałoby wykonania przez powódkę co najmniej 80 ustawień i złożenia namiotu, każdorazowego ogrzania powietrza w namiocie i szyny, utrzymania temperatury przez czas trwania spawu i powolnego schładzania do ujemnej temperatury na zewnątrz, co ma istotne znaczenie dla gospodarczej możliwości wykonania umów przy wykorzystaniu teoretycznie wskazywanych możliwości, a przez to dla określenia zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania w związku z warunkami;

- bezpodstawnym przyjęciu, że od Świąt Bożego Narodzenia 2008 r. do dnia 6 stycznia 2009 r. trwała przerwa w pracach powódki, zaś warunki atmosferyczne umożliwiały wówczas prowadzenie prac w pełnym zakresie, podczas gdy z materiału dowodowego przyjętego przez Sąd wynika, iż w okresie tym w zakresie prac możliwych pracowali na terenie budowy podwykonawcy powódki, zaś temperatury były przez cały czas ujemne, wahając się w przedziale od -5°C do -15°C , z pojedynczymi dniami o temperaturach -2°C (24 i 27 grudnia 2008), -1°C (28 grudnia 2008 r.) i -4°C (29 grudnia 2008 r.) uniemożliwiając lub bardzo utrudniając prowadzenie prac ziemnych, spawanie, a także wylewanie fundamentów pod słupy (w tym słup nr 10); okoliczność ta ma przy tym istotne znaczenie dla sprawy ze względu na uzasadnianie nią przez Sąd rzekomej odpowiedzialności powódki za nieterminowe wykonanie umowy, a przez to dla określenia zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania;

- bezpodstawnym i dowolnym przyjęciu na str. 53, iż powódka rozpoczęła przerwę świąteczną w połowie grudnia, podczas gdy z przyjętego wcześniej przez Sąd stanu faktycznego oraz przytoczonych dowodów, w tym dziennika budowy, wynika, że pracownicy powódki pozostawali na placu budowy do 23 grudnia włącznie, co ma wpływ na ocenę zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania;

- błędnym wskazaniu, iż zdaniem biegłego prowadzenie prac cieplowniczych spowodowało utrudnienia w prowadzonych przez powódkę pracach w zakresie kilku dni, podczas gdy z opinii biegłego jasno wynika, iż biegłemu chodziło o kilka dni dodatkowych poza okresem trwania prac cieplowniczych, które to dni były potrzebne na demontaż i odbudowę nawierzchni w miejscu, gdzie otwarty wykop był prowadzony w poprzek linii tramwajowej, a które to

dni należałoby odjąć od okresu, za który naliczana jest kara umowna, co ma istotne znaczenie dla oceny zasadności stosowania kary umownej (ilość dni) oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania;

- bezpodstawnym przyjęciu, że o odpowiedzialności powódki za nieterminowe wykonanie robót świadczy wykonanie w okresie styczeń-luty 2009 przez (...) Energetykę Ciepłą prac wymagających robót ziemnych na dużą skalę, podczas gdy były to zupełnie innego rodzaju prace niż te wykonywane przez powódkę, ich skala (wykop 25-30 m na 5 m) w porównaniu ze skalą robót powódki (kilka kilometrów robót) była minimalna, co -wobec znaczenia przypisywanego tej okoliczności przez Sąd - ma istotne znaczenie dla oceny zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania;

- nieuzasadnionym pominięciu w obszernie prezentowanym stanie faktycznym i w uzasadnieniu merytorycznym treści pisma (...) sp. z o.o. z dnia 11 marca 2009 r. wskazującego na zakres faktycznie dokonanych zmian w projektowanej geometrii torowisk na dojściu od ul. (...) (aż 27,5 cm przesunięcia) i ul. (...) do torowiska na rondzie łączącego ulice oraz błędów projektowych, podczas gdy pismo to potwierdza istnienie błędów projektowych, których usuwanie spowodowało opóźnienie w wykonaniu części robót w ramach umowy, a przez to jego treść ma znaczenie dla oceny zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania;

- bezpodstawnym przyjęciu, że niezgodność na styku torów w ul. (...) i w ul. (...) z torami na rondzie nie wystąpiłaby w przypadku terminowego wykonania robót przez powódkę, podczas gdy istnienie tej niezgodności nie wynikało z terminów wykonania robót lecz z niezgodności projektów, wobec czego niezgodność ta i tak by wystąpiła, zaś tory wybudowane wg projektów w ul. (...) i w ul. (...) nie zeszyłyby się z torami na łączącym je rondzie, lecz minęły, oraz pominięciu, iż stwierdzenie tej niezgodności przez powódkę, wstrzymanie robót i rozwiązanie problemu było w interesie pozwanej, zainteresowanej uruchomieniem linii tramwajowej, zaś usunięcie niezgodności wstrzymującej wykonanie części torów przy połączeniu z rondem trwało kilka tygodni, co ma znacznie dla oceny zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania;

- bezpodstawnym przyjęciu, że problem z posadowieniem słupa nr 10 nie miał żadnego wpływu na termin wykonania robót i był spowodowany brakiem wylania fundamentu na przełomie grudnia 2008 r. i stycznia 2009 r., podczas gdy w okresie tym panowały bardzo niskie temperatury uniemożliwiające wykonanie fundamentu, projekt przewidywał posadowienie słupa nr 10 i nie został wobec zaistnienia problemu zmieniony przez pozwaną, zaś bez tego słupa powódka nie mogła zakończyć prac, przez co problem ten miał wpływ na termin wykonania robót oraz określenie zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania;

- bezpodstawnym przyjęciu, iż w opinii instytutu oraz ustnej opinii biegłego S. udzielone zostały odpowiedzi na wszystkie pytania stron, podczas gdy nie została udzielona odpowiedź na pytanie I.a wnioskowane przez powódkę w piśmie z dnia 14 kwietnia 2011 r., a mające istotne znaczenie dla ustalenia możliwości gospodarczej wykonania przez powódkę w ramach zawartej umowy robót budowlanych z zastosowaniem metod teoretycznie możliwych, co ma wpływ na ocenę zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania;

- bezpodstawnym pominięciu w opisanym stanie faktycznym, iż pozwana w umowach stosuje kary umowne w wysokości 0,1% dziennie i to za zwłokę, co ma bardzo duży wpływ na ocenę zasadności żądania powódki o miarkowanie kary umownej, w przypadku stwierdzenia jej zasadności.

W oparciu o powyższe zarzuty powódka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie żądań zawartych w pozwie w całości oraz o zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego za obie instancje, według norm przepisanych. W formie żądania ewentualnego wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w zakresie pkt. II i III i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Szczecinie do ponownego rozpoznania oraz zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kosztów postępowania za II instancję według norm przepisanych.

W bardzo szerokim uzasadnieniu podniosła, odnośnie zarzutów formalnych związanych z oddaleniem wniosków dowodowych, że Sąd bezzasadnie wydał taką decyzję procesową odnośnie wniosku o wydanie przez innego biegłego

opinii uzupełniającej opinię biegłego G. S.. W ocenie powódki wnioski ten zgłosiła na tej samej rozprawie, na której był przesłuchiwany biegły S. w ramach ustnej opinii uzasadniającej, na skutek tego, że biegły nie potrafił odpowiedzieć na pytania dotyczące kosztów wykonania prac spawalniczych w warunkach panujących w S. w okresie od 2 połowy 2008 r. do końca lutego 2009 r. przy przyjęciu możliwości ich wykonania, a które to pytania do biegłego były zgłoszone przez stronę powodową w piśmie z dnia 14 kwietnia 2011 r. doprecyzowującym na wezwanie Sądu okoliczności, na które w pkt. 11 pozwu został zgłoszony wniosek o sporządzenie opinii przez biegłego (pkt 1.a). Wniosek ten dotyczył okoliczności istotnych dla sprawy z punktu widzenia możliwości gospodarczej wykonania w ramach zawartej umowy robót budowlanych z zastosowaniem metod teoretycznie dopuszczonych przez biegłego S.. Ponadto Sąd bezpodstawnie oddalił wniosek o przesłuchanie w charakterze świadka K. S. (1). Został on zgłoszony w terminie wskazanym w art. 479⁽¹²⁾ § 1 k.p.c. licząc od doręczenia powódce odpowiedzi pozwanej na pozew, w której pozwana zakwestionowała na str. 15 treść pisma załączonego do pozwu sporządzonego przez (...) sp. z o.o. i podpisanego przez K. S. (1), wskazując iż jest jej ono nieznane, nie wiadomo do kogo jest kierowane i dotyczy wyłącznie prac na rondzie łączącym ul. (...), a nie budów wykonywanych przez powódkę w ramach przedmiotowych umów i podnosząc brak ujawnienia w dokumentacji powykonawczej dot. umów (...) istotnych zmian. Zdaniem skarżącej Sąd naruszył także art. 479⁽¹²⁾ § 1 k.p.c. w zw. z art. art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie jako spóźnionego wniosku dowodowego zgłoszonego przez powódkę w piśmie procesowym z dnia 31 marca 2011 r. Tymczasem wniosek dowodowy dotyczący dokumentów prywatnych pochodzących od pozwanej został zgłoszony w terminie wskazanym w tym przepisie licząc od uzyskania przez powódkę dokumentów od pozwanej -których wcześniej powódka nie miała, nie posiadała także wiedzy o ich treści, a przez to nie mogła zgłosić tego wniosku wcześniej. Skarżąca wskazała również, że Sąd bezpodstawnie oddalił jako spóźnione wnioski dowodowe zgłoszone przez powódkę w piśmie procesowym z dnia 16 listopada 2011 r. Tymczasem dowody te zostały zgłoszone w terminie wskazanym w art. 479⁽¹²⁾ § 1 k.p.c. licząc od dnia doręczenia powódce pisma procesowego pozwanej kwestionującej okoliczności, na które dowody te zostały powołane, a których kwestionowania powódka nie mogła przewidzieć. Powódka podkreśliła, że już w pkt. 9 pozwu powódka wносиła o zobowiązanie pozwanego do złożenia pełnej dokumentacji dotyczącej inwestycji objętej umowami nr (...), w tym zatem także o przedmiary robót, przez co załączenie tych przedmiarów robót do pisma z dnia 16 listopada 2011 r. w żadnej mierze nie może zostać uznane za spóźnione. Dowód ten ma natomiast znaczenie dla wskazania technologii wykonania spawów wymaganej przez pozwaną, który pozwana zakwestionowała.

Pomimo szerokiego uzasadnienia stanu faktycznego, zdaniem powódki Sąd Okręgowy w S. naruszył także art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. przez wybiórcze przedstawienie materiału dowodowego w uzasadnieniu oraz dowolną, arbitralną, wykraczającą poza swobodną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a niejednokrotnie wewnętrznie sprzeczną, co miało w sumie istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. W jej ocenie Sąd bezpodstawnie pominął, iż wynagrodzenie powódki znajdujące się w jej ofercie i uwzględnione w treści zawartych umów wynikało z kalkulacji prowadzenia prac w terminie wskazanym w przetargu, tj. do 15 grudnia 2008 r. Kalkulacja ta nie uwzględniała zatem prowadzenia robót w okresie zimowym. Nie było także możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia w aneksie nr 1. Następnie Sąd I instancji bezpodstawnie pominął, iż z przyczyn wskazanych w piśmie policji z dnia 13 października 2008 r. (zwiększone natężenie ruchu w okolicach cmentarza wokół 1 listopada 2008 r.) w ogóle nie było możliwości rozpoczęcia przez powódkę robót przed 3 listopada 2008 r. Pozwana jako podmiot działający w S. (a w chwili zawierania umów jako jednostka budżetowa Gminy Miasta S.) powinna była to przewidzieć, zaś brak takiego przewidywania wskazuje na złe przygotowanie przetargu przez pozwaną. Okoliczność ta ma przy tym istotne znaczenie dla oceny okoliczności powodujących przesunięcie terminu wykonania robót na okres zimowy, a przez to dla określenia zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania w związku z warunkami, w jakich powódce przyszło wykonywać umowę. Sąd bez żadnej podstawy przyjął też, że powódka powinna była skończyć wszystkie objęte umową prace w terenie do końca grudnia 2008 r., tj. w czasie rzekomo sprzyjającej pogody. Tymczasem jak wynika z załączonej do pozwu opinii Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej w grudniu nie panowała pogoda sprzyjająca wykonywaniu prac. Ponadto z § 2 ust. 2 umów w treści przyjętej aneksem nr 1 - który został przygotowany przez pozwaną - wynika, iż powódka miała wykonać 40% wartości prac objętych umową do dnia 15 grudnia 2008 r., zaś 60% wartości prac w okresie 1-31 stycznia 2009 r. W dalszej części uzasadnienia powódka opierając się na dowodach dotyczących wysokości temperatur w

okresie wykonywania umów oraz w oparciu o dowody z opinii biegłych odnośnie technologii wykonywania spawów szeroko wskazała, że w panujących warunkach nie było możliwe w ogóle wykonywanie prac, że warunki te nie były typowe, lecz znacznie odbiegały od przeciętnych. Wskazała również na brak wykonywania w Polsce spawania szyn termitem w temperaturze poniżej +5°C, niebezpieczeństwa związane ze spawaniem w warunkach niekorzystnych oraz konsekwencje braku możliwości spawania szyn dla wykonania kolejnych procesów technologicznych przy budowie torowiska. Przedstawił wreszcie argumentację sprzeciwiającą się ustaleniom Sądu w zakresie zarówno możliwości technicznych powódki w zakresie wykonania prac w anormalnych warunkach, braku podstaw do oczekiwania ze strony pozwanej ich zastosowania oraz na kwestie związane z brakiem uwzględniania w umowach kosztów tego rodzaju prac. Skarżąca zakwestionowała ustalenia zawarte w uzasadnieniu wyroku dotyczące odniesionych przez nią korzyści wskutek przesunięcia terminu wykonania prac. W jej ocenie nie było też możliwe wprowadzenie w aneksie nr 1 zapisu uzależniającego termin zakończenia robót od warunków atmosferycznych z uwagi na treść przepisu art. 144 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym strony. Sąd ponadto bezpodstawnie przyjął przy wykazywaniu rzekomej odpowiedzialności powódki za nieterminowe wykonanie umowy, że od Świąt Bożego Narodzenia 2008 r. do dnia 6 stycznia 2009 r. trwała przerwa w pracach powódki, zaś warunki atmosferyczne umożliwiały wówczas prowadzenie prac w pełnym zakresie. Tymczasem w okresie tym w zakresie prac możliwych pracowali na terenie budowy podwykonawcy powódki, co przyznał reprezentujący pozwanego na placu budowy inspektor nadzoru S. P., zaś temperatury - jak już wskazano na podstawie znajdującego się w aktach materiału dowodowego - były przez cały czas ujemne, wahając się w przedziale od -5°C do 15°C, z pojedynczymi dniami o temperaturach -2°C (24 i 27 grudnia 2008), -1°C (28 grudnia 2008 r.) i -4°C (29 grudnia 2008 r.). Uniemożliwiało to, względnie bardzo utrudniało (jak wynika z opinii biegłego) prowadzenie większości prac, w tym prac ziemnych, spawania, a także wylewania fundamentów pod słupy (w tym słup nr 10). Wadliwe były też ustalenia Sądu, zgodnie z którymi powódka rozpoczęła przerwę świąteczną w połowie grudnia 2008. Tymczasem ze stanu faktycznego przyjętego wcześniej przez Sąd oraz dowodów znajdujących się w aktach i przytoczonych przez Sąd, w tym dziennika budowy, wynika, że pracownicy powódki pozostawali na placu budowy do 23 grudnia 2008 r. włącznie. Sąd I instancji błędnie wskazał, że zdaniem biegłego (str. 9 opinii) prowadzenie prac ciepłowniczych spowodowało utrudnienia w prowadzonych przez powódkę pracach w zakresie kilku dni, podczas gdy z opinii biegłego jasno wynika, iż biegłemu chodziło o kilka dni dodatkowych poza okresem trwania prac ciepłowniczych. Dni te były potrzebne na demontaż i odbudowę nawierzchni w miejscu, gdzie otwarty wykop był prowadzony w poprzek linii tramwajowej. Ponadto prowadzenie prac przez (...) w S., z uwagi na ich specyfikę nie przesądza możliwości prowadzenia prac przez powódkę. Wreszcie w ocenie skarżącej Sąd nieprawidłowo nie uwzględnił kwestii niezgodności projektów prac wykonywanych przez powódkę i prac na rondzie, co skutkowało brakiem możliwości połączenia torów. Bezpodstawnie przy tym Sąd przyjął, że nie były dokonywane w projektach jakiegokolwiek zmiany. Pomiął treść pisma (...) sp. z o.o. z dnia 11 marca 2009 r., w którym wskazano, że na zakres faktycznie dokonanych zmian w projektowanej geometrii torowisk na dojeździe od ul. (...) (aż 27,5 cm przesunięcia torów) i ul. (...) do torowiska na rondzie łączącego ulice oraz błędów projektowych, potwierdzając istnienie błędów projektowych, których usuwanie spowodowało opóźnienie w wykonaniu części robót w ramach umowy. Sąd bezpodstawnie przyjął także, iż niezgodność na styku torów w ul. (...) i w ul. (...) z torami na rondzie nie wystąpiłaby w przypadku terminowego wykonania robót przez powódkę. Tymczasem istnienie tej niezgodności nie wynikało z terminów wykonania robót lecz z niezgodności projektów. Ta niezgodność by istniała niezależnie od tego, kto i kiedy by to dostrzegł, zaś w braku dostrzeżenia niezgodności toru wybudowanego wg projektów w ul. (...) i w ul. (...) nie zeszłyby się z torami na łączącym je rondzie, lecz minęły. Wskazuje to jednoznacznie - co pominął Sąd - stwierdzenie tej niezgodności przez powódkę, wstrzymanie robót i rozwiązanie problemu, było w interesie pozwanej, zainteresowanej uruchomieniem linii tramwajowej. Z dowodów zgromadzonych w sprawie wynika przy tym, iż usunięcie niezgodności wstrzymującej wykonanie części torów przy połączeniu z rondem trwało kilka tygodni, co ma znacznie dla oceny zasadności stosowania kary umownej oraz ewentualnie zakresu jej miarkowania. Sąd bezpodstawnie przyjął, że problem z posadowieniem słupa nr 10 nie miał żadnego wpływu na termin wykonania robót i był spowodowany brakiem wylania fundamentu na przełomie grudnia 2008 r. i stycznia 2009 r. Tymczasem w okresie tym panowały bardzo niskie temperatury uniemożliwiające wykonanie fundamentu. Ponadto projekt przewidywał posadowienie słupa nr 10 i nie został wobec zaistnienia problemu zmieniony przez pozwaną. Wreszcie bez tego słupa powódka nie mogła zakończyć robót zgodnie z umową.

