

Sygn. akt I ACa 548/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 lutego 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Krzysztof Chojnowski (spr.)
Sędziowie	:	SA Jadwiga Chojnowska SO del. Jacek Malinowski
Protokolant	:	Monika Jaroszko

po rozpoznaniu w dniu 24 stycznia 2019 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki z o.o. w B.**

przeciwko **Skarbowi Państwa - (...) w B.**

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 8 czerwca 2018 r. sygn. akt I C 1621/16

I. zmienia zaskarżony wyrok:

a) **w punkcie I podpunkt b) i punkcie II w ten sposób, że zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 39.027,94 (trzydzieści dziewięć tysięcy dwadzieścia siedem i 94/100) złotych z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 12 grudnia 2015 r. do dnia zapłaty;**

b) **w punkcie III o tyle, że zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 1.433,20 złotych;**

c) **w punkcie V o tyle, że nakazuje pobrać od pozwanego kwotę 2.034,09 złotych;**

II. oddala apelację powoda w pozostałej części, a apelację pozwanego w całości;

III. zasądza od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej kwotę 461,70 złotych tytułem zwrotu kosztów instancji odwoławczej.

(...)

UZASADNIENIE

Powód (...) Sp. z o.o. w likwidacji w B. wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego Skarbu Państwa – (...) w B. kwoty 130.030,70 zł wraz z odsetkami ustawowymi:

- od kwoty 30.313 zł od dnia 08.01.2016r. do dnia zapłaty – z tytułu należnego powodowi wynagrodzenia za roboty dodatkowe wykonane na rzecz pozwanego przy realizacji umowy Nr (...) z dnia 30.06.2015r.;

- od kwoty 72.635,29 zł od dnia 12.12.2015r. do dnia 31.12.2015r. oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 01.02.2016r. do dnia zapłaty – z tytułu należnego powodowi wynagrodzenia w związku z realizacją i wykonaniem umowy Nr (...) z dnia 30.06.2015r.;

- od kwoty 8.097,86 zł od dnia wniesienia pozwu, tj. 10.08.2016r. do dnia zapłaty – z tytułu należnego powodowi wynagrodzenia w związku z realizacją i wykonaniem umowy Nr (...) z dnia 30.06.2015r.;

- od kwoty 18.761,70 zł od dnia 09.12.2015r. do dnia 31.12.2015r. oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 01.01.2016r. do dnia zapłaty – z tytułu należnego powodowi wynagrodzenia w związku z realizacją i wykonaniem umowy Nr (...) z dnia 24.06.2015r.

Ponadto domagał się zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu powód wskazał, iż pozwany nie wywiązał się z ciążącego na nim obowiązku zapłaty wynikającego z łączących strony umów zawartych w trybie przetargu nieograniczonego, wystawił noty obciążeniowe i złożył oświadczenie o potrąceniu mimo, że występujące w sprawie opóźnienia są skutkiem okoliczności niezależnych od wykonawcy. Zakwestionował zasadność naliczenia kar umownych za nieterminowe wykonanie inwestycji, sposób oraz ich wysokość, nieprzedłożenie przez pozwanego projektu umowy podwykonawczych i ich potrącenia z wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, brak zapłaty za roboty dodatkowe wykonane przy realizacji umowy Nr (...). Wskazał, że nie może ponosić odpowiedzialności za kolizję z kablem elektrycznym, licznymi korzeniami drzew w linii przebiegu remontowanego ogrodzenia, czy też podziemnego składowiska azbestu, które znacznie wydłużyły termin zakończenia prac. Z ostrożności procesowej podniósł również zarzut rażącego wygórowania kar umownych, wnosząc o obniżenie ich wysokości przez Sąd o 100%.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Twierdził, że powód ponosi wyłączną winę za opóźnienie wykonania inwestycji, stąd też naliczenie kar umownych znajduje uzasadnienie w łączących strony umowach. Za niezasadne uznał również zgłoszone przez powoda żądanie z art. 484 § 2 k.c., wskazując, że w orzecznictwie postuluje się ostrożne i powściągliwe stosowanie prawa redukcji.

Wyrokiem z dnia 8 czerwca 2018r. Sąd Okręgowy w Białymstoku zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwoty: 13.124,70 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 08 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty, 5.420,54 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 12 grudnia 2015r. do dnia 31 grudnia 2015r. oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 01 stycznia 2016r. do dnia zapłaty; oddalił powództwo w pozostałym zakresie; zasądził od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej kwotę 3.777,45 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego; odstąpił od obciążania powoda brakującymi kosztami sądowymi od oddalonej części powództwa oraz nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Białymstoku kwotę 1.736,08 zł tytułem brakujących kosztów sądowych od uwzględnionej części powództwa.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne:

Strony zawarły 24 czerwca 2015 r. w drodze przetargu umowę nr (...), której przedmiotem był remont budynków nr (...) na terenie (...) w B.. Umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 625.389,80 zł brutto. Prace miały

zostać wykonane w terminie 120 dni od dnia zawarcia umowy. Ustalono, że przekazanie placu budowy nastąpi w ciągu 7 dni od dnia zawarcia umowy (§4). Ponadto ustaliły, że wykonawca zapłaci karę umowną liczoną od wartości całkowitego wynagrodzenia umownego brutto w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto z tytułu niedotrzymania terminu końcowego wykonania przedmiotu umowy – za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, naliczanej od pierwszego dnia po upływie terminu. W dniu 1 lipca 2015r. strony podpisały protokół przekazania placu budowy, przy czym termin zakończenia prac upływał w dniu 22 października 2015r., niezależnie od omyłkowego wskazania w treści protokołu błędnej daty 28 października 2015r. Pismem z lipca 2015r. powód zwrócił się do pozwanego z wnioskiem o wydłużenie godzin pracy oraz możliwość jej wykonywania również w soboty, z jednoczesnym zobowiązaniem się do zakończenia przedmiotu zamówienia w określonym umową terminie. W dniu 23 października 2015r. strony przystąpiły do odbioru końcowego robót, jednakże z uwagi na stwierdzone usterki, termin przesunięto na 28 października 2015r.

W dniu 28 października 2015r. strony podpisały protokół odbioru końcowego, w którym wskazano na przekroczenie terminu realizacji umowy o 6 dni. W dniu 12 listopada 2015r. pozwany wystawił powodowi notę obciążeniową na kwotę 18.761,70 zł tytułem naliczonych kar umownych, następnie pismem z dnia 19 listopada 2015r. złożył oświadczenie o potrąceniu tej wierzytelności z wynagrodzeniem za realizację umowy.

W dniu 30 czerwca 2015r. strony zawarły drugą umowę nr (...) (również w wyniku przetargu nieograniczonego), której przedmiotem był remont ogrodzenia zewnętrznego w (...) w B.. Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 216.821,74 zł brutto. Prace miały zostać wykonane w terminie 90 dni od dnia zawarcia umowy, przy czym termin ten obejmował: przekazanie terenu budowy, realizację całości zamówienia wynikającą z dokumentacji oraz bezusterkowy odbiór końcowy (§3). Ustalono, że przekazanie placu budowy nastąpi w ciągu 7 dni od dnia zawarcia umowy (§4). W umowie zastrzeżono, że wykonawca zapłaci karę umowną liczoną od wartości całkowitego wynagrodzenia umownego brutto w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto z tytułu niedotrzymania terminu końcowego wykonania przedmiotu umowy – za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, naliczanej począwszy od pierwszego dnia po upływie terminu (§12 ust. 1). Powierzenie przez wykonawcę wykonania części przedmiotu umowy podwykonawcy wymagało każdorazowo zgody zamawiającego na zawarcie umowy (§9 ust. 4), zaś uchybienie temu obowiązkowi uprawniało zamawiającego do żądania kary umownej w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia.

