

Sygn. akt I A Ga 126/18

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 listopada 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Beata Wojtasiak
Sędziowie	:	SSA Bogusław Dobrowolski (spr.) SSA Jarosław Marek Kamiński
Protokolant	:	Małgorzata Sakowicz - Pasko

po rozpoznaniu w dniu 24 października 2018 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **M. A.**

przeciwko **C. B.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji **powoda**

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 29 grudnia 2017 r. sygn. akt VII GC 294/14

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 4.050 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej.**

(...)

## UZASADNIENIE

Powód M. A. w pozwie skierowanym przeciwko C. B. domagał się zasądzenia łącznie kwoty 133.814,78 zł, na którą składały się kwota 69.120,00 zł tytułem zapłaty za fakturę nr (...) z dnia 31 grudnia 2013 r. wraz odsetkami ustawowymi za każdy dzień opóźnienia od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty; kwota 5.982,19 zł tytułem skapitalizowanych odsetek ustawowych za opóźnienie w zapłacie faktury nr (...) z dnia 31 grudnia 2013 r. wraz z odsetkami ustawowymi za każdy dzień opóźnienia od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty; kwota 24.159,60 zł tytułem zapłaty za fakturę nr (...) z dnia 31 grudnia 2013 r. wraz z odsetkami ustawowymi za każdy dzień opóźnienia od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty; kwota 1.841,42 zł tytułem skapitalizowanych odsetek ustawowych za opóźnienie w zapłacie faktury (...)

z dnia 31 grudnia 2013 r. wraz z odsetkami ustawowymi za każdy dzień opóźnienia od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty; kwota 32.400,00 zł tytułem zapłaty za fakturę nr (...) z dnia 1 września 2014 r. wraz z odsetkami ustawowymi za każdy dzień opóźnienia od dnia następnego po upływie terminu płatności tj. od dnia 4 września 2014 r. do dnia zapłaty oraz kwota 311,57 zł tytułem skapitalizowanych odsetek ustawowych za opóźnienie w zapłacie faktury nr (...) z dnia 1 września 2014 r. wraz z odsetkami ustawowymi za każdy dzień opóźnienia od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty, a także kosztów postępowania.

Powód wskazał, że strony łączyły umowy o roboty budowlane z dnia 20 czerwca 2011 r. oraz umowa o roboty budowlane z dnia 11 czerwca 2012 r., które dotyczyły wykonania instalacji wentylacji i klimatyzacji w budynku przy ul. (...) w W.. Powód zobowiązał się w nich do wykonania w dwóch etapach robót budowlanych wraz z dostawą urządzeń i materiałów. Zakres tych robót szczegółowo określały umowy, dokumentacja techniczna z grudnia 2008 r. oraz rysunek techniczny. Termin wykonania umowy z dnia 20 czerwca 2011 r. został określony na dzień 31 sierpnia 2011 r., a w umowie z dnia 11 czerwca 2012 r. na dzień 30 czerwca 2012 r. W trakcie realizacji zobowiązania powód dostrzegł liczne nieprawidłowości pomiędzy dokumentacją techniczną z grudnia 2008 r. a przekazaną dokumentacją wykonawczą oraz wykonanym w stanie surowym budynkiem. Zgłaszał to pozwanemu, z którym ustalili, że wszelkie roboty zamienne i dodatkowe wynikłe z rozbieżności dokumentacji będą uwzględnione przy ostatecznych rozliczeniach i będą dodatkowo płatne. Znacząco to wpłynęło na opóźnienia w realizacji prac. Podobnie upadłość generalnego wykonawcy oraz brak koordynatora na budowie. W dniu 22 maja 2013 r. został sporządzony protokół końcowy odbioru wszystkich robót, natomiast w dniu 10 października 2013 r. sporządzono protokół odbioru robót dodatkowych. Oba protokoły nie zawierały zastrzeżeń do jakości wykonanych prac. Pozwany jednak nie opłacił spornych faktur, które stanowią podstawę dochodzonego roszczenia.

Pozwany C. B. zażądał oddalenia powództwa oraz zasądzenia kosztów procesu. Twierdził, że przy realizacji inwestycji powód popełnił błędy, a jego ekipa budowlana pracowała zbyt wolno. Z uwagi na opóźnienia w wykonaniu umowy obciążył powoda karami umownymi w wysokości 0,5% wartości umowy netto za każdy dzień opóźnienia, tj. 1.792.800 zł. Ponadto powód został obciążony karami umownymi w wysokości 20% wartości umowy netto za opóźnienie wykonawcy przekraczającego 7 dni w wykonaniu robót pośrednich, tj. 96.000 zł. Pozwany także nałożył na powoda karę umowną za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy w wysokości 175.040 zł. Pozwany zgłosił zarzut potrącenia przysługujących mu wierzytelności z tytułu naliczenia kar umownych z roszczeniem powoda. Ponadto zakwestionował prawidłowość wystawionej faktury VAT nr (...) z dnia 1 września 2014 r., która obejmowała te same roboty, które zostały uwzględnione w fakturze nr (...). Podniósł także, iż zgodnie z treścią umów, zamawiającemu przysługiwało prawo potrącenia kaucji gwarancyjnych w wysokości 5% wartości każdej z faktur wystawionych przez wykonawcę.

Pismem z dnia 3 sierpnia 2015 r. powód wniósł o ewentualne zmiarkowanie kary umownej. Na rozprawie w dniu 22 maja 2017 r. pozwany zmodyfikował zarzut potrącenia w ten sposób, że żądał kar umownych za 359 dni z tytułu pierwszej umowy, w kwocie 861.600 zł i za 165 dni w zakresie drugiej umowy - w kwocie 52.800 zł

Sąd Okręgowy w Białymstoku wyrokiem z dnia 20 grudnia 2017 r. oddalił powództwo i obciążył powoda kosztami procesu na rzecz pozwanego.