W zakresie naruszenia prawa materialnego w ocenie skarżącej Sąd naruszył art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 473 k.c. w zw. z art. 65 § 2 k.c. poprzez przyjęcie, iż strony przyjęły w umowie absolutną odpowiedzialność powódki za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, podczas gdy strony takiej odpowiedzialności nie przewidziały. Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt.1 obu umów „wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za opóźnienie w wykonaniu umowy w terminie określonym w §2 pkt. 2 - za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w wysokości 0,5% łącznego wynagrodzenia brutto określonego w §3 ust. 1". Zgodnie natomiast z §13 ust. 2 „Zamawiający zapłaci wykonawcy odsetki ustawowe - za nieterminową regulację należności". Dalej przedstawiając w oparciu o orzecznictwo istotę instytucji kary umownej powódka podniosła, że zastrzeżona przez strony stosunku obligacyjnego kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c), tj. gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika z niezachowania przez dłużnika należytej staranności (art. 472 k.c.), czyli z jego winy co najmniej w postaci niedbalstwa. §13 ust. 1 pkt. 1 umów nigdzie nie wskazuje na wyłączenie zasady winy - wynikającej z art. 471 k.c. w zw. z art. 472 k.c. - na rzecz np. zasady ryzyka lub odpowiedzialności gwarancyjnej. Wynika to wprost z jego treści. Odpowiedzialność za zwłokę jest odpowiedzialnością za zawinione opóźnienie. Z porównania §13 ust. 1 pkt. 1 z §13 ust. 2 umów wynika przy tym, iż formułując treść umowy pozwana przez „opóźnienie" w §13 ust. 1 pkt. 1 umów rozumiała co innego, niż - jak wskazuje Sąd I instancji - niezawinione nieterminowe wykonanie zobowiązania, którym to pojęciem posłużył się w §13 ust. 2 umów. Gdyby oba pojęcia były w rozumieniu pozwanej tożsame, to pozwana użyłaby terminu „opóźnienie" w obydwu przypadkach (zwłaszcza, że w przypadku §13 ust. 2 umów użycie takiego terminu byłoby oczywiste z uwagi na treść art. 481 k.c.). Podobnie porównanie wysokości kary umownej zastrzeżonej w §13 ust. 1 pkt. 1 umów od wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z wysokością odsetek zastrzeżonych w §13 ust. 2 umów należnych od zamawiającego „za nieterminową regulację należności" wskazuje, że odpowiedzialność powódki nie obejmowała niezawinionego opóźnienia, lecz opierała się na zasadzie winy. Niezależnie od powyższej argumentacji zauważyła, że art. 473 k.c. - na który się powołuje Sąd jako podstawę rzekomego rozszerzenia odpowiedzialności powódki - wymaga wyraźnego oznaczenia okoliczności, za które na mocy umowy dłużnik ma ponosić odpowiedzialność, choć na gruncie ustawy odpowiedzialności takiej nie ponosi. W doktrynie i orzecznictwie zgodnie przyjmuje się, że „ogólne stwierdzenie o odpowiedzialności „ bez względu .na przyczyny" nie jest wystarczające". W konsekwencji należy przyjąć, że albo § 13 ust. 1 pkt. 1 umów uzależniał odpowiedzialność powódki od zawinionego opóźnienia, albo § 13 ust. 1 pkt. 1 jest w ogóle nieważny z uwagi na naruszenie art. 58§1 w zw. z §3 k.c. w zw. z art. 473 k.c.

Powódka podniosła niezależnie od tego, że Sąd Okręgowy naruszył art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. poprzez przyjęcie, iż w sprawie zachodziły przesłanki do zastosowania kary umownej. W jej ocenie w przypadku braku szkody nie zachodzi przesłanka możliwości żądania odszkodowania, którego zryczałtowaną postać stanowi kara umowna, a przez to nie ma możliwości żądania kary umownej. Jak zauważył Sąd I instancji (str. 40 uzasadnienia) „zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania". Szkoda jest zatem warunkiem sine qua non odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Jednocześnie pozwana nie poniosła żadnej szkody na skutek nieterminowego wykonania umowy przez powódkę, a wręcz osiągnęła z tego korzyść. Jak wskazał sam Sąd, nawet zakończenie przez powódkę robót w terminie (czyli do 31 stycznia 2009 r.) nie spowodowałoby uruchomienia linii tramwajowej ze względu na prace na rondzie. Dalej, przedłożony przez pozwaną dowód w postaci obciążenia pozwanej przez Zarząd Dróg i Transportu Miejskiego kosztami zastępczej komunikacji autobusowej z powodu trwania robót prowadzonych przez powódkę nie ma w sprawie znaczenia, ponieważ zgodnie z § 1 pkt. 5 obu umów pozwana miała prawo obciążyć tymi kosztami powódkę. Jeżeli by tego nie robiła przez swoje niedbalstwo, to nie może skutkami swego własnego działania (a raczej zaniechania) obciążać powódkę. Wreszcie pozwana nie przedstawiła jakichkolwiek dowodów, by pozwana w związku z przedłużającymi się pracami prowadzonymi przez powódkę musiała zatrudniać dodatkowych pracowników, płacić im nadgodziny, ponosiła koszty współdziałania itp. Niezasadne były też ustalenia w zakresie dobrowolnego przesunięcia terminu wykonania prac oraz korzyści, jakie osiągnęła z tego tytułu powódka. Wadliwie Sąd też przyjął, że powódka nie wykorzystała w pełni czasu, kiedy warunki atmosferyczne pozwalały na prowadzenie prac w pełnym zakresie,

nie wskazując przy tym, o jaki okres chodzi. Zupełnie jest także niezrozumiały 8 zarzut uzasadniający rzekomą odpowiedzialność powódki za nieterminowe wykonanie umowy, wskazujący na prowadzenie robót przez pewien okres trwania robót przez (...). Zakres tych prac miał się nijak do zakresu prac wykonywanych przez powódkę, był to inny rodzaj robót, z inną technologią, wymagającą innego sprzętu. Zarzut ten jest zatem chybiony.

Zdaniem powódki, Sąd Okręgowy w S. naruszył art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 362 k.c. w zw. z art. 5 k.c. poprzez przyjęcie, iż pozwanej przysługiwała kara umowna z powodu nieterminowego wykonania umowy przez powódkę, w sytuacji, gdy pozwana przyczyniła się do przesunięcia terminu wykonania robót na okres jesienno-zimowy, co w następstwie złych warunków atmosferycznych doprowadziło do nieterminowego wykonania umowy przez powódkę. Jak już wskazano, przesunięcie robót było następstwem braku zgody na zmianę organizacji ruchu w rejonie placu budowy przed 3 listopada 2008 r. Pozwana powinna była to przewidzieć przy organizacji przetargu, lub dysponować zapewnieniem wszystkich właściwych organów, iż zmiana organizacji ruchu będzie możliwa wcześniej. Pozwana (w czasie zawierania umowy - jednostka budżetowa Gminy Miasto S.) tego nie uczyniła.

W przypadku przyjęcia zająścia przesłanek stosowania w niniejszej sprawie kary umownej, zdaniem powódki Sąd Okręgowy w S. naruszył art. 484 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i błędne przyjęcie, iż w sprawie nie zachodziły przesłanki do miarkowania kary umownej. Sąd bardzo krótko uzasadnił brak miarkowania wskazując, iż należy ono do tzw. prawa sędziowskiego, a w związku z podniesieniem zarzutu miarkowania Sąd bierze pod uwagę np. istnienie szkody oraz jej rozmiar. Sąd wskazał dalej, iż kara umowna wynosząca dziennie 0,5% łącznego wynagrodzenia brutto za opóźnienie nie jest rażąco wygórowana, ponieważ między przedsiębiorcami występują nawet kary dwukrotnie większe, zaś za wykonanie obu umów przewidziano wynagrodzenie w kwocie przekraczającej 13 mln zł. Skarżący w oparciu o orzecznictwo przedstawił przesłanki miarkowania kary umownej (wykonanie zobowiązania, brak szkody, brak zawinienia, przyczyn opóźnienia i przyczynienia się drugiej strony). W niniejszej sprawie w zakresie pierwszej przesłanki miarkowania powódka wskazała, że obydwie umowy zostały wykonane w całości, zaś pozwana nie zgłaszała w toku sprawy zastrzeżeń do jakości wykonania robót. Pozwana wykonywała przy tym roboty jak mogła najszybciej uwzględniając warunki atmosferyczne, które w świetle ustalonego stanu faktycznego bardzo utrudniały prowadzenie robót, a w pewnym zakresie wręcz je uniemożliwiały. Roboty zostały wykonane tak, by tramwaj mógł normalnie kursować, bez potrzeby późniejszych regulacji naprężeń szyn powodujących potrzebę wstrzymania ruchu tramwajowego, zaś szyny łączyły się z torowiskiem budowanym na rondzie styku ul. (...). Przez wykonanie robót w całości interes pozwanego w wykonaniu umowy został w pełni zaspokojony. W zakresie drugiej przesłanki miarkowania Sąd I instancji gołosłownie powołał się na występowanie w obrocie kar umownych w wysokości 1%. Tymczasem pozwana nie przedstawiła dowodu, by stosowała takie kary, zaś powódka przedstawiła dowód (umowa w sprawie (...) załączona do pozwu), że pozwana w umowach analogicznych do zawartych z powódką stosuje kary umowne w wysokości pięciokrotnie niższej - 0,1% dziennie wynagrodzenia brutto odcinka, którego dotyczy zwłoka, a nie jak w przypadku powódki łącznej wartości brutto umowy. Niezależnie od tego powódka nie poniosła żadnej szkody z powodu nie wykonania umów w terminie nie będąc zobowiązana do ponoszenia kosztów zastępczej komunikacji, ani nie wykazując dowodami, że ponosiła koszty związane z przedłużającą się budową. Faktycznie odniosła korzyść polegającą min. na tym, iż torowisko zostało wykonane w warunkach sprzyjających, bez stosowania eksperymentalnych metod niestosowanych w Polsce (zgodnie z opinią biegłego, str. 5) wymagających późniejszych regulacji wstrzymujących ruch tramwajowy, w sposób umożliwiający połączenie szyn w ul. (...) i na rondzie (a nie mijających się zgodnie z błędnymi projektami). Ponadto miarkowanie kary umownej uzasadnione było stopniem zawinienia powódki, względnie okolicznościami powodującymi niezawinione opóźnienie w terminowym wykonaniu umowy. W tej mierze ze stanu faktycznego przyjętego przez Sąd I instancji wprost wynika, że brak wykonania terminowego umowy wynikał przede wszystkim z bardzo złych warunków atmosferycznych uniemożliwiających normalne prowadzenie robót, a prowadzenie możliwych znacznie utrudniających. Należy także wskazać, że dla miarkowania kary umownej wobec powódki istotna była gospodarcza niemożliwość zastosowania przez powódkę technik spawania wskazanych jedynie teoretycznie przez biegłych z Instytutu, bardzo kosztownych, nie stosowanych w Polsce, nie uwzględnionych przy sporządzaniu kosztorysu, których zastosowania strony nie uwzględniały przy podpisywaniu aneksu nr 1, dla których brak jest norm bądź instrukcji opisujących ich stosowanie w sposób bezpieczny. Wreszcie w przypadku nie uwzględnienia tej okoliczności w ramach zarzutu naruszenia art. 483 § 1 k.c. w zw. z art.

484 § 1 k.c. w zw. z art. 362 k.c. w zw. z art. 5 k.c. w ocenie skarżącej należało podnieść, że dla zasadności miarkowania kary umownej istotne znaczenie mają wszystkie okoliczności leżące po stronie pozwanego stanowiące przyczynienie się pozwanego do opóźnienia w wykonywaniu robót, w tym brak zorganizowania przetargu w sposób umożliwiający prowadzenie i zakończenie robót przed 1 listopada 2008 r. (co spowodowało konieczność przesunięcia robót na okres jesienno-zimowy, w którym warunki atmosferyczne uniemożliwiły terminowe wykonanie umów), istnienie błędów projektowych (min. na styku inwestycji z inwestycją na rondzie, brak uwzględnienia w projekcie istnienia drzewa w obrębie przystanku, brak uwzględnienia przejazdów przez tory z posesji sąsiadujących z torami przy ul. (...), brak uwzględnienia wysokości przystanku), potrzeba demontażu, przestoju w robotach na danym odcinku i ponownego przygotowania podłoża pod torowisko ze względu na roboty ciepłownicze prowadzone przez torowisko otwartym wykopem (kilka dni oprócz dwudziestodniowych prac ciepłowniczych).

Zdaniem powódki, Sąd Okręgowy naruszył art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy) poprzez przyjęcie, że powódka powinna była dopilnować wprowadzenia w aneksie nr 1 z dnia 31 października 2008 r. przesuwającym termin wykonania umowy na okres od dnia przekazania placu budowy (3 listopada 2008 r.) do dnia 31 stycznia 2009 r. zapisu uzależniającego termin zakończenia robót od warunków atmosferycznych. Zmiany do umowy stanowiącej załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawartej na skutek wyboru powódki jako wykonawcy w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych było niemożliwie ze względu na treść tego przepisu. Zgodnie z jego ówczesnym brzmieniem, wiążącym strony, zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego". Ustęp 2 tego przepisu dodaje, iż zmiana umowy dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1 jest nieważna.