W dniu 6 lipca 2015r. strony podpisały protokół przekazania placu budowy, natomiast termin zakończenia prac upływał w dniu 5 października 2015r. W trakcie wykonywania prac ujawniły się problemy. W dniu 30 lipca 2015r. przy bramie wjazdowej odkryto przewód energetyczny pod wysokim napięciem, który – w ocenie powoda – uniemożliwił wykonanie fundamentu pod ogrodzeniem murowanym. Kolidując z kablem występowała na odcinku 4 metrów bieżących, natomiast kabel został usunięty w dniu 21 sierpnia 2015r. Po kilku dniach, tj. 27 sierpnia 2015r. natrafiono na zakopane płyty z azbestu po stronie nieruchomości Policji w B., które zostały wywiezione dopiero w dniu 2 września 2015 r. Problem z azbestem dotyczył odcinka około 35 metrów bieżących planowanego ogrodzenia i w ciągu 5 dni został całkowicie rozwiązany. Na dalszym etapie prac pojawiły się także problemy z występowaniem odpadów budowlanych (gruz, różne elementy stalowe, szkło) w odcinku ogrodzenia pomiędzy magazynem a Policją, co utrudniało wykonywanie otworów pod słupki betonowe. Powód zwrócił się do pozwanego z prośbą o przesunięcie terminu wykonania prac wskazując na konieczność wykonania innych, dodatkowych prac (m.in. usunięcia dużej ilości korzeni drzew na całej długości remontowanego ogrodzenia), jednakże pozwany nie wyraził na powyższe zgody. W dniu 7 października 2015r. strony rozpoczęły czynności zmierzające do odbioru prac, jednakże w trakcie ich wykonywania doszło do przerwania czynności, albowiem prace objęte umową nie zostały ukończone. Pismem z dnia 19 października 2015r. powód zwrócił się do pozwanego z prośbą o wskazanie wytycznych dotyczących gładkości płyt płotu prefabrykowanego, ustosunkowanie się do usterki dotyczącej usztywnienia płotu prefabrykowanego, wskazanie które elementy zwieńczające na ogrodzeniu murowanym wymagają wymiany. Ustalono, że ogrodzenie prefabrykowane należało usztywnić poprzez obetonowanie słupków zgodnie ze specyfikacją, ponadto należy wymienić wszystkie uszkodzone oraz krzywo ułożone elementy zwieńczające, tak aby zachować jednolitą płaszczyznę zwieńczenia muru. Powód kilkakrotnie zgłaszał gotowość odbioru prac, jednakże czynności odbioru każdorazowo przerywano z analogicznych jak wyżej przyczyn. Ostatecznie w dniu 24 listopada 2015r. strony podpisały protokół odbioru końcowego, w którym wskazano na przekroczenie terminu realizacji

umowy o 57 dni. W dniu 26 listopada 2015r. pozwany wystawił powodowi notę obciążeniową na kwotę 72.635 zł tytułem naliczonych kar umownych i wezwał go do zapłaty w terminie do 30 listopada 2015r. W związku z brakiem uregulowania należności, pismem z dnia 11 grudnia 2015r. złożył oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z wynagrodzeniem za realizację umowy.

Za wykonanie prac dodatkowych, powód wystawił pozwanemu w dniu 31 grudnia 2015r. fakturę VAT na łączną wysokość 30.312,30 zł brutto wraz z pismem zawierającym szczegółowy ich zakres, tj. szpachlowanie i szlifowanie powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego, zabezpieczenie z drutu ostrzowego na słupach żelbetowych, zabezpieczenie drutu ostrzowego przed szybkim zdjęciem na wysięgnikach, wykonanie 24 sztuk dołów pod reklamy, demontaż i następnie montaż reklam na konstrukcji wsporczych, wykonanie dodatkowego płotu z klinkieru 2,6 m², usunięcie kolizji kabla energetycznego i usunięcie korzeni. Pozwany nie uznał żądania, wskazując, że umowa stron obejmowała wszelkie wyniki w trakcie jej wykonywania koszty.

Ponadto w trakcie wykonywania umowy okazało się, że wykonawca realizuje część przedmiotu przy pomocy podwykonawcy (...) Sp. z o.o. w B., o czym pozwany nie miał wiedzy. Spółka ta wystawiła fakturę na kwotę 8.097,86 zł, przy czym pozwany odmówił jej przyjęcia. Zwrócił się wówczas do Sądu Rejonowego w Białymstoku o zezwolenie na złożenie do depozytu sądowego tej kwoty tytułem częściowego jego zobowiązania wynikającego z umowy Nr (...) z zastrzeżeniem, że depozyt może być wypłacony powodowi bądź podwykonawcy, (...) Sp. z o.o. w B., pod określonymi warunkami. Postanowieniem z dnia 18 grudnia 2015r., sygn. II Ns 5468/15, Sąd uczynił zadość żądaniu pozwanego.

Z uwagi na fakt, że powód nie przedłożył do akceptacji pozwanemu zawieranych umów z podwykonawcami, naliczone zostały kary umowne w łącznej wysokości 10.841,09 zł, zgodnie z postanowieniami umowy (§ 12 pkt 1).

Uchwałą z 3 sierpnia 2016r. powód został postawiony w stan likwidacji.

Z uwagi na charakter sprawy oraz stopień skomplikowania zagadnień związanych z procesem budowlanym, Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa oraz kosztorysowania. Biegły stwierdził, że wykonane przez powoda roboty nie stanowiły prac dodatkowych w stosunku do zakresu umowy Nr (...). W ocenie biegłego, wydłużenie robót zostało spowodowane wyłącznie kolizją ze składowiskiem azbestu i wynosiło 5 dni roboczych, natomiast kolizja z kablem elektrycznym nie miała wpływu na terminowość wykonania prac (kolizja z kablem na długości 4 m, przy długości całego ogrodzenia 336,90 m), podobnie jak utrudnienia spowodowane korzeniami drzew. Podkreślił, że w przedmiarze uwzględniono ręczne ścinanie i karczowanie korzeni zagajników średniej gęstości (0,04 ha) oraz ręczne karczowanie korzeni drzew (śr. 16-25 cm), a zatem nie sposób zaliczyć tych czynności do prac dodatkowych. Biegły zwrócił również uwagę, iż wykonawca winien do odbioru końcowego przygotować przedmiot odbioru, by w wyznaczonym czasie dokonać przeglądu obiektu oraz przygotować pełną dokumentację, stąd też inwestor nie mógł wskazać wszystkich usterek podczas odbioru końcowego w dniu 7 października 2015r. z powodu niezakończenia robót. Zwrócił uwagę, że zmiana co do sposobu posadowienia ogrodzenia (stalowego) nie spowodowała wydłużenia terminu wykonania wykopów, albowiem zmiana ta wpłynęła na zmniejszenie zagłębienia fundamentu o 20 cm na długości 72,4 m, tj. zmniejszenie wykopów o 21,88 m³.

Biegły zaakcentował, że wystąpiły pewne utrudnienia i brak możliwości wykonywania robót szczególnie na odcinku składu azbestu (35m). Kolizja stanowiła więc ponad 10% długości ogrodzenia do wykonania, taki udział w pracach należy ocenić jako „znaczne utrudnienie”. Zakres robót dotyczący zmiany posadowienia ogrodzenia stalowego spowodował zmniejszenie zakresu robót, co powinno przełożyć się na skrócenie terminu wykonywania robót; analogicznie – rezygnacja z części ogrodzenia naprzeciwko budynku nr (...) miała wpływ na zmniejszenie zakresu.

Biegły w odpowiedzi na zastrzeżenia stron, na rozprawie w dniu 22 września 2017r. podtrzymał zasadniczo swoją opinię, przy czym przyznał, że nie uwzględnił normy(...) co uzasadniałoby przyznanie wykonawcy części wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe. Z uwagi na powyższe, Sąd dopuścił dowód z opinii uzupełniającej na okoliczność określenia wartości prac wykonanych przez powoda w związku z realizacją umowy Nr (...), wymienionych w piśmie z dnia 31 grudnia 2015r. Ostatecznie, biegły szlifowanie powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego

określił jako koszt rzędu 1.705,46 zł, natomiast szpachlowanie powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego na koszt 11.419,24 zł.(przy uwzględnieniu cen z drugiego kwartału 2015r.)

W ocenie Sądu I instancji powództwo zasługiwało na uwzględnienie, ale tylko w części, w odniesieniu do umowy Nr (...).