Według ustaleń tego Sądu strony łączyły następujące umowy o roboty budowlane: umowa z dnia 20 czerwca 2011 r. oraz umowa z dnia 11 czerwca 2012 r. Umowy te dotyczyły wykonania instalacji wentylacji i klimatyzacji w budynku przy ul. (...) w W.. Zgodnie z § 1 pkt 1 lit. a) umowy z dnia 20 czerwca 2011 r. powód podjął się realizacji zadania polegającego na wykonaniu wentylacji mechanicznej i grawitacyjnej oraz klimatyzacji zgodnie z dokumentacją techniczną (instalacja wentylacji mechanicznej i klimatyzacji z grudnia 2008 r.). Instalacja klimatyzacji obejmowała jedynie rozprowadzanie czynnika i kanalizacji bez jednostek klimatyzujących. Natomiast w § 1 pkt 1 lit. b) powód miał wykonać wszystkie przejścia przez przegrody klasowe o odporności ogniowej EI związanych z wykonaniem wentylacji mechanicznej i grawitacyjnej oraz klimatyzacji. W umowie z dnia 11 czerwca 2012 r. powód zobowiązał się dostarczać i montować dodatkowe elementy wentylacji mechanicznej przedsionków p.poż. w poziomie -1; +1 oraz wentylacji

mechanicznej w głównym holu biurowym wraz z wpięciem do istniejącej instalacji i rozruchem na przedmiotowej inwestycji.

W umowie z dnia 20 czerwca 2011 r. termin rozpoczęcia prac strony ustaliły na dzień 20 czerwca 2011 r., natomiast termin zakończenia przewidziano na dzień 31 sierpnia 2011 r. Z kolei umowa z dnia 11 czerwca 2012 r. określała termin jej wykonania do dnia 30 czerwca 2012 r.

Za wykonanie robót wykonawca, zgodnie z umową z dnia 20 czerwca 2011 r, miał otrzymać wynagrodzenie w wysokości 480.000 zł netto, zaś za prace objęte umową z dnia 11 czerwca 2012 r. wynagrodzenie w wysokości 94.000 zł netto.

W umowie z dnia 20 czerwca 2011 r. strony przewidziały możliwość obciążenia wykonawcy karami umownymi w przypadku opóźnienia w wykonaniu umowy w wysokości 0,5 % wartości umowy netto za każdy dzień opóźnienia oraz przyznano uprawnienie zamawiającemu do obciążenia wykonawcy dodatkowymi karami umownymi w wysokości 20% ogólnej wartości umowy netto w przypadku opóźnienia wykonawcy przekraczającego 7 dni w wykonaniu robót pośrednich. Przewidziano możliwość kumulowania się tych kar.

Aneks z dnia 18 czerwca 2012 r. do umowy z dnia 11 czerwca 2012 r. strony wprowadziły zmianę wysokości wynagrodzenia, tj. zmniejszyły ją do 64.000 zł. Jednocześnie powód uczynił na aneksie własnoręcznie sporządzoną adnotację, iż aneks został przez niego podpisany warunkowo, wyczerpuje to wszelkie roszczenia zamawiającego z tytułu nieterminowego wykonania robót oraz zamawiający nie będzie potrącał kaucji gwarancyjnych.

Podczas realizacji prac ujawniły się rozbieżności w dokumentacji, które skutkowały koniecznością wykonania prac dodatkowych, których powód podjął się wykonać.

Na początku 2012 r. wobec głównego wykonawcy budowy ogłoszono upadłość.

Ustalony termin wykonania umów zostały przekroczone. Pozwany wielokrotnie wzywał powoda do definitywnego zakończenia wszelkich prac związanych z wentylacją oraz złożenia dokumentacji powykonawczej pod rygorem naliczania kar umownych.

W dniu 20 maja 2013 r. powód zgłosił inwestorowi do odbioru wszystkie roboty objęte zawartymi umowami. Dwa dni później został spisany protokół końcowy odbioru robót. Z kolei w dniu 10 października 2013 r. został spisany protokół odbioru robót dodatkowych.

Wobec braku zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace powód bezskutecznie wzywał pozwanego do zapłaty wynagrodzenia drogą mailową. Natomiast pozwany wystawił powodowi notę z dnia 29 stycznia 2014 r., stanowiącą konsekwencję obciążenia powoda karą umowną za opóźnienie w wykonaniu umowy na kwotę 1.888.800 zł. W dniu 31 stycznia 2014 r. pozwany złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu wierzytelności przysługującej pozwanemu z tytułu naliczenia kary umownej z roszczeniem powoda o zapłatę faktury nr (...). W dniu 8 września 2014 r. pozwany wystawił powodowi kolejną notę obciążeniową za zwłokę w wykonaniu usługi w wysokości 175.040,00 zł.

Sąd Okręgowy zakwalifikował umowy zawarte przez strony jako umowy o roboty budowlane normowane w art. 647 i nast. k.c., ustalone zaś w umowie wynagrodzenie jako ryczałtowe. Bezsporny był fakt wykonania przez powoda robót budowlanych po umówionym terminie, bowiem termin ukończenia prac w umowie z dnia 20 czerwca 2011 r. został przewidziany na dzień 31 sierpnia 2011 r., natomiast w umowie z dnia 11 czerwca 2012 r. na dzień 30 czerwca 2012 r. Odbiór końcowy robót miał zaś miejsce dopiero w dniu 31 grudnia 2013 r. Roboty zostały odebrane bez zastrzeżeń. Pozwany nie wykazał, że dochodzona przez powoda kwota powinna być pomniejszona z uwagi na usterki lub niepełne ich wykonanie.

Sąd Okręgowy wskazał, że wobec podniesienia przez pozwanego zarzutu potrącenia należało ocenić czy kwota wierzytelności przysługującej z tytułu kar umownych nie jest wyższa, albo co najmniej równa kwocie jakiej mógłby żądać powód oczekując na ochronę prawną. Strony postanowiły w umowie z dnia 20 czerwca 2011 r.,

że wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne w przypadku opóźnienia w wykonaniu umowy w wysokości 0,5% wartości umowy netto za każdy dzień opóźnienia, a ponadto zamawiający był uprawniony do obciążenia wykonawcy dodatkowymi karami umownymi w wysokości 20% ogólnej wartości umowy netto w przypadku opóźnienia wykonawcy przekraczającego 7 dni w wykonaniu robót pośrednich. Zatem kara umowna przewidziana została za opóźnienie i jej naliczenie nie zostało uzależnione od przyczyny występującej wyłącznie po stronie wykonawcy. Sąd Okręgowy, powołując się na stanowisko judykatury, na gruncie art. 484 § 1 k.c. i art. 471 k.c. przyjął, że w przypadku dochodzenia przez wierzyciela odszkodowania z powołaniem się na kary umowne, dłużnik może uwolnić się od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaże, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Z art. 476 k.c. wynika domniemanie, że dłużnik nie dotrzymując terminu pozostaje w zwłoce. Wierzyciel nie musi więc udowadniać, że niedotrzymanie terminu spełnienia świadczenia jest spowodowane okolicznościami, za które dłużnik odpowiada, a jedynie to, iż termin wykonania zobowiązania upłynął bezskutecznie. Dłużnik zaś, który twierdzi, że nie popadł w zwłokę, lecz w opóźnienie zwykłe, powinien tę okoliczność wykazać. Strony procesu posługiwały się pojęciem opóźnienia, a nie zwłoki. Ma to o tyle znaczenie, iż w przypadku dochodzenia roszczeń na gruncie kar umownych można mówić jedynie o zwłoce (opartej na przesłance winy), a nie o opóźnieniu. W takim przypadku, gdy strony używają pojęcia opóźnienia, uznać by należało, iż w istocie strony zastrzegły możliwość naliczania kar gwarancyjnych, a nie umownych. Dlatego Sąd Okręgowy uznał, iż strony w sposób błędny zredagowały umowę w zakresie posłużenia się pojęciem opóźnienie i w zasadzie ich celem było unormowanie jedynie sytuacji dopuszczenia się przez powoda zwłoki, czyli działania zawinionego. W konsekwencji konieczna była ocena o jaki okres (ile dni) doszło do przekroczenia umówionych terminów na realizację robót budowlanych z przyczyn zależnych od powoda. W tym celu dopuścił dowód z opinii biegłych z zakresu budownictwa.

W świetle opinii biegłego M. R. (1) projekt budowlany stanowiący załącznik do umowy został wykonany w 2008 r., a więc trzy lata przed terminem zawarcia przedmiotowych umów i możliwe jest, iż już na tym etapie budowy nastąpiły jakieś odstępstwa. Ponadto część budynku była już wybudowana, zatem powód miał możliwość skoordynowania swoich zamówień i skorelowania ich w zestawieniu projekt budowlany – obiekt istniejący. Powód powoływał się na okoliczności, które powinny być mu znane w dniu podpisywania umowy, np. fakt wystąpienia podciągów konstrukcyjnych w istniejącej części budynków. Może to sugerować, iż powód nie zapoznał się ze stanem faktycznym na budowie lub przeoczył owe fakty. Powód w obecności pozwanego miał możliwość dokonania prób i sprawdzeń odbiorowych działania wentylacji i klimatyzacji na tzw. zasilaniu budowlanym, a protokół z tych prób mógłby stanowić dokument stwierdzający zakończenie prac montażowych. Zgodnie z wpisem do dziennika budowy z 12 grudnia 2012 r., wszystkie prace budowlane na obiekcie zostały zakończone w tym dniu. Z kolei dopiero w dniu 19 grudnia 2011 r. zostały wykonane wszystkie prace tynkarskie, co umożliwiło powodowi montaż urządzeń (H.), a tym samym zakończenie prac. Powód wykonał swoje prace, ale był uzależniony od innych firm, które miały wykonać swoje prace. Można przyjąć ten czas opóźnienia powoda jako czas, na który nie miał on wpływu. Biegły stwierdził, że prócz wykonania prac tynkarskich w dniu 19 grudnia 2011 r., nie dostrzegł innych przesłanek mogących usprawiedliwić powoda w nieterminowym wykonaniu prac

Ostatecznie biegły ten wskazał, że mowa z dnia 20 czerwca 2011 r., w której został przewidziany termin wykonania prac na dzień 31 sierpnia 2011 r., została finalnie wykonana w dniu 12 grudnia 2012 r. (dzień wpisu do dziennika budowy zakończenia prac). Z uwagi na fakt, iż w dniu 19 grudnia 2011 r. zostały wykonane wszystkie prace tynkarskie, co umożliwiło powodowi montaż H., a tym samym zakończenie prac. Zawinione opóźnienie w wykonaniu robót przez powoda miało miejsce pomiędzy 19 grudnia 2011 r. a 12 grudnia 2012 r., a więc 359 dni. Z kolei umowa z dnia 11 czerwca 2012 r., w której został przewidziany termin wykonania prac na dzień 30 czerwca 2012 r., została finalnie wykonana w dniu 12 grudnia 2012 r. Zatem została zrealizowana 165 dni po terminie.

Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii innego biegły J. L. (1). Biegły ten wyjaśnił, że to wykonawca, od początku do końca winien organizować sobie pracę. Jeśli wykonuje usługę z materiału własnego to sam zamawia całość niezbędnych materiałów i urządzeń. Biegły za zasadny uznał zarzut pozwanego, iż powód pominął podstawową weryfikację stanu zastanego na obiekcie, już po jego wybudowaniu. Wskazał, iż dokumentacja projektowa powstała w

2008 r. i wiele od tego czasu mogło się zmienić. Zatem różnice w dokumentacji nie mogły być przyczyną przestoju w pracach budowlanych. Takiej przyczyny nie mógł także stanowić brak dokumentacji SAP. Biegły dokonał obliczeń dni zwłoki w wykonaniu przez powoda przedmiotowego zlecenia. W odróżnieniu od biegłego M. R. (1) obliczeń dokonywał w zestawieniu umownego terminu zakończenia robót wynikających z obu umów z terminem odbioru końcowego prac, tj. 31 grudnia 2013 r. W ten sposób biegły ocenił, iż powód przekroczył umówiony termin odbioru prac, wynikający z umowy z dnia 20 czerwca 2011 r., o 852 dni, natomiast umowa z dnia 11 czerwca 2012 r. została zrealizowana o 548 dni później niż termin pierwotnie umówiony. Biegły uznał, iż za całość powstałych opóźnień na budowie odpowiada wykonawca – powód.

Sąd Okręgowy ocenił obie opinie jako rzetelne i prawidłowe. W obu opiniach uznano nieterminowe wykonanie prac budowlanych przez powoda jako od niego zależne i zawinione. Odmienne stanowiska odnoszą się jedynie do okresu, za który odpowiada powód (zwłokę w wykonaniu zobowiązania przez powoda). Pierwszy z biegłych przyjął, że zakończenie robót miało miejsce w dniu 12 grudnia 2012 r. Okolicznością działającą na korzyść powoda było także uwzględnienie przez biegłego, iż ukończenie prac budowlanych było możliwe dopiero po uprzednim zakończeniu prac tynkarskich, tj. po dniu 19 grudnia 2011 r. Z kolei drugi biegły przyjął, iż zwłokę powoda należy liczyć od dnia następującego po ustalonym umownie terminie wykonania zobowiązania, a więc odpowiednio w odniesieniu do umowy z dnia 20 czerwca 2011 r. miały to być dzień 31 sierpnia 2011 r., natomiast przy umowie z dnia 11 czerwca 2012 r., dzień 30 czerwca 2012 r.

