

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 17 lutego 2020 roku Sąd Rejonowy dla Łodzi – Widzewa w Łodzi po rozpoznaniu sprawy z powództwa Miasta Ł. – Szkoły Podstawowej nr (...) w Ł. przeciwko T. P. s.r.o. w Republice Czeskiej o zapłatę:

1. zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 43.200 złotych z ustawowymi odsetkami od 2 września 2011 roku do dnia zapłaty, przy czym od 1 stycznia 2016 roku należą się odsetki ustawowe za opóźnienie;
2. oddalił powództwo w pozostałym zakresie;
3. zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 3.046,48 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu.
4. obciążył pozwaną obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego dla Łodzi - Widzewa w Łodzi kwoty 2.141,84 złotych tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Sąd Rejonowy oparł swoje rozstrzygnięcie na ustaleniach, że w dniu 9 listopada 2010 w Ł., w wyniku przeprowadzonej procedury o udzielenie zamówienia publicznego, w drodze przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych, została zawarta pomiędzy powodem (jako zamawiającym) a pozwanym (jako wykonawcą) umowa nr (...). Przedmiotem tej umowy była budowa szkolnego placu zabaw realizowanego w ramach programu „Radosna szkoła” przy Szkole Podstawowej nr (...) w Ł.. Szczegółowy opis przedmiotu został przedstawiony w dokumentacji projektowo-kosztorysowej. Integralnymi częściami umowy były: dokumentacja projektowo-kosztorysowa i dokumentacja przetargowa, tj. specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i oferta wykonawcy. Termin rozpoczęcia prac wyznaczono na dzień 9 listopada 2010 r., a zakończenia na 15 grudnia 2010 r. Wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia z materiałów własnych, zgodnie z dokumentacją projektowo-kosztorysową oraz obowiązującymi normami i przepisami. Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe na kwotę 216.000 zł brutto. Zgodnie z §9 umowy, zamawiającemu przysługiwało prawo do naliczania kar umownych m.in. za odstąpienie od umowy z przyczyn niezawinionych przez zamawiającego, w wysokości 20 % wynagrodzenia umownego ustalonego za wykonanie przedmiotu umowy. Odstąpienie od umowy na mocy § 10 było także możliwe jeżeli wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem prac tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w wyznaczonym terminie. Odstąpienie następowało w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości przez zamawiającego o zaistniałych podstawach do odstąpienia i wymagało formy pisemnej. Zmiany umowy wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności i tylko w granicach unormowania art. 144 i 145 ustawy Prawo o zamówieniach publicznych.

Po wygraniu przetargu odbyło się przekazanie terenu ale pozwany nie dokonał wizji lokalnej. Pozwany nie zgłaszał żadnych uwag ani problemów odnośnie dokumentacji projektowej. Wizji lokalnej dokonano już po podpisaniu umowy. Początkowo wykonawca deklarował niezwłoczne rozpoczęcie robót. W projekcie uwzględniono przebiegający przez teren kabel energetyczny, który został wydzielony strefą ochronną przez nasadzenia krzewów. Nie sprawdzono jednak, gdzie dokładnie znajduje się trasa kabla. Nie było przeszkód aby pozwany wjechał na teren budowy.

Z uwagi na niemożność ustalenia wspólnego terminu spotkania, umowa ta została podpisana najpierw przez stronę zamawiającą a dopiero kilka dni później – w dniu 8 listopada 2010 roku przez przedstawiciela strony pozwanej. J. M. (1), działając w imieniu pozwanego dopisał odręcznie pod treścią umowy: „wykonawca warunkuje wykonanie umowy pod warunkiem akceptacji zmiany planu z par. 1 pkt. 3 nin. umowy”. Przy podpisywaniu umowy w dniu 8 listopada 2010 roku obecny był pracownik gospodarczy powoda – G. D., który nie zdołał zaoponować działaniom pozwanego. Sam pozwany nie informował powoda o poczynionej adnotacji. Powód nie wyrażał zgody na jakąkolwiek zmianę. Szkoła Podstawowa nr (...) została poinformowana o treści adnotacji, przez G. D., ale nie przywiązywała doń wagi, pozostając w przekonaniu o jej bezskuteczności.

Pozwany był jedynym oferentem przystępującym do przetargu, z uwagi na nietypowe położenie kabla zasilającego. Pozwany przystępując do przetargu był świadomy istnienia kabla energetycznego na terenie inwestycyjnym. Inwestor podpisał umowę bez refleksji, obecnie by jej nie podpisał w takim kształcie.

W dniu 2 grudnia 2010 r. omówiono i zatwierdzono urządzenia oraz ich rozmieszczenie na placu zabaw zgodnie z projektem nadesłanym dnia 30 listopada 2010 r. przez T. P..

Projekt inwestycji nie ulegał żadnym zmianom.

Pozwany w ogóle nie zrealizował zadania inwestycyjnego, nie rozpoczął żadnych robót mających na celu wykonanie zobowiązania.

Warunki atmosferyczne nie stanowiły przeszkody w realizacji zadania inwestycyjnego. W tym czasie pozwany wykonywał na terenie Ł. także inne place zabaw, które zostały ukończone w terminie.

Pismem opatrzonym datą 15 grudnia 2010 r. Szkoła Podstawowa nr (...) w Ł. wezwała pozwanego do zintensyfikowania działań zmierzających do oddania obiektu w nieprzekraczalnym terminie do 16 grudnia 2010 r., wskazując że niewywiązanie się z terminu będzie skutkowało odstąpieniem od umowy z winy wykonawcy. W odpowiedzi na powyższe, pozwany wyjaśnił, iż nie podjął prac budowlanych z uwagi na obecność kabla energetycznego w nasypie, niepozwalającą na poruszanie się po skarpie ciężkim sprzętem, nadto niemożność wjazdu od strony drogi publicznej, warunki atmosferyczne oraz fakt, iż inspektor nadzoru nie zaakceptował projektu wykonawcy.