Sąd ten wskazał, że spór pomiędzy stronami dotyczył zasadności naliczenia kar umownych, przyczyn powstałych opóźnień i ustalenia ciężaru odpowiedzialności za nieterminowość w wykonaniu przedmiotu umowy, zasadności żądania zapłaty za wykonane przez powoda roboty określane jako dodatkowe, ale też zapłaty kwot wynikających z umów Nr (...) w części, w której nie zostały ona uiszczone wobec złożenia przez pozwanego oświadczenia o potrąceniu. Sąd podkreślił, że przyjęcie skutków odbiorów poszczególnych umów ustalił na dzień 28 października 2015r. - do umowy Nr (...), zaś na dzień 24 listopada 2015r. w odniesieniu do umowy Nr (...), wobec niestwierdzenia dalszych usterek, co nie było kwestionowane przez żadną ze stron. Przypomniał, że obowiązkiem wykonawcy (powoda) jest wykonanie przedmiotu umowy (przy istnieniu możliwości faktycznej i prawnej) w terminie i dopiero taka realizacja przedmiotu umowy aktualizuje roszczenie o zapłatę pełnego wynagrodzenia.

Odnosząc się do żądania zapłaty kwoty 18.761,70 zł, wynikającej z umowy Nr (...) Sąd okręgowy wskazał, iż plac budowy został udostępniony powodowi z zachowaniem wynikającego z umowy (...) -dniewego terminu od daty podpisania umowy, tj.1 lipca 2015r. Podkreślił, że zgodnie z § 18 ust. 6 umowy, protokół przekazania placu budowy nie stanowi integralnej części postanowień umownych, a zatem nie mógł zmienić terminu realizacji umowy. Nie został bowiem podpisany przez osoby uprawnione do reprezentacji (...) w B., a jedynie przez osoby zajmujące się realizacją umowy od strony technicznej. Znajdujący się w nim zapis wskazujący na termin odmienny (28.10.2015r.) aniżeli wynikający z treści umowy nie może determinować przesunięć w tej części i jego wydłużenia. W tej sytuacji nie budziło wątpliwości naliczenie przez pozwanego kary umownej za niedotrzymanie terminu wykonania przedmiotowej umowy oraz poprawność jej wyliczenia. Potrącona kwota 18.761,70 zł jest wynikiem iloczynu wartości zamówienia, 0,5% wynagrodzenia brutto z tytułu niedotrzymania terminu końcowego wykonania przedmiotu umowy – za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia (6 dni).

W odniesieniu do umowy Nr (...) Sąd I instancji wskazał, że zakończenie prac nastąpiło dopiero w dniu 24 listopada 2015r., nie zaś w momencie pierwszej „próby” odbioru końcowego. Wady, które ujawniły się przy odbiorze były na tyle istotne, że przed ich usunięciem nieuprawnione było stwierdzenie, aby zlecone zadanie zostało wykonane. Głównym czynnikiem determinującym takie przyjęcie był brak odpowiedniej ilości betonu w posadowionych przez powoda wszystkich słupkach ogrodzenia - nie były one stabilnie umocowane. Zwrócił uwagę, że przebudowywane ogrodzenie jest elementem ochronnym jednostki wojskowej, a zatem powinno stanowić szczególnie stabilną konstrukcję. Wskazał, że po usunięciu usterek prace zostały odebrane. Podkreślił, że wprawdzie opóźnienia w realizacji inwestycji były spowodowane czynnikami zewnętrznymi (znajdujący się pod planowanym ogrodzeniem kabel elektryczny, wykopalisko w postaci płyt azbestu, liczne korzenie oraz konary drzew, gruz oraz inne odpady niesegregowane), niemniej jednak część z nich powód winien przewidzieć podejmując się wykonywania prac w określonym miejscu, po wcześniejszym zapoznaniu się z terenem. Uznał, że powód jako profesjonalista, podejmując się wykonawstwa tego typu zadania inwestycyjnego powinien był odpowiednio wcześniej zaplanować działania, aby w ciągu 90 dni należycie wywiązać się z umowy.

Sąd uznał zatem, że powód nie wykazał, aby opóźnienie powstało z przyczyn od niego niezależnych bądź leżących po stronie pozwanego w części ponad wskazywane przez biegłego treścią opinii (...) dni przerwy, spowodowanej odkryciem azbestu i koniecznością jego usunięcia. W tej sytuacji naliczone przez pozwanego 57 dni opóźnienia zmniejszył do 52 dni, uznając za zasadne żądanie powoda w zakresie kwoty 5.420,54 zł, stanowiącej różnicę iloczynu wartości zamówienia, 0,5% wynagrodzenia brutto z tytułu niedotrzymania terminu końcowego wykonania przedmiotu umowy – za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia oraz opóźnienia wskazywanego przez pozwanego (57 dni) z iloczynem wartości zamówienia, 0,5% wynagrodzenia brutto z tytułu niedotrzymania terminu końcowego wykonania przedmiotu umowy – za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia oraz opóźnienia faktycznego, zawinionego przez powoda (52 dni).

Za zasadne uznał również potrącenie przez pozwanego kwoty 10.841,09 zł kary umownej, naliczonej z tytułu nieprzedłożenia przez powoda do akceptacji pozwanemu zawartej przez wykonawcę umowy z podwykonawcą (...) Sp. z o.o. Powyższy obowiązek wynika wprost z § 9 ust. 4, zaś powód nie zastosował się do tego postanowienia, gdyż projekt umowy nie został zaakceptowany przez Inwestora, zaś o wykonywaniu części prac przez podwykonawcę pozwany powziął wiedzę w dacie zaistnienia sporu na tle nieopłacenia faktury za wykonane roboty, skutkującego zainicjowaniem przez pozwanego postępowania przed Sądem Rejonowym w Białymstoku (sygn. II Ns 5468/15) o zezwolenie na złożenie do depozytu sądowego tej kwoty tytułem częściowego jego zobowiązania wynikającego z umowy Nr (...). Kwota kary umownej jest wynikiem iloczynu wartości zamówienia, 0,1% wynagrodzenia brutto z tytułu nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia po terminie określonym w § 9 ust. 8 umowy, tj. w terminie 7 dni od zawarcia umowy z podwykonawcą oraz ilości 50 dni; przez taki okres bowiem co najmniej powód nie wywiązał się z opisywanych wyżej powinności.

Jeśli zaś chodzi o żądanie powoda zasądzenia na jego rzecz kwoty 30.313 zł tytułem wynagrodzenia za roboty dodatkowe wykonane na rzecz pozwanego przy realizacji umowy Nr (...), to Sąd uwzględnił roszczenie do wysokości 13.124,70 zł, na którą składają się następujące kwoty: 1.705,46 zł tytułem kosztów szlifowania powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego oraz 11.419,24 zł za szpachlowanie powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego. Sąd miał przy tym na uwadze opinię biegłego sądowego, który wskazał wyłącznie te dwie pozycje jako wykraczające poza § 2 umowy, a za które powód uprawniony jest do domagania się odrębnego wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy podzielił również argumentację pozwanego, że w zakresie złożenia do depozytu sądowego, na podstawie prawomocnego postanowienia Sądu Rejonowego w Białymstoku z dnia 18.12.2015r., sygn. II Ns 5468/15, kwoty 8.097,86 zł, której również domaga się powód w niniejszym postępowaniu, zastosowanie znajduje dyspozycja przepisu art. 470 k.c. Skoro zatem powód twierdzi, że kwota ta należy się jemu – w sporze z podwykonawcą – winien wystąpić ze stosownym wnioskiem do Sądu Rejonowego w Białymstoku o jej wyzdanie.

Sąd I instancji nie znalazł podstaw do miarkowania kary umownej. W sposób kompleksowy opisał przesłanki jakie winny zostać spełnione, aby do miarkowania doszło. Następnie podjął się oceny czy naliczona kara umowna przy uwzględnieniu wykonania wszystkich prac, jest rażąco wygórowana. Uznając, że tak nie jest, wskazał, że przeczy temu chociażby fakt, iż stanowi ona około 30% należnego powodowi wynagrodzenia, z którego pozostała kwota mu wypłacono. Ponadto zwrócił uwagę, że naliczona kara umowna dotyczyła nieterminowego wykonania umowy z powodu okoliczności, które wykonawca powinien i mógł uwzględnić decydując się na złożenie oferty. Uznał zatem, że miarkowanie kary umownej, doprowadziłoby do premiowania powoda, podczas gdy bezsprzecznie nie dopełnił on wszystkich nałożonych na niego obowiązków.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. Mając na uwadze, że powód wygrał proces w 15%, zaś pozwany w 85%. rozstrzygnął o obowiązku ponoszenia kosztów zastępstwa procesowego, których wysokość ustalił w oparciu o treść § 2 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22.10.2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (w stosunku do pełnomocnika reprezentującego powoda) oraz § 2 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22.10.2015r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (w stosunku do pełnomocnika reprezentującego pozwanego). Koszty procesu i wydatki w sprawie Sąd ustalił na kwotę łączną 11.587,23 zł, na którą składają się opłata od pozwu w wysokości 6.502 zł, od której powód był zwolniony oraz wydatki poczynione w sprawie w związku z przeprowadzanymi dowodami z opinii biegłych w pozostałej kwocie. W oparciu o art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Sąd nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Białymstoku kwotę 1.736,08 zł tytułem części nieuiszczonych kosztów sądowych w sprawie, w zakresie w jakim przegrał proces, tj. 15%. Jednocześnie, mając na uwadze zasadę słuszności (art. 102 k.p.c.) odstąpił od obciążania powoda brakującymi kosztami jako strony przegrywającej postępowanie w znacznej części.