Pozwana w piśmie z dnia 24 września 2012 r. stanowiącym odpowiedź na apelację wniosła o jej oddalenie w całości oraz zasądzenie od powódki kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych. W ocenie pozwanej żądania powódki zawarte w apelacji są bezzasadne i nie zasługują na uwzględnienie. W pierwszej kolejności Sąd I instancji nie naruszając treści art. 479⁽¹²⁾ § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie wniosków dowodowych. Dowód z kolejnej opinii biegłego dotyczył okoliczności nieistotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, natomiast pozostałe okazały się spóźnione. Pozwana nie zgodziła się a się z zarzutem naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wybiórcze przedstawienie materiału dowodowego oraz dowolną i wewnętrzną sprzeczną ocenę dowodów. Bez znaczenia dla sprawy był sposób dokonania przez powódkę kalkulacji oferty złożonej pozwanej. Podobnie rzecz się ma z zarzutem niewłaściwego przygotowania przetargu i problemów z przygotowaniem autobusowej komunikacji zastępczej. Powódka podnosi ten zarzut dopiero w procesie tj. po zawarciu aneksów i po wykonaniu umów, wcześniej nawet nie sygnalizując, iż okoliczności te stanowią dla niej problem. Istota problemu związanego z ustanowieniem komunikacji zastępczej sprowadza się jednak do innej okoliczności polegającej na tym, że powódka po rozstrzygnięciu przetargów i zawarciu z pozwaną umów (18 września 2008 r.) działała bardzo opieszale i projekt komunikacji zastępczej przedstawiła do zatwierdzenia dopiero 7 października 2008 r. Ponadto powódka zupełnie bezpodstawnie sformułowała twierdzenie, że pozwana nie przeczyła wyjątkowości i niespodziewanemu charakterowi warunków atmosferycznych. Z akt sprawy wynika bowiem jasno i bezsprzecznie, że pozwana zawsze przeczyła teorii, iż warunki te są nadzwyczajne i stanowią okoliczności niemożliwe do przewidzenia. Pozwana podniosła także, że brak jest podstaw aby uważać, iż jeżeli biegłemu nie są znane przypadki wykonywania spawów torów w zimie z zastosowaniem metod pozwalających na wykonywanie ich w niskich temperaturach, to prac takich nie można było wykonać na spornej budowie. W przywołanej przez biegłego literaturze metody takie są opisywane teoretycznie i z przywołaniem przykładów. Powódka decydując się na wykonanie umów w zimie winna liczyć się z koniecznością zmobilizowania środków niezbędnych do zastosowania takich metod. Z zeznań świadków powódki wynika, że pracownicy powódki opuścili budowę w okresie zimowym. Ewentualnie pracowali tam tylko podwykonawcy. Tymczasem, jeżeli powódka prowadziła prace z wykorzystaniem metod umożliwiających spawanie w ujemnych temperaturach otoczenia, to o okres przerwy świątecznej mogło się skrócić opóźnienie w zakończeniu budów. Utrudnienia powódki związane z prowadzeniem prac ciepłowniczych nie miały wpływu na terminowość wykonania umów przez powódkę. Prace te trwały bowiem kilka dni i dotyczyły

jedynie niewielkiego fragmentu torowiska, co sama powódka przyznała w apelacji. Nawet w ocenie powódki skala tych robót była minimalna. Odnośnie niezgodności projektów pozwana podniosła, że pismo (...) Sp. z o.o. z dnia 11 marca 2009 r. nie jest bezstronne, gdyż spółka ta prowadziła prace na zlecenie powódki. Ponadto wielokrotnie już pozwana podnosiła, że dotyczy ono przebudowy ronda i nie dotyczy budów prowadzonych na podstawie projektów dostarczonych przez pozwaną. Zmiany w geometrii torowisk, o których mowa w tym piśmie, dotyczą ronda. W dokumentacji dostarczonej przez powódkę nie było żadnych błędów projektowych, co zostało jednoznacznie wykazane w procesie. Potwierdził to autor projektu. Ponadto, poza zmianami nieistotnymi omówionymi przez autora projektu, projekt nie był zmieniany celem eliminacji wad. Powódka nie wykazała też aby jakiegokolwiek niezgodności projektów stanowiły przyczynę opóźnienia robót. W dziennikach budowy brak informacji o wystąpieniu błędów projektowych i o niezgodnościach, jak i też o wstrzymaniu robót z tych powodów. Jakiegokolwiek uporczywe twierdzenia powódki o błędach w projektach dostarczonych przez pozwaną są gołosłowne i bezzasadne. Za niesłuszny uznała pozwana także zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 483§ 1 k.c. w zw. z art. 474 k.c. w zw. z art. 65§ 2 k.c. poprzez przyjęcie, iż w związku z zawartymi przez strony spornymi umowami powódka ponosi odpowiedzialność za opóźnienie w wykonaniu tych umów podtrzymując stanowisko prezentowane w toku całego procesu. Nie zasługiwał na uwzględnienie również kolejny zarzut powódki naruszenia art. 483§ 1 k.c. w zw. z art. 484§ 1 k.c. poprzez przyjęcie, że w sprawie zachodziły przesłanki do obciążenia powódki karą umowną za opóźnienie w wykonaniu umów. Pozwana zauważa, że powódka sama przywołuje w apelacji stanowisko orzecznictwa i doktryny, zgodnie z którym wystąpienie szkody nie jest warunkiem koniecznym obciążenia dłużnika karą umowną. Co do kwestii braku jednolitego stanowiska orzecznictwa i doktryny w tym zakresie, pozwana zauważyła, że w najnowszych orzeczeniach Sąd Najwyższy wyraźnie i jednoznacznie opowiedział się za przyjęciem stanowiska, zgodnie z którym brak szkody po stronie wierzyciela nie zwalnia dłużnika z obowiązku zapłaty kary umownej zastrzeżonej na okoliczność niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Niezależnie od tego pozwana w odpowiedzi na pozew wykazała, że w niniejszej sprawie poniosła szkodę w wysokości 283.621,85 zł. Przeciwnie twierdzenia powódki są bezzasadne, podobnie jak twierdzenie, że odniesioną przez pozwaną korzyścią było wykonanie przez powódkę torowiska w warunkach sprzyjających. Pozwana jako wierzyciel zainteresowana była terminowym wykonaniem umowy, natomiast warunki w jakich będzie to wykonane (naturalne czy też stworzone sztucznie przez wykonawcę) są bez znaczenia oby tylko zastosowana technologia wykonania robót mogła być na gruncie tych warunków wykorzystana. Powódka wykonała tymczasem torowisko metodą najtańszą i poza czekaniem na wiosnę nie podjęła żadnych czynności mających na celu skrócenie opóźnienia. Od profesjonalnego wykonawcy wymaga się inwencji w szukaniu rozwiązań technologicznych najwłaściwszych dla wykonania robót w panujących warunkach a także tego aby nie były mu obce nowoczesne technologie wykonywania robót w jego branży. Liczy się wyłącznie oczekiwany zgodnie z umową efekt, natomiast wybór sposobu osiągnięcia tego efektu pozostawiony jest swobodnej decyzji powódki. Równie bezzasadny i niezrozumiały w ocenie pozwanej był zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 483 §1 k.c. w zw. z art. 484§1 k.c. w zw. z art.362 k.c. w zw. z art. 5 k.c. poprzez przyjęcie, iż pozwanej przysługiwała kara umowna z powodu nieterminowego wykonania umowy przez powódkę, w sytuacji gdy pozwana przyczyniła się do przesunięcia terminu wykonania. Powódka zdaje się w całym procesie nie zauważać, że mocą swojego dobrowolnego i świadomego oświadczenia woli dokonała zmiany spornych umów poprzez zawarcie do każdej z nich aneksów nr 1 zmieniających termin wykonania robót. Umowy te w brzmieniu nadanym im przedmiotowymi aneksami stanowią dla Sądu podstawę do oceny zakresu zobowiązania stron oraz zakresu ich odpowiedzialności z tytułu ich nienależytego wykonania. Nie zasługiwał też na uwzględnienie zarzut powódki naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 484 § 2 k.c. poprzez błędne przyjęcie, iż nie zachodzą przesłanki do miarkowania kary umownej. Wbrew temu co twierdzi powódka, pozwana wykazała, że ponosiła szkodę w niniejszej sprawie. Ponadto kara umowna w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia wcale nie jest rażąco wygórowana, bo w obrocie spotyka się kary umowne znacznie wyższe, co wyjaśnił Sąd Okręgowy. Łączna wysokość kary umownej osiągnęła kwotę dochodzona pozewem tylko z winy powódki, która dopuściła się tak długiego opóźnienia w wykonaniu spornych umów. Opóźnienie to było niemal równe okresowi przewidzianemu w umowach na ich wykonanie. Powódka wykonywała więc umowy niemal dwukrotnie dłużej niż powinna. Stąd też można powiedzieć, że w sposób rażący przekroczyła umowny termin wykonania umów. Rola kary umownej stanowi sankcję dyscyplinującą wobec nierzetelnego dłużnika. W przypadku wydatkowania środków publicznych z budżetu gminy, zamawiający zobowiązany jest dołożyć należytej staranności aby zastosowane w umowie zabezpieczenia należytego jej wykonania było skuteczne. Wreszcie pozwana podniosła, że powinien zostać

uwzględniony zarzut naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu zawarcia spornych umów. Powódka przed zawarciem aneksów nr 1 nie wniosła o wydłużenie czasu przewidzianego na wykonanie robót budowlanych i nie sygnalizowała, że okres ustalony aneksami może być niewystarczający. Gdyby taki wniosek się pojawił pozwana musiałaby rozważyć jego zasadność i zgodność ewentualnego wydłużenia tego okresu z brzmieniem art. 144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Ocenie pozwanej pod kątem dopuszczalności takich zmian podlegały przy tym całokształt okoliczności. Tymczasem pozwana wcale nie rozważała czy dopuszczalne jest wraz ze zmianą terminu wykonania umów również wydłużenie okresu wykonywania robót w stosunku do długości okresu pierwotnego. Inicjatorem takiego postępowania nie mogła być jednak pozwana, gdyż logicznym jest, że to powódka winna być tym zainteresowana.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje

Apelacja powódki okazała się częściowo zasadna. Wstępnie zaznaczenia wymaga, że Sąd I instancji zasadniczo w sposób prawidłowy zgromadził w sprawie materiał dowodowy (uzupełniony na etapie postępowania apelacyjnego o przesłuchanie świadka K. S. (1)), a następnie w sposób niewadliwy dokonał jego oceny. W konsekwencji ustalił stan faktyczny, odpowiadający treści tych dowodów. Tym samym Sąd Apelacyjny przyjął go za własny. W sytuacji bowiem, gdy sąd odwoławczy orzeka na podstawie materiału zgromadzonego w postępowaniu w pierwszej instancji nie musi powtarzać dokonanych ustaleń, gdyż wystarczy stwierdzenie, że przyjmuje je za własne (por. np. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1935 r., C III 680/34. Zb. Urz. 1936, poz. 379, z dnia 14 lutego 1938 r., C II 21172/37 Przegląd Sądowy 1938, poz. 380 i z dnia 10 listopada 1998 r., III CKN 792/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 83). Za wyjątkiem zarzutu naruszenia art. 479⁽¹²⁾ § 1 k.p.c. odnoszącego się do wadliwego oddalenia wniosku o przesłuchanie wspomnianego wyżej świadka pozostałe zarzuty dotyczące naruszenia przepisów o charakterze proceduralnym okazały się niezasadne. Z kolei uwzględnić należało zarzuty naruszenia przepisów prawa materialnego tj. art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 473 k.c. i art. 65 § 2 k.c. w takim zakresie, w jakim odnosiły się do ustalenia przez Sąd I instancji absolutnej odpowiedzialności powódki za nienależyte wykonanie umowy, a także naruszenia art. 484 § 2 k.c. poprzez ustalenie braku zaistnienia przesłanek do miarkowania kary umownej. Uwzględnienie powyższych zarzutów skutkowało wydaniem wyroku reformatoryjnego.

W pierwszej jednak kolejności odnieść się należało do podniesionych w apelacji zarzutów naruszenia art. 479¹² § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i 278 § 1 k.p.c. Zakres bowiem przeprowadzonego w sprawie postępowania dowodowego decydował o poczynionych na jego podstawie ustaleniach faktycznych, a w konsekwencji o zastosowaniu przepisów prawa materialnego. Pierwszy z zarzutów odnosił się do wadliwego w ocenie skarżącej oddalenia wniosku o przeprowadzenie dowodu z uzupełniającej opinii do opinii biegłego G. S.. Został on złożony na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2012 r. (karty 1242 – 1247 akt), w trakcie której został przesłuchany biegły. Odnosił się do ustalenia wpływu na koszty i czas wykonania spawów w warunkach panujących w trakcie wykonywania prac przy zastosowaniu wskazywanych przez biegłego nowych technologiach. W pozwie powódka złożyła wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczności związane z przyczynami wystąpienia opóźnienia w wykonaniu prac oraz możliwości ich wykonania zgodnie ze sztuką budowlaną w panujących warunkach atmosferycznych. Zarządzeniem wydanym na rozprawie w dniu 31 marca 2011 r. powódka zobowiązana została do sprecyzowania tak określonej tezy dowodowej, co uczyniła w piśmie procesowym z dnia 14 kwietnia 2011 r. (karty 1013 – 1018 akt). W piśmie tym wniosła między innymi o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność możliwości (jaki byłby tego koszt) prowadzenia prac spawalniczych (łączenia szyn nieprzytwierdzonych) w temperaturach i warunkach panujących na terenie budowy w okresie od drugiej połowy grudnia 2008 r. do końca lutego 2009 r. Jak z powyższego wynika, nowa teza dowodowa wykraczała poza okoliczności wskazane w przywołanym wyżej piśmie. Niewątpliwie bowiem istota sporu sprowadzała się do kwestii możliwości wykonania prac w sposób ustalony przez strony w umowie, przy zastosowaniu uzgodnionych technologii, a w konsekwencji i warunków technicznych, którym wynik prac winien odpowiadać. Tych właśnie kwestii dotyczyła uściślona przez powódkę teza dowodowa. Strony jednoznacznie i co ważne zgodnie wskazywały na sposób wykonania prac (rodzaj spawów) i w konsekwencji w tym kontekście dokonywały oceny realnych możliwości ich wykonania w panujących warunkach i przy zachowaniu stosownych reżymów technologicznych. Przedmiotem sporu nie było wykonanie prac w jakikolwiek sposób, albowiem

pozostawałoby to w sprzeczności z postanowieniami łączących strony umów. Wprawdzie biegły wskazywał w swoich opiniach na istnienie takich technologii (choć nie sprawdzonych w praktyce), jednakże okoliczności te nie miały dla rozstrzygnięcia sprawy znaczenia. Ponadto dla oceny samego opóźnienia prac, jak słusznie zauważył Sąd I instancji, kwestie kosztów czy czasochłonności innych technologii nie miały znaczenia. Nie można ich w żadnym przypadku utożsamiać z ewentualnymi kosztami dodatkowymi związanymi z realizacją umowy (spawania metodą ustaloną przez strony).

Odmiennej oceny dokonać należało odnośnie zarzutu wadliwego oddalenia przez Sąd wniosku o przesłuchanie świadka K. S. (1) zawartego w piśmie z dnia 24 listopada 2009 r. (karta 650 akt). Wniosek ten bezwzględnie uznać należało za złożony w terminie. Zmierzał on bowiem do wykazania znaczenia okoliczności wynikających z treści dołączonego do pozwu pisma sporządzonego przez świadka dla nieterminowego wykonania prac. Dotyczyło ono niezgodności dokumentacji projektowej, na podstawie której wykonywane były prace przez powódkę z dokumentacją dotyczącą wykonania przez inną firmę prac związanych z budową ronda i w konsekwencji niebezpieczeństwa braku możliwości zetknięcia się torów realizowanych w ramach tych odrębnych budów. Tezy wynikające z treści tego pisma były przez pozwaną kwestionowane, co uzasadniało późniejszą akcję dowodową. Jednocześnie należało je uznać za istotne dla oceny przyczyn i rozmiaru opóźnienia w wykonaniu prac przez powódkę.

Niezasadny okazał się natomiast zarzut powódki dotyczący nieuprawnionego oddalenia przez Sąd Okręgowy wniosku zawartego w piśmie z dnia 31 marca 2011 r. (karty 964 – 989 akt) odnoszącego się do dokumentów prywatnych pochodzących od pozwanej, a związanych z zawarciem zupełnie innej umowy. Przede wszystkim, wbrew stanowisku powódki, wniosek dowodowy okazał się zdecydowanie spóźniony. Jak wynika z dat poszczególnych dokumentów istniała możliwość wcześniejszego ich przywołania. Sama powódka składając wniosek o dopuszczenie tych dowodów nie wskazała przyczyn, z powodu których czyni to dopiero na tym etapie postępowania. Nie można uznać, że nie było to wcześniej możliwe, czy też, że potrzeba powstała na tym dopiero etapie postępowania. Ponadto z tezy dowodowej wynika, że przedłożone dokumenty miały służyć wykazaniu, że pozwana w przypadku innych przetargów i to na wniosek wykonawcy zmieniała terminy wykonania prac z uwagi na warunki atmosferyczne, czy też kwestie związane z zatwierdzeniem organizacji ruchu. Z okoliczności tej powódka wyprowadza wniosek odnośnie uwzględniania przez powódkę warunków atmosferycznych jako okoliczności uniemożliwiających z przyczyn niezależnych od wykonawcy zrealizowanie robót. Ponadto powódka podnosiła w oparciu o omawiane dokumenty, że pozwana w takich przypadkach nie stosowała kar umownych. W świetle art. 217 k.p.c. okoliczności te okazały się nieistotne, nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Nawet bowiem jeżeli powódka w relacjach z innymi kontrahentami nie zawierała postanowień odnośnie kary umownej, czy też w określonych okolicznościach z nich nie korzystała nie może wpływać na ocenę rozpoznawanej sprawy. Po pierwsze skorzystanie z uprawnienia wynikającego z umowy zależy wyłącznie od woli strony, której przysługuje, a także od szeregu innych okoliczności, które nie są znane. Niezależnie od tego dla rozstrzygnięcia sporu istotne są postanowienia tego konkretnego węzła obligacyjnego, postanowienia, na które przystały obie strony i umowa w takim właśnie kształcie musi zostać poddana ocenie. Istotne są też wyłącznie okoliczności związane z realizacją tej konkretnej umowy, nie natomiast jakichkolwiek innych.