Pismem opatrzonym datą 22 grudnia 2010 r. powód odstąpił od umowy nr (...) z 8 listopada 2010 roku, w związku z niewywiązaniem się z umowy, z winy wykonawcy. Jednocześnie powód wezwał pozwanego do uiszczenia kary umownej w wysokości 43.200 zł w ciągu 30 dni od daty odstąpienia od umowy. Strony prowadziły dalszą korespondencję, ale nie doszły do porozumienia.

W 2010 roku Szkoła Podstawowa nr (...) w Ł. nie wykorzystwała funduszy z rządowego programu (...). Całą procedurę przetargową musiano rozpocząć od nowa w kolejnym roku. Ostatecznie plac zabaw został zrealizowany przez inny podmiot, z dużym opóźnieniem w stosunku do pierwotnego założenia.

Na podstawie projektu i dokumentacji wskazanej w § 1 pkt. 3 umowy, można było zrealizować określone w umowie zadania w terminie wynikającym z umowy, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Można było przystąpić do prac ziemnych w dniu, jak przewidywała umowa. Wykonawca wspólnie z inwestorem powinni zwrócić się do Zakładu (...) o ustalenie sposobu właściwego zabezpieczenia kabla. Możliwe było jednak prowadzenie prac bez użycia sprzętu ciężkiego nad kablem energetycznym, jednakże ze szczególną ostrożnością pod nadzorem Zakładu (...) i przy zachowaniu przepisów BHP. Z uwagi na bezpieczeństwo przyszłych użytkowników – dzieci, projekt nie spełnia wymagań szczególnie w sposobie zabezpieczenia kabla przed uszkodzeniami. Projektu nie zewidencjonowano w Wydziale Geodezji Urzędu Miasta Ł., a więc nie sprawdzono gdzie znajduje się trasa kabla. Mapa taka nie może stanowić podstawy do projektowania. Na planie zagospodarowania brak jest usytuowania kabla. Kabel energetyczny przebiegający przez teren, w projekcie został wydzielony strefą ochronną poprzez posadzenie krzewów. W miejscu, gdzie przebiegał kabel, nie było konieczności prowadzenia robót z użyciem ciężkiego sprzętu. Wymagana była szczególna ostrożność w przypadku prowadzenia prac w sąsiedztwie i w kierownictwie budowy. Prace powinny być prowadzone sposobem ręcznym, łącznie z ewentualnym wyłączeniem napięcia przez 2-3 godziny przez Zakład (...).

Zmiana trasy kabla nieruchomości jest zmianą nieistotną w świetle przepisów prawa i winna być uzgodniona z projektantem i ewentualnie z Zakładem (...). Realizacja ułożenia kabla winna być zgodna z projektem, przepisami prawa budowlanego i sztuką budowlaną, w szczególności: przykryta folią lub w szczególnych miejscach kształtami ceglanymi a wykop powinien być zasypany piaskiem.

Przed podpisaniem umowy wykonawca zapoznaje się z dokumentacją, w tym szczególnym przypadku – z uzbrojeniem terenu. Na tym etapie wstępnym, ma prawo zwrócić się z uwagami do projektu do inwestora. Jeśli nie było

uwag ze strony wykonawcy, to można było przystąpić do prac. Projektant powinien dokonać ustaleń z zakładem energetycznym, do dokumentacji projektowej powinna być załączona jakaś opinia z zakładu energetycznego.

Powyższy stan faktyczny Sąd I instancji ustalił w oparciu o materiał dowodowy zebrany w przedmiotowej sprawie w postaci załączonych do akt sprawy dokumentów, które nie były kwestionowane przez żadną ze stron postępowania. Strony spierały się co do okoliczności, czy wykonanie zadania inwestycyjnego w niniejszej sprawie, w świetle poczynionych ustaleń, było możliwe do zrealizowania. W tej materii, wymagana była wiedza specjalna, zatem Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa. Biegły w toku rozprawy złożył dwie opinie uzupełniające. Podtrzymał swoją opinię w całości, odpowiedział na wszystkie pytania pełnomocników stron. Po uzupełnieniu opinii, żadna ze stron nie złożyła żadnych zastrzeżeń, nie zgłosiła także żadnych wniosków dowodowych.

Sąd dał wiarę opinii biegłego, jako spójnej i logicznej i dlatego posiłkował się nią w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy.

Występujące rozbieżności w zeznaniach stron jak i świadków w praktyce sprowadziły się do odmiennej interpretacji przyczyn braku realizacji zadania inwestycyjnego przez wykonawcę. Sąd zważył także na to, iż świadkowie w części – z uwagi na znaczny upływ czasu, nie pamiętali dokładnych okoliczności zawarcia umowy.

Wniosek o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka J. L. podlegał oddaleniu wobec niewskazania przez stronę pozwaną adresu zamieszkania świadka. Zeznania świadka W. S. zostały pominięte, jako nic nie wnoszące do sprawy, świadek nie pamiętała okoliczności zawarcia umowy i nie miała wiedzy co do spornych okoliczności sprawy.

Sąd dał wiarę zeznaniom świadka J. M. (1), w części, to w jest w zakresie w jakim treść zeznań koreluje z pozostałym zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym. Świadek był przedstawicielem powoda i jego pracownikiem, nadto on osobiście odpowiadał za przedmiotową inwestycję. Z jego zeznań wynika, że strona pozwana zgłaszała konieczność zmiany projektu jeszcze przed podpisaniem umowy, co nie znajduje odzwierciedlenia w pozostałym materiale dowodowym, w szczególności nie wynika z treści dokumentów przedłożonych do akt. Logicznym wydaje się, że gdyby faktycznie wykonawca podnosił wadliwość projektu jeszcze na etapie wstępnym, winien dysponować jakimś dokumentem na tę okoliczność. Trudno wyobrazić sobie, aby zgłaszał tak istotne zastrzeżenia, które wedle zeznań świadka miały wpływ na realizację umowy, w formie ustnej i jednocześnie podpisałby umowę.

