

Sygn. akt VII AGa 101/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 lutego 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSA Tomasz Szanciło

Sędziowie: SA Aldona Wapińska

SO del. Tomasz Szczurowski (spr.)

Protokolant: sekr. sądowy Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 7 lutego 2018 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. we W.

przeciwko (...) S.A. w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 5 maja 2016 r., sygn. akt XVI GC 25/14

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz (...) sp. z o.o. we W. kwotę 10 944 zł (dziesięć tysięcy dziewięćset czterdzieści cztery złote) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VII AGa 101/18

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 19 listopada 2013 roku powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we W. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. kwoty 295.741,90 zł wraz z odsetkami ustawowymi od kwoty 225.741,90 zł od dnia 11 grudnia 2012 roku do dnia zapłaty i od kwoty 70.000,00 zł od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W odpowiedzi na pozew z dnia 13 grudnia 2013 roku pozwany (...) S.A. wniósł o oddalenie powództwa w całości, ewentualnie w przypadku nie uznania twierdzeń strony pozwanej w kwestii oddalenia roszczenia o zasądzenie kary umownej za uzasadnione, pozwany wniósł o zmniejszenie dochodzonej kary umownej wobec faktu, iż zobowiązanie zostało w całości wykonane, a kara jest rażąco wygórowana. Pozwany wniósł również o zasądzenie od powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 5 maja 2016 r. sygn. akt XVI GC 25/14 Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 295.741,90 zł wraz z odsetkami ustawowymi od kwoty 225.741,90 zł od dnia 3 stycznia 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r., odsetkami za opóźnienie od kwoty 225.741,90 zł od dnia 01 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, odsetkami ustawowymi od kwoty 70.000,00 zł od dnia 19 listopada 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz

odsetkami za opóźnienie od kwoty 70.000 zł od dnia 01 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałym zakresie oraz obciążając pozwanego kosztami postępowania w całości, pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu.

Powyższy wyrok zapadł w oparciu o następujące ustalenia faktyczne i motywy prawne.

W dniu 27 lutego 2012 r., powód jako wykonawca zawarł z pozwanym jako zamawiającym umowę o roboty budowlane, w związku z realizacją przez pozwanego zadania inwestycyjnego pod nazwą „Projekt i budowa Autostrady (...) S. - K. na odcinku od km 394+500 do km 411+465,8”. Na podstawie umowy w zamian za zryczałtowane wynagrodzenie w wysokości 933.276,85 zł netto (1.147.930,53 zł brutto), powód zobowiązał się do dostarczenia i zamontowania oznakowania pionowego, oznakowania poziomego oraz urządzenia bezpieczeństwa ruchu zgodnie z Projektem Stałej Organizacji (...) stanowiącym Załącznik nr 2 do Umowy. Zakres prac został uzgodniony w wyniku negocjacji prowadzonych w oparciu o przesłane drogą elektroniczną zaproszenie do złożenia oferty na wykonanie oznakowania pionowego i poziomego na obiektach inżynierskich Autostrada (...) S. - K. na odcinku od km 394 +500 do km 411 + 465,8, datowanego na dzień 31 sierpnia 2011 r. Zaproszenie do złożenia oferty z dnia 31 sierpnia 2011 r. dotyczyło wyłącznie oznakowania poziomego cienko- i grubowarstwowego. Określony zakres robót został następnie przeniesiony do umowy z dnia 27 lutego 2012 r. o roboty budowlane i skonkretyzowany w Załączniku nr 1 umowy. W załączniku tym nie uwzględniono bariery U-14e, której wykonanie nie było także uwzględnione w ofercie złożonej przez powoda, nie ma również pozycji Tablice ani pozycji fundamenty.

Zgodnie z § 2 pkt 2 umowy podwykonawca zobowiązany był wykonać montaż oznakowania poziomego, pionowego oraz pozostałych elementów wyposażenia w terminie od 05 marca 2012 r. do 30 kwietnia 2012 r. Zgodnie z § 5 pkt 3 umowy - wykonawca zapewni fronty robót zgodnie z harmonogramem, stanowiącym załącznik nr 3 do umowy, w przypadku nie zapewnienia frontu w terminach, o których mowa wyżej z winy wykonawcy, podwykonawcy przysługuje prawo do obciążenia wykonawcy kosztami mobilizacji ekip montażowych w kwocie 5.000 złotych za każdą mobilizację. Zgodnie z § 16 pkt 2 zd. 2 umowy wszelkie zmiany i uzupełnienia treści umowy mogą być wprowadzone wyłącznie w formie aneksu i wymagają dla swej ważności formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Zgodnie z § 2 pkt 2 umowy, strona powodowa zobowiązana była wykonać montaż oznakowania poziomego, pionowego oraz pozostałych elementów w terminach od 5 marca 2012 r. i zakończyć go w nieprzekraczalnym terminie do 30 kwietnia 2012 r. Strona powodowa rozpoczęła jednak wykonywanie prac w zakresie nanoszenia oznakowania poziomego grubo- i cienkowarstwowego w dniu 8 maja 2012 r. ze względu na fakt, iż front robót do oznakowania poziomego nie został przez stronę pozwaną do tego dnia przygotowany. Nieprzygotowanie frontu robót było spowodowane brakiem nawierzchni jezdnej, tj. warstwy ścieralnej oraz poboczy. W związku z faktem, iż zakres prac powoda polegał na ustawieniu znaków i informacji na słupkach, bramownicach i na poboczach drogi, które wykonuje się po wykonaniu warstw ścieralnych, niemożliwym było rozpoczęcie przez powoda zaplanowanych prac przed 8 maja 2012 roku.

Wszystkie roboty, wykonane przez powoda odbyły się na zasadzie mobilizacji. Powód wykonywał prace w dniach: 14 maja 2012 r. oraz 21 maja 2012 r., w zakresie montażu oznakowania pionowego mobilizacje miały miejsce w dniach 9 maja 2012 r., 14 maja 2012 r., 26 maja 2012 r., 28 maja 2012 r., 29 maja 2012 r., 30 maja 2012 r., 31 maja 2012 r., 1 czerwca 2012 r., 2 czerwca 2012 r., 4 czerwca 2012 r. oraz 5 czerwca 2012 r. W dniu 6 czerwca 2012 roku powód poinformował pozwanego o zakończeniu wszelkich prac montażowych, przewidzianych przez zawartą przez strony umowę.

W dniu 5 czerwca 2012 r. pozwany wystosował do strony powodowej pismo, zobowiązujące do dostarczenia i zamontowania elementów U-14e, wykonania fundamentów pod stację meteo oraz dostarczenia i zamontowania wysięgnika z tablicą M.. W odpowiedzi na powyższe powód pismem z dnia 6 czerwca 2012 r. oraz pismem z dnia 18 czerwca 2016 r. wskazał, iż roboty, do których wykonania pozwany zobowiązuje pismem z dnia 5 czerwca 2012 roku nie wchodzi w zakres zobowiązania umownego.

W piśmie z dnia 21 czerwca 2012 r. pozwany polecił powodowi zaniechanie wykonania fundamentów pod stację meteo, dostarczenia i zamontowania elementów U-14e oraz dostarczenia i zamontowania wysięgnika z tablicą M., informując jednocześnie, że wynagrodzenie umowne strony pozwanej zostanie z tego względu odpowiednio pomniejszone.

Pismem z dnia 29 czerwca 2012 r. powód ponownie podniósł, iż roboty budowlane, wskazanych przez pozwanego w piśmie z dnia 21 czerwca 2012 roku nie stanowią zakresu robót strony powodowej objętych umową. W związku z tym, otrzymane pisemne polecenie strona powodowa uznała za bezprzedmiotowe.

Pismem z dnia 9 listopada 2012 r. pozwana potwierdziła wykonanie robót przez powoda.

W związku z wykonaniem prac powód wystawił pozwanemu fakturę VAT z dnia 9 listopada 2012 r. nr FS-151/12/SP na kwotę 1.147.930,53 zł (933.276,85 zł netto), następnie przesłał ją pozwanemu przy piśmie z dnia 13 listopada 2012 roku.

Pismem z dnia 3 grudnia 2012 r. pozwana spółka ponownie potwierdziła wykonanie robót przez spółkę powodową uznając kwotę należności na rzecz spółki pozwanej w wysokości 749.746,85 zł. W odpowiedzi strona powodowa podniosła, że wskazaną przez stronę pozwaną wartość należy rozumieć jako wartość netto, która po powiększeniu o należny podatek VAT stanowi 922.188,63 zł.

Pismem z dnia 10 stycznia 2013 powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 1.147.930,53 zł z tytułu wynagrodzenia należnego w związku z wykonaniem umowy o roboty budowlane z dnia 27 lutego 2012 roku oraz do zapłaty kwoty 70.000,00 zł tytułem kary umownej należnej na podstawie § 5 umowy. W piśmie tym powód wymienił wszystkie daty dodatkowych mobilizacji ekip budowlanych oraz wyjaśnił, iż łączna ilość mobilizacji spowodowana zawinionym działaniem pozwanego wyniosła 14 i wskazał, iż kwota kary umownej jest zgodna z brzmieniem § 5 umowy o roboty budowlane.

Pozwany nie odpowiedział na pismo powoda z 10 stycznia 2013 roku, nie zakwestionował też ilości mobilizacji ani interpretacji umowy w zakresie kar umownych, przyjętej przez powoda w w/w piśmie.

Nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu nakazowym z dnia 27 czerwca 2013 r., prowadzonym pod sygn. akt VI GNC 263/13, Sąd Okręgowy w Toruniu - Wydział VI Gospodarczy zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 922.188,63 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 11 grudnia 2012 r. do dnia zapłaty oraz kosztami postępowania. Pozwana spółka nie zakwestionowała twierdzeń zawartych w pozwie, wobec czego nakaz zapłaty uprawomocnił się.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o dowody z dokumentów, zgromadzonych w aktach sprawy, których autentyczność nie była kwestionowana przez strony a Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw, by czynić to z urzędu. Zasadniczym dowodem w sprawie była natomiast zdaniem Sądu Okręgowego umowa o roboty budowlane z dnia 27 lutego 2012 roku oraz opinia biegłego sądowego mgr inż. M. C. z dnia 21 października 2015 r., która udzielała odpowiedzi na pytanie w zakresie spornego zakresu robót. Sąd Okręgowy podkreślił, że opinia biegłego sądowego w swej treści nie była rozbudowana, jednak co istotne, nie została zakwestionowana przez żadną ze stron, zaś udzielona przez biegłego odpowiedź była jednoznaczna i stanowiła, iż roboty budowlane, do których wykonania pozwany wzywał powoda pismem z dnia 5 czerwca 2012 roku nie były objęte zakresem umowy o roboty budowlane. Sąd Okręgowy podkreślił, że biegły sądowy wyjaśnił, iż nie były one ujęte w załączniku nr 1 do umowy, zawierającym zakres prac powoda.