Apelacje od tego wyroku wywiodły obie strony.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w części oddalającej powództwo ponad kwotę 12.047,79 zł, tj. co do kwoty 99.214,14 wraz z odsetkami oraz w zakresie kosztów procesu (pkt III), zarzucając:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, tj.:

-art. 233 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. przez przekroczenie zasad swobodnej oceny dowodów i całkowite pominięcie okoliczności, że pozwany nie poniósł szkody w związku z opóźnieniem wykonania umowy nr (...) oraz umowy nr (...), jak również w związku z nieprzedstawieniem pozwanemu umowy z podwykonawcą w terminie przewidzianym umową Nr (...) oraz, że powód nie udowodnił innych okoliczności będących podstawą miarkowania kary umownej, jak chociażby faktu ich rażącego wygórowania;

- art 233 k.p.c. przez przekroczenie zasad swobodnej oceny dowodów, a w konsekwencji uznanie iż:

- do zakresu robót dodatkowych zaliczyć należy wyłącznie szlifowanie oraz szpachlowanie powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego, w sytuacji gdy pozwany dodatkowo zlecił powodowi wykonanie wszystkich prac ujętych w uzupełniającej opinii biegłego z dnia 19 kwietnia 2018r.,

- mimo uznania, że szlifowanie oraz szpachlowanie powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego należało do zakresu prac dodatkowych, nieuwzględnienie faktu, iż powód oczekiwał 14 dni na odpowiedź pozwanego jakiej gładkości, w jego ocenie, winny być płyty, a co za tym idzie nieuwzględnienie tego okresu przy naliczaniu powodowi kary umownej w związku z nieterminowym zakończeniem prac objętych umową Nr (...),

2. naruszenie prawa materialnego, tj.:

- art 405 k.c. poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do części roszczenia powoda odnoszącego się do wykonanych przez niego robót dodatkowych w postaci: zabezpieczenie drutu ostrzowego przed szybkim zdjęciem na wysięgnikach, wykonanie 24 sztuk dołów pod reklamy oraz montaż reklam na konstrukcjach wsporczych, wykonania dodatkowego płotu z klinkieru, usunięcie kolizji kabla energetycznego, usunięcie licznych skupisk korzeni, w sytuacji gdy roboty te, jako wykonane poza zakresem zobowiązania z umowy Nr (...), nie wchodziły w zakres ceny ryczałtowej, a zapłata za nie winna być dokonana w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu;

- art 484 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i nieuwzględnienie okoliczności uzasadniających miarkowanie wysokości kar umownych w postaci wykonania przez powoda zobowiązania w znacznej części i zastrzeżenia kar umownych rażąco wygórowanych, a w konsekwencji nieprawidłowe ich naliczenie;

3. naruszenie art. 647 k.c. w związku z art 58 § 1 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwany winien dokonać protokolarnego odbioru końcowego robót realizowanych przez powoda w ramach umowy Nr (...) oraz w ramach umowy Nr (...) dopiero w przypadku stwierdzenia braku występowania jakichkolwiek wad czy usterek, a co za tym idzie, do tego czasu powód pozostaje w zwłoce z zakończeniem przedmiotu umowy i w konsekwencji przyjęcie, iż pozwany uprawniony był do naliczania kar umownych z tytułu opóźnienia w wykonaniu przedmiotowych umów do dnia podpisania przez strony bezusterkowego protokołu odbioru robót.

Wskazując na powyższe zarzuty, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie powództwa w zaskarżonym zakresie oraz w części orzekającej o kosztach postępowania.

Pozwany zaskarżył wyrok w części, tj. w zakresie punktu I, III oraz V, zarzucając naruszenie:

1. przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez sprzeczne z zasadami swobodnej oceny dowodów, w tym w szczególności wbrew treści dowodu z uzupełniającej opinii biegłego, jak i wbrew treści poczynionych przez sam Sąd I instancji ustaleń faktycznych oraz wbrew treści § 12 umowy nr (...) przyjęcie, że opóźnienie w realizacji prac budowlanych wykonywanych przez powoda na podstawie umowy nr (...) wynosiło 52 dni (a nie 57 dni), co w

konsekwencji doprowadziło Sąd I instancji do błędnej konkluzji, iż kara umowna w zakresie kwoty w wysokości 5 420,54 zł została naliczona przez pozwanego bezpodstawnie;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 476 k.c. poprzez jego bezpodstawne zastosowanie w drodze przyjęcia braku zawinienia po stronie powoda w opóźnieniu przy realizacji prac budowlanych spowodowanym kolizją ogrodzenia ze składowiskiem azbestu, podczas gdy § 12 umowy nr (...) sankcjonował powoda za opóźnienie, a nie zwłokę w niedotrzymaniu terminu jej realizacji i zagadnienie winy nie ma znaczenia przy naliczaniu kary umownej, co w konsekwencji doprowadziło Sąd I instancji do błędnej konkluzji, iż kara umowna w zakresie kwoty w wysokości 5 420,54 zł została naliczona przez pozwanego bezpodstawnie;

3. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez sprzeczne z zasadami swobodnej oceny dowodów wyciągnięcie błędnych wniosków na podstawie jedynie opinii biegłego a nie znajdujących pokrycia w pozostałym materiale dowodowym, w szczególności wniosków, iż w związku z realizacją umowy nr (...) pozwany wymagał zastosowania w stosunku do płotu normy (...) że powód spełnił w zakresie płotu betonowego prefabrykowanego wymagania pozwanego lub właściwej, nowej normy (...) mimo iż jak wynika z opinii biegłego nie było to możliwe do ustalenia wobec zeszlifowania i zaszpachlowania tego płotu, co doprowadziło Sąd I instancji do błędnej konkluzji, że powód zrealizował roboty dodatkowe w postaci szlifowania oraz szpachlowania powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego, za które należy się dodatkowe (przenoszące umowne) wynagrodzenie w wysokości 13124,70 zł wraz z odsetkami, podczas gdy umowa nr (...) przewidywała wynagrodzenie ryczałtowe obejmujące wszelkie nakłady, jak również nie został sporządzony przez strony żaden protokół konieczności lub aneks do umowy potwierdzający zakwalifikowanie ww. robót do kategorii robót dodatkowych;

4. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 6 k.c. poprzez brak jego zastosowania, co doprowadziło do błędnego przyjęcia przez Sąd I instancji, iż powód spełnił w zakresie płotu betonowego prefabrykowanego wymagania pozwanego lub wymagania (...) mimo iż jak wynika z opinii biegłego nie było to możliwe do ustalenia wobec zeszlifowania i zaszpachlowania tego płotu, a jest to okoliczność, której ciężar udowodnienia spoczywa na powodzie wobec żądania przez niego zapłaty dodatkowego wynagrodzenia tytułem realizacji tych prac;

5. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 632 § 1 k.c. poprzez jego niezastosowanie w drodze uznania szlifowania i szpachlowania powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego za roboty dodatkowe, za które należy się dodatkowe wynagrodzenie, podczas gdy umowa nr (...) przewidywała wynagrodzenie ryczałtowe dla powoda, w związku z czym powód nie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia i nie zasługiwał na ochronę prawną w tym zakresie.