W opinii biegły potwierdził, iż co prawda istniały pewne niedociągnięcia w dokumentacji projektowej, nadto inwestor wraz z projektantem winni zadbać o ewentualną opinię zakładu energetycznego, jednakże strona pozwana przystępując do przetargu miała wiedzę o newralgicznym położeniu kabla energetycznego – co sama przyznała w korespondencji z inwestorem jeszcze na etapie przedsądowym – i co w jej ocenie stanowiło przyczynę braku innych oferentów w przetargu. Jak wskazał biegły, skoro na etapie wstępnym wykonawca, zaznajomiwszy się z dokumentacją projektową i kosztorysową nie zgłaszał uwag w zakresie projektu, mógł podjąć prace. Sąd ustalił także, iż ewentualna zmiana projektu polegająca na zmianie przebiegu kabla jest zmianą nieistotną i nie wpływającą na możliwość realizacji zadania inwestycyjnego.

Sąd Rejonowy uznał, że powództwo zasługuje na uwzględnienie w całości.

Nie było między stronami sporu odnośnie charakteru i treści łączącej ich umowy, tego, że została ona rozwiązana wskutek odstąpienia dokonanego przez powoda oraz sposobu obliczenia kary umownej z tego tytułu (jako 20% wynagrodzenia umownego brutto), której to kary - w niniejszym procesie dochodził powód.

Oś sporu w niniejszej sprawie koncentrowała się wokół tego, czy były podstawy do odstąpienia przez powoda od umowy z przyczyn zawinionych przez pozwanego i naliczenia kary umownej z tego tytułu. Pozwany podnosił bowiem, że niewykonywanie robót objętych umową wynikało z przyczyn od niego niezależnych (wadliwy projekt uniemożliwiający przeprowadzenie robót oraz niesprzyjające warunki atmosferyczne) a w konsekwencji naliczenie kary umownej nie było uzasadnione.

W celu wyjaśnienia tych okoliczności dopuszczono dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa, któremu udostępniono dokumentację projektową, techniczną i wykonawczą robót, jakie miał wykonać pozwany oraz dokumentację przetargową, którą przekazano im przed zawarciem umowy.

Biegły przeprowadził kilkakrotnie analizę dokumentów, w tym także w celu uzupełnienia i wyjaśnienia wątpliwości, uwag i zarzutów wniesionych przez stronę pozwaną. Uważna analiza treści opinii biegłego prowadzi do jednoznacznego wniosku, że w terminie określonym umową, generalnie istniała możliwość wykonywania przedmiotowych robót, z zachowaniem szczególnej ostrożności w okolicy przebiegu kabla.

W ocenie Sądu nie ma uzasadnionych podstaw do kwestionowania wniosków złożonych w sprawie opinii. Biegły sformułował je po drobiazgowym badaniu dostępnych materiałów oraz skonfrontowaniu ich z uwagami i zarzutami podnoszonymi przez pozwanego. Swoje wnioski rzeczowo i przekonująco uargumentował, wyczerpująco odnosząc się do wszystkich okoliczności podnoszonych przez wykonawcę. Nie ujawniono żadnych uzasadnionych przesłanek, które mogłyby sugerować stronniczość biegłego lub brak kompetencji do wypowiedzania się w sprawach poddanych jego ocenie. W konsekwencji, wnioski sformułowane przez biegłego w ocenie Sądu można było uznać za miarodajne dla rozstrzygnięcia, zwłaszcza, że uwagi ostatecznie wnoszone przez pozwaną miały charakter polemiki, do której biegły przekonująco odniósł się na rozprawie poprzedzającej wydanie wyroku w sprawie, nie znajdując podstaw do zmiany wniosków opinii.

Strony niniejszego postępowania zawarły 8 listopada 2010 roku umowę nr (...) na podstawie której Zamawiający zlecił, a Wykonawca zobowiązał się do wykonania placu zabaw na terenie należącym do powoda.

Wskazana powyżej umowa zawarta została w oparciu o przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010, poz. 113, nr 759 t.j.)

Główny zarzut pozwanego opierał się na założeniu, że wykonawca prawidłowo dokonał zmiany umowy, zastrzegając w jej treści warunek konieczny do podjęcia robót budowlanych polegający na uzyskaniu zgody na przeprojektowanie inwestycji. W ocenie pozwanego, wobec wadliwości projektu i niedokonania zmian w jego założeniach, niewykonanie zadania inwestycyjnego w całości, nastąpiło z przyczyn leżących po stronie powoda jako inwestora. Z argumentacją powyższą nie sposób się zgodzić.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że w przypadku umów zawieranych w ramach prawa zamówień publicznych zasada swobody kontraktowania została ograniczona. Wyraża się to m.in. w ograniczonych możliwościach wprowadzania zmian do zawartej umowy. Zawarcie umowy w trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) jest procesem bardzo sformalizowanym. Zgodnie z art. 139 pzp, do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Jedną z podstawowych zasad dotyczących zawierania umów na gruncie prawa cywilnego jest zasada swobody zawierania umów. Została ona wyrażona w art. 353 § 1 kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny w sposób dowolny, jednak muszą pamiętać, aby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się naturze stosunku, ustawie, ani zasadom współzycia społecznego. Swoboda zawierania umów obejmuje przede wszystkim swobodę podjęcia decyzji o samym zawarciu umowy, swobodę wyboru kontrahenta oraz swobodę formy, w jakiej umowa ma być zawarta (oczywiście najpewniejszą formą jest forma pisemna). Zgodnie z zasadą swobody umów strony mogą wprowadzić zmiany w umowie, o ile obie strony wyrażają na nie zgodę.

W przypadku umów zawieranych w ramach pzp zasada swobody zawierania umów została ograniczona. W wyroku z 6 listopada 2012 r. (I Ca 813/12), Sąd Apelacyjny w Krakowie stwierdził, że „art.144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych krępuje w pewnym zakresie kontrahentów w zakresie modyfikacji stosunku zobowiązaniowego w sposób odmienny od SIWZ i dopuszcza taką możliwość tylko w sytuacjach wymienionych wyczerpująco w tym przepisie”.