Następnie Sąd Okręgowy wskazał, że wnioski dowodowe pozwanego, zawarte w piśmie procesowym z dnia 1 lipca 2014 roku w zakresie dopuszczenia dowodu z zeznań świadków na okoliczność wykonania spornych elementów tj: wygrodenia U-14e, wysięgnika i tablicy M. oraz fundamentu pod stację meteo były nie tylko spóźnione, ale przede wszystkim nieprzydatne wobec ustalenia, iż w/w elementy nie były objęte przedmiotem umowy. Podobnie dowód z zeznań świadka A. M., zgłoszony przez powoda, ostatecznie pozbawiony był podstaw wobec wniosków biegłego zawartych w w/w opinii.

Sąd Okręgowy uznał zeznania świadków: M. K. (k. 232-233), R. R. (k. 289-290), D. B. (k. 290-291), A. G. (k. 317 - 318), M. N. k. 318-319 i D. S. (k. 320) za wiarygodne, albowiem korespondowały one z materiałem dowodowym sprawy i wnioskami biegłego. Zaznaczono, że zeznania świadków potwierdzały podnoszoną przez powoda okoliczność, iż pozwany nie przygotowywał w terminie frontu robót, niezbędnych dla wykonywania przez powoda prac. Jednak dla ustalenia istoty sporu tj. ustalenia zakresu prac powoda zeznania świadków nie były i oczywiście nie mogły stanowić dowodu w sprawie. Ocena w powyższym zakresie leżała w gestii Sądu, który jednak wobec faktu, iż przedmiot umowy dotyczył wiadomości budowlanych, a zatem wiadomości specjalnych, wykraczających poza wiedzę prawną Sądu Okręgowego, posiłkował się opinią biegłego sądowego z zakresu budownictwa.

W rozważaniach prawnych Sąd Okręgowy wskazał, że powództwo zasługiwało na uwzględnienie w całości w zakresie roszczenia głównego, a zostało oddalone w niewielkim zakresie odnośnie roszczenia ubocznego. Sąd Okręgowy podkreślił, że wiążąca strony umowa była umową o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. Podkreślono, że pozwany nie kwestionował co do zasady spełnienia przez powoda świadczenia na podstawie zawartej umowy (oznakowania pionowego i poziomego) i przysługiwania mu z tego tytułu wynagrodzenia, które to wynagrodzenie zostało częściowo przez pozwanego uiszczony, natomiast zarzuty pozwanego skierowane przeciwko powodowi sprowadzały się do twierdzenia, iż wynagrodzenie przysługujące powodowi zostało bezpodstawnie pomniejszone z uwagi na okoliczność polecenia strony pozwanej zaniechania wykonania robót, które nie stanowiły zakresu robót strony powodowej.

Analizując w pierwszej kolejności roszczenie powoda o zapłatę pozostałej części wynagrodzenia Sąd Okręgowy podkreślił, że przedmiot umowy zawartej przez strony, a zatem zakres prac, które miała wykonać strona powodowa, obejmował kompleksowe dostarczenie i wykonanie oznakowania pionowego, poziomego oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu zgodnie z Projektem Stałej Organizacji (...). Zdaniem pozwanego zakres tych prac został wyraźnie określony przez § 1 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 umowy wraz z załączonym do niej Projektem Stałej Organizacji (...). Strona pozwana ponadto podniosła, iż § 1 ust. 1 zawartej przez strony umowy jednoznacznie stwierdza, że przedstawione prace nie mają zakresu zamkniętego i oznacza niezupełny zakres prac. Zdaniem pozwanego zakres prac powoda został określony kompleksowo przez zapisy § 1 umowy, a w szczególności Załącznik nr 2 stanowiący Projekt Stałej Organizacji (...). Na tej podstawie pozwany wywiódł, iż do obowiązków powoda należało także dostarczenie i zamontowanie elementów U-14e stanowiących elementy zabezpieczenia ruchu, dostarczenie i zamontowanie wysięgnika z tablicą M.-ową oraz wykonanie fundamentu meteo. Niemniej w ocenie Sądu Okręgowego stanowisko pozwanego było niezasadne z następujących względów. W pierwszej kolejności w ocenie Sądu Okręgowego brak jest podstaw do podzielenia stanowiska pozwanego, iż to załącznik nr 2, stanowiący Projekt Stałej Organizacji (...), stanowi zakres prac powoda. Co prawda w zapisach umowy znajduje się stwierdzenie, że zakres przedmiotu umowy zawiera wszelkie elementy wchodzące w skład oznakowania pionowego i poziomego oraz zabezpieczenia ruchu, zawarte w Projekcie Stałej Organizacji (...), stanowiącym załącznik nr 2 do umowy, jednak dalsze zapisy wskazują, iż w przypadku, gdy prace dodatkowe będą robotami, dla których nie mają zastosowania ceny jednostkowe zawarte w załączniku nr 1, strony ustalą w drodze negocjacji dodatkowe ceny jednostkowe dla tych robót. Co istotne, sporne prace nie były zawarte w ofercie, przygotowanej przez powoda i zaakceptowanej przez pozwanego. Powyższe potwierdził biegły sądowy mgr inż. M. C. w opinii z 22.10.2015 r. Biegły stwierdził także, iż w załączniku nr 1 brak jest nazw takich elementów konstrukcyjnych jak bariera U-14e, tablica czy fundament. Zatem strona powodowa nie pozostawała w obowiązku wykonania wskazanych przez stronę pozwaną prac budowlanych. Odnośnie natomiast elementu konstrukcji tablicy M. na konstrukcji wysięgnikowej Sąd Okręgowy wskazał, że powód faktycznie w korespondencji pomiędzy stronami twierdził, iż tablica ta nie jest przewidziana umową, zaś w toku postępowania podniósł, iż element ten został przez niego posadowiony. Fakt umiejscowienia tablicy M. na inwestycji potwierdza opinia biegłego sądowego M. C., zaś świadek M. N. potwierdził wykonanie tego elementu przez powoda. Kwestia ta może budzić niejasności jednak należy w tym miejscu zaznaczyć, iż w trakcie inwestycji to na pozwanym spoczywał obowiązek prowadzenia prawidłowej dokumentacji, z której wynikałby fakt kto i w jakiej dacie wykonał konkretne prace. Pozwany jest dużym podmiotem gospodarczym, od szeregu lat wykonującym najpoważniejsze inwestycje budowlane. Od takiego podmiotu należy wymagać, aby w przypadku sprawy sądowej dysponował odpowiednią dokumentacją, wykazującą jakie roboty zostały wykonane i przez kogo. Tymczasem pozwany ogranicza się do kwestionowania

okoliczności wykonania tablicy przez powoda, następnie nie składa żadnych zarzutów ani pytań do opinii biegłego, który w opinii stwierdza, iż z dokumentów sprawy nie wynika kto wykonał tablicę M. i stwierdza jednocześnie, iż „w załączniku nr 1 nie ma pozycji TABLICE”. W tej sytuacji należy przyjąć, iż dowód w postaci opinii biegłego wykazał, iż powód nie był zobowiązany wykonać tablic M.. W ocenie Sądu Okręgowego nawet gdyby przyjąć, iż powód był zobowiązany wykonać w/w prace pozwany nie wykazał, kto je wykonał, nie przedstawił bowiem dokumentacji wykonawczej w powyższym zakresie i nie zgłosił pytań do biegłego. Brak byłoby zatem - już hipotetycznie- podstaw do ustalania wysokości ewentualnego obniżenia wynagrodzenia należnego powodowi.

Niezależnie od powyższego Sąd Okręgowy podzielił również stanowisko strony powodowej, iż trudnym do przyjęcia byłaby wykładnia treści umowy w sposób proponowany przez stronę pozwaną. Wykładnia ta prowadziłaby bowiem do wniosku, że powodowa spółka obowiązana byłaby do wykonania całego oznakowania i urządzeń zabezpieczenia ruchu nie wykonanego przez innych podwykonawców lub przez pozwaną spółkę.

Wreszcie Sąd Okręgowy zgodził się z powodem, iż pozwany nie uzasadnił w oparciu o jakie podstawy i kryteria obniżyć należne powodowi wynagrodzenie o kwotę 225.741,90 zł. Pozwany nie powołał żadnych wniosków dowodowych w celu wykazania okoliczności, że obniżenie wynagrodzenia o tę właśnie kwotę jest uzasadnione.

Z kolei w zakresie roszczenia o zapłatę kary umownej Sąd Okręgowy zaznaczył, że w przedmiotowej sprawie bezspornym było, iż strony zastrzegły w umowie prawo dla powoda jako podwykonawcy do naliczenia kary umownej w przypadku niezapewnienia przez pozwanego frontu robót, w terminie przewidzianym w harmonogramie stanowiącym załącznik nr 3 umowy. Zgodnie z § 5 ust. 6 umowy, stronie powodowej przysługuje prawo do obciążenia strony pozwanej kosztami mobilizacji ekip montażowych w kwocie 5000 zł za każdą mobilizację. Następnie Sąd Okręgowy zaznaczył, że strona powodowa rozpoczęła wykonywanie prac w zakresie nanoszenia oznakowania poziomego grubo- i cienkowarstwowego w dniu 8 maja 2012 r., tj. po terminie umownego oddania robót budowlanych. Powodem powyższego był jednak fakt, iż to pozwany nie przygotował frontu robót. Sąd Okręgowy zważył, że pozwany zarzucał, iż powód nie udowodnił w żadnym zakresie, iż niezapewnienie frontu robót nastąpiło z winy pozwanego, niemniej Sąd Okręgowy miał na względzie, że kara umowna zastrzeżona na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia niepieniężnego oznacza to, że kara umowna należy się w wypadku zwłoki dłużnika (476 k.c.). A contrario, nie można żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (por. Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 11 lutego 1999 r. III CKN 166/98, Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 września 2014 r. I ACa 275/14). Sąd Okręgowy, po dokonaniu analizy akt sprawy, a w szczególności umowy zawartej między stronami, opinii technicznej biegłego sądowego mgr inż. M. C. z dnia 21 października 2015 r. (k. 357-358), dzienników budowy (k. 359-361) oraz płyty CD z dziennikami budowy oraz przy braku dowodów przeciwnych, uznał za udowodnione, iż front robót został nieprzygotowany z winy pozwanego. Prace budowlane, mimo gotowości ze strony powoda, zostały rozpoczęte po dniu, w którym miał nastąpić odbiór końcowy robót. Analizując zaś zarzut strony pozwanej dotyczący umownego przesunięcia przez strony terminu zakończenia prac należy zauważyć, iż faktycznie powód prosił pozwanego w piśmie z dnia 18 czerwca 2012 r. (k. 114-115) o sporządzenie aneksu do umowy, przedłużającego termin realizacji robót, jednak aneks taki nie został podpisany. Zgodnie zaś z § 16 ust. 2 łączącej strony umowy, wszelkie zmiany i uzupełnienia treści umowy mogą być wprowadzone wyłącznie w formie aneksu i wymagają dla swej ważności formy pisemnej pod rygorem nieważności. W związku z faktem, iż nie został sporządzony aneks do umowy, zmieniający datę wykonania zobowiązania przez pozwanego należy uznać, iż termin ten nie uległ zmianie i pozwany nie może skutecznie powoływać się na uzgodnienia ustne w powyższym zakresie i wywodzić braku podstaw do naliczenia kary umownej. W omawianym zakresie należało zatem w ocenie Sądu Okręgowego przyjąć, iż powód wykazał spełnienie przesłanki pozytywnej prawa do obciążenia pozwanego karą umowną na podstawie § 5 pkt 6 umowy o roboty budowlane.