Sąd I instancji prawidłowo oddalił również wnioski dowodowe zawarte w piśmie powódki z dnia 16 listopada 2011 r. (karty 1118 – 1119 akt). Wnioski te zmierzały do wykazania, że powódka miała przy realizacji prac objętych umowami stosować spawanie termitem. Można się zgodzić ze stanowiskiem skarżącej, że okoliczność dotycząca technologii wykonania spawów była okolicznością istotną dla rozstrzygnięcia sprawy, jak również, że wniosek nie był spóźniony wobec twierdzeń pozwanej zawartych w jej piśmie procesowym z dnia 27 października 2011 r. odnośnie braku wykazania ustalonej metody ich wykonania. Należy jednak zauważyć, że po pierwsze stanowiska stron w tym zakresie były zbieżne i na etapie zarówno wnoszenia pozwu, jak i odpowiedzi na pozew ani powódka ani pozwana nie kwestionowała takiej technologii łączenia szyn, a po drugie, że nowe, zmienione twierdzenia pozwanej były już na etapie składania pisma z dnia 27 października 2011 r. spóźnione. W konsekwencji akcja dowodowa powódki była zbędna. Niesporne bowiem było i takie ustalenia poczynił Sąd I instancji, że strony przewidziały w obu umowach

spawanie termitem. W związku z tym oceny przyczyn opóźnienia dokonywać należało przy uwzględnieniu tej właśnie okoliczności.

Ostatecznie więc za wyjątkiem dowodu z zeznań świadka K. S. (1) pozostałe wniosku dowodowe zasadnie zostały przez Sąd Okręgowy oddalone. W konsekwencji podstawę dokonania ustaleń faktycznych mogły stanowić dowody wyłącznie w takim zakresie, jak to przedstawiono wyżej.

Oceniając sformułowane w apelacji zarzuty dotyczące naruszenia przepisów prawa procesowego, za zupełnie bezpodstawne uznać należało stanowisko skarżącej dotyczące naruszenia art. 328 § 2 k.p.c., zgodnie z którym uzasadnienie wyroku powinno zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a mianowicie: ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 czerwca 2009 roku (sygnatura akt IUK 21/09, LEX nr 515699) wskazał, że powołanie się w skardze kasacyjnej na podstawę naruszenia w postaci art. 328 § 2 k.p.c. jest usprawiedliwione tylko wówczas, gdy z uzasadnienia orzeczenia nie daje się odczytać, jaki stan faktyczny lub prawny stanowił podstawę rozstrzygnięcia, co uniemożliwia kontrolę kasacyjną. Z kolei w wyroku z dnia 4 marca 2009 roku (sygnatura akt II PK 210/08, LEX nr 523527) Sąd ten wskazał, że zarzut wadliwego sporządzenia uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia może okazać się zasadny tylko wówczas, gdy z powodu braku w uzasadnieniu elementów wymienionych w art. 328 § 2 k.p.c. zaskarżone orzeczenie nie poddaje się kontroli kasacyjnej, czyli gdy treść uzasadnienia orzeczenia sądu drugiej instancji uniemożliwia całkowicie dokonanie toku wyводу, który doprowadził do jego wydania. To, czy w istocie sprawa została wadliwie, czy prawidłowo rozstrzygnięta nie zależy od tego, jak zostało napisane uzasadnienie, co znajduje potwierdzenie w art. 398[14] k.p.c., w myśl którego Sąd Najwyższy oddala skargę kasacyjną także wtedy, gdy mimo błędnego uzasadnienia orzeczenie odpowiada prawu. Rozwijając tę myśl Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 grudnia 2008 roku (sygnatura akt I PK 96/09, LEX nr 529754) dodał, że sporządzenie uzasadnienia w sposób nie w pełni odpowiadający stawianym mu wymaganiom może stanowić usprawiedliwioną podstawę skargi kasacyjnej wyjątkowo wtedy, gdy przedstawione w nim motywy nie pozwalają na przeprowadzenie kontroli kasacyjnej zaskarżonego orzeczenia. Jedynie w takim wypadku uchybienie art. 328 § 2 k.p.c. może być - w świetle art. 398[3] § 1 pkt. 2 k.p.c. - uznane za mogące mieć wpływ na wynik sprawy. Podobne stanowisko Sąd Najwyższy zajął w wyroku z dnia 3 października 2008 roku (sygnatura akt II PK 48/08, LEX nr 513006) podnosząc, że jedynie wyjątkowo naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. może wypełniać podstawę kasacyjną, o której mowa w art. 398[3] § 1 pkt 2 k.p.c. Może to mieć miejsce wówczas, gdy skutek uchybienia wymaganiom wynikającym z art. 328 § 2 k.p.c. zaskarżone orzeczenie nie poddaje się kontroli kasacyjnej. W rozważanej sprawie uzasadnienie wyroku odpowiada przedstawionym wcześniej wymogom. Jest ono niezwykle obszerne, zawiera bardzo szczegółowe ustosunkowanie się do wszystkich istotnych okoliczności sprawy. Daje ono pełną możliwość oceny motywów, którymi kierował się Sąd i które doprowadziły do wydania orzeczenia. Sąd przedstawił warunki umów, dokonał ich interpretacji, ustalił przebieg realizacji umowy, a w dalszej części zastosował przepisy prawa materialnego każdy z nich szeroko omawiając. Sąd wskazał również na dowody, na jakich oparł swoje ustalenia oraz przedstawił argumentację przemawiającą albo za oddaleniem części wniosków dowodowych, albo za odmową przyznania im przynajmniej wiarygodności. W żadnym przypadku nie jest natomiast możliwe utożsamianie wadliwości sporządzenia uzasadnienia z wadliwą według stanowiska skarżącego, oceną dowodów, z przypisaniem im innego znaczenia niż oczekiwała strona, czy też z oddaleniem poszczególnych wniosków dowodowych. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że ewentualne drobne uchybienia w zakresie sporządzenia uzasadnienia w żadnym przypadku nie mogą stanowić podstawy jego dyskwalifikacji w stopniu uzasadniającym wydanie wyroku kasacyjnego.

Zarzuty związane z naruszeniem przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną, arbitralną i wybiórczą, wykraczającą poza zasadę swobody, ocenę dowodów ocenione zostaną przy omawianiu zastrzeżeń powódki odnoszących się do naruszenia przepisów prawa materialnego. Należy jednak w tym miejscu zaznaczyć, że zarzuty naruszenia powyższej regulacji zostały w apelacji sformułowane w znacznej części w sposób wadliwy. Pogwałcenia zasady swobodnej oceny dowodów nie można bowiem utożsamiać, a do tego zmierza znaczna część przedstawionej przez skarżącą argumentacji, z błędnymi ustaleniami faktycznymi. Błędne ustalenia faktyczne mogą jedynie być konsekwencją

wadliwej oceny materiału dowodowego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 19 grudnia 2008 r., sygn. akt I ACa 21/08).

Przechodząc do omówienia zarzutów odnoszących się do naruszenia przepisów prawa materialnego w pierwszej kolejności wskazać należy na zasadność stanowiska powódki, zgodnie z którym Sąd I instancji dokonał wadliwej interpretacji postanowień obu umów w kontekście określenia zakresu odpowiedzialności powódki za nienależyte wykonanie wynikających z nich zobowiązań (zarzut naruszenia art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 473 k.c. w zw. z art. 65 § 2 k.c.). Sąd przyjął bowiem, że strony umowy się, że powódka zapłaci pozwanej kary umowne z tytułu opóźnienia w wykonaniu prac niezależnie od okoliczności, które opóźnienie to spowodowały. Ustaleń takich Sąd Apelacyjny nie podziela. Zgodnie z treścią art. 483. § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Zarówno w piśmiennictwie, jak i judykaturze przyjmuje się, że zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Argumentuje się przy tym, że wynika to zarówno z celu kary umownej, jak i umiejscowieniu przepisów normujących karę umowną. Podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej powoduje, że zobowiązany do jej zapłaty może się stosownie do treści art. 471 k.c. w związku z art. 472 k.c. bronić zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 1999 r., sygn. akt III CKN 166/98, niepubl., z dnia 13 czerwca 2003 r., sygn. akt III CKN 50/01, niepubl., z dnia 5 października 2003 r., sygn. akt I CK 137/02, niepubl., z dnia 11 marca 2004 r., V CK 369/09, niepubl., z dnia 31 marca 2004 r., III CK 446/02, z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 583/03, z dnia 7 lipca 2005 r., V CSK 234/07, z dnia 7 grudnia 2007 r., III CSK 234/07, z dnia 11 stycznia 2008 r., V CSK 362/07, z dnia 18 stycznia 2008 r., V CSK 385/07, jak również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., II CSK 180/10). W orzeczeniach tych Sąd Najwyższy zajmował jednoznaczne stanowisko, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z przyczyn, za które odpowiada strona zobowiązana, stanowi podstawową przesłankę powstania roszczenia o zapłatę kary umownej (art. 483 k.c. w związku z art. 471 k.c.). Ustawowa konstrukcja kary umownej nie opiera się więc na mechanizmie gwarancyjnym, lecz na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. Karę umowną może zostać obciążona tylko taka strona, która odpowiada za opóźnienie w spełnieniu świadczenia niepieniężnego, obowiązek jej zapłacenia nie może natomiast spoczywać na stronie zobowiązanej do spełnienia tego świadczenia, jeżeli opóźnienie zostało wywołane przez okoliczności, za które strona nie ponosi odpowiedzialności. Konsekwencją jest powinność wykazania przez uprawnionego wyłącznie dokonania przez strony wężła obligacyjnego zastrzeżenia kary umownej i samego faktu niewykonania zobowiązania w terminie, a w związku z domniemaniem zawinienia dłużnika, na nim spoczywa obowiązek jego obalenia. W tym kontekście podzielić należy przedstawione w apelacji wywoływanie się do charakteru kary umownej w jej ustawowym kształcie. Podkreślenia jednak wymaga, że spór w niniejszej sprawie nie sprowadzał się do kwestii rozumienia instytucji kary umownej, a kwestii możliwości rozszerzenia podstaw jej naliczania także na okoliczności nie leżące po stronie zobowiązanego do jej zapłaty w sytuacji, w której doszło do nienależytego (tutaj nieterminowego) wykonania umowy. Powielenie bowiem w umowie zapisów ustawy musiałoby prowadzić do wniosków przedstawionych wyżej, wykluczających przyjęcie gwarancyjnego charakteru kary umownej. Ta ogólna regulacja ma jednak charakter dyspozytywny (art. 361 § 2 i 472 i nast. k.c.), co uzasadnia uznanie, że dopuszczalne jest w oparciu o art. 473 § 1 k.c. i w granicach art. 473 § 2 k.c., modyfikowanie odpowiedzialności dłużnika przez określenie przesłanek naprawienia szkody w sposób odmienny, niż wynika to z art. 472 i 474 k.c. Poza wynikającym a contrario z art. 483 § 1 k.c. wyłączeniem możliwości ustanowienia kary umownej w związku z zobowiązaniem pieniężnym ustawa nie ogranicza dyspozycyjności stron. (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., I CKN 791/98, Lex 50891, z dnia 8 lipca 2004 r. IV CKN 583/03, Lex 137571, z dnia 17 marca 2004 r., IV CKN 300/04, niepubl., z dnia 26 września 2012 r., II CSK 84/12, LEX nr 1232233). W pierwszym z tych orzeczeń Sąd Najwyższy przywołując cele kary umownej jako nie tylko zastępującej odszkodowanie, ale pełniącej rolę stymulacyjną wskazał, że jeżeli strony w umowie zastrzegły kary umowne w każdym wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy są przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania. Oznacza to, że stosownie do treści art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przyjąć w umowie odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania także z

powodu oznaczonych, niezawinionych okoliczności i nie ma przeszkody aby strony umówiły się, żeby odszkodowanie z tego tytułu przybrało wtedy postać kary umownej. W sposób pośredni potwierdził taką możliwość również Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 lipca 2012 r. (sygn. akt III CZP 39/12, OSNC 2013/2/17, LEX nr 1271627).

W rozważanej sprawie Sąd I instancji dopuszczając możliwość rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania wskutek okoliczności nie leżących po jego stronie przyjął, że w taki właśnie rozszerzony sposób ukształtowana została w obu umowach kara umowna. Swoje przekonanie wywiódł z użytego przez strony terminu „opóźnienie” przeciwstawiając je pojęciu „zwłoka” i wskazując, że obecnie w obrocie gospodarczym przedsiębiorcy zawierający umowy o roboty pojęcia te rozróżniają nadając im znaczenie kodeksowe. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim opiera się ono na bardzo ogólnym założeniu bez odniesienia do okoliczności niniejszej sprawy. Nie można bowiem wyprowadzać z tak ogólnej przesłanki wniosków co do tego, że także w rozważanym przypadku strony tak właśnie pojęcia użyte w umowach rozumiały i taki zamierzały nadać im sens. Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt. 1 każdej z umów w brzmieniu nadanym im aneksami nr 1, wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za opóźnienie w wykonaniu umowy w terminie określonym w § 2 ust. 1 pkt. 2 za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w wysokości 0,5% łącznego wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1. Jednocześnie w § 2 ust. pkt. 2 każdej z umów strony określiły termin wykonania prac na dzień 31 stycznia 2009 r. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że nie ma dla rozstrzygnięcia sprawy znaczenia podnoszona w apelacji okoliczność dotycząca przygotowywania umów przez pozwaną w trybie ustawy o zamówieniach publicznych. Z okoliczności tej nie można wyprowadzać wniosku o ponoszeniu w związku z tym przez pozwaną odpowiedzialności za jej niejasne sformułowania. Tekst umowy był elementem dokumentacji przetargowej, powódka z jej treścią się zapoznała, miała możliwość zadawania pytań w tym zakresie na etapie postępowania przetargowego. Podpisanie umowy miało charakter dobrowolny, pomiędzy profesjonalistami, zawierającymi szereg tego rodzaju umów. W tych przypadkach konsensus realizowany jest poprzez przyjęcie warunków umowy przez drugą stronę. Nie sposób zresztą przyjąć, że strony nie rozumiały znaczenia użytych w umowie pojęć. Nie wynika to z materiału dowodowego.