Kryteria przedmiotu zamówienia określone są szczegółowo w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz). Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 pzp w siwz muszą się znaleźć istotne dla stron postanowienia, które zostaną

wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego i ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Najczęściej załącznikiem do siwz jest wzór umowy, w którym po wyborze oferty nie można dokonać zmian. Zasadniczo wprowadzać zmian nie można. Istnieje ustawowy zakaz dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której wybrano wykonawcę (art. 144 pzp). Wszelkie zmiany dokonane wbrew zakazowi są nieważne. Zakaz wprowadzania zmian ma na celu zagwarantowanie transparentności oraz równego traktowania oferentów w procesie zamówień publicznych. Nie ma więc możliwości modyfikacji umowy zarówno co do przedmiotu zamówienia, jak również co do jej poszczególnych elementów po wyborze oferty przez zamawiającego. Zmiany dopuszczalne są jedynie wtedy, gdy zamawiający przewidział dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w siwz.

Aby można było wprowadzić zmiany w umowie, niezbędne jest, aby zamawiający w siwz lub w ogłoszeniu o zamówieniu dokładnie określił warunki zmiany. Zamawiający powinien określić, jakie elementy umowy mogą ulegać zmianom i w jakim zakresie.

Wiele problemów interpretacyjnych stwarza też określenie, czym jest zmiana „istotna” w rozumieniu w art. 144 pzp. Na stronie Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczono opinię, zgodnie z którą „celem wprowadzenia zmian w zakresie art. 144 pzp było uelastycznienie i usprawnienie procesu udzielania zamówień publicznych, a także uwzględnienie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (orzeczenie C-454/06 P. -text N., wyrok z 29 kwietnia roku, C-496/99 S. di F.) w zakresie możliwości wprowadzenia zmian w umowie. W wyroku z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 P. -text N. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał: „Zmiana zamówienia wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona”. Dopuszczalne zatem będą zmiany nieistotne rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania”. Należy w tym miejscu podkreślić, że we wspomnianych orzeczeniach (C-454/06 oraz C-496/99) Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazywał, że ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia.

W sprawie C-337/98 Trybunał stwierdził, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania, może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.

Na podstawie interpretacji przedstawionej przez Urząd Zamówień Publicznych za istotne zmiany należałoby uznać cenę przedmiotu zamówienia, zmianę podmiotu wykonawcy zamówienia, czas realizacji zamówienia. Należy także zwrócić uwagę na charakter całej umowy w zakresie kwalifikowania zmiany jako istotnej, bądź nieistotnej. Zmiana w zakresie terminu obowiązywania umowy mogłoby spowodować stałe przedłużanie umowy, co doprowadziłoby do obejścia przepisów pzp. Aneksowanie pozwoliłoby na stałe utrzymywanie jednego wykonawcy zamówienia. Z kolei możliwość aneksowania terminu umowy powinna być rozważana w przypadku umów tzw. rezultatu (np. umowa o roboty budowlane), gdzie zmiana podmiotu wykonującego przedmiot zamówienia nie jest korzystna dla zamawiającego, ponieważ ten sam wykonawca może dokończyć umowę w terminie krótszym, niż przygotowanie nowego przetargu, wybranie nowego wykonawcy i dopuszczenie go do wykonania zamówienia. Pomimo restrykcji wprowadzonych na gruncie pzp należy pamiętać, że to zamawiający decyduje o przedmiocie oraz warunkach zamówienia. Spoczywa na nim także obowiązek dbania o równe traktowanie i przejrzystość zamówienia.

W przedmiotowej sprawie, zamawiający nie przewidywał dokonywania żadnych zmian w stosunku do dokumentacji projektowo-kosztorysowej i treści samej umowy. Zmiana projektu w zakresie przebiegu kabla była zmianą nieistotną i nie powinna mieć znaczenia w przedmiocie realizacji zadania inwestycyjnego. Wykonawca, jako profesjonalista, winien był przed podpisaniem umowy, a po zapoznaniu się z dokumentacją, zgłosić powodowi zastrzeżenia, w tym zasygnalizować konieczność uzyskania dodatkowej opinii Zakładu (...), czego jednakże zaniechał. Pozwany nie dołożył także żadnych starań aby dokonać wizji lokalnej terenu przed zawarciem umowy, w szczególności nie sprawdził warunków uzbrojenia terenu. W ocenie Sądu pozwany, jako podmiot zajmujący się profesjonalnie działalnością polegającą na wykonywaniu inwestycji budowlanych, powinien zdawać sobie sprawę z konsekwencji zawieranych umów i konsekwencje te ponosić. Przystępując do przetargu z określoną ofertą, a tym bardziej podpisując umowę, pozwany miał pełną świadomość, że musi zrealizować zadanie na warunkach określonych w umowie, a niewykonanie tego obowiązku a w następstwie - odstąpienie przez inwestora od umowy, będzie skutkowało konsekwencjami z § 9 umowy. Okoliczność, że inwestor nie zaewidencjonował mapy w Wydziale Geodezji i sporządził na jej podstawie projekt, ma przy tym irrelevantne znaczenie, to powinnością pozwanego było bowiem upewnienie się już na etapie przed zawarciem umowy, że jest w stanie wykonać inwestycję na warunkach opisanych w umowie, w oparciu o przedłożone dokumenty projektowe. Brak takiego działania należy postrzegać w kategorii niezachowania należytej staranności, jaka jest wymagana od podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą.

Jednakże okoliczność, że zmiana postulowana przez pozwanego nie miała charakteru istotnej, należy uznać za drugorzędną w świetle faktu, iż inwestor nie wyraził zgody na jakiegokolwiek zmiany. Podnieść należy, iż ewentualne zmiany powinny zostać dokonane – co wynika z treści samej umowy, na piśmie za zgodą obydwu stron. W żadnym razie za zmianę wiążącą i skuteczną uznać nie można jednostronnego oświadczenia przedstawiciela pozwanego poczynionego w formie dopisku pod umową o zastrzeżeniu warunku. Jak wynika z poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych, pozwany nawet nie poinformował powoda o dokonanej adnotacji. Inwestor nigdy nie wyrażał zgody na powyższy warunek, czym dal wyraz w treści korespondencji z pozwanym jeszcze przed wszczęciem postępowania w sprawie. Skoro zatem zmiana została poczyniona w sposób nieuprawniony i wbrew woli powoda i przepisom prawa ustawy o prawie zamówień publicznych, należało uznać ją za nieważną.