W odniesieniu do zarzutu pozwanego, iż powodowa spółka wykorzystuje zapisy umowy w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa, a także sprzecznie z zasadami współzycia społecznego, Sąd Okręgowy uznał, że zwroty użyte w treści art. 5 k.c. jako niedookreślone, nie oddają istoty nadużycia prawa. Stąd też następuje odesłanie do zasad słuszności, dobrej wiary w znaczeniu obiektywnym, czy też zasad

uczciwości, obowiązujących w stosunkach cywilnoprawnych. W powyższej kwestii Sąd Okręgowy miał na uwadze, iż to strona pozwana sporządziła podpisaną przez obie strony umowę, zaś pozwany nie wykazał, aby powód korzystając z uprawnienia do naliczenia kary umownej nadużył przysługującego mu prawa w sposób sprzeczny z zasadami uczciwości, czy jego społeczno - gospodarczym przeznaczeniem. Przeciwnie, analiza przebiegu wydarzeń pomiędzy stronami prowadzi zdaniem Sądu Okręgowego do wniosku, iż to pozwany zwlekał z wypłatą należnego powodowi wynagrodzenia uiszczając je dopiero po orzeczeniu Sądu Okręgowego, ponadto odmówił wypłaty części wynagrodzenia nie tylko w sprzeczności z racjonalną interpretacją umowy, lecz także bez podania jakichkolwiek wyliczeń odnośnie uzasadnienia ekonomicznego obniżenia wynagrodzenia. W ocenie Sądu Okręgowego to pozwany wykorzystywał w relacjach z powodem silną pozycję ekonomiczno - gospodarczą i bezpodstawnie odmawiał spełnienia zobowiązań.

Ustalając zaś ilość mobilizacji Sąd Okręgowy wskazał, że niezasadny jest zarzut braku podstaw do przyjęcia 14 mobilizacji, albowiem część prac była wykonywana dzień po dniu. Zgodnie z § 5 ust. 6 umowy, wykonawca zapewni fronty robót zgodnie z harmonogramem, stanowiącym załącznik nr 3 do umowy, w przypadku nie zapewnienia frontu w terminach, o których mowa wyżej z winy wykonawcy, podwykonawcy przysługuje prawo do obciążenia wykonawcy kosztami mobilizacji ekip montażowych w kwocie 5.000 złotych za każdą mobilizację. Strony nie sprecyzowały w umowie definicji „mobilizacji” tj. czy zamiarem stron było przyjęcie, iż za dodatkową mobilizację uznany będzie każdy dodatkowy dzień pracy ekip montażowych powoda, jak przyjmuje powód, czy też dodatkową mobilizacją będzie odrębny wyjazd ekipy i w przypadku jej pracy dzień po dniu wyjazd taki uznany będzie za jedną mobilizację - jak przyjmuje pozwany. Wobec powyższego Sąd Okręgowy uznał, iż w przypadku niesprecyzowania w umowie zawartej między stronami w § 5 ust. 6 terminu „mobilizacji ekip montażowych” należy zauważyć, iż onus probandi twierdzeń niewynikających literalnie z zapisów umowy spoczywa na stronie, która twierdzenie to podnosi. Sąd Okręgowy podkreślił, że to strona pozwana sporządziła zawartą w dniu 27 lutego 2012 r. umowę. W korespondencji wymienianej między stronami przed wszczęciem sądowego sporu, strona pozwana nie kwestionowała sposobu wykładni zapisu umowy traktującym o karze umownej. Na etapie przedmiotowego procesu, strona pozwana nie wykazała inicjatywy dowodowej celem wykazania, iż dokonany w § 5 ust. 6 umowy zapis traktujący o mobilizacji ekip montażowych należy rozumieć w sposób odpowiadający przyjęciu, iż mobilizacja oznacza każdorazowe przejście ze stanu spoczynku w ogólny stan gotowości do pracy i nie może być utożsamiany z wykonywaniem pracy w systemie ciągłym. Sąd Okręgowy uznał, iż literalna wykładnia zapisu przedmiotowej umowy jest tożsama z przyjętą przez powoda. O powyższym musi świadczyć także hipoteza, iż w przypadku mobilizacji ekip montażowych powoda, trwającej 14-dni jeden po drugim tj. pracy ciągłej, w wyniku której zrealizowany zostałyby cały zakres prac, powód byłby uprawniony do naliczenia jedynie 5.000 kary umownej za jedną mobilizację. W ocenie Sądu Okręgowego nie taki był zamiar stron umowy w treści „za każdą mobilizację”.

W odniesieniu do zarzutu pozwanego w kwestii braku podstaw do naliczenia kary umownej wobec braku szkody po stronie powoda, Sąd Okręgowy zaznaczył, że wierzyciel nie ma obowiązku wykazywania ani faktu powstania szkody, ani jej wysokości.

Sąd Okręgowy przyjął, że w niniejszej sprawie powód nie wykazał przesłanek uzasadniających miarkowanie kary umownej. Wysokość kary w kwocie 70.000 złotych przy uwzględnieniu całkowitego wynagrodzenia powoda w kwocie 1.147.930,53 złotych nie może być uznana za rażąco wygórowaną, albowiem nie stanowi znaczącej części wynagrodzenia powoda, nie stanowi też wysokiej kwoty w obrocie gospodarczym.

O odsetkach Sąd Okręgowy orzekł zgodnie z art. 481 § 1 k.c.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł stosując zasadę określoną w art. 100 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany, którzy wyrok ten zaskarżył w całości i zarzucił mu:

1. naruszenie przepisów postępowania, które mogły mieć wpływ na wynik sprawy, tzn.

a) art. 233 § 1 k.p.c., poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, tj. dokonanie jego oceny z pominięciem istotnej części tego materiału, przez co Sąd dokonał błędnych ustaleń ze zgromadzonym materiałem dowodowym tj.:

- pominięcie (w całości) treści załączonych do pisma powoda z dnia 7 kwietnia 2014 r. dowodów (delegacji służbowych) na rzekome mobilizacje powoda z których wynikało, że mobilizacje te były realizowane przez pracowników firmy (...) Sp. z o. o., a nie powoda, co doprowadziło do błędnych ustaleń w zakresie przeprowadzonych przez powoda mobilizacji,

- pominięcie (w całości) treści umowy nr (...)2.12.1210 z dnia 24 lutego 2012 r. (dalej: „umowa”), w szczególności § 1 ust. 1-5 oraz § 5 pkt 6 umowy w zakresie w jakim potwierdza, iż zakres prac powoda został określony w Projekcie Stałej Organizacji (...), a także w zakresie w jakim potwierdzają ustalenie, iż odpowiedzialność pozwanego do zapłaty kary umownej za niezapewnienie frontu robót powodowi nie wymagała udowodnienia winy po stronie pozwanego, podczas gdy przesłanka ta została wprost wskazana w § 5 pkt 6 umowy, co skutkowało wadliwym ustaleniem treści obowiązków wynikających z w/w umowy

- pominięcie pisma pozwanego z dnia 3 lipca 2015 r. dotyczącego zmiany adresu korespondencyjnego, co skutkowało błędnym ustaleniem, iż pozwanemu prawidłowo doręczono opinię sądową wykonaną przez M. C.,

- pominięcie (w całości) treści dziennika budowy od dnia 16 kwietnia 2012 r. do 5 maja 2012 r., w zakresie poświadczenia, iż w tym czasie wystąpiły niekorzystne warunki atmosferyczne, a więc wystąpienia okoliczności wyłączających winę w udostępnieniu frontu robót,

- pominięcie (w całości) treści dziennika budowy od dnia 26 kwietnia 2012 r. do 10 maja 2012 r., w zakresie poświadczenia, iż w tym czasie front robót dla powoda był przekazywany,

- pominięcie zeznań M. K., D. S., D. B., A. G., M. N. oraz R. K. dotyczących wykonanego zakresu prac powoda oraz tych które winien wykonać powód na podstawie w/w umowy, a także wad i uchybień jakie zaistniały w pracy powoda,

- pominięcie zeznań M. N. oraz pozostałych świadków (protokół z dnia 27 maja 2015 r.) w zakresie jakim potwierdził, iż mobilizacje były wykonane nie przez powoda a podmiot trzeci,

- pominięcie treści notatki z dnia 6 czerwca 2012, załączonej do pisma powoda z dnia 11 września 2014 r., poświadczającej, iż bariery U-14 musiały zostać wykonane i zostały wykonane przez pozwanego w zastępstwie powoda, pomimo kwestionowania obowiązku wykonania tychże barier przez powoda,

- pominięcie treści świadectwa przejęcia robót z dnia 10 października 2012 r. — nr ref.. (...)JK-2110-12.01-LS-WK-B, który potwierdza, iż roboty wykonywane przez pozwanego nie mogły zakończyć się terminowo z przyczyn niezależnych od niego,

— pominięcie treści Projektu Stałej Organizacji, stanowiącej załącznik nr 2 do w/w umowy, pomimo że w umowie wyraźnie wskazano, iż zakres prac powoda został uregulowany właśnie przez ten dokument,

tj. wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków z niego nie wynikających, a wręcz sprzecznych z przedstawionymi dowodami,