Sąd Okręgowy odniósł się do zarzutów powoda dotyczących nieposiadanie przez biegłego J. L. (1) określonych specjalności konstatając, że do sporządzenia opinii w sprawie wystarczyła wiedza z zakresu budownictwa, którą biegły posiadał.

Sąd Okręgowy wskazał także na zeznania świadków T. Z. (wiceprezes inwestora (...)), M. K. (1) (wykonawcy instalacji eklektycznej pod SAP pod zabezpieczenie p. poż na przedmiotowej budowie), J. D. (pracownika developera, dla którego wznoszono budynek), W. C. (inspektora nadzoru na budowie), M. K. (2) (kierownika budowy), M. R. (2) (podwykonawca, koordynatora prac przy wentylacji), K. Z. (podwykonawca powoda), A. S. (inżyniera sanitarnego), S. M. (pracownika pozwanego). Zeznania świadków były jednolite w zakresie nieterminowego wykonania zobowiązania przez powoda. Świadkowie J. D., W. C., M. K. (2), M. R. (2), K. Z. oraz A. S. za przyczynę opóźnień podawali błędy i nieścisłości projektowe, które wymagały licznych przeróbek i przebudowań. Dodatkowo świadkowie A. S. oraz S. M. wskazali na brak dostępności u producenta używanych przez powoda materiałów. Świadkowie nie podawali w sposób jednolity osoby odpowiedzialnej za zaistniałe opóźnienia. Część z nich wskazywała jako przyczynę winę pozwanego, który nie chciał robót odebrać (świadek M. R. (2)), część winę projektantów (świadek J. D.), niektórzy świadkowie wskazywali, iż nie wiedzą kto jest odpowiedzialny za opóźnienie, jednak podnosili, iż powód winien wiedzieć o aranżacji pomieszczeń (świadek M. K. (2)). Sąd Okręgowy uznał za wiarygodne zeznania świadków w zakresie faktycznie nieterminowego wykonania zobowiązania przez powoda, spowodowanego rozbieżnościami występującymi w dokumentacji, brakiem dostępności używanych do budowy produktów. Zostało to rozważone w opiniach biegłych. W tej mierze dowody ze sobą korelują, są spójne i nie zawierają rozbieżności. Sąd Okręgowy przychylił się do stanowiska biegłych oraz świadka M. K. (2), iż powód winien był wiedzieć o aranżacjach pomieszczeń aktualnych na dzień przyjęcia zlecenia i podpisania umów. Skoro strona powodowa bazowała na dokumentacji sporządzonej w 2008 r. to obowiązana była do jej weryfikacji z faktycznym stanem budowy. Powód tego nie sprawdził powyższego, nie zbadał w sposób dokładny placu budowy, a w szczególności pomieszczeń będących podstawą jego pracy. Trudno zatem mówić, o tym aby nie ponosił on winy za fakt nieterminowego wykonania umowy. Sąd Okręgowy podkreślił, iż powód już nawet po dostrzeżeniu nieprawidłowości w dokumentacji, nie zadbał o przesunięcie daty wykonania zobowiązania, nie negocjował wydłużenia terminu odbioru prac. Tym samym naraził się na ryzyko i dodatkowe koszty związane z niedotrzymaniem umowy.

Sąd Okręgowy wskazał, że dał wiarę twierdzeniom powoda, iż na wydłużenie terminu odbioru prac budowlanych wpływ miało ogłoszenie upadłości przez głównego wykonawcę firmę (...). Powód jednakże nie wykazał w sposób dostateczny jak długo trwało opóźnienie z powyższego powodu, a zeznania świadków w tym zakresie były rozbieżne (wskazywano od tygodnia do sześciu miesięcy). Gdyby uznać, iż na nieterminowe wykonanie umowy wpływ miała

wskazana okoliczność i odjąć czas opóźnienia nią spowodowany od ogólnej ilości dni zwłoki, to nie miałyby to wpływu na ostateczne rozstrzygnięcie.

Sąd Okręgowy w konkluzji stwierdził, że za nieterminowe wykonanie umowy winę ponosi powód. W odniesieniu do okresu zwłoki oparł się na obliczeniach dokonanych przez biegłych. Wskazał, iż pozwany w trakcie postępowania złożył oświadczenie woli, iż dokonuje potrącenia w sposób jaki potwierdził biegły M. R. (1), więc za opóźnienie 359 dni za pierwszą umowę, w kwocie 861.600 zł i 165 dni za drugą umowę w kwocie 52.800 zł. Nie mógł więc orzekać ponad żądanie i przyjął do potrącenia przedstawione przez stronę pozwaną kwoty.

Sąd Okręgowy zatem przyjął, iż wykonawca odpowiada za zwłokę dotyczącą z obu umów we wskazanym zakresie. Miał jednakże na uwadze, iż powód wykonał swoje zobowiązanie w całości (o czym świadczy fakt odbioru końcowego robót), a także zważając na okoliczność, iż na nieterminowe wykonanie umowy wpływ miały inne czynniki, za które powód nie ponosił odpowiedzialności, jak ogłoszenie upadłości głównego wykonawcy. W związku z tym doszedł do przekonania, że karę umowną należało zmiarkować zgodnie z art. 484 § 2 k.c. Sąd Okręgowy uznał za uzasadnione zmiarkowanie kary umownej do wysokości całej kwoty objętej żądaniem pozwu. Roszczenie o odnoszące się do pełnej wysokości umówionej kary umownej było w stanie faktycznym sprawy rażąco wygórowane.

Zdaniem Sądu Okręgowego przedstawione przez strony wierzytelności umorzyły się wzajemnie, co uzasadniało oddalenie powództwa w sprawie.