Konstatując powyższe rozważania, w ocenie Sądu I Instancji strony związane były li jedynie treścią umowy z dnia 8 listopada 2010 roku, dokumentacją kosztorysowo-projektową oraz SIWZ niniejszego projektu.

Nie ulega wątpliwości, że pozwany nie wykonał w żadnej części robót budowlanych, nawet nie usiłował ich rozpocząć.

Powód, powołując się na treść zawartej między stronami umowy, w dniu 22 grudnia 2010 roku skutecznie odstąpił od umowy, naliczając karę umowną w wysokości 20% wynagrodzenia brutto.

Zgodnie z art. 483 § 1 kc można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W myśl art. 484 § 1 i 2 kc w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Z przywołanego unormowania wynika, że kara umowna jest surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego. Stanowi ona odszkodowanie umowne i jak każde odszkodowanie przysługuje na zasadzie winy, należy się jednak bez względu na wysokość szkody. 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 (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 2003 r., II CK 271/02, LEX nr 151630)

Zobowiązany do zapłaty kary umownej może bronić się zarzutem - podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania - że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi (art. 471 k.c.).

Pozwany powołuje się na szereg okoliczności, które jego zdaniem, były przyczyną niewykonania robót, wskazując, że żadna z nich nie była przez niego zawiniona.

Pozwany powołuje się przede wszystkim na nieprzeprojektowanie inwestycji. W kontekście tego zarzutu zauważyć należy, że przystępując do przetargu strona pozwana miała możliwość zapoznania się z SIWZ, w tym z dokumentacją techniczną. O fakcie, że kabel elektroenergetyczny przebiega pod projektowanym boiskiem pozwana wiedziała, skoro w treści pisma skierowanego do powoda w dniu 30 grudnia 2010 roku, wskazywała że z uwagi na przebieg kabla, nikt inny nie stanął do przetargu. Jak ocenił biegły, prace pomimo wskazanych niedogodności, mogły być prowadzone z uwzględnieniem szczególnej ostrożności.

Pozwany jest profesjonalistą, wiedział zatem, że roboty w obrębie kabla energetycznego należy skonsultować z Zakładem (...) i wymagają one szczególnej ostrożności, gdyby jednak miał jakiegokolwiek wątpliwości w tej materii winna przede wszystkim przedstawić je inwestorowi, co faktycznie uczynił jednakże dopiero pismem z dnia 30 grudnia 2010 r.

Istnienie kabla elektroenergetycznego nie stanowiło przeszkody w realizacji robót w tym sensie, że przy zachowaniu należytej ostrożności można było je wykonywać bez konieczności wyłączenia go z eksploatacji. Wbrew twierdzeniom pozwanego, powódka nigdy nie zobowiązywała się do przełożenia kabla przed bądź w trakcie realizacji inwestycji objętej umową, co wynika z zeznań świadków.

W tym stanie rzeczy nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że pozwany doznał poważnych i nie dających się zwalczyć przeszkód natury obiektywnej, które uniemożliwiały im wykonywanie robót objętych umową. Pozwany nawet nie zaczął wykonywać zadania inwestycyjnego. Powód miał zatem podstawy do odstąpienia od umowy i naliczenia kary umownej zgodnie z postanowieniami § 9 umowy pkt. 1c, a jego zachowanie w tym względzie znajdowało podstawy faktyczne i prawne (art. 483-484 Kodeksu cywilnego).

Rozważenia wymagało, czy w kontekście okoliczności podnoszonych przez pozwanych kara jest rażąco wygórowana i w związku z tym powinna zostać zmniejszona. Zgodnie z art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego (kc) kara umowna może być zmniejszona na żądanie dłużnika, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub jeżeli jest rażąco wygórowana.

Na wstępie zauważyć trzeba, że umowa stron nie została wykonana przez pozwanego w zasadzie w żadnym zakresie. Powód wskazał przy tym, - co nie zostało zaprzeczone przez pozwanego - że wykonanie prac znacznie się opóźniło, a ostatecznie musiał zlecić je innemu podmiotowi, a pieniądze z projektu „Radosna szkoła” nie zostały wykorzystane w 2010 roku. Pozwany jako profesjonalista nie dołożył należytej staranności, wymaganej od niego w obrocie, w ocenie wymogów koniecznych w realizacji zadania, nie dokonał wstępnej wizji lokalnej, nie poddał analizie uzbrojenia terenu. Jak zeznał sam pozwany, aktualnie takiej umowy by nie podpisał i nie wie, dlaczego umowa w takim kształcie została ostatecznie podpisana. Jak już wskazywano, niezasadne okazały się zarzuty dotyczące braku współpracy ze strony powoda w realizacji inwestycji.

Wysokość kary umownej nie może zostać uznana za rażąco wygórowaną. Z zasad doświadczenia życiowego wynika, iż kary za niewykonanie umów w całości, zwyczajowo w tego typu stosunkach obligacyjnych, gdzie wykonawcą jest profesjonalista, oscylują w granicach 10-20% całości wynagrodzenia - pełnią bowiem funkcję kompensacyjną a ich wartość musi być realnie odczuwalna, a nie jedynie symboliczna. Wykonawca podpisując umowę, powinien być świadomy konsekwencji zaniechania działań, do których się zobowiązał, co już wyżej wskazywano. Skoro zatem podpisał umowę zawierającą powyższe postanowienia, tym samym zgodził się na ewentualne następstwa.

W tym stanie rzeczy Sąd nie dopatrył się podstaw do zmiarkowania kary umownej, której wysokość nie rekompensuje powodowi większych kosztów wykonania prac oraz ich opóźnienia.

Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy określone zostało na kwotę 216.000 zł brutto. Zatem należna powodowi kwota z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn niezawinionych przez zamawiającego, stanowiąca 20% wynagrodzenia umownego, wynosi 43.200 zł.