- ponadto, naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wybiórcze traktowanie materiału dowodowego i dokonanie sprzecznych ustaleń faktycznych z zebrany materiał dowodowy, w szczególności w zakresie dokonywania przez powoda mobilizacji w dniach wskazanych przez powoda, pomimo wykazania przez pozwanego, iż mobilizację nie były dokonywane przez niego, a przez firmę (...) Sp. z o. o., a także wykonania przez powoda tablicy M., podczas gdy zeznania M. N., M. K., D. S. i inne dowody temu przeczą. Podobnie w zakresie opinii biegłego sądowego M. C., który zajął się oceną treści Umowy (zastępując rolę Sądu) zamiast odpowiedzieć na pytanie Sądu zawarte w postanowieniu z dnia 14 sierpnia 2015 r. oraz bez żadnego uzasadnienia wydał stanowcze tezy,

b) art. 229 k.p.c. poprzez nie uznanie przez Sąd za przyznany fakt, iż wykonanie wysięgnika M. było w zakresie prac powoda, podczas, gdy M. N. przyznał powyższy fakt, a co za tym idzie powód winien wykazać, iż to on wykonał tenże wysięgnik skoro dochodzi za niego wynagrodzenia, a pozwany temu zaprzeczył,

c) art. 231 k.p.c. poprzez przyjęcie, wbrew stanowisku pozwanego oraz składanych oświadczeniach powoda m.in. w pozwie, iż to powód wykonał tablicę M., pomimo, iż w/w dowody temu przeczą, a okoliczność wykonania prac przez powoda powinien udowodnić powód, a nie pozwany, skoro wywodzi z tego tytułu skutki prawne,

d) art. 328 § 2 k.p.c. gdyż pisemne uzasadnienie wyroku nie zawiera w sposób dostateczny wyjaśnienia motywów, dla których Sąd Okręgowy nie dał w pełni wiary zeznaniom świadków — M. K., a także motywów dla których Sąd bezrefleksyjnie dał wiarę przedłożonej opinii biegłego M. C., pomimo, iż nie odpowiadała ona na zadane przez Sąd pytania, a zatem jest nieprzydatna dla procesu oraz jest sprzeczna z treścią zawartej Umowy,

e) art. 133 § 3 k.p.c. w zw. z art. 379 pkt 5 k.p.c. poprzez doręczenie opinii sądowej na inny adres niż wskazany we wniosku zamieszczonym w piśmie z dnia 3 lipca 2015 r., co doprowadziło do pozbawienia możliwości obrony swych praw przez pozwanego, a więc nieważnością postępowania, tym samym, zarzucono Sądowi Okręgowemu sporządzenie uzasadnienia które wręcz uniemożliwia kontrolę instancyjną skarżonego wyroku, a także w sposób istotny narusza prawo do obrony pozwanego oraz prawo do rzetelnego procesu,

f) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 285 § 1 k.p.c. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę opinii sądowej biegłego M. C. przejawiającą się w bezrefleksyjnym przyjęciu za udowodnione okoliczności, które miały być przedmiotem jej weryfikacji, podczas gdy opinia nie odpowiada na zadane przez Sąd pytania określone w postanowieniu Sądu z dnia 14 sierpnia 2015 r. (zastępując Sąd w ocenie wykładni treści zapisów Umowy), nie zawiera także uzasadnienia i nie wyjaśnienia podstaw rozumowania biegłego, jest zatem niemerytoryczna i nie powinna stanowić dowodu w sprawie, zaś obowiązkiem Sądu winno być przynajmniej zażądanie od tego lub innego biegłego opinii nowej bądź uzupełniającej,

g) art. 227 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez nie podjęcie przez Sąd z urzędu inicjatywy dowodowej dotyczącej dodatkowej lub uzupełniającej opinii biegłego, pomimo występujących w sprawie istotnych wątpliwości co do merytorycznego i zgodnego z przepisami k.p.c. charakteru opinii sądowej, a także występujących w niej braków, nieudomówień i uchybień procesowych, podczas gdy było to obowiązkiem Sądu orzekającego jako podmiotu zobligowanego do wyjaśnienia istoty sporu, wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i dbania o pogłębienie zaufania do organów państwa.

W związku z powyższym, na podstawie art. 380 k.p.c. w zw. z art. 168 § 1 k.p.c. w zw. z art. 164 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. apelujący wniósł o przywrócenie terminu przez Sąd II instancji do ustosunkowania się do opinii sądowej M. C., albowiem nie została ona skutecznie doręczona przez Sąd w związku z wnioskiem Pozwanego zawartego w piśmie z dnia 3 lipca 2015 r. o obowiązku doręczania pism sądowych na zmieniony adres, ewentualnie apelujący wniósł na podstawie art. 380 k.p.c. w zw. z art. 241 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c. o uzupełnienie postępowania dowodowego przed Sądem II instancji poprzez wydanie postanowienia dowodowego o sporządzeniu nowej lub uzupełniającej opinii biegłego M. C. zgodnie z wnioskami stron i postanowieniem Sądu z dnia 14 sierpnia 2015 r.

2. Naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.

a) art. 65 § 1 i 2 k.c., przez dokonanie błędnej wykładni oświadczeń woli stron i przyjęcie wbrew treści umowy, m.in. w zakresie § 1 ust. 1 — 5 umowy oraz kontekstowi sytuacyjnemu, iż wolą stron nie było objęcie zakresem prac powoda określonych w załączniku nr 2 — Projekcie Stałej Organizacji (...) robót, w szczególności: wykonanie wygrodzień (barier) U-14 e, wykonanie fundamentu oraz wysięgnika z tablicą M., pomimo, że z wymienionego materiału dowodowego a także zeznań świadków M. N., M. K., D. S., D. B., A. G. oraz R. K. wynika, iż strony objęły te prace zakresem umownym,

b) art. 65 § 1 i 2 k.c., przez dokonanie błędnej wykładni oświadczeń woli stron i przyjęcie wbrew treści umowy, w zakresie § 5 pkt 6 umowy oraz kontekstowi sytuacyjnemu (ujęcie tego zapisu w rubryce obowiązki Wykonawcy zamiast kary umowne), iż wolą stron było ustanowienie kary umownej za nie przekazanie frontu robót dla powoda przez pozwanego i przyjęcia domniemania winy w tym zakresie po stronie pozwanego, podczas gdy, z wymienionego zapisu § 5 pkt 6 umowy oraz zeznań świadków M. N., M. K., D. S., D. B., A. G. oraz R. K. wynika, iż powód dochodząc „kary umownej” winien wykazać winę pozwanego, szkodę (koszt mobilizacji) oraz związek przyczynowo-skutkowy,

c) art. 483 § 1 i § 2 k.c. poprzez jego niezasadne zastosowanie, wobec braku przesłanek stosowania tej podstawy prawnej, a także wobec przedstawionych przez pozwanego argumentów niweczących nie tylko zasadę, ale i wysokość ewentualnego roszczenia,

d) art. 5 k.c. poprzez jego niezastosowanie, pomimo wyraźnego zarzutu ze strony pozwanego oraz podania podstaw i przyczyn tegoż stanu rzeczy, co skutkowało nieuzasadnionym zasądzeniem świadczenia w całości na rzecz powoda.

3. Nierozpoznanie istoty sprawy.

Wobec powyższego apelujący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości, zniesienie postępowania dotkniętego nieważnością począwszy od dnia 11 listopada 2015 r. i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, ewentualnie uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji z uwagi na nierozpoznanie istoty sprawy, a także konieczność ponownego przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości, i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów następstwa procesowego za obie instancje.

W odpowiedzi na apelację powód podzielił ustalenia faktyczne i wywody prawne Sądu Okręgowego i wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania według norm prawem przewidzianych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja jako bezzasadna zasługiwała na oddalenie.

W ocenie Sądu Apelacyjnego wszystkie zarzuty wywiedzione w apelacji były nietrafne. Niemniej w pierwszej kolejności należało poddać analizie najdalej idący zarzut, a mianowicie zarzut nieważności postępowania. Według apelującego przyczyną nieważności postępowania było pozbawienie pozwanego przez Sąd Okręgowy możliwości obrony praw z uwagi na doręczenie opinii biegłego sądowego na inny adres niż wskazany we wniosku zamieszczonym w piśmie z dnia 3 lipca 2015 r. W przekonaniu Sądu Apelacyjnego w toku postępowania przed Sądem Okręgowym nie doszło jednak do pozbawienia pozwanego możliwości obrony jego praw. W tym miejscu trzeba przyznać rację pozwanemu, że Sąd Okręgowy doręczył pozwanemu zawiadomienie o terminie rozprawy w dniu 24 lutego 2016 r. wraz z odpisem opinii biegłego i zarządzeniem zobowiązującym do ustosunkowania się do opinii z powołaniem wszelkich ewentualnych zarzutów merytorycznych w terminie 14 dni pod rygorem pominięcia stanowiska na nieprawidłowy adres. Korespondencja w tym zakresie została bowiem wysłana na adres pełnomocnika pozwanego ul. (...), (...)-(...) W., podczas gdy w piśmie datowanym na 3 lipca 2015 r. pełnomocnik pozwanego poinformował Sąd Okręgowy o zmianie adresu i wskazał, że wszelka korespondencja powinna być kierowana na adres ul. (...) lok. 201-206, (...)-(...) W.. Niemniej powyższe uchybienie w ocenie Sądu Apelacyjnego nie pozwala uznać, że w sprawie doszło do pozbawienia pozwanego możliwości obrony prawa, a w konsekwencji nieważności postępowania. Odwołując się do utrwalonego w orzecznictwie Sądu Najwyższego poglądu, trzeba podnieść, że nieważność postępowania z powodu pozbawienia strony możliwości obrony swych praw wymaga stwierdzenia takiego naruszenia przepisów postępowania, którego skutkiem jest niemożność działania strony w postępowaniu lub w jego istotnej części. Chodzi zatem tylko o takie uchybienia procesowe, które faktycznie uniemożliwiły stronie podjęcie obrony przed wydaniem merytorycznego rozstrzygnięcia (por.m.in. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 13 czerwca 2013 r., I CSK 654/12, niepubl.; z dnia 26 września 2014 r., IV CZ 52/14 niepubl.; z dnia 12 lutego 2015 r., IV CZ 113/14 niepubl.; z dnia 20 listopada 2015 r., I CSK 888/14 niepubl.). Wobec tego, nie każde naruszenie przepisów