O kosztach postępowania orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. Apelację od tego wyroku wywiódł powód. Zaskarżył go w całości i zarzucił Sądowi Okręgowemu:

1) naruszenie art. 58 § 1 k.c. w zw. i art. 483 § 1 k.c, oraz art. 58 § 2 k.c. poprzez ich niezastosowanie w sytuacji nieważności zapisów § 10 ust. 1 pkt 1) oraz § 10 ust. 2 pkt 2) umowy z dnia 20 czerwca 2011 r. w zw. z § 10 ust. 3 zd. pierwsze tej umowy (z uwagi na sprzeczność tych zapisów z art. 483 par. 1 k.c. oraz z zasadami współżycia społecznego), ponieważ dwukrotne penalizowanie dłużnika za opóźnienie w wykonaniu robót nie jest prawnie dopuszczalne jako niedozwolona kumulacja kar umownych - sprzeczna z art. 483 par. 1 k.c. i zasadami współżycia społecznego,

2) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej oceny wiarygodności i mocy przeprowadzonych dowodów z opinii biegłych sądowych M. R. (1) i J. L. (1) - z przypisaniem odpowiedzialności za opóźnienie w realizacji umów wyłącznie powodowi, na podstawie wybiórczego rozważenia zebranego materiału w sytuacji, w której opinie:

- nie były spójne, zawierały znaczne rozbieżności przede wszystkim w kluczowym dla sprawy rozstrzygnięciu dot. winy za opóźnienie w wykonaniu prac oraz ilości dni opóźnienia w wykonaniu robót, za które odpowiedzialność ponosi powód (liczba dni określona przez drugiego biegłego była nawet trzykrotnie wyższa od liczby dni wskazanej przez pierwszego biegłego), a także w zakresie rozmiaru jego domniemanej odpowiedzialności za opóźnienie,

- nie zawierały wiadomości specjalnych - przede wszystkim druga opinia została sporządzona przez biegłego, który nie posiadał wymaganej w przedmiotowej sprawie specjalizacji z zakresu instalacji wentylacyjnych, klimatyzacyjnych (z czym związany był przedmiot robót w niniejszej sprawie) czy instalacji SAP, energetyki i pożarnictwa (z czego m.in. wynikało niezawinione przez powoda opóźnienie),

- nie zrealizowały treści postanowień o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego z dnia 29 marca 2016 r. oraz z dnia 22 maja 2017 r., przy czym pierwsze postanowienie zawierało precyzyjne tezy dowodowe, zaczerpnięte w szczególności z pism procesowych stron, zwłaszcza pisma procesowego powoda z dnia 2.09.2015 roku, co biegli mieli obowiązek uwzględnić,

- nie opierały się na treści dokumentacji powykonawczej (zawierającej konieczne do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy informacje),

3) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej oceny wiarygodności i mocy przeprowadzonych dowodów z zeznań świadków, z których jednoznacznie wynika, iż istniały okoliczności, które uniemożliwiały kontynuowanie robót przez powoda, w tym przez wadliwość projektu oraz konieczności przeprowadzenia przeprojektowania prac w kierunku robót dodatkowych w czasie gdy powinny być prowadzone roboty budowlane, czy też konieczności instalacji systemu SAP, a także inne okoliczności wskazane w piśmie powoda z dnia 2 września 2015 r., za które to okoliczności powód odpowiedzialności nie ponosi, co potwierdzają zeznania świadków,

4) naruszenie art. 65 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie do umowy z dnia 20 czerwca 2011 r. w zakresie § 1 ust. 1, § 9 ust. 3 oraz przede wszystkim § 11 ust. 9, skutkiem czego Sąd bez analizy umowy oparł się na nieuzasadnionych twierdzeniach biegłych, iż powód mógł wnosić o odbiór przedmiotu tej umowy bez zamontowanej instalacji SAP i bez zasilania energetycznego docelowego, wbrew postanowieniom ww. umowy, bez dokonania prób instalacji wentylacyjnej i klimatyzacyjnej, zgodnie z w/w umową,

5) naruszenie art. 240 § 1 k.p.c. poprzez zmianę przez Sąd postanowienia z dnia 22 maja 2017 r. o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego J. L., co zostało dokonane na rozprawie w dniu 18 grudnia 2017 r. i wykreślenie z treści tego postanowienia zakresu specjalizacji związanego z wentylacją i klimatyzacją - co miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy,

6) naruszenie art. 286 k.p.c. poprzez niedopuszczenie dowodu z opinii biegłego innego niż biegli, którzy wydali opinie w sprawie, mimo znaczących rozbieżności w opiniach biegłych M. R. i J. L. oraz braków wiadomości specjalnych, podczas gdy sytuacja wymagała sporządzenia dodatkowej opinii innego biegłego (posiadającego wiedzę specjalistyczną z zakresu instalacje wentylacyjne i klimatyzacyjne oraz energetyka i pożarnictwo), o co wносиła strona powodowa,

7) naruszenie art. 227 k.p.c. w zw. z art. 248 k.p.c. poprzez niedopuszczenie do materiału dowodowego dokumentacji powykonawczej, która była niezbędna do prawidłowego i pełnego wyjaśnienia istotnych okoliczności faktycznych, co zresztą w swojej opinii podkreślał biegły M. R., czyli poprzez nierozpoznanie wniosków strony powodowej o wezwanie inwestora do przedłożenia posiadanej przez niego dokumentacji powykonawczej, zawartych w pismach procesowych powoda z dnia 10.11.2016 r., 12.05.2017 r. oraz 20.10.2017 r., także w zakresie skierowania wezwania przez Sąd do Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w W., u którego znajdowała się dokumentacja powykonawcza, przy czym miała ona istotne znaczenie dla oceny zmiany zakresu projektu budowlanego pierwotnego w trakcie realizacji inwestycji, co rzutowało na kwestię odpowiedzialności powoda z tytułu kar umownych za opóźnienie,

8) naruszenie art. 299 k.p.c. poprzez niedopuszczenie dowodu z przesłuchania stron, mimo, iż po przesłuchaniu świadków oraz sporządzeniu opinii przez dwóch biegłych, nadal w sprawie pozostawały niewyjaśnione fakty istotne dla jej rozstrzygnięcia, przede wszystkim dotyczące opóźnienia jego przyczyn, podmiotów, które za opóźnienie odpowiadały oraz okresu opóźnienia,

9) naruszenie art. 471 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w wyniku błędnych ustaleń faktycznych spowodowanych naruszeniem ww. przepisów postępowania i poprzez przyjęcie, że za całość opóźnienia wyłączną winę ponosi powód, a w konsekwencji poprzez wadliwe obciążenie go odpowiedzialnością kontraktową w związku z tym opóźnieniem z tytułu kar umownych,

10) naruszenie art. 484 § 2 k.c. poprzez zamiarkowanie kary umownej przez Sąd bez podania konkretnych przyczyn oraz sposobu wyliczenia tego obniżenia,