O odsetkach orzeczono na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. Sąd uwzględnił roszczenie w zakresie odsetek w części, uznając iż pozwany pozostawał w zwłoce ze spełnieniem świadczenia dopiero od dnia następnego po dniu doręczenia pozwu. Powód nie wykazał aby wcześniejsze wezwania do zapłaty zostały skutecznie doręczone stronie pozwanej, a jeśli tak, to w jakiej dacie nastąpiło doręczenie. W pozostałym zakresie, tj. w zakresie żądania odsetek ustawowych od dnia 20 stycznia 2011 roku do dnia 1 września 2011 roku, powództwo podlegało oddaleniu (pkt. 2 sentencji wyroku).

Z uwagi na wejście w życie od 1 stycznia 2016 roku zmiany w przepisach kodeksu cywilnego dotyczących odsetek i wyodrębnienie odsetek ustawowych za opóźnienie, skoro powód domagał się odsetek w związku z nieterminowym spełnieniem świadczenia przez pozwanego (a więc w związku z opóźnieniem), w wyroku zaznaczono, że począwszy od 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty należą się odsetki ustawowe za opóźnienie.

O kosztach Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. regulującego zasadę odpowiedzialności stron za wynik procesu. Strona powodowa wygrała proces w całości a zatem należy się jej od pozwanego zwrot kosztów procesu w łącznej wysokości 3.046,48 zł (pkt. 3 sentencji wyroku).

Na tej samej zasadzie, zgodnie z art. 98 kpc w związku z art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, pozwanego obciążono obowiązkiem zwrotu na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego dla Łodzi-Widzewa w Łodzi kwoty 2.141,84 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych (pkt. 4 sentencji wyroku).

Apelację od powyższego wyroku złożył pozwany, który zaskarżył go w całości.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

- a) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż istnienie kabla elektroenergetycznego nie stanowiło przeszkody w realizacji robót;
- b) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że pozwany nie doznał poważnych i nie dających się zwalczyć przeszkód natury obiektywnej, które uniemożliwiały pozwanemu wykonywanie robót objętych umową;
- c) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż odstąpienie od umowy z dnia 8.11.2010 r. nastąpiło z przyczyn niezawinionych przez Zamawiającego;
- d) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że pozwany nie zgłosił uwag do dokumentacji przy podpisaniu umowy oraz nie zgłaszał ich po podpisaniu umowy pomimo licznych dowodów w tym zakresie;
- e) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że to pozwany winien dokonać uzgodnień z zakładem energetycznym;
- f) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie było możliwe dokonanie zmian w dokumentacji projektowej;
- g) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że pozwany miał obowiązek dokonać wizji lokalnej przed rozpoczęciem prac, a nadto, że wizja lokalna mogłaby pozwolić pozwanemu na dostrzeżenie wadliwości dokumentacji oraz ustalenie położenia kabla;



h) błąd w ustaleniach faktycznych, polegający na przyjęciu, że powinnością pozwanego było upewnienie się już na etapie przed zawarciem umowy, że jest w stanie wykonać inwestycję na warunkach opisanych w umowie, w oparciu o przedłożone dokumenty projektowe, podczas gdy z okoliczności całej sprawy wynika, że przedłożona dokumentacja była błędna, zaś odpowiedzialność za prawidłowe przedłożenie dokumentacji ponosi inwestor.

Na zasadzie art. 368 § 1<sup>1</sup> kpc skarżący podnosił, iż Sąd ustalił następujące fakty niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy:

Ustalenie, iż:

- istnienie kabla elektroenergetycznego nie stanowiło przeszkody w realizacji robót;
- pozwany nie doznał poważnych i nie dających się zwalczyć przeszkód natury obiektywnej, które uniemożliwiły pozwanemu wykonywanie robót objętych umową;
- odstąpienie od umowy z dnia 8.11.2010 r. nastąpiło z przyczyn niezawinionych przez Zamawiającego;
- pozwany nie zgłosił uwag do dokumentacji przy podpisaniu umowy oraz nie zgasił ich po podpisaniu umowy;
- pozwany winien dokonać uzgodnień z zakładem energetycznym:
- pozwany miał obowiązek dokonać wizji lokalnej przed rozpoczęciem prac, a nadto wizja lokalna mogłaby pozwolić pozwanemu na dostrzeżenie wadliwości dokumentacji oraz ustalenie położenia kabla;

naruszenie prawa procesowego, a to:

- a) naruszenie art. 233 § 1 kpc poprzez pominięcie zeznań J. M. (1) w części w której zeznał, że strona pozwana zgłaszała konieczność zmiany projektu;
- b) naruszenie art. 233 §1 kpc poprzez pominięcie dowodu w postaci: opinii biegłego, w części, z której wynikało, iż mapa znajdująca się w dokumentacji projektowej nie mogła stanowić podstawy do projektowania, a na planie zagospodarowania brak był usytuowania kabla;
- c) naruszenie art. 233 §1 kpc poprzez pominięcie dowodu w postaci: opinii biegłego w części, z której wynikało, iż w dokumentacji projektowej brak było: szczegółowego opisu przebiegu kabla energetycznego, poziomu posadowienia, warunków technicznych Zakładu (...) o przebiegu kabla przez plac zabaw;
- d) naruszenie art. 233 §1 kpc poprzez pominięcie dowodu w postaci opinii biegłego z części z której wynika, że projekt nie spełniał wymagań w sposobie zabezpieczenia przed uszkodzeniami;
- e) naruszenie art. 233 §1 kpc poprzez pominięcie dowodu z zeznań biegłego, który wskazywał, iż to projektant, który projektował powinien dokonać uzgodnień z zakładem energetycznym, a do dokumentacji powinna być dołączona opinia z zakładu energetycznego;
- f) naruszenie art. 233 §1 kpc poprzez pominięcie dowodu w postaci: zeznań strony powodowej, która zeznała, iż przy ponownej inwestycji kabel został wkopany w ziemię, co świadczy o tym, że zarzuty zgłaszane przez pozwanego były zasadne;
- g) naruszenie art. 233 §1 kpc poprzez pominięcie zeznań świadka G. D., który zeznał, iż J. M. (1) przy podpisaniu umowy prosił o dokonanie zmian w projekcie;

h) naruszenie art. 233 §1 kpc poprzez pominięcie dowodu z korespondencji e-mail pomiędzy J. M. (1) a A. W., pisma J. M. (1) z dnia 15 grudnia 2010 r., z których wynika, że pozwany kwestionował projekt przedłożony przez powoda wcześniej aniżeli dopiero dnia 30 grudnia 2010 r., a w szczególności już przy podpisaniu umowy;

naruszenie prawa materialnego a to art. 647 k.c. poprzez przyjęcie, że to pozwany ponosił odpowiedzialność za błędy w dokumentacji projektowej.