postępowania może być uznane za podstawę nieważności postępowania w rozumieniu art. 379 pkt 5 k.p.c. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w rozpoznawanej sprawie nie można przyjąć, że pozwany w związku z powyższym uchybieniem procesowym pozbawiony był możliwości obrony swoich prawa. Trzeba bowiem zaznaczyć, że w dniu 26 lutego 2016 r. pełnomocnik pozwanego, ten sam który reprezentował go na rozprawie w dniu 24 lutego 2016 r., wystąpił do Sądu Okręgowego o wyrażenie zgody na ksero/foto kart akt sprawy na których była opinia biegłego sądowego wraz z załącznikami. W tym samym dniu pełnomocnik pozwanego wykonał zdjęcia opinii biegłego sądowego (k. 382). Na kolejnej rozprawie, poprzedzającej wydanie zaskarżonego wyroku, pełnomocnik pozwanego odniósł się do opinii, nie zgłaszając jednocześnie w tym zakresie jakichkolwiek kolejnych wniosków. Z powyższej sekwencji zdarzeń jednoznacznie wynika, że w toku postępowania przed Sądem Okręgowym sporządzona w niniejszej sprawie opinia biegłego sądowego została pozwanemu udostępniona, pełnomocnik pozwanego zajął co do tej opinii stanowisko w głosie poprzedzającym zamknięcie rozprawy. Powyższe w ocenie Sądu Apelacyjnego dowodzi, że nie doszło do pozbawienia pozwanego możliwości obrony prawa. Należy jednocześnie dodać, że wysłana na nieprawidłowy adres korespondencja dla pełnomocnika pozwanego została odebrana przez A. K., która jak oświadczył pełnomocnik pozwanego w toku rozprawy apelacyjnej, jest pracownikiem Kancelarii pełnomocnika pozwanego i odebrała dla niego również zawiadomienie o terminie rozprawy apelacyjnej. Zważywszy, że wraz z opinią biegłego sądowego doręczono pełnomocnikowi pozwanego zawiadomienie o terminie rozprawy w dniu 24 lutego 2016 r., na która to rozprawę pełnomocnik pozwanego się stawił, to należy przyjąć, że pełnomocnikowi został doręczony również odpis opinii biegłego. Niemniej nawet gdyby tak nie było, to i tak pełnomocnik pozwanego zapoznał się z opinią w dniu 26 lutego 2016 r. Z tego też względu nie tylko nie można mówić o nieważności postępowania przed Sądem Okręgowym, ale również podlegał oddaleniu wniosek strony pozwanej o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego sądowego lub dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego. Zgodnie bowiem z art. 381 k.p.c. Sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie było żadnych przeszkód do złożenia powyższych wniosków w toku postępowania przed Sądem I instancji, najpóźniej na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2016 r. kiedy to pełnomocnik pozwanego ustosunkował się do opinii biegłego sądowego. Niemniej w dacie tej pełnomocnik pozwanego wyraził jedynie ogólne stanowisko co do opinii biegłego sądowego, nie podejmując jakiegokolwiek akcji dowodowej. Powyższe wnioski dowodowe zostały po raz pierwszy zgłoszone w apelacji i dlatego w ocenie Sądu Apelacyjnego były spóźnione i zasługiwały na oddalenie. Podobnie nie mógł być uwzględniony wniosek pozwanego o przywrócenie terminu przez Sąd II instancji do ustosunkowania się do opinii sądowej M. C.. Niezależnie już od kwestii związanej z doręczeniem stronie pozwanej tej opinii należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 168 § 2 k.p.c. przywrócenie terminu nie jest dopuszczalne, jeżeli uchybienie terminu nie pociąga za sobą ujemnych dla strony skutków procesowych. Uchybienie zaś przez pozwanego terminu do ustosunkowania się do opinii biegłego sądowego nie rodziło negatywnych skutków prawnych, i co więcej pełnomocnik pozwanego do opinii tej ustosunkował się na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2016 r., a Sąd Okręgowy nie uznał powyższych twierdzeń za spóźnione. Z tego więc względu wniosek pozwanego o przywrócenie terminu przez Sąd II instancji do ustosunkowania się do opinii sądowej M. C. należało zgodnie z art. 171 k.p.c. odrzucić jako niedopuszczalny.

Przechodząc zaś do rozważania pozostałych zarzutów wywiedzionych w apelacji należy przypomnieć, że powód dochodził w niniejszej sprawie zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace na odcinku B autostrady (...), jak również roszczenia które zostało przez niego określone jako kara umowna związana ze zwłoką pozwanego w udostępnieniu frontu robót.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i przyjmuje je za swoje własne. Należy w tym kontekście zaznaczyć, że uzasadnienie zaskarżonego wyroku spełnia kryteria wynikające z 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 Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku w dostateczny sposób wskazał przesłanki, które legły u podstaw oceny materiału dowodowego, w tym zeznań świadka M. K. oraz opinii biegłego sądowego. Sąd Okręgowy wskazał, jakimi przesłankami kierował się przy ocenie wiarygodności powyższych

zeznań, jak również dlaczego uznał moc dowodową opinii biegłego sądowego i w jakim zakresie. Podejmowana w apelacji argumentacja stanowi w rzeczywistości polemikę z wywodami Sądu Okręgowego, niemniej nie pozwala na stwierdzenie, że uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie spełnia wymogów wynikających z art. 328 § 2 k.p.c.

Analizując roszczenie powoda w zakresie wynagrodzenia za wykonane prace należy w pełni podzielić stanowisko Sądu Okręgowego zgodnie z którym pozwany obowiązany był względem powoda do zapłaty części wynagrodzenia objętego żądaniem pozwu. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie mogły być uwzględnione zarzuty pozwanego dotyczące rzekomego niewykonania przez powoda części robót wynikających z umowy nr (...)2.12.1210. Zdaniem Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy prawidłowo i z poszanowaniem art. 233 § 1 k.p.c. i art. 65 § 1 i 2 k.c. ustalił, że prace związane z barierami U-14e, jak również fundamentem pod stację meteo nie były objęte umową wiążącą strony. Trzeba bowiem zaznaczyć, że zakres przedmiotowy umowy został określony w jej § 1. Zgodnie z § 1.1 na mocy umowy podwykonawca (powód) zobowiązuje się w ramach budowy autostrady (...) odcinek (...) od km 402+350 do km 411+465,8 dostarczyć i zamontować oznakowanie pionowe, oznakowania poziome oraz urządzenia bezpieczeństwa ruchu zgodnie z Projektem Stałej Organizacji (...) stanowiącym załącznik nr 2 do umowy. Wbrew jednak zarzutom zawartym w apelacji Sąd Okręgowy uwzględnił fakt, że w Projekcie Stałej Organizacji (...) stanowiącym załącznik umowy umieszczono zarówno bariery U-14e, jak i stację meteo, niemniej Sąd Okręgowy trafnie jednocześnie uznał, że powód nie był zobowiązany do wykonania powyższych prac. Okolicznością bezsporną jest, że w Projekcie Stałej Organizacji (...) znajdują się zarówno bariery U-14e, jak i stacja meteo. Powyższe jednak nie przesądza, że prace te miały być wykonywane przez powoda. W Projekcie Stałej Organizacji (...) znajdują się bowiem również inne elementy infrastruktury drogowej, co do których nie ma wątpliwości, że powód nie miał obowiązku ich wykonania. Wobec rozbieżności stanowiska stron co do zakresu prac nie można poprzestać na odwołaniu się do Projektu Stałej Organizacji (...), którego treść jest zdecydowanie bogatsza niż zakres prac do których wykonania zobowiązał się powód. Trafnie więc pozwany zwraca w tym kontekście uwagę na art. 65 k.c. Zgodnie z § 1 tego przepisu oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, przy czym w myśl § 2 w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Art. 65 § 1 i 2 k.c. określa ogólne zasady dokonywania wykładni oświadczeń woli. Dyrektywy interpretacyjne zawarte w art. 65 k.c. odnoszą się zarówno do wszystkich kategorii czynności prawnych (§ 1), jak i wyłącznie do umów (§ 2). Konsekwencją unormowania z art. 65 k.c. jest konieczność dokonania wykładni umów na trzech poziomach, tj. ustalenia literalnego brzmienia umowy, ustalenia treści oświadczeń woli przy zastosowaniu reguł określonych w art. 65 § 1 k.c. oraz ustalenia sensu złożonych oświadczeń woli poprzez odwołanie się do zgodnego zamiaru stron i celu umowy. W konsekwencji wobec stanowiska stron Sąd Okręgowy zasadnie dokonał interpretacji umowy, a zwłaszcza jej § 1 w kontekście okoliczności poprzedzających jej zawarcie, a związanych przede wszystkim z trybem jej zawarcia, korespondencją przedumowną stron, jak również w świetle innych jej postanowień. Trzeba zaś przypomnieć, że w sformułowanym przez pozwanego „Zaproszeniu do złożenia oferty” (k. 35-38) został szczegółowo opisany zakres prac, który miałby być wykonywany przez kontrahenta pozwanego. Zarówno w opisie słownym tych prac, jak i załączonym do (...) zakresie robót próżno szukać takich, które mogłyby być choćby odpowiednikiem ustawienia barier U-14e oraz zbudowania fundamentów pod stację meteo. Należy dodać, że w załączniku do (...) zakres oferty został szczegółowo oznaczony z podaniem ilości jednostkowych składających się na oznakowanie poziome i pionowe. W dokumencie tym brak jednak wzmianki o barierach U-14e, czy fundamentach pod stację meteo. Z całą pewnością gdyby obowiązkiem powoda było ustawienie barier U-14e, to zestawienie to zawierałoby ich liczbę. Ponadto należy przypomnieć, że wynagrodzenie należne powodowi miało co prawda charakter ryczałtowy, niemniej w umowie w załączniku nr 1 zawarto wykaz cen jednostkowych w którym również nie wymieniono barier U-14e, a także jakiegokolwiek elementu mogącego wskazywać na wykonywanie przez powoda fundamentu pod stację meteo. Wreszcie w załączniku nr 2 do umowy zawarto harmonogram wykonywania oznakowania pionowego i poziomego i w tym dokumencie również nie przewidziano jakiegokolwiek czasu na wykonanie barier U-14e i fundamentów pod stację meteo. W ocenie Sądu Apelacyjnego taki kontekst sytuacyjny, zgodnie z art. 65 § 1 k.c. dawał podstawę Sądowi Okręgowemu do wyprowadzenia trafnego wniosku o braku obowiązku wykonania barier U-14e, jak również fundamentu pod stację meteo. Wniosek ten jest jeszcze wzmocniony przez § 1 ust. 3 umowy w którym wskazano, że w razie zajścia konieczności prac dodatkowych dla których nie mają zastosowania ceny jednostkowe określone w załączniku nr 1 do umowy,