11) naruszenie art. 498 k.c. w zw. z art. 65 § 1 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów i uznanie, że pozwany dokonał skutecznego potrącenia kar umownych w stosunku do roszczenia powoda, podczas gdy jego zamiar dokonania potrącenia jest wątpliwy z uwagi na brak skompensowania w księgowości faktur powoda, objętych potrąceniem, z naliczonymi przez pozwanego karami umownymi, przy czym Sąd I Instancji nie odniósł się w ogóle do tego argumentu, podnoszonego przez powoda, czym dodatkowo naruszył art. 328 § 2 k.p.c. Na

podstawie tych zarzutów powód domagał się zmiany zaskarżonego wyroku i uwzględnienia powództwa w całości oraz zasądzenia kosztów postępowania apelacyjnego. Ponadto powód na podstawie art. 380 k.p.c. wniósł rozpoznanie postanowień Sądu Okręgowego z dnia 18 grudnia 2017 r. o oddaleniu wniosków o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego oraz przesłuchania stron. W konsekwencji żądał dopuszczenia przez Sąd Apelacyjny pominiętych przez Sąd I instancji wniosków dowodowych. Pozwany domagał się oddalenia apelacji. Sąd Apelacyjny zważył, co następuje: Apelacja powoda nie zasługuje na uwzględnienie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy poczynił w niniejszej sprawie niewadliwe ustalenia faktyczne, znajdujące oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym, zaś końcowe rozstrzygnięcie ostatecznie odpowiada przepisom prawa materialnego, które należało zastosować. W pierwszej kolejności należy odnieść się do zawartych w apelacji powoda zarzutów dotyczących naruszenia przez Sąd I instancji przepisów prawa procesowego, które zmierzają do weryfikacji podstawy faktycznej zaskarżonego orzeczenia. Zarzuty te, według Sądu Apelacyjnego, nie mogą wyrzucić zamierzonego przez skarżącego rezultatu. Strona powodowa podważała w postępowaniu pierwszo-instancyjnym postanowienie Sądu Okręgowego o pominięciu kolejnego wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego. Z uzasadnienie wyroku tego Sądu wynika, iż uznał za wiarygodne opinie biegłych M. R. (1) oraz J. L. (3), wskazując na to, że pozytywnie spełniają one wypracowane w judykaturze na gruncie art. 278 k.p.c. kryteria zgodności z zasadami logiki i wiedzy powszechnej, poziomu wiedzy biegłych, podstaw opinii, sposobu motywowania oraz stopnia stanowczości wyrażonych w nich wniosków (np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2000 r., I KKN 1170/98, OSNC 2001/4/64). Ostatecznie Sąd Okręgowy oparł swe rozstrzygnięcie na opinii M. R. (1), która w sposób bardziej kompleksowy i wszechstronny niż opinia J. L. (3) wyjaśniała sporne między stronami kwestie związane z terminowością wykonania przez powoda przewidzianych w umowach robót. Sąd Apelacyjny podziela tę ocenę. Przede wszystkim należy wskazać na to, że nie sposób obu biegłym odmówić bezstronności i obiektywizmu w sprawie. Podobnie należy odnieść się do ich kwalifikacji, choć skarżący podważał je w stosunku do biegłego J. L. (3). Sąd Okręgowy słusznie w tym względzie zauważył, że do sporządzenia opinii wystarczała wiedza z zakresu budownictwa, którą ten biegły posiadał. Istotne jest przy tym, iż treść opinii tego biegłego korespondowała w zasadniczej warstwie z opinią biegłego M. R. (1), którego kompetencji skarżący nie kwestionuje (nota bene jest on biegłym z zakresu projektowania, kierowania, nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych - k. 1476) . Obie opinie są zgodne co do istotnej w sprawie kwestii terminowości wykonania przez powoda przedmiotu umów oraz oceny przyczyn, które doprowadziły do uchybień w tym względzie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie podważa obu opinii, a w szczególności opinii biegłego M. R. (1), sformułowanie w niej ocen dotyczących sposobu kwalifikacji przekroczenia przez powoda umówionych terminów wykonania robót („zawinione opóźnienie” – np. k. 1645). W praktyce sądowej przyjmuje się, że wypowiedzi biegłego w zakresie należącym do wyłącznej oceny sądu (kwestia oceny prawnej w zakresie winy stron) nie mogą mieć decydującego znaczenia, nie stanowią dowodu i nie mogą być podstawą ustaleń sądu. Jednakże samo przekroczenie przez biegłego zakresu powierzonego mu zadania nie dyskwalifikuje w całości jego wypowiedzi i nie pozbawia charakteru środka dowodowego tych jego stwierdzeń, do których wyjaśnienia został on powołany i które wymagały wiadomości specjalnych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 1967 r., I PR 355/67, (...) 1968, nr 10–11, s. 92). Z uwagi na powyższe należy uznać za nieuzasadniony zawarty w apelacji zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 286 k.p.c. przez niedopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego niż dotychczas opiniujący biegli. Zdaniem Sądu apelacyjnego opinia biegłego M. R. (1) jest zupełna i jasna. Jest zgodna w zasadniczych dla sprawy kwestiach z opinią J. L. (3). Nie ma więc potrzeby dopuszczania dowodu w opinii trzeciego biegłego, która spowodowałaby zbędne przedłużenie procesu w niniejszej sprawie. W tym miejscu odwołać się należy do ugruntowanego stanowiska, iż do dowodu z opinii biegłego nie mogą mieć zastosowania wszystkie zasady prowadzenia dowodów. Nie można zatem przyjąć, że sąd obowiązany jest dopuścić dowód z kolejnych biegłych w każdym wypadku, gdy złożona opinia jest niekorzystna dla strony; odmienne stanowisko oznaczałoby przyjęcie, że należy przeprowadzić dowód z wszelkich możliwych biegłych, by się upewnić, czy niektórzy z nich nie byłiby takiego zdania, jak strona. Potrzeba powołania innego biegłego powinna zatem wynikać z okoliczności sprawy, a nie z samego niezadowolenia strony z dotychczas złożonej opinii (T. Erciński: Komentarz do art. 286 k.p.c., sip.lex.wolterskluwer.pl). Dlatego Sąd Apelacyjny pominął zawarty w apelacji wniosek dotyczący dopuszczenia w postępowaniu odwoławczym kolejnego dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa – specjalności wentylacji i klimatyzacji.