Analiza zapisów § 13 obu umów prowadzi do jednoznacznego wniosku, że samo w sobie posłużenie się przez strony pojęciem „opóźnienie” nie może automatycznie oznaczać rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy także na okoliczności niezależne od niego. Oprócz niego bowiem znalazły się zapisy dotyczące naliczania kar umownych za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (§ 13 ust. 1 pkt.1), czy też nieterminowe wykonanie zobowiązania (§ 13 ust. 2). O ile w pierwszym przypadku możnaby formułować wniosek odnośnie przeciwstawienia pojęciu opóźnienia sytuacji zawinienia (okoliczności leżących po stronie wykonawcy), o tyle rację ma skarżący wskazując, że przeciwnie stanowisko można z kolei wyprowadzić z zestawienia pojęcia opóźnienia z określeniem sytuacji, w których naliczane będą odsetki ustawowe (nieterminowa regulacja należności). Nie może więc budzić wątpliwości, że stroni ani używanych pojęć nie rozumiały w sposób tożsamy, ani też w sposób odpowiadający ujęciu kodeksowemu. Stąd też w ocenie Sądu Apelacyjnego same tylko brzmienie § 13 umów nie daje dostatecznych podstaw do jednoznacznego rozstrzygnięcia rozważanej kwestii. Istotne w tym zakresie było zachowanie się stron, które pozwala dokonać oceny, jak rozumiały one okoliczności, których zaistnienie uprawniało do naliczenia kar umownych. O pojmowaniu ich jako zawinionych świadczy już tylko cała bogata korespondencja stron odnosząca się do przyczyn, z powodu których doszło do przekroczenia umownego terminu wykonania prac, do podstaw do zawarcia aneksów do umowy itd. W korespondencji tej obie strony przedstawiały argumentację odnoszącą się do kwestii, czy przekroczenie terminu było wynikiem okoliczności leżących po stronie wykonawcy, czy też okoliczności leżących poza nim. W tym zakresie na przykład powódka przedstawiała pisma Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej w G. dotyczące rzeczywistych warunków atmosferycznych panujących w okresie realizacji prac i ich wpływu na możliwość prowadzenia prac budowlanych, w tym przede wszystkim spawania. W piśmie z dnia 3 marca 2009 r. (karta 220 akt) sama pozwana w odpowiedzi na wniosek o podpisanie aneksu wskazała, że oceni w jakim zakresie nie można przypisać wykonawcy odpowiedzialności za opóźnienie, co nie pozostawia wątpliwości, że tylko z zawinieniem wykonawcy wiązała jej odpowiedzialność. Z kolei w piśmie z dnia 9 marca 2009 r. (karta 238 akt) pozwana wskazała, że podnoszone przez wykonawcę okoliczności odnoszą się do okresu, w którym umowa miała być już wykonana nie negując możliwości ich wpływu na termin zakończenia prac. Co jednak najistotniejsze pozwana w piśmie z dnia 27 maja 2009 r. (karta 320 akt) zawierającym oświadczenie o potrąceniu przysługujących jej należności z tytułu

kar umownych oraz notach księgowych nr (...) z dnia 26 maja 2009 r. jednoznacznie oświadczyła, że w wyliczeniu wysokości kar umownych uwzględniono okres braku wykonania prac z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Swoje stanowisko podtrzymała w piśmie z dnia 22 czerwca 2009 r. (karta 324 akt) stanowiącym odpowiedź na zwrot not księgowych. Z kolei w piśmie z dnia 3 sierpnia 2009 r. (karta 336 akt) stanowiącym odpowiedź na wezwania do zapłaty pozwana wskazała, że analiza postanowień łączących strony umów oraz okoliczności sprawy i wytworzonej dokumentacji prowadzi do wniosku, że kary umowne są uzasadnione i zgodne z umową, co znalazło swój wyraz w treści not księgowych. Skoro więc pozwana naliczyła kary umowne w związku z przekroczeniem terminu wykonania robót tylko za okoliczności zależne od wykonawcy, co jednoznacznie oświadczyła i jednocześnie wskazała, że taki sposób naliczenia kar odpowiada treści umowy, to nie może budzić wątpliwości, że zapisy umowy strony rozumiały w sposób przedstawiony przez powódkę. Jak już wskazano koresponduje to z wcześniejszą korespondencją związaną z ustalaniem przyczyn niewykonania prac w terminie. Wszystkie te dowody oceniane jako całość prowadzą do jednoznacznego wniosku, że w § 13 obu umów strony zastrzegły kary umowne wyłącznie na wypadek sytuacji, w której przekroczenie terminu nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Trudno zresztą uznać, że pozwana dobrowolnie, wbrew postanowieniom umowy, która miała przewidywać absolutną odpowiedzialność wykonawcy rezygnowała z naliczenia kar umownych i to w sytuacji, gdy w pozostałym zakresie uwzględnione zostały wszelkie okoliczności mające wpływ na termin wykonania prac. Nie bez znaczenia pozostaje bardzo duża kwota pominiętych kar umownych i to w sytuacji niezwykle eksponowanych w toku procesu kwestii dyscypliny budżetowej, konieczności dokonania stosownych rozliczeń itp. Analiza materiału dowodowego wskazuje natomiast, że powódka w swoich pismach powoływała się na okoliczności od niej niezależne, a pozwana w części je uznawała, co oznacza, że rozumienie zapisów umów było tożsame. Podkreślenia wymaga, że pozwana nawet w odpowiedzi na pozew (str. 12 – karta 463 akt) wskazała, że przyczyna wstrzymania robót leżała po jej stronie i z uwagi na tę okoliczność kar umownych nie naliczyła.

Reasumując stwierdzić należało, że strony w obu umowach zastrzegły kary umowne w przypadku przekroczenia przez wykonawcę terminu wykonania umowy z przyczyn leżących po jego stronie. Wobec powyższego bezprzedmiotowe było odnoszenie się do zarzutu nieważności postanowień § 13 umów z uwagi na ich niezgodność z treścią art. 473 § 1 k.c., który stanowi, że dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Podzielić wprawdzie należy zaprezentowane w apelacji stanowisko odnośnie tego, że przyczyny rozszerzające odpowiedzialność dłużnika z tytułu niewykonania, czy też nienależytego wykonania umowy powinny zostać wyraźnie przez strony stosunku obligacyjnego wskazane. Niewątpliwie w orzecznictwie wyrażany jest zgodny i jednoznaczny pogląd, zgodnie którym nie jest w tym zakresie wystarczające tylko ogólne powołanie się na pełne rozszerzenie odpowiedzialności. Konieczne jest oznaczenie w umowie konkretnych okoliczności zastrzegających tę odpowiedzialność, wskazanie wyraźnie wskazanych przyczyn, w których obowiązek odszkodowawczy się aktualizuje (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 791/98, z dnia 29 listopada 2002 r., sygn. akt IV CKN 1553/00). Należy jednak jednocześnie zaznaczyć, że Sąd Najwyższy we wszystkich przywołanych wcześniej orzeczeniach dotyczących zastrzeżenia kar umownych także w przypadku nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn niezależnych od wykonawcy uznawał za wystarczające dla spełnienia tego wymogu zamieszczenie w postanowieniach umownych zastrzeżenia, że kary umowne zostaną naliczone w przypadku opóźnienia w wykonaniu umowy, a więc bez konkretyzacji przyczyn rozszerzonej odpowiedzialności.

Zupełnie bezpodstawne okazały się zarzuty powódki dotyczące naruszenia przez Sąd I instancji treści przepisów art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 1 k.c. poprzez przyjęcie, że wierzyciel uprawniony jest do naliczenia kary umownej w sytuacji, gdy skutek nienależytego wykonania umowy nie poniósł żadnej szkody. Stanowisko przeciwnie zaprezentowane w apelacji w żadnej mierze nie zasługuje na akceptację. Już z samej treści regulacji art. 484 § 1 k.c. wynika wprost, że nawet brak szkody nie skutkuje wyłączeniem możliwości naliczenia kary umownej. Należy więc stanowczo opowiedzieć się za poglądem, zgodnie z którym zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. Kwestia to była oczywiście przedmiotem kontrowersji, jednakże ostatecznie utrwalony został przedstawiony wyżej pogląd. Za takim poglądem Sąd Najwyższy wypowiedział się przykładowo w wyroku z dnia 4 grudnia 2003 r., II CK 160/02, w wyroku z dnia 17 czerwca 2004 r. oraz w wyroku z dnia 11 stycznia

2007 r. Przesądżająca była natomiast uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, które nadana została moc zasady prawnej. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 13 lutego 2013 r. (sygn. akt I ACa 1391/12, LEX nr 1313455) wskazał, że nie jest zasadne dopatrywanie się w art. 483 § 1 k.c. normy uzależniającej roszczenie o zapłatę kary umownej od faktu powstania lub zwiększenia się szkody. Zerwaniu ulega także związek przyczynowy pomiędzy sankcją w postaci kary umownej a poniesieniem szkody przez wierzyciela. Wystąpienie szkody po stronie wierzyciela nie jest więc w ogóle przesłanką powstania roszczenia o zapłatę kary umownej. Wystąpienie szkody po stronie wierzyciela nie jest więc w ogóle przesłanką powstania roszczenia o zapłatę kary umownej. Przyjmuje się natomiast, że brak szkody powinien być brany pod uwagę przy zmniejszeniu kary umownej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 1970 r., sygn. akt II CR 167/70, OSNC 1970, Nr 11, poz. 214, wspomniana uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03). Stanowisko to Sąd rozpoznający niniejszą sprawę w pełni aprobuje. W związku z powyższym nawet brak poniesienia szkody po stronie pozwanej wskutek niewykonania przez powódkę prac w terminie nie zwalniał tej ostatniej od odpowiedzialności z tytułu kar umownych.

W dalszej kolejności odnieść się należało do zarzutu naruszenia art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 362 k.c. w zw. z art. 5 k.c. W ocenie skarżącej niezasadne było stanowisko Sądu, który przyjął, że pozwanej przysługiwało uprawnienie do naliczenia kary umownej w sytuacji, w której przyczyniła się do przesunięcia terminu wykonania robót z okresu jesienno-zimowego na zimowy, co wskutek złych warunków atmosferycznych doprowadziło do nieterminowego wykonania umowy. Sąd rozpoznający niniejszą sprawę nie podziela stanowiska co do możliwości stosowania art. 362 k.c. w przypadku ustalania odpowiedzialności z tytułu kar umownych. Niewątpliwie nie ma zgody co do poglądów co do konsekwencji prawnych przyczynienia się wierzyciela do powstania szkody. Zgodnie z pierwszym z nich jeżeli do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania doszło wskutek przyczynienia się wierzyciela, to dłużnik może żądać obniżenia kary umownej na podstawie art. 362 k.c., a nie jej miarkowania – bez względu na to, czy i w jakiej części zobowiązanie wykonał (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 1974 r., sygn. akt II CR 788/73, OSP 1975, z. 2, poz. 36). Jednakże zastosowanie art. 362 k.c. do kary umownej może nastąpić jedynie odpowiednio, bowiem wierzyciel, żądając kary umownej, z reguły nie wskazuje wysokości poniesionej szkody, a zatem brak jest wskazanego w art. 362 k.c. kryterium obniżenia kary (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2003 r., sygn. akt I CK 137/02, LEX nr 148636). Zgodnie z odmiennym poglądem, przepis art. 362 k.c. nie może stanowić samoistnej podstawy zmniejszenia kary umownej. Może ono nastąpić wyłącznie na podstawie art. 484 § 2 k.c. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2004 r., sygn. akt IV CK 522/2003, OSNC 2005, nr 7-8, poz. 131, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2010 r., sygn. akt IV CSK 494/2009, Biul. SN 2010, nr 5, s. 3). W doktrynie także przeważa pogląd, że art. 484 § 2 k.c. w części dotyczącej miarkowania kary umownej jako rażąco wygórowanej ma zastosowanie jako samodzielna podstawa zmniejszenia kary umownej także w sytuacji, gdy dłużnik tylko częściowo ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, zwłaszcza gdy do takiego stanu rzeczy przyczynił się w znacznym zakresie sam wierzyciel. Podkreślenia wymaga, że skoro szkoda nie jest przesłanką żądania zapłaty kary umownej, a wysokość kary umownej nie jest proporcjonalna do jej wysokości, to szkoda nie będzie w ogóle przedmiotem badania w procesie o karę umowną, stąd niemożliwe będzie ustalenie, w jakim stopniu wierzyciel przyczynił się do jej powstania. W związku z tym kwestie związane z wystąpieniem szkody omówione zostaną na płaszczyźnie oceny, czy wystąpiły przesłanki do miarkowania kary umownej.

Niezależnie od powyższego, w realiach rozpoznawanej sprawy nie sposób przyjąć, że to pozwana przyczyniła się do powstania szkody i to na etapie poprzedzającym zawarcie aneksów. W § 1 ust. 5 obu umów wyraźnie postanowiono, że to na wykonawcy ciąży obowiązek ustalenia z Zarządem Dróg i Transportu Miejskiego w S. oraz z zamawiającym zmian organizacji ruchu w komunikacji związanej z remontem. Zgodnie natomiast z § 9 ust. 3 pkt. 4 umów obowiązkiem powódki było dostarczenie na dzień przekazania placu budowy planu organizacji ruchu z uzgodnieniami. Jak z powyższego wynika zakresem obowiązków umownych objęte zostały wszystkie czynności związane z uzyskaniem zgody na zmianę organizacji ruchu. Co istotniejsze dopiero przedstawienie stosownych dokumentów w tym zakresie aktualizowało obowiązek pozwanej przekazania placu budowy, a w konsekwencji określało moment realnego rozpoczęcia prac na budowie. Podkreślenia przy tym wymaga sztywne ustalenie daty zakończenia prac. Oznacza to, że już na etapie zawierania umów w pierwotnym brzmieniu powódka brała na siebie

ryzyko związane z wszelkimi opóźnieniami związanymi z uzyskaniem stosownych planów i pozwoleń. To data ich otrzymania ostatecznie decydowała o tym, ile czasu pozostanie na wykonanie właściwych prac. Okres oczekiwania na dokumentację związaną ze zmianą organizacji ruchu wliczany więc był do czasu wykonania inwestycji. Z pisma pozwanej skierowanego do Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego w S. z dnia 30 lipca 2008 r. (karta 501 akt) wynika, że zwróciła się o określenie możliwości prowadzenia robót, zwracając przy tym uwagę na zwiększenie natężenia ruchu w dniach od 30 października do 2 listopada. W piśmie Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego w S. z dnia 1 sierpnia 2008 r. (karta 502 akt) poinformowano, że Zarząd nie wnosi zastrzeżeń do planowanych robót, a na czas ich wykonywania, szczególnie we wskazanym wyżej okresie wprowadzona zostanie zastępcza komunikacja autobusowa. W piśmie z dnia 13 października 2008 r. (karta 511 akt) Komenda Miejska Policji pozytywnie zaopiniowała przedstawiony przez firmę (...) projekt czasowej organizacji ruchu, z zastrzeżeniem jednak, że jego wprowadzenie ma nastąpić od dnia 3 listopada 2008 r. Decyzja zatwierdzająca czasową organizację ruchu od dnia 4 listopada 2008 r. wydana została przez Prezydenta Miasta S. w dniu 14 października 2008 r. (karta 512 akt). Z pism powódki z dnia 24 października 2008 r. (karta 500 oraz 161 – 162 akt) wynika, że otrzymała powyższą decyzję i w związku z tym zwróciła się o przygotowanie aneksów do umowy uwzględniających konieczność zmiany umownych terminów realizacji zadania. Tego też dnia zawiadomiła Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego w S. o zamiarze zajęcia jezdni (pismo Zarządu Dróg z dnia 3 listopada 2008 r. - karta 163 akt). Niezrozumiała jest więc argumentacja powódki dotycząca niewłaściwej organizacji przetargu przez pozwaną, która w ocenie skarżącej winna przy jego zawieraniu winna dysponować zapewnieniem wszystkich właściwych organów, że zmiana organizacji ruchu będzie możliwa wcześniej. Pozostaje ona w oczywistej sprzeczności z treścią zawartych umów. Racją ma przy tym Sąd I instancji wskazując, że obciążające powódkę skutki związane z upływem czasu niezbędnego do uzyskania stosownej dokumentacji, a tym samym do przekazania placu budowy i rozpoczęcia prac przy ustalonym konkretną datą terminie zakończenia prac zostały zniwelowane poprzez zawarcie aneksów przesuwających ten ostatni termin. Powódka bowiem przy zachowaniu takiego samego czasu na wykonanie robót (około trzech miesięcy) mogła do nich przystąpić niezwłocznie, albowiem wszelkie czynności związane z uzyskaniem i zatwierdzeniem planu zmiany organizacji ruchu zostały już zakończone. Trafnie więc Sąd Okręgowy wskazał, że realny czas prowadzenia prac został w ten sposób wydłużony z dwóch do trzech miesięcy. Należy z całą stanowczością podkreślić, że wszystkie te okoliczności były powódce znane w dniu podpisywania aneksów do umów, a więc w dniu 31 października 2008 r. Oczywiście czas wykonania prac przesunął się na mniej korzystny pod względem warunków atmosferycznych, jednakże wszelkimi skutkami z tym związanymi nie można obciążać strony pozwanej. Powódka jako profesjonalista znała technologię, w jakiej prace miały być wykonywane, znała wszystkie związane z tym uwarunkowania, znała, a przynajmniej powinna, że w okresie zimowym czas wykonania prac może zostać wydłużony, a w określonych okolicznościach prace w ogóle mogą nie być prowadzone. Pomimo tego powódka dobrowolnie przyjęła na siebie zobowiązanie wykonania prac do dnia 31 stycznia 2009 r. Tak więc albo zupełnie bezpodstawnie przyjmowała, że zdoła prace wykonać wcześniej, a więc przed nastaniem niekorzystnych warunków, albo też bezpodstawnie przyjmowała, że takie w ogóle nie wystąpią. Powódka w sposób świadomy, znając zarówno sposób wykonania prac, jak i przesunięcie okresu ich wykonywania na jesień – zimowy przyjęła na siebie ryzyko związane z ewentualnym przekroczeniem terminu wykonania prac. Należy przy tym zaznaczyć, że warunki umowy w części dotyczącej naliczania kar umownych z tego właśnie powodu pozostały praktycznie niezmienione. W tym kontekście trafna jest argumentacja Sądu, a pozbawione podstaw zarzuty zawarte w apelacji odnoszące się do możliwości technicznych (dysponowanie stosownym sprzętem), czy też kosztów prowadzenia prac w niekorzystnych warunkach (należy dodać w warunkach typowych dla danej pory roku, o czym dalej). Powódka jako profesjonalista w swojej branży winna w taki sposób skalkulować czas trwania prac, by było możliwe ich realne wykonanie. W podobny sposób winna ocenić swoje możliwości techniczne. Wadliwe założenia, czy rachuby w tym zakresie w żadnym przypadku nie mogą obciążać zamawiającego. W szczególności nie sposób na pozwaną przerzucać skutków związanych z brakiem możliwości stosowania uzgodnionej przez strony technologii w typowych warunkach, jakie panują w okresie, w którym powódka zobowiązała się prace wykonać. Zupełnie pozbawione podstaw, jako nie znajdujące jakiegokolwiek potwierdzenia w materiale dowodowym, a w szczególności w treści samych umów wraz z aneksami są więc twierdzenia skarżącej, że jej zgoda na przesunięcie terminu dotyczyła wyłącznie okresu trwania prac przy założeniu warunków umożliwiających prowadzenie robót. Taki zapis nie został do umów wprowadzony. W żadnym jej postanowieniu nie ma jakiegokolwiek zapisu wskazującego na możliwość zmiany ustalonego konkretną datą terminu zakończenia z uwagi na panujące warunki atmosferyczne. W tym kontekście