Wskazując na powyższe zarzuty, wniósł o zmianę wyroku w części poprzez oddalenie powództwa również w zakresie kwot zasądzonych na rzecz powoda w pkt I oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego pełnych kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, według norm prawem przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja powoda w części była zasadna, natomiast niezasadna była apelacja pozwanego.

Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne Sądu I instancji zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Są one konsekwencją prawidłowej oceny zgromadzonego w niniejszej sprawie materiału dowodowego. Częściowe zastrzeżenia budzi natomiast zastosowanie przez ten Sąd przepisów prawa materialnego, bowiem w ocenie Sądu Apelacyjnego zaistniały w sprawie okoliczności do miarkowania kary umownej.

W obu apelacjach postawiono zarówno zarzuty naruszenia prawa procesowego, jak i materialnego. Logiczne jest, że prawidłowość zastosowania lub wykładni prawa materialnego może być właściwie oceniona jedynie na kanwie niewadliwego ustalenia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. Skuteczne zatem zgłoszenie zarzutu naruszenia prawa materialnego wchodzi zasadniczo w rachubę tylko wtedy, gdy ustalony przez sąd I instancji stan faktyczny, będący

podstawą rozstrzygnięcia zaskarżonego wyroku, nie budzi zastrzeżeń. Powyższe rodzi konieczność rozpoznania w pierwszym rzędzie oceny dokonanych ustaleń zmierzających do zakwestionowania ustaleń faktycznych, w związku z zarzutami obu apelacji naruszenia prawa procesowego - art. 233 § 1 k.p.c.

Niezasadne były zarzuty co do naruszenia powołanego wyżej przepisu formułowane w obu apelacjach. Powód akcentował dokonanie przez Sąd I instancji dowolnej oceny materiału dowodowego, a w konsekwencji poczynienia błędnych ustaleń faktycznych, mających istotny wpływ na wydanie rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, co miało wynikać, jak wskazano w uzasadnieniu tego zarzutu, z przekroczenia swobodnej oceny materiału dowodowego. Zasada swobodnej oceny dowodów, wyrażona w art. 233 § 1 k.p.c. nie oznacza bynajmniej oceny zupełnie dowolnej, nieskrępowanej żadnymi ograniczeniami. Granicami swobodnego uznania sędziowskiego w zakresie oceny dowodów są między innymi zasady logicznego rozumowania, naturalne związki przyczynowo-skutkowe z nich wynikające, wskazania doświadczenia życiowego czy udokumentowana wiedza naukowa. Konieczność oceny poszczególnych dowodów z uwzględnieniem wskazanych wyżej czynników jest jednak obowiązkiem wtórnym do obowiązku podstawowego, bez którego prawidłowe ustalenie stanu faktycznego w danej sprawie jest niemożliwe, a którym jest przyporządkowanie do każdego poczynionego ustalenia dowodów, z których ma ono wynikać. W niniejszej sprawie Sąd I instancji w zakresie dokonanych ustaleń faktycznych tak postępował. Zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. znajduje uzasadnienie jedynie wówczas, gdy strona stawiająca taki zarzut wykaże, że sąd meriti uchybił zasadom logicznego myślenia lub doświadczenia życiowego, a przeprowadzona przez ten sąd tzw. selekcja dowodów uchybia zasadom logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i - ważąc ich moc oraz wiarygodność - odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu. Swobodna ocena dowodów rozumiana jak wyżej jest prawem sądu orzekającego - stąd kontrola prawidłowości tej oceny dokonywana przez sąd odwoławczy musi być z reguły ostrożna. Pamiętać bowiem należy o tym, iż sąd odwoławczy w tym zakresie dokonuje prawidłowości oceny dowodów, których sam nie przeprowadził. Uznania za zasadny zarzut naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. nie uzasadnia wywód przedstawiający odmienną ocenę szczegółowych faktów składających się na stan faktyczny, stanowiący jako całość podstawę orzeczenia co do istoty sprawy, choćby ten wywód odpowiadał regułom logiki. Wiarygodność i moc poszczególnych dowodów nie podlega klasyfikacji parametrycznej, stąd przekonanie stron postępowania może być odmienne od przekonania składu orzekającego. Rozwiązanie pozornej sprzeczności istnienia dwóch usprawiedliwionych sądów tkwi w ustawowym przyznaniu kompetencji składowi orzekającemu ustalenia według swobodnego uznania, którą spośród prawdopodobnych wersji uznaje za prawdziwą. Ponowna ocena materiału dowodowego przez Sąd Odwoławczy prowadzi do wniosków tożsamyh z wynikami tej oceny przez Sąd I instancji i uzasadnia konkluzję, że Sąd ten nie dopuścił się naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zakresie wskazywanym przez powoda (poza kwestiami związanymi z miarkowaniem kary umownej). Podkreślić tu trzeba, że w okolicznościach niniejszej sprawy zarówno ustalenie czy i ewentualnie które roboty wskazywane przez powoda można uznać za dodatkowe oraz jaka jest ich wartość, jak i ustalenie która z podnoszonych okoliczności uzasadnia uznanie opóźnienia w zakończeniu robót za niezawinione przez wykonawcę, wymagały wiedzy specjalnej z zakresu budownictwa. Słusznie zatem Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego właściwej specjalności na te okoliczności. Biegły wypowiedział się co do tego w opinii głównej oraz w opiniach uzupełniających (także na rozprawie) oraz wyczerpująco odniósł się do zastrzeżeń stron do jego opinii. Ostatecznie nie zgłosiły one dalszych zastrzeżeń, nie wnosiły również o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego tak przed Sądem Okręgowym, jak i w postępowaniu apelacyjnym. Biorąc pod uwagę powyższe, a także rzetelne, wyczerpujące i fachowe argumenty biegłego trafnie Sąd I instancji oparł znaczną część swoich ustaleń na opinii biegłego

Z tej samej przyczyny chybione były też zarzuty naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. podnoszone przez pozwanego. Przyjęcie przez Sąd I instancji, że powód wykazał, że część opóźnień w zakończeniu prac wynikających z umowy nr (...) nastąpiła na skutek okoliczności przez niego niezawinionych było w pełni uzasadnione. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, który opierając się na opinii biegłego sądowego przyjął, że w trakcie wykonywania robót miały miejsce różne zdarzenia, w tym doszło do pięciodniowej przerwy spowodowanej odkryciem azbestu i koniecznością jego usunięcia, które miało wpływ na zakończenie robót. Odnosząc się z kolei do zarzutu zakwalifikowania szlifowania

oraz szpachlowania powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego do kategorii robót dodatkowych, to również w tym zakresie ten Sąd posiłkował się opinią biegłego sądowego, który uznał, iż szlifowanie i szpachlowanie płotu betonowego prefabrykowanego, z uwagi na to że zgodnie z poleceniem pozwanego miało spełniać inną normę niż wynikało to z dokumentacji projektowej, wykraczało poza zakres umowy nr. (...). Jednocześnie Sąd II instancji ponownie podkreśla, że opinia ta nie była ostatecznie podważana przez żadną ze stron postępowania.

Nie ulega wątpliwości, że powód wykazał wszystkie przesłanki dochodzonych roszczeń z tytułu wynagrodzenia umownego za roboty budowlane (prace zostały wykonane i odebrane przez zamawiającego – art. 647 k.c.). Dla rozstrzygnięcia sprawy istotne było, czy prace wynikające z umów nr (...) powód wykonał w terminach z nich wynikających, albowiem z uwagi na naruszenie terminów ich wykonania pozwany dokonał naliczenia, a następnie potrącenia kar umownych z wynagrodzenia należnego powodowi. W tym aspekcie wskazać należy, że powód jako profesjonalista przyjął na siebie ryzyko wykonania umów w terminach w niej określonych pod rygorem kary umownej. Przyjmując takie zobowiązanie musiał zdawać sobie sprawę, że wskazane terminy są dość krótkie. W obu umowach terminy ich wykonania powiązано z odbiorem robót. Zauważyć zatem należy, że wierzyciel może nie przyjąć świadczenia, jeżeli ma ku temu uzasadnioną podstawę w okolicznościach konkretnego wypadku. Gdy dłużnik zaoferuje świadczenie nienależyte, zachodzi podstawa do odmowy jego przyjęcia, chyba że świadczenie tylko w nieistotnym stopniu narusza zobowiązanie, a tym samym nie zagraża zaspokojeniu celu zobowiązania i interesu wierzyciela. Gdyby wierzyciel odmówił przyjęcia świadczenia, a odmowa byłaby usprawiedliwiona, zobowiązanie byłoby niewykonane, gdyż nie doszłoby do zaspokojenia interesu wierzyciela. Wykonanie przedmiotu umowy z wadami może być równoznaczne albo z niewykonaniem, albo z nienależytym wykonaniem zobowiązania. Niewykonanie zobowiązania zachodzi, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia właściwe korzystanie z przedmiotu objętego umową, zgodnie z celem umowy albo odbiera mu cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając jego wartość (wada istotna), natomiast pozostałe wady świadczą tylko o nienależytym wykonaniu zobowiązania co do jakości. Rozróżnienie wad istotnych od nieistotnych ma o tyle znaczenie, że rzutuje na ocenę wykonania lub niewykonania zobowiązania. Na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe wady świadczą jedynie o nienależytym wykonaniu zobowiązania. Wyłącznie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, rzutując tym samym na wymagalność roszczenia o wynagrodzenie za ich wykonanie (art. 647 k.c.). Wady nieistotne oznaczają natomiast wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, determinując zaktualizowanie uprawnień zamawiającego z tytułu rękojmi lub gwarancji.