Nadto pozwany zarzucił, iż Sąd I instancji nie rozpoznał istoty sprawy, która sprowadzała się do rozpoznania zarzutu podniesionego w sprzecznie od nakazu zapłaty, a polegającego na tym, że ścieżka dla dzieci zgodnie z przedłożonym projektem znajdować się miała nad kablem energetycznym umiejscowionym w nasypie, co było niezgodne z obowiązującymi przepisami co wymagało zmian w dokumentacji projektowej.

i na tej podstawie wnosił o:

zmianę wyroku w całości i:

1 oddalenie powództwa w całości;

2. zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów niniejszego postępowania w obu instancjach;

3. względnie uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania w obu instancjach.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Apelacja jest niezasadna i podlega oddaleniu.

Sąd Rejonowy poczynił w sprawie prawidłowe ustalenia faktyczne i ocenił dowody zgodnie z dyspozycją art. 233 § 1 k.p.c. Sąd Okręgowy przyjmuje te ustalenia za własne. Sąd Okręgowy podziela również ocenę prawną Sądu pierwszej instancji skutkującą uznaniem roszczenia powoda za zasadne i zbędne jest jej ponowne przytaczanie. Należy stwierdzić, że przewidziane w art. 233 k.p.c. ramy swobodnej oceny dowodów wyznaczone są wymogami prawa procesowego, doświadczeniem życiowym oraz regułami logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonując wyboru określonych środków dowodowych i ważąc ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 14 sierpnia 2012r., III AUa 620/12, publ. LEX nr 1216345). Stawiając zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. należy wykazać, że Sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego. Z tych względów za niewystarczające należy uznać przekonanie strony o innej niż przyjęta przez Sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i o ich odmiennej ocenie niż ocena dokonana przez Sąd (tak: Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyrokach: z dnia 1 marca 2012r. I ACa 111/12; z dnia 3 lutego 2012r., I ACa 1407/11). Uznać zatem należy, że jeżeli Sąd, ze zgromadzonego materiału dowodowego, wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, co ma miejsce w niniejszej sprawie, to ocena Sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, chociażby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne (tak: Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyrokach: z dnia 8 lutego 2012r. (I ACa 1404/11), z dnia 14 marca 2012r. (I ACa 160/12), z dnia 29 lutego 2012r. (I ACa 99/12); a także wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 maja 2012r. VI ACa 31/12).

Nie można również pominąć, iż same, nawet poważne wątpliwości co do trafności oceny dokonanej przez sąd pierwszej instancji, jeżeli tylko nie wykroczyła ona poza granice zakreślone w art. 233 § 1 k.p.c., nie powinny stwarzać podstawy do zajęcia przez sąd drugiej instancji odmiennego stanowiska (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2012r., I UK 347/11).

Apelujący błędów w ustaleniach faktycznych, a zatem w ocenie przyjętych za ich podstawę dowodów, upatruje w przyjęciu przez Sąd Rejonowy, że istnienie kabla elektroenergetycznego nie stanowiło przeszkody w realizacji

robót, przez co pozwany nie doznał poważnych i nie dających się zwalczyć przeszkód natury obiektywnej, które uniemożliwiały pozwanemu wykonywanie robót objętych umową. Zdaniem pozwanego przyczyny odstąpienia od umowy leżały po stronie powoda. Jednakże należy wskazać, że Sąd I instancji prawidłowo ocenił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa z której wynikało, że umowę można było wykonać na podstawie projektu i dokumentacji wskazanej w §1 pkt 3 umowy w terminie wynikającym z umowy zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Biegły wskazał, że w miejscu gdzie przebiegał kabel nie było konieczności przeprowadzenia prac z użyciem sprzętu ciężkiego. Świadomość zaś przebiegu kabla powoduje szczególną ostrożność w przypadku prowadzenia prac w sąsiedztwie. Prace powinny być prowadzone sposobem ręcznym, łącznie z ewentualnym wyłączeniem napięcia (opinia k.110-113 i opinia uzupełniająca k 560). Jak wynika z materiału dowodowego, pozwany doskonale wiedział o istnieniu kabla i w świetle powyższego należy uznać, że skoro zawarł taką umowę to powinien ją wykonać. Ponadto jeżeli miał jak twierdzi uwagi do projektu, które uniemożliwiały wykonanie umowy to dlaczego nie zgłosił tego powodowi na etapie wykonywania umowy. Pozwany w ogóle nie przystąpił do wykonywania umowy w terminie oznaczonym w umowie i brak jest jakiegokolwiek dowodu, że miał zamiar umowę wykonać. Jako zgłoszenie uwag do projektu nie można uznać adnotacji uczynionej na umowie przez J. M. (2) o treści „wykonawca warunkuje wykonanie umowy pod warunkiem akceptacji zmiany planu par.1 pkt 3 nin. umowy”. Należy wskazać, że taki zapis jest na tyle nieczytelny, że nie wiadomo jakie zastrzeżenia miał wykonawca i czego one dotyczą, nie można wywnioskować, jakie przeszkody wystąpiły w wykonaniu umowy i co ma zrobić zamawiający, aby wykonawca mógł przystąpić do wykonania umowy. W § 1 punkt 3 umowy zawarty jest zapis co jest integralną częścią umowy i z tego zapisu jedynie wynika, że integralną częścią umowy jest dokumentacja projektowa – kosztorysowa. Ponadto uczynienie tej adnotacji, z której i tak nic nie wynika nie może być uznane za formalne zgłoszenie uwag do dokumentacji technicznej, bowiem nie wiadomo o jakie uwagi chodziło, jakie miałyby nastąpić zmiany planu i w jakim zakresie.