nie może być rozstrzygający argument odnoszący się z jednej strony do zwiększenia kosztów prac wykonywanych w niesprzyjających, ale typowych dla pory roku warunkach, a z drugiej strony ustalenia poziomu wynagrodzenia także wskutek podpisania aneksów na tym samym poziomie. Jeżeli powódka nie dysponowała sprzętem pozwalającym na wykonanie prac w takich warunkach, ewentualnie nie było to technologicznie możliwe lub też wiązało się ze znacznymi kosztami, winna w taki sposób określić termin wykonania prac, by okoliczności te nie wystąpiły. Zresztą przedstawione wcześniej przedłużenie faktycznego czasu na wykonanie zadania wskazuje na czynienie jednak w tym zakresie kalkulacji. Uwzględniając powyższe, bezprzedmiotowe było rozpatrywanie przyczynienia się pozwanej jako przesłanki uzasadniającej zastosowanie art. 5 k.c. Marginalnie tylko podnieść należy, że nawet w przypadku miarkowania kary umownej stosowanie tego przepisu uznać należy za wyłączone. Po pierwsze bowiem instytucję obniżenia kary umownej ustawodawca uregulował w art. 484 § 2 k.c., szczegółowo określając przesłanki obniżenia, a tym samym nie można zastępować konkretnej regulacji prawnej przez stosowanie art. 5 k.c. Przepis ten nie ma charakteru nadrzędnego w stosunku do pozostałych przepisów prawa cywilnego. Zastosowanie art. 5 k.c. chroni przed nadużyciem prawa podmiotowego, natomiast nie można na podstawie art. 5 k.c. kształtować tego prawa. Zastosowanie art. 5 k.c. może jedynie pozbawić prawo podmiotowe ochrony przez pewien czas (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt I ACa 655/12, LEX nr 1286575). Redukcja kary umownej może nastąpić wyłącznie na podstawie art. 484 § 2 k.c., w którym znalazła wyraz koncepcja ograniczonej kontroli zgodności wykonywania przez wierzyciela prawa do kary umownej z dobrymi obyczajami (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 6 lutego 2013 r., sygn. akt I ACa 688/12, LEX nr 1289781).

Ostatecznie więc należało uznać, że konstrukcja kary umownej przewidziana w § 13 ust. 1 obu umów odpowiadała ich kodeksowemu modelowi. Powódka jako wykonawca prac odpowiadała za przekroczenie umownego terminu zakończenia prac z przyczyn leżących po jej stronie. Rację ma Sąd I instancji wskazując, że spośród wszystkich podnoszonych przez powódkę okoliczności mających wpływ na rzeczywisty moment zakończenia robót decydujące znaczenie miała kwestia panujących warunków atmosferycznych. Sąd ten uznał jednak, że nie była to okoliczność wyłączająca odpowiedzialność z tytułu kar umownych. W tym zakresie część zawartych w apelacji argumentów uznać należało za zasadne, co w konsekwencji prowadziło do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 483 § 1 k.c. 484 § 1 k.c. oraz po części art. 233 § 1 k.p.c. Z załączonej do pisma Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej w G. z dnia 26 stycznia 2009 r. (karty 182 – 183 akt) ekspertyzy wynika, że w okresie od dnia 15 grudnia 2008 r. do 15 stycznia 2009 r. nie wystąpił ani jeden dzień z temperaturą powyżej 5 stopni C, a w przeważającej części tego okresu panowały temperatury ujemne. Z kolei z pisma Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej w G. z dnia 20 lutego 2009 r. (karty 184 – 195 akt) wynika, że ilość dni z temperaturą poniżej 0 stopni C w okresie grudzień 2008 r. - styczeń 2009 r. wyniosła 46, rok wcześniej 30, a w latach od 2004 do 2008 – 33,8 dni. Jednocześnie zawarta została informacja, zgodnie z którą ilość dni z ujemną temperaturą we wskazanym okresie przełomu 2008 i 2009 r. była o ponad 50% większa, niż w analogicznym okresie roku poprzedniego. Ponadto wskazano, że przeciętnie w okolicach S. przeciętnie 34 takie dni. Istotne jest przy tym, że dowód ten odnosi się wyłącznie do temperatur ujemnych nie zawierając danych o wysokości temperatur dodatnich, co uniemożliwia określenie tych danych w zakresie temperatury 5 stopni C. Treść powyższych dowodów prowadzi do jednoznacznego wniosku, że okres nietypowych, anormalnych w stosunku do przeciętnych warunków pogodowych miał miejsce w okresie 12 dni. To natomiast oznacza, że tylko w takim zakresie możliwe było wydłużenie okresu wykonania prac objętych umowami. Należy z całą stanowczością zaznaczyć, że tylko tego rodzaju nieprzewidywalne warunki meteorologiczne uzasadniały stanowisko powódki, co do braku możliwości wykonywania prac. Nie można bowiem obarczać stron, w tym wykonawcy powinnością przewidywania wszelkich możliwych do wystąpienia anomalii pogodowych, w tym odnośnie czy to temperatury, czy opadów śniegu. Podkreślenia wymaga, że był to okres, w którym, w odróżnieniu od obecnych, zimy nie były ani tak ostre, ani długotrwałe. Stąd też powódka jako profesjonalista winna uwzględnić tylko typowe, standardowe, zwykle występujące warunki i do nich dostosować termin wykonania prac. Stąd też w swojej kalkulacji zobowiązana była uwzględnić okres w jakim będzie wykonywać roboty (listopad – styczeń) i tym samym uwzględnić takie warunki atmosferyczne, jakie typowo w tym okresie występują, a w tym wystąpienia wskazanej wyżej ilości dni z temperaturą ujemną, a praktycznie z wyższą, bo wynoszącą 5 stopni C. Tak więc pozbawiona jakichkolwiek podstaw była próba przerzucania na pozwaną, jako zamawiającą, skutków wadliwości tej kalkulacji, tym bardziej, że jak wskazano, powódka faktycznie dysponowała dłuższym okresem czasu na wykonanie umów, niż

w pierwotnym ich brzmieniu. Oczywistym jest, i wynika to z opinii biegłych, że technologia wykonania ustalonych spawów wymagała określonych warunków. Nie oznacza to jednak automatycznie uznania, że jeżeli one nie wystąpiły, to nie ponosi ona odpowiedzialności za opóźnienie w wykonaniu prac. Powódka okoliczność tę powinna wziąć pod uwagę, powinna dokonać szczegółowej analizy panujących warunków i na tej podstawie określić termin umowy. Trudno zresztą przyjąć, że godząc się na wykonywanie prac w okresie od listopada do stycznia w sposób racjonalny zakładała, że w tym czasie temperatury przekraczać będą 5 stopni C i więcej. Stanowisko skarżącej natomiast zmierza do przyjęcia, że termin ten powinien zostać wydłużony o wszystkie dni, w których taka temperatura nie wystąpiła. Jest to zabieg nieuprawniony. Tak więc w ocenie Sądu Apelacyjnego, uzasadnione było przedłużenie z tego tytułu terminu wykonania robót o 12 dni dla każdej z umów. Nie można też podzielić stanowiska skarżącej odnośnie wadliwego ustalenia Sądu I instancji odnośnie sprzyjających, umożliwiających wykonanie prac warunków panujących w grudniu 2008 r. Oczywiście warunki te nie odpowiadały wymogom technologicznym wykonania spawów, jednakże w tym zakresie, jak wyjaśniono wyżej, uwzględnić należało wyłącznie warunki anormalne, nietypowe, a nie standardowo występujące o tej porze roku. Tylko w tym kontekście rozpatrywać należy ustalenia Sądu. Analiza przedstawionych wcześniej dowodów prowadzi natomiast do wniosku, że tylko w trzech dniach temperatura wystąpiły silniejsze mrozy. Okoliczność ta jednak nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Podobnej oceny dokonać należało odnośnie zarzutu wadliwego ustalenia, że sprzyjające w grudniu 2008 r. warunki powinny pozwolić na wykonanie wszystkich prac. Takie ustalenie jest logiczną konsekwencją przyjęcia, że czas wykonania umowy wydłużył się z dwóch do trzech miesięcy wskutek podpisania aneksów. Skoro więc powódka miała wykonać prace według pierwotnej wersji umowy przy uwzględnieniu miesięcznego okresu oczekiwania na zatwierdzenie zmiany organizacji ruchu, to tym samym ten właśnie okres należało odjąć w przypadku umów zmienionych aneksami. Oczywiście rację ma powódka przywołując postanowienia § 2 ust. 2 umów, z których wynikał zakres prac koniecznych do wykonania do 15 grudnia i później. Ostatecznie jednak, okoliczności te nie miały znaczenia dla oceny odpowiedzialności powódki. Rozpatrzeniu bowiem powinien zostać poddany cały okres, w którym prace miały zostać wykonane przy uwzględnieniu kolejności ich wykonywania oraz zasad ich finansowania. Za prawidłowe uznać też należało ustalenie Sądu I instancji odnośnie przerwy w wykonywaniu prac w okresie od Świąt Bożego Narodzenia do dnia 6 stycznia 2009 r. Świadkowie W. K. i S. P. jednoznacznie zeznali, że pracownicy powódki mieli w tym okresie przerwę, w trakcie której nie wykonywali robót. Co istotne treść tych zeznań znajduje potwierdzenie w dziennikach budowy, w których brak zapisów odnośnie wykonywania w tym okresie prac. Słusznie przy tym Sąd uznał, że okoliczność przeciwna nie wynika z zeznań świadka T. K., tym bardziej, że jak zeznał nie było go na budowie od dnia 27 grudnia 2009 r., a tym samym nie miał możliwości weryfikacji tej okoliczności. W tych okolicznościach tylko za przypuszczenia uznać należy tę część zeznań tego świadka, w której sugerował wykonywanie prac przez podwykonawców. Zeznania takie nie dawały to dokonania stanowczego w tym względzie ustalenia. Za zasadny natomiast uznać należało zarzut wadliwych ustaleń faktycznych, co do określenia przez Sąd przerwy w pracach już od połowy grudnia 2008 r. Pojawiło się ono przy omawianiu kwestii posadowienia słupa nr 10 i pozostaje w sprzeczności z ustalonym w sprawie stanem faktycznym i przywołanymi przez Sąd dowodami na jego poparcie. Sąd ten (strona 10 uzasadnienia) wskazał jednoznacznie, że pracownicy powódki mieli przerwę od Świąt do dnia 6 stycznia 2009 r. Podniósł, że wpisem do dziennika budowy z dnia 23 grudnia 2008 r. T. K. wskazał, że przystąpiono do wykonania drenażu poprzecznego. Nie można więc uznać, że przerwa w pracach trwał już od dnia 15 grudnia 2008 r.

Sąd Apelacyjny w całości podziela ustalenia Sądu Instancji dotyczące kwestii posadowienia słupa nr 10 za wyjątkiem wyżej wskazanych. Nie ma więc sensu ich ponowne przytaczanie. Należy jedynie ponownie wskazać, że powódka jako uzasadnioną przyczynę opóźnienia w wykonaniu prac powinna wskazać wyłącznie warunki meteorologiczne o charakterze nienormalnym, nietypowym. Te natomiast w kontekście wspomnianych ustaleń nie miały wpływu na termin oddania prac. Należy przy tym zauważyć, że problem dotyczył wyłącznie jednego słupa w skali całego przedsięwzięcia i powódka winna go rozwiązać bez przedłużania prac, na co wskazywali świadkowie przywołani w uzasadnieniu wyroku.

Rację ma natomiast skarżąca podnosząc zarzut wadliwych ustaleń w zakresie wpływu na termin wykonania prac powódki okoliczności związanych z awarią rurociągu i jego naprawą. Ustalenie takie jest ewidentnie skutkiem wadliwego odczytania treści opinii biegłego, który jednoznacznie podniósł, że utrudnienia wynikające z tego tytułu

tych prac naprawczych wyniosły kilka dni. Ich zakres wiązał natomiast z koniecznością demontażu i odbudowy nawierzchni w miejscu, gdzie znajdował się wykop. Sąd w sposób nieuprawniony uznał, że zakres tych prac mieści się w uznanym przez pozwaną okresie 19 dni, za który nie naliczyła kar umownych. Analiza opinii prowadzi jednak do wniosków odmiennych. Wspomniany okres 19 dni jednoznacznie należy wiązać i tak uczynił biegły, wyłącznie z samymi pracami ciepłowniczymi. Do nich dopiero doliczyć należało wskazywany przez biegłego okres kilku dni. Stąd też niezawinione przez powódkę przedłużenie okresu wykonania robót objętych umowami powinno uwzględniając także czas niezbędny do demontażu i odtworzenia nawierzchni. Wobec nieprecyzyjności opinii w tym względzie Sąd przyjął za uzasadniony okres trzech dni.