Jeśli chodzi o umowę Nr (...) to podzielić trzeba ustalenie, że strona powodowa przekroczyła określony w niej termin wykonania zakończenia prac. Sąd Apelacyjny nie ma przy tym wątpliwości, że wykonawcę obowiązywał termin ustalony przez strony w umowie, która w § 3 stanowiła, iż termin wynosi 120 dni i liczy się go od dnia zawarcia umowy, tj. od 24 czerwca 2015 r. Wbrew twierdzeniom skarżącego, terminu realizacji umowy nie mógł zmienić protokół przekazania placu budowy, który nie stanowił integralnej części umowy, ani też nie może być uznany za jej modyfikację w tym zakresie, bowiem nie został podpisany przez osoby uprawnione do reprezentacji pozwanego. Dlatego, mimo wypowiedzianych na potrzeby niniejszego postępowania twierdzeń powoda uznać należy, że zgodny zamiar stron i cel umowy przewidywał termin realizacji prac na 22 października 2015 r. Na marginesie należy wskazać, że również podnoszone przez skarżącego w piśmie z dnia 1 czerwca 2018 zarzuty (k. 500), w których powołuje się między innymi na niemożność rozpoczęcia wykonania przedmiotu umowy od dnia jej podpisania z uwagi na nieudostępnienie mu w tym czasie budynków, nie zasługują na uwzględnienie (plac budowy udostępniono mu w terminie ustalonym w umowie). Brak jest także podstaw do przyjęcia, że podczas czynności odbiorowych w dniu 23 października 2015 r. roboty były wykonane z wadami jedynie nieistotnymi, wobec czego zamawiający nie miał podstaw do odmowy odbioru. O tym, że prace nie były wykonane w stopniu uzasadniającym ich odbiór przekonuje przede wszystkim podpis przedstawiciela powoda pod protokołem z tej daty, w którym powyższe stwierdzenie zawarto (k. 126). Nadto twierdzenia apelacji w tym zakresie są spóźnione, bowiem powód ich wcześniej nie podnosił. W konsekwencji prawidłowe jest ustalenie, że roboty objęte tą umową powód wykonał w dacie odbioru, tj. 28 października 2015

r. (poprzez podpisanie protokołu z tej daty – k. 128, przedstawiciel powoda potwierdził także wykonanie prac z sześciomiesięcznym opóźnieniem) Zgodzić się zatem należy z oceną Sądu I instancji, który przyjął, iż pozwany był uprawniony do naliczenia kary umownej za 6 dni zwłoki w wysokości 18.761,70 zł.

Przechodząc do drugiej umowy z dnia 30 czerwca 2015r. (NR (...)), wskazać trzeba, że strona powodowa bezspornie przekroczyła określony w niej termin wykonania robót budowlanych. Według § 3 umowy termin jej realizacji upływał w dniu 28 września 2015r., tj. 90 dni od dnia zawarcia umowy. Zakończenie prac nastąpiło w dniu 24 listopada 2015r. (protokół odbioru końcowego podpisany przez prezesa powoda k.61), czyli 57 dni po terminie.

W § 12 ust 1 pkt. 1 umowy przewidziano odpowiedzialność odszkodowawczą wykonawcy (powoda) na wypadek zwłoki w terminowej realizacji zobowiązania – karę umowną (art. 483 § 1 k.c.). Oznacza to, że chcąc uwolnić się od negatywnych skutków z tym związanych, winien on był wykazać, że przekroczenie umownego terminu nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych (brak elementu zawinienia). Powyższe wprost wynika z treści art. 476 k.c., który stanowi, że dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Przepis ten ustanawia zatem domniemanie prawne, zgodnie z którym przekroczenie umownego terminu spełnienia świadczenia następuje z winy dłużnika. Dopiero obalenie tego domniemania poprzez np. wykazanie, że do opóźnienia doszło z winy kontrahenta, uwalnia dłużnika od odpowiedzialności odszkodowawczej względem niego.

Bezspornie w realiach niniejszej sprawy powód wykazał, że przekroczenie umownego terminu wykonania robót nie było przez niego zawinione, ale tylko w niewielkim zakresie, tj. w odniesieniu do 5 dni przerwy spowodowanej odkryciem azbestu i koniecznością jego usunięcia. Zgodzić się zatem należy z oceną Sądu I instancji, który oparł się w tym zakresie na opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa, że spośród okoliczności podnoszonych przez powoda jako usprawiedliwiające opóźnienie, jedynie podziemny skład azbestu i konieczność jego usunięcia spowodowała usprawiedliwione wydłużenie wykonania robót o 5 dni roboczych (k. 333). Z tych też względów całkowicie nieuprawniony jest zarzut pozwanego naruszenia art. 476 k.c. poprzez błędne zastosowanie i w konsekwencji uznanie, że kara umowna w zakresie kwoty 5.420,54 zł (1.084,11 za dzień zwłoki) została naliczona bezpodstawnie. Podkreślić tu trzeba, że odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest uwarunkowana przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 k.c. (poza poniesieniem szkody). Kara umowna stanowi formę odszkodowania umownego i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary gdy wykaze, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Strony mogą wprawdzie w umowie - zgodnie z art. 473 § 1 k.c. - rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika z przyczyn od niego niezależnych, jednakże wtedy muszą to w umowie wyraźnie określić. Nie ma bowiem podstaw do dorozumienia rozszerzonej odpowiedzialności dłużnika. W przypadku kar umownych zastrzeżonych w obu umowach stanowiących o przedmiocie niniejszego procesu brak jest takiego wyraźnego rozszerzenia odpowiedzialności, a posługiwanie się pojęciem „kara umowna” jednoznacznie wskazuje na opisane powyżej normatywne rozumienie tego pojęcia przez strony obu umów. Sam zapis, że kara należy się za opóźnienie jest w świetle powyższego niewystarczający do przyjęcia, że strony rozszerzyły odpowiedzialność na podstawie art. 473 § 1 k.c.

Zgromadzony materiał dowodowy, w szczególności zaś opinia biegłego nie pozwala uznać, aby dalsze przekroczenie umownego terminu wykonania robót (52 dni) nie było przez powoda zawinione, nie wynikało z jego niedbalstwa. Wnioski biegłego są w tej mierze stanowcze i nie ma podstaw do ich kwestionowania. Nieuzasadnione jest powoływanie się przez powoda na konieczność wykonania prac dodatkowych (szlifowanie oraz szpachlowanie powierzchni płotu betonowego prefabrykowanego), ponieważ w czasie wykonywania szlifowania i szpachlowania nie zakończono jeszcze całości robót objętych umową – wynika to w oczywisty sposób z opinii biegłego. Nie zasługują też na uwzględnienie argumenty skarżącego co do niekorzystnych czynników zewnętrznych w postaci licznych korzeni

oraz konarów drzew, które mógł przewidzieć przeprowadzając oględziny przed zawarciem umowy, czy też z uwagi na wykrycie przewodu elektrycznego w przebiegu płotu, który de facto zajmował jedynie 4 m z jednej strony (od strony bramy głównej). Nic nie stało na przeszkodzie, aby powód kontynuował prace w innym miejscu.