strony ustalą w drodze negocjacji dodatkowe ceny jednostkowe. Powyższe postanowienie umowy dowodzi, że mimo charakteru wynagrodzenia podstawą do jego przyjęcia były ceny jednostkowe wynikające z załącznika nr 1 do umowy. Okoliczność ta w ocenie Sądu Apelacyjnego potwierdza, że na powoda nie nałożono w umowie obowiązku wykonania barier U-14e oraz fundamentu pod stacją meteo. Gdyby obowiązek taki miał być nałożony, to strony powinny ustalić ceny jednostkowe tych prac, a wynagrodzenie za ich wykonanie nie byłoby objęte kwotą, której powód zapłaty dochodzi w przedmiotowym procesie. Wbrew zarzutom zawartym w apelacji wniosek przeciwny nie wynika z notatki z dnia 6 czerwca 2012 r. (k. 227-229). Dokument ten w żaden sposób nie odnosi się do zakresu prac, które powód miał wykonać, a jedynie stanowi o konieczności zdemontowania barier U-14e. Z dokumentu tego nie można jednak w żaden sposób wywieść wniosku, że bariery te miały być zamontowane przez powoda. Wniosek odmienny od przyjętego przez Sąd Okręgowy nie wynika również z przywoływanych przez apelującego zeznań świadków M. N., M. K., D. S., D. B., A. G. oraz R. K.. Wbrew twierdzeniu pozwanego, świadek M. N. jednoznacznie zeznał, że wykonanie barier U-14e oraz fundamentu pod stacją meteo nie było obowiązkiem powoda wynikającym z umowy (protokół elektroniczny z dnia 27 maja 2016 r. 00:29:59-00:39:44, 00:46:19-00:50:33). Świadek ten wprost zeznał, że powód nigdy nie realizuje takich prac jak fundament pod stacją meteo. Świadcowie D. S., A. G., D. B. nie byli przesłuchiwanymi odnośnie zakresu prac, zaś świadek R. K. zeznał jedynie, że nie było mowy o barierach (protokół elektroniczny z dnia 18 marca 2015 r. 00:11:29 : 00:14:35). Z przywołanych przez apelującego świadków jedynie M. K. w rzeczywistości zeznał, że bariery U-14e oraz fundament pod stacją meteo miał wykonać powód. Niemniej zeznania tego świadka są sprzeczne z pozostałym materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, a przede wszystkim z treścią umowy wiążącej strony, która jest interpretowana zgodnie z art. 65 § 1 i 2 k.c. Ponadto świadek M. K. był na spornej inwestycji kierownikiem robót z ramienia pozwanego, co również należy mieć na uwadze przy ocenie jego wiarygodności. Konkludując tę część wywodów należy stwierdzić, że Sąd Okręgowy prawidłowo i zgodnie z art. 65 § 1 i 2 k.c. oraz art. 233 § 1 k.p.c. ustalił, że obowiązkiem powoda nie było wykonanie barier U-14e oraz fundamentu pod stacją meteo.

W ocenie Sądu Apelacyjnego również wykonanie wysięgnika wraz ze sporną tablicą M. nie było objęte zakresem umowy wiążącej strony. Przede wszystkim w Projekcie Stałej Organizacji (...) przy znaku „M. (...) km” znajduje się informacja zgodnie z którą znak ten został ujęty w opracowaniu A2 S. – K. odcinek A (k. 218). Należy zaś przypomnieć, że zakresem umowy wiążącej strony był objęty odcinek B. Istotnym w tym kontekście jest również fakt, że w załączniku numer 1 do umowy wiążącej strony ujęto znak M., jak również konstrukcje wysięgnikowe, niemniej jedynie w liczbie 2 sztuk (k. 25). Okoliczności tej nie uwzględnia opinia biegłego, jak również stanowisko Sądu Okręgowego, niemniej jednoznacznie wynika ona z załącznika do umowy. Na odcinku B znajdowały się zaś inne znaki M. (poza spornym) na wysięgniku właśnie w liczbie dwóch sztuk. Analogiczna liczba konstrukcji wysięgnikowych została wskazana w sformułowanym przez pozwanego „Zaproszeniu do złożenia ofert”. Powyższa okoliczność, jak również spójność powołanych dokumentów, w ocenie Sądu Apelacyjnego potwierdza, że zakresem umowy wiążącej strony nie było objęte wykonanie znaku „M. (...) km”. Wreszcie należy ponownie odwołać się do Projektu Stałej Organizacji (...) gdzie na stronie 31 podano, że na rozważanym odcinku autostrady zlokalizowana będzie jedna para miejsc obsługi podróżnych M. (...) i M. (...) w km 410+850, co również w ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadnia wniosek, że znak na wysięgniku „M. (...) km” nie był objęty umową łączącą strony. W tym kontekście błędny jest zresztą sformułowany w apelacji zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 229 k.p.c., poprzez nie uznanie przez Sąd Okręgowy za przyznany fakt, iż wykonanie wysięgnika M. było w zakresie prac powoda, podczas, gdy M. N. przyznał powyższy fakt, a co za tym idzie powód winien wykazać, iż to on wykonał tenże wysięgnik skoro dochodzi za niego wynagrodzenia, a pozwany temu zaprzeczył. Stanowisko powoda w tym zakresie w toku procesu w rzeczywistości ulegało modyfikacji. O ile w pozwie powód zaprzeczył jakoby sporna tablica M. była objęta zakresem jego obowiązków wynikających z umowy, o tyle w dalszym toku procesu podawał, że tablica ta została przez powoda wykonana. Niemniej w ocenie Sądu Apelacyjnego brak było podstaw do przyjęcia, że objęcie zakresem umowy wykonania znaku „M. (...) km”, było okolicznością przyznaną przez powoda. W tym miejscu należy się przede wszystkim odwołać do zeznań świadka M. N., który wbrew twierdzeniom zawartym w apelacji nie przyznał, że znak „M. (...) km” był objęty umową stron. Zeznania świadka mają zgoła odmienną treść niż ta podana przez apelującego. Świadek ten wskazał co prawda, że w zakres umowy wchodziły tablice M., która to okoliczność wynika również z pozostałego materiału dowodowego zebranego w sprawie. Następnie jednak świadek M. N. dodał, że nie wchodziła w zakres umowy konstrukcja M., która według pozwanego nie była wykonana przez powoda. Świadek jednoznacznie wskazał ponadto, że konstrukcja

ta należała do odcinka A autostrady, podczas gdy powód wykonywał oznakowanie poziome i pionowe na odcinku B (protokół elektroniczny z dnia 27 maja 2015 r. 00:29:59—00:39:45). W świetle więc zebranego w sprawie materiału dowodowego nie można było przyjąć, że objęcie zakresem umowy łączącej strony wykonania znaku „M. (...) km” stanowiło okoliczność przyznaną przez powoda.

Podobnie nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut pozwanego naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 231 k.p.c. poprzez rzekome przyjęcie przez Sąd Okręgowy, wbrew stanowisku pozwanego oraz składanych oświadczeniach powoda m.in. w pozwie, iż to powód wykonał tablicę M., pomimo, iż w/w dowody temu przeczą, a okoliczność wykonania prac przez powoda powinien udowodnić powód, a nie pozwany, skoro wywodzi z tego tytułu skutki prawne. W kontekście powyższego zarzutu należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 231 k.p.c. Sąd może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów (domniemanie faktyczne). W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd I instancji nie naruszył powyższej normy już z tego względu, że ustalenie w zakresie wykonania przez powoda znaku „M. (...) km” oparł nie na domniemaniu faktycznym, ale na dowodach jednoznacznie powołanych w treści uzasadnienia wyroku. Niezależnie jednak od powyższego Sąd Apelacyjny podziela ustalenie Sądu Okręgowego o wykonaniu przez powoda tego znaku. Okoliczność ta wynika przede wszystkim z zeznań świadka M. N., który potwierdził, że powód ostatecznie wykonał również tę tablicę. Zeznania te są o tyle wiarygodne, że korespondują z dokumentacją fotograficzną przedłożoną przez powoda (k. 188) na której znak ten jest wyraźnie widoczny. Jednocześnie pozwany nie twierdził, a tym bardziej nie udowodnił, że znak ten został wykonany przez inny podmiot. Gdyby natomiast znak ten w rzeczywistości powinien być zrealizowany w ramach odcinka B autostrady, to pozwany z pewnością wiedziałby kto znak ten wykonał i gdyby był to podmiot inny niż powód, to z pewnością materiał dowodowy zostałby w niniejszym procesie przedstawiony. Pozwany nie podjął jednak w tym zakresie jakiegokolwiek akcji dowodowej, zaś świadek M. K., będący na inwestycji kierownikiem robót z ramienia pozwanego zeznał, że tablica M. ostatecznie się pojawiła, niemniej nie może on wskazać, kto ją wykonał (protokół elektroniczny z 17 września 2015 r. 00:17:24–00:27:53). W ocenie Sądu Apelacyjnego w świetle powyższych środków dowodowych i zachowań stron w procesie Sąd Okręgowy zasadnie i zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c. ustalił, że powód ostatecznie wykonał również tablicę „M. (...) km”. Niemniej okoliczność ta nie miała bezpośredniego znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy, albowiem jak już wcześniej podkreślano Sąd Apelacyjny podziela wywód Sądu Okręgowego zgodnie z którym znak ten nie był przedmiotem umowy wiążącej strony, a wobec tego jego wykonanie nie warunkowało skuteczności domagania się przez powoda wynagrodzenia. Należy w tym miejscu jeszcze dodać, że świadek M. N. wprost zeznał, że sporny znak M. został przez powoda wykonany, niemniej nastąpiło to na rzecz innego wykonawcy (protokół elektroniczny z dnia 27 maja 2015 r. 00:29:59—00:39:45). To ostatnie stwierdzenie w kontekście braku wiedzy pozwanego, jak również kierownika jego robót umacnia wniosek Sądu Okręgowego zgodnie z którym wykonanie znaku „M. (...) km” objęte było realizacją odcinka autostrady A, nie zaś odcinka B w związku z którym została zawarta umowa wiążąca strony.

Konkludując tę część wywodów należy stwierdzić, że wszelkie zarzuty apelującego zmierzające do podważenia prawa powoda do wynagrodzenia objętego żądaniem pozwu były całkowicie chybione. Skoro zaś prace zlecone zostały przez powoda wykonane w całości, to pozwany powinien zapłacić na jego rzecz pełne wynagrodzenie wynikające z umowy łączącej strony. Skoro zaś dotychczas zapłacił jedynie kwotę 922.188,63 zł, to jest zobowiązany do zapłaty dalszej sumy 225.741,90 zł, a wobec tego Sąd Okręgowy zasadnie w tym zakresie powództwo uwzględnił.

W ocenie Sądu Apelacyjnego rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego było trafne również w zakresie roszczenia o zapłatę kary umownej w kwocie 70.000 zł.