Niezasadny okazał się zarzut naruszenia przez Sąd I instancji treści przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie treści pisma spółki (...) z dnia 11 marca 2009 r. odnośnie zakresu zmian w dokumentacji projektowej oraz wadliwe ustalenie, że niezgodność na styku torów nie wystąpiłaby, gdyby powódka swoje prace wykonała w terminie. W ocenie skarżącej niezgodność wynikała nie z terminów wykonania prac, a z wadliwości projektów. W pierwszym rzędzie zaznaczyć należy, że co do zasady prawidłowe jest stanowisko Sądu I instancji, który w sposób logiczny wskazał, że wykonanie robót w umownym terminie (do 31 stycznia 2009 r.) spowodowałoby, że problem związany z niezgodnościami dokumentacji projektowej dla realizacji inwestycji nie miałby znaczenia. Oczywistym jest bowiem wobec rozpoczęcia robót na rondzie dopiero w dniu 27 stycznia 2009 r., że konieczne stałoby się wprowadzenie zmian w ramach realizacji tej właśnie inwestycji. W tym więc sensie wyprowadzony przez Sąd wniosek jest prawidłowy. Podkreślenia przy tym wymaga, że Sąd w żadnym miejscu uzasadnienia, jak sugeruje skarżąca, nie wskazał, że istnienie niezgodności wynikało z terminów wykonania prac. Oczywistym było i podkreślone zostało to w uzasadnieniu wyroku, że wystąpiły niezgodności i problemy z dokumentacją projektową. Trudno zresztą racjonalnie przyjąć, że termin wykonania prac mógł wpłynąć na wadliwość tej dokumentacji. Nie taki był sens wypowiedzi Sądu. Nie można jednak pominąć, co słusznie podnosiła powódka, że problem w trakcie realizacji prac wystąpił i wymagał rozwiązania. Oczywiście powódka mogła go zignorować i wykonać swoje prace zgodnie z własnym projektem realizując w ten sposób swoje świadczenia wynikające z obu umów, jednakże ostateczny ich cel, podobnie, jak cel umowy obejmującej budowę ronda nie zostałyby osiągnięty. Powódka pismem z dnia 18 lutego 2009 r. (karta 215 akt) poinformowała o występujących niezgodnościach wnosząc o pilne uzgodnienie projektów i informując, że nie ma możliwości realizacji umowy nr (...). Z protokół z narady technicznej nr 7 z dnia 18 lutego 2009 r. (karty 613 – 615 akt) wynika, że projektanci złożyli oświadczenia o zgodności projektów i braku rozbieżności co do ich zakresu. W piśmie z dnia z dnia 23 lutego 2009 r. (karta 219 akt) inspektor nadzoru S. P. wskazał na występowanie przedstawionych niezgodności, które jednak nie odnoszą się do zakresów, na co wskazywali projektanci, a do rozwiązania szczegółów projektowych (rozstaw osiowy, rzędna niwelety, pochylenie podłużne), co w konsekwencji może wydłużyć termin zakończenia robót torowych. Powódka w piśmie z dnia 4 marca 2009 r. (karta 237 akt) wezwała pozwaną do poprawy projektów. Pozwana w piśmie z dnia z dnia 9 marca 2009 r. (karta 238 akt) podniosła, że projekty są ze sobą skoordynowane i nie ma rozbieżności co do ich zakresów. Ponadto oświadczyła, że wobec końcowego etapu prac, dokonywanie ewentualnych korekt odbędzie się w ramach realizacji ronda. Z pisma (...) sp. z o.o. w S. z dnia 11 marca 2009 r. (karty 227 – 228 akt) wynika, że dostosowaniu podlegał projekt torowiska ronda dotyczący dojeżdż zarówno od strony ul. (...), jak i ul. (...). Dowody te jednoznacznie świadczą o tym, że niezgodność istniała, rzeczywiście nie w zakresie zakresu prac, a w zakresie kwestii technicznych przedstawionych wcześniej. Potwierdzają to zeznania świadka T. K. (karty 794 – 805 akt), który oświadczył, że to on zauważył niezgodności projektowe, nakładanie się szyn, różną szerokość międzytorzy, różną długość odcinków prostych, jeden projekt przewidywał inną szerokość rozstawu torów niż drugi. Podobnej treści zeznania złożyli świadkowie W. S. (karty 805 – 815, 839 - 841akt), W. Z. (karty 841 – 847 akt), D. W. (karty 951 -), S. S. oraz S. P. (karty 869 – 875 verte). Nie przeczą temu nawet zeznania projektanta J. Ż. (karty 888 verte – 890 verte), który wskazał, że nie było niezgodności w jego projektach i nie było w nich zmian, jednakże być może na projekcie ronda były. Podkreślił wprawdzie, że były one wynikiem złego odczytania projektu przez inspektora nadzoru, jednakże nie znajduje to potwierdzenia w wyżej przedstawionych dowodach. Na tego rodzaju oświadczenia składane przez projektantów wskazywał też świadek W. S., W. K. (karty 851 – 858 akt), A. B. (karty 991 verte – 992 verte). Ten ostatni jako współprojektant a wskazał jednak, że jeżeli takie problemy były, to zostały na bieżąco rozwiązane, że miało miejsce to doprecyzowanie jakieś dwa miesiące po rozpoczęciu prac. Reasumując wszystkie powyższe dowody dają podstawę do ustalenia, że rzeczywiście problem związany z niezgodnością projektów wystąpił.

Jednocześnie podzielić należy stanowisko powódki, że wprowadzie dla samego wykonania przedmiotu umów nie miało to znaczenia, jednakże rozstrzygnięcie go leżało w interesie pozwanej i pozwalało na pełną realizację wszystkich trzech umów tworzących pewną całość. Co do zasady więc okoliczność ta mogłaby zostać uwzględniona, jako powodująca wydłużenie terminu prac. Oceny tej, wbrew ustaleniom Sądu I instancji nie może zmienić okoliczność, że nie zostały zmienione projekty, na podstawie których powódka wykonywała swoje prace, a zmiany dotyczyły wyłącznie projektu ronda. Pomimo powyższego, przedstawione w toku postępowania dowody nie pozwalają na ustalenie rzeczywistego wpływu problemów z projektami na termin wykonania prac. Nie jest możliwe na ich podstawie określenie, wobec znacznego opóźnienia, jakiego rodzaju prace w momencie ujawnienia problemu były realnie wykonywane. W konsekwencji nie wiadomo, czy problem spowodował całkowite wstrzymanie robót, czy też tylko ich części, a jeżeli tak, to jakiej. Nie wiadomo jakie prace, pomimo czynienia przez strony uzgodnień mogły, lub rzeczywiście były wykonywane. Jest to tym bardziej istotne, gdy się na to nałoży kwestie związane z występowaniem anormalnych warunków atmosferycznych. Nie bez znaczenia jest też wskazywana przez świadka W. S. okoliczność, że powódka ze projektem ronda dysponowała już w grudniu 2008 r., a problem zauważyła dopiero w lutym 2009 r. Materiał dowody nie daje jednocześnie podstaw do jednoznacznego ustalenia, w którym momencie problem został rozwiązany. Wobec nałożenia się różnych okoliczności wpływających na termin wykonania prac, wyodrębnienie spośród nich wyłącznie tych związanych z projektem (nie nakładających się czasowo na inne) na podstawie zaoferowanych dowodów nie jest możliwe. Faktycznie bowiem należałoby ustalić zakres prac wykonywanych na placu budowy i dopiero na tej podstawie ustalać, jakiego konkretnie rodzaju prace nie mogły zostać wykonane i w konsekwencji o ile wydłużył się okres realizacji całej inwestycji. Nie jest bowiem dopuszczalne uwzględnianie całego okresu. Należy przy tym podkreślić, że termin ten musiałby uwzględniać nie same zmiany projektowe, które przecież dotyczyły wyłącznie ronda, a datę podjęcia tego rodzaju decyzji (pozostawienie niezmienionych projektów stanowiących podstawę prac powódki). Przy uwzględnieniu tej okoliczności nie są rozstrzygające zeznania świadka T. K., który wskazał, że nie wykonywał robót, ale tylko w tym rejonie przez okres ok. dwóch tygodni. Zeznania te potwierdzają, że jednak prace były realizowane. Świadek W. S. zeznał, że projektanci zaakceptowali zmiany związane z tym co zrobił geodeta (S.), że uzgodnienia trwały 2-3 tygodnie. Także więc te zeznania nie stanowią dowodu na rzeczywisty wpływ tych okoliczności na zakres i termin wykonywania prac. Z kolei świadek W. Z. nie potrafił określić ile czasu to trwało. Nawet świadek S. P. swoje zeznania odnosił już do kwestii wykonywania, a nie uzgodnień je umożliwiających. Świadek A. B. (karty 991 verte – 992 verte) zeznał natomiast, że jeśli były niezgodności to je wyjaśnialiśmy, nie było z tego powodu żadnego zatrzymania robót. Co istotne w dziennikach budów z jednej strony nie znalazły się w tym zakresie jakiegokolwiek zapisy, co wydaje się dziwne wobec akcentowanego przez powódkę wpływu niezgodności projektu na w ogóle możliwość wykonania prac i ich wstrzymanie, tym bardziej, że dzienniki te zawierają wpisy mniej istotne. Nie sposób uznać, że wstrzymanie prac i to na długi okres czasu nie zostałyby odnotowane. Należy też zwrócić uwagę, że w mogącym wchodzić w grę okresie dzienniki zawierają zapisy o wykonywaniu prac, co z jednej strony przeczy podnoszonej przez powódkę okoliczności ich wstrzymaniu, a z drugiej strony, nawet przy założeniu, że wstrzymanie miało miejsce i dotyczyło określonego odcinka robót, świadczy o prowadzeniu innych robót, co jak już wskazano uniemożliwia, wobec braku dowodów, ustalenie o ile prace z tego powodu realnie się wydłużyły. W tym zakresie nie bez znaczenia jest również to, że w dziennikach budowy znajduje się wpis o wstrzymaniu robót z powodu niskich temperatur, który został anulowany 23 lutego 2009 r.

Ostatecznie więc w przypadku umowy nr (...) przyjęty przez Sąd I instancji okres opóźnienia w wykonaniu prac, a tym samym okres naliczania kar umownych (39 dni) pomniejszyć należało z jednej strony o 12 dni z uwagi na panujące anormalne warunki atmosferyczne, a z drugiej strony o 3 dni związane z przedstawionymi wyżej dodatkowymi pracami. Daje to więc okres 24 dni. W przypadku umowy nr (...) Sąd Okręgowy uznał za zasadne naliczenie kar umownych za 58 dni, natomiast wielkość tę należało pomniejszyć za 12 dni związane z warunkami pogodowymi, co z kolei daje 46 dni opóźnienia.

Za zasadny uznać należało zarzut naruszenia przez Sąd I instancji treści przepisu art. Art. 484 § 2 k.c. poprzez przyjęcie, że w sprawie nie zaistniały przesłanki uzasadniające miarkowanie kary umownej. Zgodnie z art. 484 § 2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Sąd Okręgowy niezwykle skrótowo i ogólnie odniósł się do

podniesionego przez powódkę wniosku wskazując, że zastrzeżona w umowach stawka 0,5% dziennie wynagrodzenia brutto nie jest wygórowana przy uwzględnieniu stawek występujących w obrocie (1%), a ponadto, że pozwana, wbrew twierdzeniom powódki poniosła szkodę związaną z jednej strony z koniecznością utrzymywania pracowników w związku z przedłużonymi pracami, a z drugiej strony z obciążeniem kosztami komunikacji zastępczej.

W omawianym wyżej przepisie wskazane zostały dwie przesłanki miarkowania kary umownej - wykonanie w znacznej części zobowiązania, z którym związana jest kara oraz rażące wygórowanie wysokości kary. Wyliczenie zawarte w art. 484 § 2 k.c. należy uznać za wyczerpujące. Jednocześnie instytucja kary umownej należy do praw tzw. sędziowskich, stąd też do sądu należy wybór kryteriów, na podstawie których poddaje on kontroli wysokość kary umownej (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt I ACa 655/12, LEX nr 1286575). Podkreślenia wymaga, że w omawianej regulacji nie wskazano stanów faktycznych co do przesłanek uzasadniających miarkowanie kary umownej, pozostawiając ich ustalenie uznaniu sędziowskiemu uwzględniającemu okoliczności konkretnej sprawy. Takie rozwiązanie zapewnia możliwość elastycznego stosowania miarkowania kary umownej. Co istotne, to dłużnik zмирzający do obniżenia kary umownej musi wykazać zasadność swego żądania przy pomocy zaferowanych na jego poparcie dowodów, a także wskazać przesłanki obniżenia kary (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2008 r., sygn. akt II CSK 421/07, LEX nr 361437), bowiem z faktu ich zaistnienia dłużnik, a nie wierzyciel wyciąga dla siebie korzystne skutki (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 września 1999 r., sygn. akt III CKN 337).

W rozważanej sprawie powódka w pierwszej kolejności powołała się na pierwszą z wymienionych przesłanek. Wskazała, że przedmiot świadczenia z każdej z umów został wykonany w całości i to w możliwie krótkim z uwagi na warunki atmosferyczne terminie, a ponadto w taki sposób, by ruch tramwajowy nie musiał być po ich oddaniu wstrzymany. Dokonując oceny w tym zakresie wskazała należy, że przesłanką miarkowania kary umownej zastrzeżonej za zwłokę lub opóźnienie w wykonaniu zobowiązania nie może być co do zasady wykonanie zobowiązania w znacznej części. U podstaw tego poglądu legło przekonanie, że wykonanie zobowiązania w znacznej części oznacza zaspokojenie w istotnym zakresie interesu wierzyciela, do czego nie dochodzi w razie opóźnienia w spełnieniu całego świadczenia. Stanowisko takie zajął także Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 czerwca 2003 r., sygn. akt III CKN 50/01). Od zasady tej istnieją jednak wyjątki. Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 21 czerwca 2002 r. (sygn. akt V CKN 1075/00, nie publ.), z dnia 19 kwietnia 2006 r. (sygn. akt V CSK 34/06, nie publ.) i z dnia 21 września 2007 r. (sygn. akt V CSK 139/07) wskazał na sytuacje, w których taka podstawa miarkowania kary umownej zastrzeżonej na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania znajdzie jednak zastosowanie. W drugim z wymienionych orzeczeń wyraźnie stwierdził, iż nie podziela oceny, że przesłanki obniżenia kary umownej określone w art. 484 § 2 k.c. nie dotyczą w pełni kary zastrzeżonej na wypadek opóźnienia w oddaniu przez wykonawcę robót ich przedmiotu. Podkreślił, że wykonanie w uzgodnionym przez strony terminie większości robót może uzasadniać obniżenie kary, której wysokość została ustalona w odniesieniu do wartości całych robót. Podobnie w wyroku z dnia 21 września 2007 r. podkreślił, że wyrażone w wyroku z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, zapatrywanie, zgodnie z którym przesłanka miarkowania kary umownej ze względu na wykonanie zobowiązania w znacznej części nie jest w zasadzie spełniona w przypadkach zastrzeżenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu całości świadczenia, wywołuje zastrzeżenia. Od okoliczności konkretnego wypadku bowiem zależy, czy częściowe wykonanie robót budowlanych przed popadnięciem w zwłokę ma znaczenie dla wierzyciela i zaspokaja jego godny ochrony interes. Sytuacja taka może wystąpić w szczególności wtedy, gdy przedmiot umowy o roboty budowlane obejmuje wyodrębnione zespoły prac i niektóre z nich zostaną wykonane przed popadnięciem w zwłokę, pozwalając wierzycielowi na korzystanie z ich rezultatu. 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 zamawiającego, w jakim stopniu może korzystać z wykonanego przedmiotu umowy (tak też wyroki Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt V ACa 267/10, LEX nr 785490 i z dnia 27 lutego 2013 r., sygn. akt V ACa 780/12, LEX nr 1289452, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 marca 2013 r., sygn. akt I ACa 1129/12, LEX nr 1307500). Taki też pogląd reprezentuje Sąd rozpoznający niniejszą sprawę. W jej okolicznościach jednak brak podstaw do zastosowania tej przesłanki miarkowania kary umownej. Umowa bowiem miała zostać wykonana do dnia 31 stycznia 2009 r. Jednocześnie analizując przedmiot świadczenia i zamierzony przez strony umów ich rezultat należy dojść do przekonania, że nie

da się w jego ramach wyodrębnić poszczególnych elementów, czy składników, których wykonanie w tym terminie pozwoliłoby zamawiającemu, przy uwzględnieniu celu umowy, z nich korzystać. Przedmiotem prac było wykonanie nowych torowisk i umożliwienie w konsekwencji uruchomienia komunikacji miejskiej w nowych warunkach. Zakres opóźnienia w wykonaniu prac był bardzo duży, co skutkowało ich zakończeniem dwa i pół miesiąca później w stosunku do zakładanego terminu. Nie ulega przy tym wątpliwości, że w chwili wystąpienia opóźnienia nie było możliwe w ogóle korzystanie z efektów pracy powódki. W istniejącym na ten dzień stanie robót nie istniało torowisko, po którym ruch tramwajów w ogóle mógłby się odbywać. Jednocześnie prace już wykonane bez wykonania części podkładów, bez położenia torów, ich zespawania, wyregulowania, wykonania sieci trakcyjnej, przystanków itd. nie miały dla zamawiającego jakiegokolwiek znaczenia, nie umożliwiało mu korzystania z ich efektów, a tym samym w jakimkolwiek stopniu nie zaspokajało jego interesu. Okoliczności odnoszące się do zakresu prac wykonanych w umownym terminie nie tylko nie były przez powódkę kwestionowane, ale stanowiły element argumentacji dotyczącej wpływu warunków atmosferycznych na możliwość wykonywania robót.