Podobnie Sąd Apelacyjny ocenił zasadność zarzutu naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 299 k.p.c. przez niedopuszczenie dowodu z przesłuchania stron. Należy w tym względzie zauważyć, iż dowód z przesłuchania stron powinien być przeprowadzony jedynie wówczas, gdy za pomocą innych środków dowodowych nie zostały dostatecznie wyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Nie należy dopuszczać dowodu z przesłuchania stron, jeżeli sąd za pomocą innych środków dowodowych wyrobi sobie przekonanie co do stanu faktycznego i zgłoszonych przez strony żądań. Sąd nie tylko nie ma obowiązku uwzględnienia wniosku dowodowego, ale ewentualne przeprowadzenie dowodu w takiej sytuacji miałoby charakter uchybienia procesowego (T. Zambruski: Komentarz do art. 299 k.p.c., sip.lex.wolterkluwer.pl). Dodać ponadto należy, iż z brzmienie art. 299 k.p.c. wskazuje na to, że opuszczenie dowodu ma charakter dyskrejonalnego uprawnienia sędziego. Sąd I instancji przeprowadził postępowanie dowodowe w bardzo szerokim zakresie. Zgromadzony w ten sposób materiał dowodowy dawał mu wystarczające podstawy do tego, aby wyrobić pogląd na temat stanu faktycznego i zgłoszonych przez strony żądań. W konsekwencji tego Sąd Okręgowy był uprawniony uznać, iż nie było już procesowej potrzeby przeprowadzania tego dowodu. Tym bardziej, że zostały przeprowadzone dowody z opinii biegłych, które ułatwiły obu Sądom rozpoznanie i zrozumienie istotnych w sprawie zagadnień wymagających wiadomości specjalnych. Dlatego Sąd Apelacyjny doszedł do konkluzji, iż Sąd I instancji nie naruszył art. 299 k.p.c. pomijając wspomniany dowód. Z podanych wyżej przyczyn Sąd Apelacyjny pominął ponowiony w apelacji wniosek skarżącego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron. Sąd Apelacyjny miał przy tym na uwadze, iż wniosek ten dotyczył tylko przesłuchania jednej strony – powoda. W praktyce sądowej przyjmuje się, że sąd może wprawdzie przeprowadzić dowód z przesłuchania tylko jednej strony, jednak warunkiem jest, aby przesłuchanie drugiej było niemożliwe. Ograniczenie dowodu do przesłuchania jednej strony w sytuacji, gdy przesłuchanie drugiej było możliwe, stanowi naruszenie zasady równouprawnienia stron (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2002 r., II CKN 672/00, Lex nr 53289). Strona powodowa nie przytoczyła przekonujących argumentów za ograniczeniem tego dowodu tylko do jednej strony. Stanowi to dodatkową okoliczność przemawiającą za nieuwzględnieniem tego wniosku dowodowego. W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny doszedł do wniosku, iż podstawą rozstrzygnięcia niniejszej sprawy powinien być materiał dowodowy, który został zgromadzony w postępowaniu pierwszo-instancyjnym. Nie wystąpiły okoliczności obligujące do uzupełnienia tego materiału w postępowaniu odwoławczym. Sąd Apelacyjny uznał za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez Sąd I instancji art. 233 § 1 w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. przez dokonanie dowolnej oceny wiarygodności i mocy opinii biegłych M. R. (1) i J. L. (3). Wyżej zostały przedstawione przesłanki, które skutkowały pozytywną oceną ich opinii i nie ma w tym miejscu konieczności przytaczania ich po raz wtóry. Podobnie Sąd Apelacyjny uznał za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie dowolnej oceny wiarygodności zeznań świadków M. K. (1), J. D., W. C., M. R. (2) i T. Z. wskazujące na wadliwość projektu, konieczność przeprowadzenia robót dodatkowych, konieczność instalacji systemu SAP, za które powód odpowiedzialności nie ponosi, a które uniemożliwiły kontynuowania przez niego robót. Z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, iż Sąd Okręgowy miał na uwadze zeznania wymienionych świadków, jednak Sąd ten ostatecznie większą wagę przywiązał do opinii biegłych, którzy odnieśli do tych wszystkich okoliczności i uznali, że nie usprawiedliwiały one tak znacznego przekroczenia terminów wykonania robót zleconych powodowi, jak to zostało określone np. w opinii M. R. (1) (a więc w wariantcie najbardziej korzystnym dla powoda). Skoro Sąd Okręgowy konfrontując te dowody ostatecznie oparł się na opinii biegłych, to stanowisko to jest wyrazem wiarygodnej oceny preferującej dowody mające ze swej natury charakter obiektywny, niezależny od stron, fachowy, odwołujące się do wiadomości specjalnych. Dlatego Sąd Apelacyjny uznał, że w tym zakresie Sąd I instancji nie naruszył art. 233 § 1 k.p.c. ponieważ dysponując sprzecznymi dowodami uwzględnił te o większej mocy dowodowej. Sąd Apelacyjny uznał za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez Sąd I instancji art. 471 k.c. przez przyjęcie, że powód ponosi odpowiedzialność za opóźnienie w wykonaniu powierzonych mu robót. W niniejszej sprawie oczywiste było to, że powód nie wykonał tych robót w terminach przewidzianych w obu umowach stron. Zostało bowiem niewadliwie ustalone przez Sąd Okręgowy, iż powód nie zabiegał o zmianę tych terminów, choć powoływał się na okoliczności, które przemawiały za tym. Ma o tyle znaczenie w sprawie, iż umowa z dnia 20 czerwca 2011 r. w § 13 ust. 1 przewidywała możliwość jej zmiany tylko w formie pisemnej pod rygorem nieważności i w tym trybie nie została zmieniona co do terminu jej wykonania. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, który w uzasadnieniu wyroku prawidłowo wskazał na konsekwencje zastrzeżenia przez strony w obu umowach kar umownych na wypadek opóźnienia ich wykonania. Stanowisko to znajduje oparcie w poglądach przedstawicieli piśmiennictwa (np. M Gutowski: Komentarz do art. 483