Wskazano już powyżej, że samo zgłoszenie gotowości do odbioru końcowego nie świadczy o tym, że taki odbiór mógł nastąpić. Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie wytrzymuje krytyki stanowisko powoda zawarte w apelacji, jakoby roboty należało odebrać w dniu 7 października 2015r. Z opinii biegłego oraz z protokołów przerwania odbioru robót wynika bowiem, że w tej oraz kolejnych datach (tj. 7.10. 2015r. - k.46, 13.10. 2015r. - k. 47, 3.11.2015r. - k. 147 oraz 10.11.2015r. - k. 56) nie była wykonana całość robót, tj. nie obetonowano należycie, zgodnie ze specyfikacją słupów ogrodzeniowych, co z kolei negatywnie rzutowało na trwałość i stabilność ogrodzenia Jednostki Wojskowej w B.. Dowody zebrane w sprawie jednoznacznie wskazują, że w rzeczywistości niezbędne prace wykończeniowe trwały aż do daty odbioru, tj. do 24 listopada 2015r. Skarżący nie zakwestionował skutecznie tych ustaleń. Powodowi nie udało się zatem dowieść istnienia przesłanki egzoneracyjnej, a mianowicie, że opóźnienie w zakończeniu zleconych mu w umowie robót budowlanych było spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialności nie ponosi (art. 476 zd.2 k.c.) Mając powyższe na uwadze uznaje należy, że pozwany co do zasady mógł naliczyć karę umowną na podstawie art. 483 § 1 k.c. w wymiarze 52 dni.

Konsekwencją zwłoki w wykonaniu umowy było uprawnienie zamawiającego do obciążenia wykonawcy karami umownymi. Powstała zaś z tego tytułu wierzytelność mogła być potrącona z dochodzonymi w niniejszym postępowaniu wierzytelnościami powoda

W tym miejscu wskazać trzeba, że pozwanemu przysługiwało również uprawnienie do potrącenia kwoty 10.841,09 zł tytułem kary umownej za niezgłoszenie umowy z podwykonawcą, co znajduje oparcie w zapisach umowy (§ 9 ust.4). Godzi się zauważyć, że powód w apelacji okoliczności tej nie kwestionował, a jedynie twierdził, że kara ta winna zostać obniżona, o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia.

Sąd Apelacyjny zgadza się również z ustaleniami i stanowiskiem Sądu Okręgowego dotyczącym zasądzenia na rzecz powoda wynagrodzenia za prace dodatkowe, choć z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wynika w oparciu o jaką podstawę prawną wynagrodzenie to zostało przez Sąd a quo uwzględnione.

Odnosząc się do tej okoliczności na wstępie wskazać należy, że powód w trakcie postępowania oraz w apelacji domagał się zasądzenia wynagrodzenia za roboty dodatkowe na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Sąd Apelacyjny zgadza się ze stanowiskiem skarżącego, że do ustalonego stanu faktycznego winny znaleźć zastosowanie te przepisy.

Odnosząc się do tej podstawy prawnej na wstępie wskazać należy, że strony zawarły umowę w trybie zamówień publicznych. Z przepisu art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika obowiązek zamawiającego prawidłowego, pełnego opisanie zamówienia. Ponadto z przepisu art. 31 tej ustawy, stanowiącego przepis szczególnie w zakresie dotyczącym umowy o roboty budowlane wynika, że zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Z okoliczności przedmiotowej sprawy wynika, że strony w umowie nie przewidziały wynagrodzenia za prace dodatkowe, natomiast konieczność zachowania norm budowlanych narzuconych przez zamawiającego w trakcie wykonywania robót doprowadziła do sytuacji, w której powód wykonał prace w szerszym charakterze niż wynikało to z dokumentacji i opartym na niej przedmiarze. Strony nie dokonały zmiany umowy celem ustalenia zasad wynagrodzenia w stosunku do dodatkowych robót w zakresie części prac wykonanych w większym rozmiarze niż wynika to z dokumentacji, pozwany jest zatem wzbogacony kosztem powoda. Z opinii biegłego złożonej na rozprawie przed Sądem Okręgowym w dniu 22 września 2017r. wynika, że były to prace związane ze szlifowaniem powierzchni płyt betonowych i ich szpachlowaniem. Biegły wskazał, że w opinii głównej nie uwzględnił normy (PN- (...)), która obowiązywała w czasie wykonywania robót i była łagodniejsza od tej przyjętej w opinii głównej, co z kolei pozwalało na zakwalifikowanie tych dwóch prac do robót dodatkowych (protokół (...):06:44-00:15:28). W tych okolicznościach dodatkowe roboty winny być rozliczone kosztorysowo, według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, zaś ich

łącny koszt to kwota 13.124,70 zł, którą prawidłowo zasądził Sąd I instancji na podstawie art. 405 k.c. W pozostałym zaś zakresie roboty wyszczególnione przez powoda w piśmie z dnia 31 grudnia 2015 r. nie podlegają dodatkowemu wynagrodzeniu, bowiem biegły stanowczo wskazał, że wchodziły one w zakres robót umownych. Podzielając powyższe stwierdzić należy, że pozwany nie jest obowiązany do dodatkowej zapłaty za te roboty, bowiem nie jest w tym zakresie wzbogacony. Zgodnie z opinią, takie prace jak usunięcie kabla energetycznego, karczowanie korzeni drzew wchodzi w zakres robót związanych z remontem ogrodu. Zatem koszty związane z tymi pracami powód jako profesjonalista winien był przewidzieć w ramach wynagrodzenia ryczałtowego nawet jeżeli przedmiar robót ich nie przewidywał, są to bowiem koszty oczywiste, wynikające z konieczności wykonania robót budowlanych objętych zakresem dokumentacji projektowej i umowy (vide opinia biegłego k- 328-330). W efekcie nieuprawniony pozostawał również zarzut pozwanego naruszenia art. 632 § 1 k.c., skoro konstrukcja wynagrodzenia ryczałtowego nie wyklucza żądania przez przyjmującego zamówienie wynagrodzenia za prace nieobjęte umową (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2014 r. I CSK 568/13, L.).

Zaznaczyć w tym miejscu należy, że powód w apelacji, poza zarzutami odnoszącymi się do samej zasadności obciążenia go karą umowną, podniósł zarzut jej nadmiernego wygórowania. Zarzut ten w części należało podzielić.

Przede wszystkim trzeba przypomnieć, że art. 484 § 2 k.c., statuuje wyjątek od sformułowanej w art. 483 § 1 k.c. zasady, że w razie wyrządzenia wierzycielowi szkody przysługuje mu kara umowna w zastrzeżonej wysokości, bez względu na wysokość tej szkody. Stanowi on mianowicie, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej oraz że to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. W rozpoznawanej sprawie kara umowna była zastrzeżona na wypadek nieterminowego wykonania przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu (§12 ust.1 pkt a obu umów), a także jako 0,1 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia z tytułu nieprzedłożenia umowy z podwykonawcą (§12 ust.1 umowy nr (...)). Jak wyżej wykazano, niewątpliwie doszło do naruszenia treści zobowiązania w zakresie terminu spełnienia świadczenia, zobowiązania zostały bowiem wykonane ze zwłoką. Stąd też rozważeniu podlegać mogła jedynie przesłanka rażącego wygórowania kary (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2014 r., IV CSK 416/13, M. Prawn. 2014/19/1026). Podkreślić przy tym trzeba, że Sąd Apelacyjny prezentuje stanowisko, że sam fakt zastrzeżenia kary umownej na wypadek zwłoki w wykonaniu zobowiązania nie wyklucza stosowania pierwszej z powołanych wyżej przesłanek miarkowania kary, jednakże okoliczność wykonania zobowiązania w znacznej części w terminie może być brana pod uwagę jako podstawa miarkowania kary wówczas, gdy terminowe wykonanie znacznej części zobowiązania pozytywnie oddziaływało na sytuację wierzyciela (np. mógł on korzystać z części przedmiotu zobowiązania przed jego całkowitym wykonaniem). W okolicznościach niniejszej sprawy nie ma jednak przesłanek do takiego wniosku, twierdzeń takich nie przedstawił sam powód, uznać zatem trzeba, że ta przesłanka miarkowania nie ma w sprawie zastosowania.