W świetle powyższego prawidłowe są ustalenia Sądu I instancji, że odstąpienie od umowy z dnia 8.11.2010 r. nastąpiło z przyczyn niezawinionych przez zamawiającego. Brak jest jakiegokolwiek dowodu na to, że pozwany zgłaszał konkretne zastrzeżenia do dokumentacji. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia spawy mają ustalenia Sądu I instancji, że pozwany winien dokonać uzgodnień z zakładem energetycznym i że pozwany miał obowiązek dokonać wizji lokalnej przed rozpoczęciem prac, a nadto wizja lokalna mogłaby pozwolić pozwanemu na dostrzeżenie wadliwości dokumentacji oraz ustalenie położenia kabla. Okoliczności te nie wpływają w żaden sposób na ocenę tego, że pozwany w ogóle nie przystąpił do wykonania umowy i nie zgłosił w trakcie trwania umowy zastrzeżeń do jej wykonania. Pozwany winien zgodnie z umową przystąpić do jej wykonania a gdy dostrzegł wadliwość dokumentacji projektowej, winien postąpić stosownie do art. 651 k.c., który stanowi że jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora. Tak więc na wykonawcy ciąży obowiązek poinformowania inwestora o przeszkodach w wykonaniu umowy, przy czym winno to nastąpić niezwłocznie. Treścią obowiązku określonego w art. 651 k.c. jest poinformowanie inwestora przez wykonawcę o niezdatności dostarczonej przez inwestora dokumentacji, terenu budowy, maszyny lub urządzenia do prawidłowego wykonania robót budowlanych. Taki sam obowiązek powstaje w razie zaistnienia jakichkolwiek innych okoliczności, które mogą stanowić przeszkodę dla prawidłowego wykonania robót budowlanych.

W niniejszej sprawie brak jest jakiegokolwiek dowodu na to, że po zawarciu umowy wykonawca zgłaszał uwagi do dokumentacji projektowej, przy czym za uwagi nie można uznać adnotacji uczynionej na umowie przez J. M. (2) o treści „wykonawca warunkuje wykonanie umowy pod warunkiem akceptacji zmiany planu par.1 pkt 3 nin. umowy” z uwagi choćby na nieczytelność tej adnotacji i nieprecyzyjne określenie o usunięciu jakich przeszkód chodzi, o wprowadzenie jakich zmian i w jakiej dokumentacji. Pozwany przecież jest profesjonalistą na rynku budowlanym i powinien wezwać powoda w przypadku wystąpienia przeszkód w wykonaniu umowy, w sposób czytelny i zrozumiały dla pozwanego, poprzez wskazanie o jakie przeszkody chodzi. Jednakże pozwany tego nie uczynił i należy wskazać, że w ogóle nie przystąpił do wykonania umowy i do dnia 15 grudnia 2010r., kiedy to umowa miała być już wykonana nie wzywał powoda do usunięcia przeszkód. Okoliczność ta świadczy o tym, że pozwany nie miał woli wykonania umowy.

W świetle powyższego nie można mówić o naruszeniu przez Sąd Rejonowy art. 647 k.c. poprzez przyjęcie, że to pozwany ponosi odpowiedzialność za błędy w dokumentacji projektowej, bowiem jeżeli nawet wystąpiły one, to pozwany winien zachować się stosownie do art. 651 k.c. czego nie uczynił.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy jest podnoszony przez skarżącego zarzut, że Sąd I instancji ustalił następujące fakty niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy a mianowicie, że pozwany miał obowiązek dokonać wizji lokalnej przed rozpoczęciem prac, a nadto wizja lokalna mogłaby pozwolić pozwanemu na dostrzeżenie wadliwości dokumentacji oraz ustalenie położenia kabla, bowiem jak już wskazano powyżej na zgłoszenie uwag miał czas pozwany po podpisaniu umowy, czego nie uczynił.

Sąd Okręgowy podziela pogląd wyrażony przez Sąd Apelacyjny w Katowicach, że wykonawca ma przecież obowiązek współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane. Jeśli więc projekt okaże się wadliwy, wykonawca zaś to dostrzeże, ma obowiązek zawiadomienia o tym inwestora. Gdy zachowując szczególną staranność przedsiębiorcy zajmującego się wykonawstwem budowlanym (art. 355 § 2), miał możliwość ustalenia tego bez potrzeby odwoływania się do wiadomości specjalnych, jakimi dysponuje projektant, którego nie może zastąpić, ani też nie zwalnia od odpowiedzialności wykonywania własnego obowiązku z art. 651, lecz zaniechał tego, odpowiada za szkodę wyrządzoną nienależytym wykonaniem zobowiązania, którego elementem jest omawiany obowiązek informacyjny (por. wyr. SA w Katowicach z 5.9.2011 r., V ACa 373/11, L.).

Rację ma Sąd Rejonowy, że wykonawca, jako profesjonalista, winien był przed podpisaniem umowy, a po zapoznaniu się z dokumentacją, zgłosić powodowi zastrzeżenia, w tym zasygnalizować konieczność uzyskania dodatkowej opinii Zakładu (...), czego jednakże zaniechał. Pozwany, jako podmiot zajmujący się profesjonalnie działalnością polegającą na wykonywaniu inwestycji budowlanych, powinien zdawać sobie sprawę z konsekwencji zawieranych umów i konsekwencje te ponosić. Przystępując do przetargu z określoną ofertą, a tym bardziej podpisując umowę, pozwany miał pełną świadomość, że musi zrealizować zadanie na warunkach określonych w umowie, a niewykonanie tego obowiązku a w następstwie - odstąpienie przez inwestora od umowy, będzie skutkowało konsekwencjami z § 9 umowy. Tym samym rozstrzygnięcie Sądu I instancji jest prawidłowe i winno się ostać.

Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, iż wywiedziona przez pozwanego apelacja nie zawierała zarzutów, mogących podważyć rozstrzygnięcie Sądu Rejonowego, w związku z czym, jako bezzasadna, podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Wobec oddalenia apelacji, zasądzono od pozwanego na rzecz powoda koszty postępowania apelacyjnego w oparciu o art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. Na koszty te złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego, ustalone na kwotę 1800 zł na podstawie § 2 pkt 5 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2018 r. poz. 26).