Przede wszystkim należy podzielić wniosek Sądu Okręgowego zgodnie z którym w § 5 pkt 6 umowy wiążącej strony w rzeczywistości została zastrzeżona kara umowna. Zgodnie z 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). Istota kary umownej wyraża się więc w obowiązku zapłaty przez dłużnika określonej sumy pieniężnej w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Do przedmiotowo istotnych elementów zastrzeżenia kary umownej zalicza się określenie zobowiązania (albo pojedynczego obowiązku), którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary. Karę

umowną strony mogą bowiem zastrzec na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w ogólności (zobowiązania obligującego dłużnika do świadczenia polegającego na daniu, czynieniu, zaniechaniu lub znoszeniu); mogą też powiązać karę z poszczególnymi przejawami niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (np. zwłoką dłużnika, spełnieniem świadczenia niewłaściwej jakości, tak: wyrok Sądu Najwyższego z 17 grudnia 2008 r., I CSK 240/08, niepubl). Kwota kary umownej, zgodnie z art. 483 § 1 k.c. jest płacona tytułem naprawienia szkody, niemniej jak zasadnie przyjął Sąd Najwyższy w uchwale z 6 listopada 2003 r. III CZP 61/03 (OSP 2004, nr 9, poz. 115) 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. Analizując w powyższym kontekście postanowienie § 5 pkt 6 umowy nie można mieć wątpliwości, że zawiera ono zastrzeżenie kary umownej za niewykonanie przez pozwanego obowiązku niepieniężnego w postaci braku frontu robót. Zgodnie bowiem w z § 5 pkt 6 umowy wykonawca zapewni fronty robót zgodnie z harmonogramem, stanowiącym załącznik nr 3 do umowy, w przypadku nie zapewnienia frontu w terminach, o których mowa wyżej z winy wykonawcy, podwykonawcy przysługuje prawo do obciążenia wykonawcy kosztami mobilizacji ekip montażowych w kwocie 5.000 złotych za każdą mobilizację. W powyższym postanowieniu sprecyzowano obowiązek, któremu uchybienie upoważniało powoda do naliczania kary. Obowiązek ten polegał na zapewnieniu frontu robót zgodnie z harmonogramem. Niewykonanie powyższego obowiązku niepieniężnego upoważniało powoda do naliczenia kary umownej w wysokości 5000 zł za każdą mobilizację, co spełnia warunki wynikające z art. 483 § 1 k.c. Jednocześnie analizując powyższe postanowienie umowne w kontekście art. 65 § 1 i 2 k.c. nie można przyjąć, że zmieniało ono rozkład ciężaru dowodu wynikającego z art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. i obciążało powoda obowiązkiem wykazania winy pozwanego. § 5 pkt 6 umowy jednoznacznie stanowi jedynie, że obowiązek zapłaty wskazanej tam kwoty aktualizuje się z chwilą nie zapewnienia frontu robót z winy wykonawcy, czego Sąd Okręgowy nie kwestionował. Niemniej z postanowienia tego nie można wyprowadzić wniosku o odejściu od wynikającego z art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. domniemania winy dłużnika w niewykonaniu obowiązków. Całkowicie błędne jest odwoływanie się przez pozwanego w tej kwestii do zeznań świadków M. N., M. K., D. S., D. B., A. G. oraz R. K., albowiem zeznania te w żadnej mierze nie dotyczyły wykładni powyższego postanowienia umowy wiążącej strony. Niezależnie jednak od powyższego należy zaznaczyć, że w świetle przeprowadzonego postępowania dowodowego wina pozwanego w niezapewnieniu frontu robót, trafnie została uznana za udowodnioną. W tym zakresie również błędne są zarzuty apelującego wskazujące na naruszenie przez Sąd Okręgowy art. 233 § 1 k.p.c. Przede wszystkim należy bowiem zaznaczyć, że zgodnie z umową prace miały zakończyć się w terminie do dnia 30 kwietnia 2012 r. Okolicznością bezsporną jest, że prace te w powyższym okresie się nie zakończyły. Materiał dowodowy zebrany w sprawie potwierdza jednocześnie, że przyczyny niezapewnienia frontu robót obciążają pozwanego. Wbrew zarzutowi apelacji Sąd Okręgowy nie pominął treści dziennika budowy od dnia 16 kwietnia 2012 r. do 5 maja 2012 r. w zakresie, który miałby wskazywać na niekorzystne warunki pogodowe uniemożliwiające wykonanie prac. Z załączonego dziennika budowy okoliczności takiej bynajmniej nie wynikają. Z dziennika tego wynika wręcz, że prace na budowie autostrady cały czas były wykonywane. Nie było żadnego długotrwałego przestoju związanego z warunkami pogodowymi, co rzeczywiście mogłoby wyłączać winę pozwanego w niezapewnieniu frontu robót. Aczkolwiek w dzienniku budowy pojawiają się informacje wskazujące incydentalnie na duże opady deszczu, które uniemożliwiały wykonanie prac, niemniej na podstawie innych wpisów nie sposób przyjąć, że spowodowało to opóźnienia w przedstawieniu powodowi frontu robót. Jedynie dla przykładu należy wskazać, że taki wpis dotyczy dnia 16 kwietnia 2012 r., niemniej zarówno 15 kwietnia 2012 r., jak i 17 kwietnia 2012 r. prace na budowie autostrady były realizowane. Kolejny wpis o intensywnych opadach deszczu dotyczył 23 kwietnia 2012 r., niemniej w tym dniu część prac była wykonywana. Niezależnie jednak od powyższego opady te występowały w okresie w którym powód powinien już dysponować frontem robót (k. 26-v), co również nie pozwala na stwierdzenie, że niezapewnienie frontu robót było przez pozwanego niezawinione. Bez znaczenia w tym zakresie pozostaje również „Świadectwo przejścia robót” z dnia 10 października 2012 r. W dokumencie tym wskazano, że w wykonanie zaległych robót wymienionych w załączniku nr 2 nie było możliwe w ciągu czasu na ukończenie z przyczyn niezależnych od wykonawcy, niemniej przyczyny te w żaden sposób nie zostały zindywidualizowane, jak również z dokumentu tego nie wynika kiedy owe przyczyny rzekomo niezależne od wykonawcy wystąpiły i jaki miały wpływ na udostępnienie powodowi frontu robót. Powyższe w ocenie Sądu Apelacyjnego dezawuuje znaczenie „Świadectwo przejścia robót” dla ustalenia braku winy pozwanego w opóźnionym przekazaniu powodowi frontu robót. Jednocześnie należy dodać, że Sąd Okręgowy nie pominął faktu przekazywania powodowi frontu robót. Niemniej z powoływanego przez apelującego

dziennika budowy wynika, że warstwy ścieralne zostały wykonane w dniu 2 maja 2012 r., 06 maja 2012 r. oraz 11 maja 2012 r. Powyższe znajduje również potwierdzenie w opinii biegłego sądowego, która ma w tym zakresie charakter w pełni przekonywujący, albowiem wnioski w tej części opierają się na dzienniku budowy. Jednocześnie biegły sądowy zasadnie wskazał, że brak ułożenia warstwy ścieralnej uniemożliwił powodowi instalowania oznakowania poziomego, jak i pionowego. Biegły sądowy jednoznacznie zaznaczył, że skoro warstwy ścieralne zostały wykonane po 30 kwietnia 2012 r., to również dopiero wówczas możliwe było wykonanie oznakowania. Niezasadne są zarzuty pozwanego kwestionujące merytoryczny charakter opinii biegłego, jak również wskazujące na nieustosunkowanie się biegłego sądowego do wszystkich zagadnień wskazanych w postanowieniu o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego, a w konsekwencji wskazujące na naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 285 § 1 k.p.c. Przede wszystkim Sąd Okręgowy wskazał dlaczego opinia biegłego sądowego była przekonywująca. Ponadto w toku postępowania przed Sądem Okręgowym strona pozwana do opinii nie zgłaszała żadnych konkretnych zarzutów. W dodatku opinia biegłego opierała się na dokumentacji w postaci dziennika budowy, a pozwany nigdy nie udowodnił ani nie wykazał, że dokumentacja ta zawiera okoliczności niezgodne z prawdą zwłaszcza w kontekście terminu wykonania warstw ścieralnych. W tym kontekście wniosek biegłego sądowego o możliwości wykonywania oznakowania dopiero po ułożeniu warstwy ścieralnej nie może budzić wątpliwości. Fakt ten jest oczywisty w przypadku oznakowania poziomego, które malowane jest właśnie na ostatniej warstwie jezdni. Niemniej warstwa ta ma również znaczenie dla oznakowania pionowego, albowiem zwłaszcza wysokość tego oznakowania musi być kompatybilna z ostateczną wysokością jezdni. Brak więc warstwy ścieralnej uniemożliwił wykonanie oznakowania. Jednocześnie wnioski biegłego znajdują potwierdzenie w treści notatki urzędowej z dnia 12 kwietnia 2012 r. w której wskazano, że oznakowanie częściowo jest wykonywane, niemniej w ciągu głównym będzie możliwe do wykonania dopiero wstępnie w 18 tygodniu 2012 r. (k. 65). Pozwany treść tej notatki konsekwentnie przemilcza. Skoro zaś opinia biegłego sądowego była w zasadniczej jej mierze przekonywująca, a strony reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników nie zgłosiły do niej jakichkolwiek rzeczowych zarzutów, to nie można uznać, że doszło do naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 227 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez nie podjęcie przez Sąd z urzędu inicjatywy dowodowej dotyczącej dodatkowej lub uzupełniającej opinii biegłego, pomimo występujących w sprawie istotnych wątpliwości co do merytorycznego i zgodnego z przepisami k.p.c. charakteru opinii sądowej. Podejmowanie z urzędu inicjatywy dowodowej przez Sąd musi wynikać z nadzwyczajnych okoliczności - przekonania sądu, że strony zмирzają do obejścia prawa lub też, że brak dowodu doprowadzi do jednoznacznego pokrzywdzenia strony. W tej sprawie okoliczności takie z pewnością nie zachodziły, zwłaszcza że w imieniu obu stron działali profesjonalni pełnomocnicy, a rolą Sądu jest również dochowanie zasady kontradyktoryjności postępowania dowodowego. Ostatecznie więc w kontekście zebranego materiału dowodowego Sąd Okręgowy trafnie ustalił, że to pozwany ponosi winę za nieudostępnienie w terminie powodowi frontów robót, co z kolei upoważniało powoda do naliczania kar umownych za każdą mobilizację pracowników, która odbywała się po terminie wykonania umowy.