W konsekwencji ocenie poddać należało ocenie drugą podstawę miarkowanie kary umownej, tj. jej rażące wygórowanie. Podzielić należy stanowisko skarżącego, zgodnie z którym Sąd I instancji dokonał ustaleń co do wysokości stosowanych w obrocie kar umownych w sposób dowolny, bez oparcia w jakimkolwiek materiale dowodowym. Z drugiej strony z przedstawionego przez powódkę dowodu w postaci umowy zawartej przez pozwaną w sprawie (...), z którego wynika, że zastosowała ona stawkę 0,1% dziennie i to wynagrodzenia tylko tej części prac, których wykonanie się opóźniło, nie można wywodzić tak daleko idących skutków, jak wskazuje to skarżąca, a więc zarówno w zakresie zawyżenia kary umownej w niniejszej sprawie, jak i generalnego stosowania takiej wysokości stawek. Nie jest więc uzasadnione automatyczne przyjmowanie, jak chciała tego skarżąca, że zastrzeżenie kar umownych w niższych wysokościach w innych umowach skutkować winno uznaniem, że w niniejszej sprawie jest ona wygórowana i to w stopniu rażącym. Jak już wielokrotnie podkreślano w każdym przypadku ocena musi mieć charakter indywidualny, musi uwzględniać konkretne okoliczności sprawy. Nie jest możliwe formułowanie jakichkolwiek ogólnych sposobów obliczania wysokości kary umownej. To zróżnicowanie jest konsekwencją odmiennego w każdym przypadku znaczenia określonej inwestycji dla zamawiającego, dotychczasowych relacji z wykonawcą, istniejących zagrożeń w wykonaniu umowy, kwestii finansowych. Nie da się zresztą nawet w tym względzie sformułować katalogu przyczyn zastrzeżenia kar umownych w określonej wysokości. Tak więc nieuprawnione było, tylko z odwołaniem się do panującej na rynku praktyki (nie wykazanej), przyjmowanie przez Sąd wysokości kary umownej jaka winna obowiązywać w umowach wiążących strony, a z drugiej strony przywoływanie przez skarżącą innych umów zawieranych przez pozwaną, jako podstawy do tego rodzaju ustaleń.

Rację ma skarżąca wskazując na różne, przyjęte w orzecznictwie podstawy miarkowania kary umownej, jak wielkość szkody, jak jej brak, jak relacja wysokość kar umownych do umówionego wynagrodzenia, jak przyczyn opóźnienia w wykonaniu prac w kontekście zachowania się dłużnika itd. Odnosząc się do argumentacji zawartej w apelacji wskazać należy, że brak szkody, jak już wskazano, nie jest przesłanką uniemożliwiająca naliczenie kar umownych. Przyjmuje się natomiast, że brak szkody powinien być brany pod uwagę przy zmniejszeniu kary umownej. Jest ona bowiem surogatem odszkodowania zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 1970 r., sygn. akt II CR 167/70, OSNC 1970, Nr 11, poz. 214, uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., sygn. akt III CZP 61/03, wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 13 lutego 2013 r., sygn. akt I ACa 1391/12, LEX nr 1313455, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt V ACa 267/10, LEX nr 785490). Dodać wypada, że wysokość określonej stawki kary umownej sama w sobie nie przesądza o rażącym wygórowaniu kary umownej. Dopiero wynikająca z tej stawki i okresu opóźnienia wysokość (kwota) kary umownej może być uznana za rażąco wygórowaną przy zastosowaniu prawidłowego kryterium oceny. W rozważanej sprawie nie można, jak chce tego powódka braku szkody upatrywać w samym fakcie braku możliwości uruchomienia komunikacji tramwajowej. Oczywistym jest, że wobec rozpoczęcia prac na rondzie w dniu 27 stycznia 2009 r. nie byłoby to możliwe. Okoliczność ta w żadnym przypadku nie przesądza jednak o braku zaistnienia szkody po stronie zamawiającego. Szkoda w przypadku obowiązku zapłaty kary umownej winna bowiem obejmować najszerzej rozumiany interes wierzyciela w tym wynikające z niewykonania zobowiązania bardzo odległe i rozproszone uszczerbki, które nie byłyby objęte

kompensatą na zasadach ogólnych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 9 października 2012 r., sygn. akt I ACa 700/12, LEX nr 1237425). Podzielić więc należy stanowisko Sądu I instancji, zgodnie z którym przedłużenie się czasu trwania umowy i to w takim zakresie, jak w niniejszej sprawie, generowało określone koszty po stronie powódki związane z zatrudnieniem inspektorów nadzoru, czy innych pracowników obsługujących zadanie, których praca znajduje odzwierciedlenie w przedłożonej przez strony dokumentacji, chociażby w postaci narad na terenie budowy, spotkań, oględzin, sporządzania notatek, dokonywania odbiorów prac i ich dokumentowania protokołami itd. Są to okoliczności notoryjne, a ponadto wbrew stanowisku powódki, wynikające z przedstawionych wyżej dowodów. Podzielić natomiast należy zarzut odnoszący się do braku poniesienia szkody związanej z utrzymywaniem komunikacji zastępczej. Zgodnie bowiem z § 1 ust. 5 każdej z umów, to na wykonawcy ciążył obowiązek poniesienia wszelkich kosztów związanych z funkcjonowaniem komunikacji zastępczej. Nawet więc obciążenie nimi pozwanej nie zmienia oceny, że koszty te powódka powinna jej zwrócić. Nie sposób natomiast doszukać się z tego tytułu innej postaci szkody. Nie ulega jednak wątpliwości, że zakres tak rozumianej szkody jest niewielki przy uwzględnieniu zarówno wielkości inwestycji, jak i przede wszystkim wysokości naliczonych kar umownych. Ta przesłanka więc (niewielki zakres szkody), w ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadniała wniosek o miarkowanie kary umownej. Wskazać bowiem należy, iż wysokość ustalonej przez pozwaną kary umownej zamknęła się kwotami 1.503.004,16 zł i 3.603.167,78 zł, czyli łącznie 5.106.171, 94 zł. Nie istnieje więc jakakolwiek realna proporcja pomiędzy taką wysokością kar umownych, a wysokością szkody poniesionej przez pozwaną. Nie została ona wprawdzie wykazana kwotowo, jednakże już same jej podstawy ustalone przez Sąd I instancji wskazują, że stanowią niewielki ułamek wysokości kar umownych. W tym zakresie niewątpliwie istnieje bardzo duża dysproporcja. Sąd Apelacyjny uznając miarkowanie kary umownej za zasadne wziął również pod uwagę relacje pomiędzy wysokością kar umownych a wysokością ustalonego w każdej z umów wynagrodzenia. W umowie nr (...) zostało ono określone na 4.696.887,88 zł (§3), a w umowie nr (...) na kwotę 8.682.332,81 zł. W pierwszym więc przypadku kara umowna stanowiła 32% wynagrodzenie za całość wykonanych prac, a w drugim przypadku aż 41%. Podkreślenia przy tym wymaga, że powódka wykonała swoje świadczenie wynikające z każdej z umów w całości i w zasadzie bezusterkowo, cel umowy został osiągnięty, a pozwana w pełnym zakresie korzysta z efektów wykonanych prac. Nie sposób w takiej sytuacji uznać, by wynagrodzenie należne powódce za prawidłowo wykonane roboty miało zostać obniżone aż w takie wysokości. Z drugiej jednak strony stosując instytucję miarkowania, sąd powinien mieć na względzie także inne również podstawowe (poza kompensacyjną) funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania oraz funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2006 r., sygn. akt I CSK 259/06, LEX nr 398369). Dlatego postuluje się ostrożne i powściągliwe stosowanie prawa redukcji, pamiętając, że miarkowanie osłabia właśnie skutek stymulacyjno-represyjny oraz kompensacyjny kary umownej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2006 r., sygn. akt V CSK 55/06, LEX nr 200875). Pamiętać także należy, że miarkowanie kary winno mieć miejsce wyjątkowo, tylko wtedy, gdy kara umowna będzie nie tylko wygórowana, ale wygórowana rażąco, czyli w taki sposób, że system prawa nie może tolerować jej dysproporcji w stosunku do słuszych interesów wierzyciela. (wyrok SN z dnia 30 listopada 2006 r., I CSK 259/06, LEX nr 398369). W pewnym stopniu odzwierciedleniem funkcji mobilizującej kary umownej jest przepis art. 483 § 2 k.c., wyłączający, co do zasady, możliwość uchylenia się przez dłużnika od wykonania zobowiązania przez zapłatę kary umownej. Zastrzeżenie kary umownej w kontekście wspomnianego przepisu prowadzi do wzmocnienia reguły realnego wykonania zobowiązania (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 lutego 2013 r., sygn. akt I ACa 99/13, LEX nr 1313465). W rozpoznawanej sprawie oceniając stopień miarkowania kary umownej nie można zapominać także o tej funkcji. Należy mieć na względzie rodzaj przedsięwzięcia i jego znaczenia dla wierzyciela. Prace objęte umowami dotyczyły istotnych kwestii modernizacji infrastruktury komunikacyjnej miasta. Jednocześnie powodowały one znaczące utrudnienia w jej funkcjonowaniu. Stąd kwestia terminu wykonania prac była istotna. Należy przy tym zauważyć, że zakres opóźnienia w pracach, wyłączając oczywiście okres nieprzewidywalnych warunków atmosferycznych i tak był znaczący sięgający prawie dwóch miesięcy. Podkreślenia wymaga, że łączny czas na zrealizowanie inwestycji nie przekraczał trzech miesięcy (od 4 listopada 2008 r. do 31 stycznia 2009 r.). Jak z powyższego wynika przekroczenie terminu wykonania prac wynosiło prawie 2/3 przewidywanego okresu ich wykonania. Okoliczność ta, wobec wskazanych wcześniej funkcji i celu wprowadzania zapisów odnoszących się do kary umownej, musi zostać uwzględniona przy określeniu stopnia w jakim kary te należało zmniejszyć. Ostatecznie więc Sąd uznał, że kary te powinny zostać obniżone do poziomu 0,3% dziennie. Uwzględniając, że w przypadku umowy nr (...) Sąd Apelacyjny uznał za zasadne naliczenie

kar umownych za 24 dni, ich wysokość zmykała się kwotą 338.175,36 zł, a w przypadku umowy nr (...) dni, co dało kwotę 1.198.161,50 zł. Tym samym łącznie należało uznać za zasadne naliczenie kar umownych w kwocie 1.536.336,89 zł, a nie jak przyjął Sąd I instancji 3.433.769,44 zł.

O ile przyczynienie się wierzyciela do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika stanowi, o czym już wspomniano jeden z czynników, które Sąd może brać pod uwagę przy miarkowaniu kary umownej, to jednak w rozpoznawanej sprawie to kryterium nie znajduje zastosowania z przyczyn omówionych już wcześniej, albowiem skarżąca upatrywała ich w okolicznościach związanych z zawarciem aneksów do każdej z umów i przesunięciem terminu wykonania prac. Stąd też przedstawiona w tym względzie argumentacja powódki nie mogła zostać uwzględniona. Podobnie rzecz się ma z przywołanymi w apelacji podstawami miarkowania w postaci stopnia zawinienia w opóźnieniu prac utożsamianymi ze złymi warunkami atmosferycznymi, które stanowiły przecież podstawę od nieuwzględnienia w ogóle zasadności obciążania powódki częścią kar umownych, a tym samym nie może w pozostałym zakresie stanowić dodatkowej przesłanki obniżenia kwoty objętej zarzutem potrącenia. Nie można też uwzględnić wskazywanej przez skarżącą niemożliwość gospodarczą zastosowania technik spawania w panujących warunkach.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umów i aneksów do nich i faktycznie powtórzonych w § 14 ust. 1 każdej z umów, zgodzić się należy, że wprowadzenie zapisu uzależniającego termin wykonania prac od panujących warunków atmosferycznych prowadziłby do sprzeczności z powyższą regulacją i w konsekwencji nieważność (art. 140 § 3 ustawy). Prowadziłby on bowiem do braku faktycznego oznaczenia terminu wykonania prac, a już na pewno nie uwzględniającego postanowienia odbiegające od złożonej oferty. W tym zakresie podzielić należy argumentację przedstawioną w apelacji. Istota jednak niniejszego sporu sprowadzała się do innej kwestii, a mianowicie zaistnienia okoliczności nie dających się przewidzieć, które w świetle przywołanej regulacji uzasadniałyby wprowadzenie zmian do umowy. W tym zakresie zasadne byłoby przedłużenie terminu wykonania prac o 12 dni, w których występowały warunki nietypowe. Należy przy tym zaznaczyć, że uwzględnienie tylko takiego okresu wynika z treści przedstawionych przez powódkę dowodów. W pozostałej części podzielić należy rozważania Sądu I instancji odnośnie zarówno występujących w S. określonych warunków meteorologicznych, jak i powinności ich przewidywania i w konsekwencji dostosowywania do nich terminu wykonania prac. Niezależnie od tego, na etapie podpisywania aneksów, strony słusznie, jako nieprzewidzianą okoliczność uznały wyłącznie kwestię terminu zmiany organizacji ruchu. Powódka podpisując aneksy winna natomiast uwzględnić typowe warunki, w jakich miała zadanie wykonywać. Stąd jeżeli istniała podstawa do zastosowania art. 144 ust. 1 ustawy, to wyłącznie odnośnie nietypowych, a tym samym nieprzewidywalnych warunków atmosferycznych.

Stanowiący konsekwencje wszystkich wcześniej wymienionych, zarzut naruszenia art. 498 § 1 i 2 k.c. i art. 499 k.c. poprzez przyjęcie, że powódka była dłużnikiem pozwanej z tytułu kary umownej w ustalonym przez Sąd zakresie i tym samym uprawniona do złożenia oświadczenia woli o potrąceniu wywołującym skutek umorzenia tych wierzytelności z wierzytelnościami powódki z tytułu wynagrodzenia uznać należało za zasadny.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności apelację powódki uznać należało za częściowo zasadną i w konsekwencji na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. wyrok Sądu I instancji zmienić w zakresie wskazanym w sentencji orzeczenia.

Podstawę rozstrzygnięcia w zakresie odsetek stanowił przepis art. 481 § 1 k.c. przy uwzględnieniu dat wymagalności poszczególnych kwot z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace wskazanych w fakturach dołączonych do pozwu i przy uwzględnieniu wzajemnego umorzenia części z nich wskutek złożonego przez pozwaną oświadczenia o potrąceniu.

Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu w postępowaniu przed Sądem Okręgowym stanowiły przepisy art. 108 k.p.c. i art. 98 § 1 i 3 k.p.c. Zgodnie z pierwszym z nich sąd rozstrzyga o kosztach w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji. Sąd może jednak rozstrzygnąć jedynie o zasadach poniesienia przez strony kosztów procesu, pozostawiając szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu; w tej sytuacji, po uprawomocnieniu się orzeczenia

kończącego postępowanie w sprawie, referendarz sądowy w sądzie pierwszej instancji wydaje postanowienie, w którym dokonuje szczegółowego wyliczenia kosztów obciążających strony. Jednocześnie art. 98 § 1 k.p.c. stanowi, że strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu). Wobec tego, że na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego nie zostały rozliczone wszystkie koszty, w szczególności w zakresie sporządzenia opinii, Sąd Okręgowy ustalił tylko stopień, w jakim każda ze stron proces wygrała i przegrała, pozostawiając szczegółowe rozliczenie kosztów referendarzowi sądowemu, stąd też także Sąd Apelacyjny zmieniając wyrok ograniczył rozstrzygnięcie w zakresie kosztów procesu wyłącznie do zasady ich poniesienia przez każdą ze stron. Uwzględniając z jednej strony zakres żądania, a z drugiej wysokość zasądzonej kwoty należało uznać, że powódka wygrała proces w 69%, natomiast szczegółowe wyliczenie po uprawomocnieniu się orzeczenia dokonane zostaną przez referendarza sądowego.

Te same regulacje stanowiły podstawę rozstrzygnięcia w zakresie kosztów postępowania przed Sądem Apelacyjnym. Na tym etapie postępowania powódka wygrała sprawę w 55%, a pozwana w 45%. Powódka poniosła koszty procesu w postaci opłaty od apelacji w wysokości 100.000 zł, opłaty od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł oraz koszty zastępstwa procesowego w wysokości 5.400 zł ustalone na podstawie § 6 pkt. 7 i § 13 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1348 z późniejszymi zmianami). Łącznie więc koszty te zamknęły się kwotą 105.417 zł. Z kolei pozwana poniosła wyłącznie koszty zastępstwa procesowego w wysokości 5.400 zł ustalone na podstawie § 6 pkt. 7 i § 12 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1349 z późniejszymi zmianami). Przy uwzględnieniu wskazanego wyżej stopnia w jakim każda ze stron proces wygrała i po skompensowaniu wzajemnych należności należało rozstrzygnąć, jak w pkt. 4 wyroku.

SSO (del.) T. Żelazowski SSA M. Iwankiewicz SSA E. Skotarczak