Pojęcie drugiej z przesłanek miarkowania jest nieostre, gdyż ustawodawca nie sprecyzował kryteriów istotnych dla oceny rażącego wygórowania kary umownej. Wskazuje się w judykaturze, że ocena wysokości kary umownej w kontekście jej rażącego wygórowania może być dokonywana na podstawie takich m.in. kryteriów jak stosunek pomiędzy wysokością kary umownej a wartością całego zobowiązania głównego, stosunek wartości kary umownej do wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem, porównanie wartości kary umownej z wartością szkody powstałej po stronie wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Pamiętać przy tym należy, że instytucja miarkowania kary umownej należy do praw tzw. sędziowskich, co oznacza, że do sądu należy wybór kryteriów, na podstawie których poddaje on kontroli wysokość kary umownej.

Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem judykatury w wypadku miarkowania kary umownej ze względu na jej rażące wygórowanie za zasadnicze kryterium oceny rażącego wygórowania należy uznać właśnie stosunek wysokości kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela. Skoro kara umowna ma zastąpić odszkodowanie, to właściwego kryterium jej redukowania należy poszukiwać właśnie w tej płaszczyźnie. Kryterium relacji kary umownej do wysokości należnego wierzycielowi odszkodowania należy do kryteriów najbardziej uniwersalnych, umożliwia bowiem zachowanie konstrukcyjnej niezależności kary umownej od wysokości poniesionej szkody (por. uchwała Sądu

Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r. III CZP 61/2003, OSNC 2004/5 poz. 69), a ponadto pozwala na uwzględnienie okoliczności mających decydujący wpływ na wysokość ustalonego odszkodowania na zasadach ogólnych.

W ocenie Sądu Apelacyjnego brak jest okoliczności uzasadniających przyjęcie, że kara umowna naliczona na podstawie umowy nr (...) jest rażąco wygórowana i powinna podlegać miarkowaniu. Godzi się zauważyć, że powód nie zgłosił takiego zarzutu przed Sądem I instancji - w pozwie żądał miarkowania jedynie kar z umowy nr (...), zaś jego pismo z dnia 1 czerwca 2018r. odnosi się wyłącznie do zarzutów z pozwu, a zatem wyłącznie do umowy Nr (...). W konsekwencji, nie powoływał się też na brak szkody po stronie pozwanego. Jego obecne twierdzenia o braku takiej szkody są zaś gołosłowne. Jest oczywiste, że w przypadku nieterminowego wykonania remontu budynku należącego do jednostki sektora publicznego trudno wskazać łatwo wymierną, prostą do wyliczenia szkodę. Nie oznacza to jednak, że zwłoka wykonawcy nie powoduje negatywnych skutków materialnych po stronie takiego zamawiającego, jak np. konieczność dalszego wykonywania zadań związanych z nadzorowaniem budowy przez pracowników, którzy mogliby zostać wykorzystani do innych prac (szkodą jest tu choćby wypłacone im wynagrodzenie za ten okres), konieczność takiego zorganizowania funkcjonowania jednostki na przedłużający się czas remontu, by należycie wykonywała swoje zadania i wiążące się z tym koszty. Szkodę tego rodzaju poniósł zatem także pozwany i nieuzasadnione są twierdzenia powoda o braku szkody. Biorąc pod uwagę niezbyt znaczącą wysokość naliczonej na podstawie tej umowy kary (18.761,70 zł) oraz odnosząc to zwiększonych kosztów funkcjonowania pozwanego i uwzględniając inne funkcje kary umownej (w tym dyscyplinującą i represyjną) należy uznać, że omawiana kara nie może być uznana za rażąco wygórowaną i nie należy jej miarkować (także biorąc pod uwagę jej relację do wartości wynagrodzenia umownego).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego odmiennie przedstawia się kwestia rażącego wygórowania kar z umowy nr (...). Wskutek opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy pozwany poniósł szkodę poprzez opisane powyżej wydatki, czy też te związane koniecznością zapewnienia należytej ochrony obiektu wojskowego pozbawionego na czas przedłużającego się remontu ogrodzenia jednostki wojskowej, jednakże wysokość tej szkody należy oszacować na kwotę znacznie niższą od naliczonej kary (56.373,72zł). Nadto kara ta stanowi znaczną część umówionego wynagrodzenia (ponad 25%). Dlatego, nawet przy uwzględnieniu innych funkcji kary umownej, naliczoną karę należy uznać za wygórowaną. Pozwany nie poniósł też znacznej szkody w związku z niezgłoszeniem przez powoda podwykonawcy, choć w tym celu musiał przedsięwziąć kroki związane ze złożeniem stosownej kwoty do depozytu sądowego (koszty obsługi prawnej). Niezłożenie umowy z podwykonawcą nie naraziło go na odpowiedzialność z art. 647¹k.c. Zatem także tu zachodzi rażące wygórowanie kary, które winno skutkować jej zmniejszeniem pomimo, że kwota kary nie jest tak wysoka (10.841,09 zł). Zdaniem Sądu Apelacyjnego zaakceptowanie kar w naliczonej wysokości doprowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca (powód) mógłby zostać pozbawiony zasadniczej części wynagrodzenia za wykonaną pracę, a pozwany mógłby wręcz wzbogacić się kosztem powoda, pomimo że ten ostatecznie wykonał zlecone mu prace. Ponadto na opóźnienie w wykonaniu robót w niniejszej sprawie wpływ miały niewątpliwie trudności w postaci konieczności usunięcia kabla czy karczowania drzew – wprawdzie obciążają one powoda, to jednak wskazują, że przyczyny zwłoki nie wynikały z dużego nasilenia złej woli powoda.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego okoliczności niniejszej sprawy pozwalają uznać, że kary umowne w wysokości odpowiednio 56.373,72 zł oraz 10.841,09 zł są rażąco wygórowane, a wniosek powoda o ich miarkowanie powinien zostać uwzględniony do 50% naliczonych kar, tj. do kwoty 28.186,86 zł w przypadku pierwszej kary oraz 5.420,54 zł w przypadku kary drugiej. W takim jedynie zakresie oświadczenia pozwanego o potrąceniu mogą być uznane za skuteczne (art. 498 § 1 i 2 k.c.). Z uwagi na fakt, że obie nienależenie potrącone (po zmiarkowaniu) części kary były objęte jednym oświadczeniem o potrąceniu dotyczącym należności z faktury, uwzględnionej przez Sąd Okręgowy do kwoty 5.420,54zł, należało je zatem zsumować i na podstawie art. 647 k.c. zasądzić łącznie kwotę 39.027,94 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od niekwestionowanej przez strony daty (art. 481 k.c.).

Konsekwencją powyższej zmiany wyroku i oddalenia powództwa w pozostałej części była także konieczność korekty orzeczenia o kosztach procesu w pierwszej instancji. Ostatecznie żądanie powoda zostało uwzględnione jedynie w około 40% (52.152,64zł /130.030,70zł), wobec czego, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 100 k.p.c., poniesione przez strony koszty procesu (koszty zastępstwa procesowego w wysokości odpowiednio: 7.217zł i 7.200 zł) zostały

rozdzielone stosownie do ostatecznego wyniku sprawy (40% - 60%). W efekcie tego należało zasądzić od powoda na rzecz pozwanego kwotę 1433,20 zł (4.320zł - 2.886,80zł).

Gdy zaś chodzi o koszty sądowe, to wyrażały się one kwotą 11.587,23 zł, na które składały się: opłata od pozwu w wysokości 6.502 zł, od której powód był zwolniony oraz wydatki w kwocie 5.085,23 zł. Skarb Państwa jest zwolniony z opłat sądowych, dlatego na zasadzie art. 113 ust.1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych pozwany winien uiścić 40% tej ostatniej kwoty, tj. 2.034,09 zł.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok (pkt I) i oddalił apelację powoda w pozostałej części, a apelację pozwanego w całości (pkt II) w oparciu o art. 385 k.p.c.

O kosztach procesu za drugą instancję również orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. i art. 108 §1 k.p.c., mając na uwadze wynik postępowania odwoławczego (44,3%-55,7%), przy założeniu, że w skład kosztów poniesionych przez strony wchodzi wynagrodzenie ich reprezentantów procesowych w stawkach minimalnych wynikających z powołanych przez Sąd I instancji przepisów rozporządzeń.

(...)