Powód po dniu 1 maja 2012 r. wykonał 14 mobilizacji pracowników. Powyższe wynika z twierdzeń zawartych w pozwie, jak również dokumentów w postaci rozliczenia wyjazdu służbowego oraz dokumentów (...) sp. z o.o. Roboty (...) (k. 107-177). Pozwany w apelacji nie kwestionował ustaleń Sądu Okręgowego w zakresie dni w których te mobilizacje się odbywały, ale wskazywał, że brak było podstaw do naliczania kar umownych za każdy dzień mobilizacji. Sąd Okręgowy w rozważaniach prawnych wskazał, że należy naliczać karę umowną za każdy dzień mobilizacji, a nie za każdy wyjazd ekipy montażowej. W tym zakresie Sąd Apelacyjny nie akceptuje wywodów Sądu Okręgowego. Mobilizacja bowiem oznacza przejście pracowników powoda ze stanu biernego w stan czynny. Jeżeli zaś wykonywanie prac trwało przez kilka dni, to należy przyjąć, że miała miejsce jedna mobilizacja kilkudniowa. Niemniej powyższa okoliczność nie ma bezpośredniego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Sąd Okręgowy bowiem co prawda błędnie zinterpretował pojęcie mobilizacji, niemniej ustalając daty mobilizacji uwzględnił jedynie pierwszy ich dzień. Jedynie dla przykładu należy wskazać, że jeden z wyjazdów służbowych związanych z wykonaniem oznakowania pionowego trwał od 14 maja 2012 r. do 18 maja 2012 r. (k. 169), natomiast Sąd Okręgowy ustalił, że mobilizacja miała miejsce w dniu 14 maja 2012 r. pomijając kolejne dni tej mobilizacji. W konsekwencji aktualnie rozważany zarzut pozwanego aczkolwiek trafny, to jednak nie miał wpływu na treść rozstrzygnięcia, albowiem po upływie ustawowego terminu wykonania umowy w

rzeczywistości odbyło się 14 wyjazdów w celu realizacji prac. Skoro zaś za każdą mobilizację powodowi przysługiwała kwota 5000 zł, toteż zasadnie dochodził on z tego tytułu kwoty 70 000 zł.

Należy jeszcze dodać, że całkowicie błędny był zarzut apelacji zgodnie z którym naruszono art. 233 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie (w całości) treści załączonych do pisma powoda z dnia 7 kwietnia 2014 r. dowodów (delegacji służbowych) na rzekome mobilizacje powoda z których wynikało, że mobilizacje te były realizowane przez pracowników firmy (...) sp. z o. o., a nie powoda, co doprowadziło do błędnych ustaleń w zakresie przeprowadzonych przez powoda mobilizacji, jak również pominięcie zeznań M. N. oraz pozostałych świadków (protokół z dnia 27 maja 2015 r.) w zakresie jakim potwierdził, iż mobilizacje były wykonane nie przez powoda a podmiot trzeci. W tym miejscu należy zaznaczyć, że fakt wykonywania oznakowania pionowego i poziomego przez powoda za pomocą podwykonawców był przez Sąd Okręgowy wielokrotnie podkreślany. Ponadto w kontekście mobilizacji Sąd Okręgowy zwracał uwagę, że dotyczyła ona pracowników podmiotów trzecich. Niemniej nie można traci z pola widzenia faktu, że owe podmioty trzecie wykonywały zobowiązanie powoda w jego miejsce i na podstawie nawiązanego z nim stosunku prawnego, czego nie zakazywała umowa łączy powoda i pozwanego. Ta ostatnia okoliczność oznacza natomiast, że mobilizacja podwykonawcy powoda była w rzeczywistości jego mobilizacją w rozumieniu § 5 pkt 6 umowy, a wobec tego zarzut apelacji nie mógł być uwzględniony.

Nie zasługiwał również na uwzględnienie zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 484 § 2 k.c. Zgodnie z tym przepisem kara umowna może być miarkowana (o co wnosił pozwany) jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane oraz gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Możliwość miarkowania kary umownej należnej od pozwanego była szczegółowo analizowana przez Sąd Okręgowy, który doszedł do trafnych wniosków, że okoliczności te w niniejszej sprawie nie zachodzą. Pozwany w uzasadnieniu apelacji zaznaczał, że na dzień 1 maja 2012 r. (...) S.A. wykonał ponad 80% zobowiązania. Niemniej sformułowanie to ma charakter wysoce ogólny, nie wiadomo jakiego zobowiązania i wobec kogo dotyczy, jak również w jakim zakresie odnosi się do wykonania obowiązku będącego podstawą naliczenia kary umownej, a związanego z brakiem udostępnienia frontu robót. Zresztą udostępnienie frontu robót przed 1 maja 2012 r. w 80% nie było możliwe także z tego względu, że warstwa ścieralna na głównym ciągu odcinka B autostrady była układana dopiero po tym dniu. Twierdzenie pozwanego o wykonaniu w dniu 1 maja 2012 r. zobowiązania w 80% nie zostało poparte materiałem dowodowym z którego mogłaby okoliczność ta wynikać i już z tego względu miarkowanie kary na tej podstawie nie było możliwe.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie można również przyjąć, że kara umowna była rażąco wygórowana. Trzeba przypomnieć, że kara ta opiewała na sumę 70.000 zł, podczas gdy wartość całej umowy wyrażała się kwotą wynagrodzenia w wysokości 933.276,85 zł. Kara umowna stanowiła więc około 7 % wynagrodzenia netto i nie może być uznana za rażąco wygórowana. Nie ma jednocześnie znaczenia proporcja kary umownej do części wynagrodzenia objętego żądaniem pozwu w niniejszej sprawie. Oceniając bowiem jej ewentualny rażąco wygórowany charakter należy pojęcie to odnosić do ogólnej jego wysokości, a nie części wynagrodzenia która nie została zapłacona. Proporcja natomiast kary umownej do wysokości wynagrodzenia nie pozwala uznać zarzutu pozwanego dotyczącego rażącego jej wygórowania.

Nietrafny był wreszcie zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 5 k.c. poprzez jego niezastosowanie, pomimo wyraźnego zarzutu ze strony pozwanego oraz podania podstaw i przyczyn tegoż stanu rzeczy, co skutkowało nieuzasadnionym zasądzeniem świadczenia w całości na rzecz powoda. W orzecznictwie podkreśla się, że artykuł 5 k.c. prowadzić może do wyłączenia skuteczności roszczenia o zapłatę kary umownej, jeżeli roszczenie w świetle szczególnych ustaleń faktycznych prowadziło do stwierdzenia stanu nadużycia prawa podmiotowego (wyrok Sądu Najwyższego z 26 listopada 2016 r. V CSK 123/16, niepubl.). Strona pozwana owe nadużycie przez powoda prawa podmiotowe wyprowadza z rzekomych uzgodnień dotyczących przedłużenia umownego terminu wykonania zobowiązani do dnia 29 maja 2012 r. Argumentacja ta w ocenie Sądu Apelacyjnego nie jest jednak trafna. Trzeba bowiem przypomnieć, że zgodnie z § 16 pkt 2 zd. 2 umowy wszelkie zmiany i uzupełnienia treści umowy mogą być wprowadzone wyłącznie w formie aneksu i wymagają dla swej ważności formy pisemnej pod rygorem nieważności. Skoro strony pisemnego porozumienia nie zawarły, to brak było podstaw do przyjęcia, że termin ten uległ przedłużeniu. Jednocześnie po raz wtóry należy przypomnieć, że strony przedmiotowego postępowania są

przedsiębiorcami – podmiotami profesjonalnymi. Skoro więc w dniu w którym umowa powinna być zrealizowana przez powoda, pozwany nie udostępnił mu istotnej części frontu robót, a jednocześnie strony nie porozumiały się skutecznie co do możliwości przedłużenia terminu wykonania umowy, to skorzystanie z sankcji za uchybienie temu terminowi nie może być uznane za nadużycie prawa podmiotowego. Wniosek ten jest tym bardziej trafny jeżeli zważyć, że to powód proponował pozwanemu zawarcie aneksu przedłużającego termin realizacji robót, ale pozwany do zawarcia takiego aneksu nie doprowadził. Pozwany poprzestał w tym zakresie na ogólnych stwierdzeniach, które z uwagi na charakter stron i postanowienie § 16 pkt 2 zd. 1 umowy nie mogą uzasadniać zarzutu nadużycia prawa podmiotowego. Podobnie zresztą należy ocenić rzekome nieprzedstawienie przez powoda pozwanemu pełnej dokumentacji powykonawczej, jak również rzekome wykonywanie przez powoda robót bez należytego nadzoru. Te ostatnie okoliczności jeżeli w rzeczywistości zaszły mogłoby ewentualnie uzasadniać określone roszczenia odszkodowawcze pozwanego wobec powoda, niemniej nie implikują, że żądanie powoda zapłaty kary umownej za zwłokę pozwanego w udostępnieniu powodowi frontu robót stanowi nadużycie prawa podmiotowego. Trzeba jeszcze dodać, że w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami powoływanie się na klauzule nadużycia prawa podmiotowego aczkolwiek nie jest wyłączone, to jednak z uwagi na zasadę pacta sunt servanda i bezpieczeństwo obrotu, powinno mieć charakter wyjątkowy. W ocenie Sądu Apelacyjnego tego typu okoliczności nie zachodzą w niniejszej sprawie.

Z powyższych względów Sąd Apelacyjny uznał, że Sąd Okręgowy prawidłowo rozpoznał istotę niniejszej sprawy, albowiem trafnie ustalił stan faktyczny sprawy i zarzuty zgłaszane przez strony postępowania. Jednocześnie w toku procedowania Sąd Okręgowy nie dopuścił się naruszenia przepisów postępowania, czy prawa materialnego, a wobec tego apelacja pozwanego była bezzasadna i na podstawie art. 385 k.p.c. należało ją oddalić.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. w zw. za art. 108 § 1 k.p.c. Ponieważ pozwany postępowanie apelacyjne przegrał, toteż zasadnym było obciążenie go kosztami poniesionymi w tym postępowaniu przez powoda, o czym orzeczono w punkcie drugim wyroku. Na koszty te składa się wynagrodzenie pełnomocnika powoda ustalone na podstawie § 10 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015, poz. 1804 z póź. zm) w kwocie 10800 zł, jak również koszty dojazdu na rozprawę apelacyjną w dniu 07 lutego 2018 r. w kwocie 144 zł. Trzeba dodać, że z uwagi na wniesienie przedmiotowej apelacji dnia 28 czerwca 2016 r. należało przy ustalaniu kosztów zastępstwa procesowego uwzględnić pierwotne brzmienie rozporządzenia. Zgodnie bowiem z § 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2016, poz. 1667), które weszło w życie 27 października 2016 r. do spraw wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia stosuje się przepisy dotychczasowe do czasu zakończenia postępowania w danej instancji.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji wyroku.