k.c., sip.legalis.pl). Na tej podstawie Sąd I instancji był uprawniony przyjąć, że odwołanie się stron w obu umowach do instytucji kar umownych skutkowało domniemaniem, że jest to konstrukcja z art. 483 i 484 k.c., ze wszystkimi konsekwencjami, a więc także w zakresie winy dłużnika jako przesłanki jej zapłaty. Zatem ich celem było uregulowanie stosunków prawnych w istocie dotyczących zwłoki dłużnika. Znajduje to uzasadnienie w tym, że opóźnienie nie jest jednolitym określeniem prawnym i tam, gdzie ustawodawca chce obarczyć dłużnika skutkami opóźnienia, gdy nie ponosi on za to odpowiedzialności, wprost o tym stanowi, jak np. w art. 481 k.c. Skoro strony nie przewidziały takiego mechanizmu, to odpowiedzialność wykonawcy powinna wynikać z jego zwłoki, a więc działania zawinionego. W świetle powyższego powód, zgodnie regułą dowodową wynikającą z art. 471 w zw. z art. 476 k.c. powinien udowodnić, iż opóźnienie w wykonaniu robót było następstwem okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialności. Przeczą jednak temu przede wszystkim opinie obie biegłych. Sąd Okręgowy w uzasadnieniu wyroku odniósł się do tej kwestii i tylko zasygnalizować w tym miejscu należy, iż w dniu 12 grudnia 2012 r. (data wpisu w dzienniku budowy) ukończone zostały na obiekcie prace towarzyszące, w szczególności wykonanie tynków, których brak do tego dnia uniemożliwił powodowi montaż urządzeń. Powód miał więc dopiero możliwość dokonania prób działania wentylacji i klimatyzacji na tzw. zasilaniu budowlanym, w oparciu o który został wzniesiony cały budynek. Przeszkody w terminowym wykonaniu umowy nie stanowił także brak dokumentacji SAP (system alarmu ppoż.) ponieważ miało to znaczenie dla odbioru budynku jako całości, pomiędzy inwestorem a generalnym wykonawcą, którym strony nie były (np. k.1678). Gdy chodzi o braki dokumentacji to nie były one na tyle istotne by uniemożliwiły prowadzenie robót, ponadto powód zgodnie z § 4 ust. 1 umowy z dnia 20 czerwca 2011 r. zapoznał się z dokumentacją oraz miejscem robót i nie zgłaszał pozwanemu z tego tytułu zastrzeżeń. Trafnie Sąd Okręgowy przyjął wreszcie, iż strona powodowa przekonywująco nie wykazała wpływu upadłości głównego wykonawcy na przebieg jego robót. W szczególności odnosi się to tego w jakim konkretnie okresie powód nie był w stanie realizować swych robót albowiem wystąpiły rozbieżności w zeznaniach świadków. Istotne jest w tym względzie i to, że powoda nie łączył z tym wykonawcą żaden stosunek prawny, natomiast był on zobowiązany realizować obowiązki wynikające z obu umów wobec pozwanego. W tym miejscu należy wskazać na to, że zgodnie z art. 651 k.c. 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. Powyższe odnosi się także do relacji wykonawca – podwykonawca. Brak jest w sprawie dowodów, które wskazywałyby na to, że powód w sposób stanowczy zawiadamiał pozwanego o przeszkodach związanych z nieprawidłowościami w dokumentacji, upadłością głównego wykonawcy ( spółki (...)), brakiem docelowego zasilania elektrycznego czy systemu SAP, uniemożliwiających mu terminowe wykonanie robót. Natomiast pozwany, w przeciwieństwie do powoda, już w dniu 27 stycznia 2012 r. skierował wezwanie do definitywnego zakończenia wszelkich robót i złożenia dokumentacji powykonawczej pod rygorem obciążenia karami umownymi (k.253, 266). Reasumując powyższe, w ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy był uprawniony za biegłym M. R. (1) przyjąć, iż powód nieterminowo wykonał obie zawarte z pozwanym umowy. W przypadku pierwszej z nich z dnia 20 czerwca 2011 r. przekroczył on termin wykonania o 359 dni, począwszy od dnia 19 grudnia 2011 r. (wykonania prac tynkarskich umożliwiających montaż urządzeń H.) do dnia 12 grudnia 2012 r. (ukończenia wszystkich prac, stwierdzone stosownym wpisem do dziennika budowy). W przypadku drugiej umowy z dnia 11 czerwca 2012 r. powód przekroczył termin wykonania o 165 dni, począwszy od dnia 30 czerwca 2012 r. do dnia 12 grudnia 2012 r. Jest to dla powoda wariant bardziej korzystny, ponieważ za końcowy punkt odniesienia przyjmuje faktyczne ukończenie robót, potwierdzone wpisem w dzienniku budowy. Jak już wyżej mowa wskazany okres należało zakwalifikować jako zwłokę ze strony powoda ponieważ zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że nie wystąpiły okoliczności, które usprawiedliwiałyby przekroczenie w/w terminów zakończenia robót – to jest 19 grudnia 2011 r. i 30 czerwca 2012 r. Nie mógł także odnieść zamierzonego przez skarżącego skutku zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 i 2 k.c. przez ich niezastosowanie ze względu na dwukrotne penalizowanie opóźnienia w wykonaniu robót i dokonanie niedozwolonej kumulacji kar umownych. Na rozprawie w dniu 22 maja 2017 r. powód w obecności pozwanego zmodyfikował oświadczenie o potrąceniu w ten sposób, iż objął nim tylko kwoty odnoszące się do przewidzianych w obu umowach kar umownych wyłącznie według stawki 0,5% wartości netto umów za każdy dzień opóźnienia (k. 1713 odw.). Zatem ostatecznie pozwany przedstawił powodowi do potrącenia kary umowne wynikające z tzw. stawek dziennych, z nie karę umowną według stawki 20% wartości umowy za opóźnienie przekraczające 7 dni. Należy więc przyjąć, iż pozwany odstąpił od kumulacji kar umownych przewidzianej w § 10 pkt 3 umowy z dnia 20 czerwca 2011 r. Dlatego

nieskuteczne jest obecnie wskazywanie na nieprawidłowości w tym zakresie. Podobnie Sąd Apelacyjny ocenił zarzut naruszenia przez Sąd I instancji art. 484 § 2 k.c. przez zamiarkowanie kary umownej bez podania konkretnych przyczyn i sposobu wyliczenia obniżenia. Z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego wynika, iż uznając za usprawiedliwiony co do zasady wniosek powoda o zamiarkowanie kar umownych, kierował się okolicznościami, za które skarżący nie ponosił odpowiedzialności, i w tym kontekście wskazał na upadłość głównego wykonawcy. Z pewnością stanowisko to stanowi niedostatek argumentacji ze strony tego Sądu. Zdaniem Sądu Apelacyjnego za zastosowaniem miarkowania kar umownych przemawia przede wszystkim to, że powód, wprawdzie ze znacznym przekroczeniem terminów, to jednak ostatecznie wykonał bezusterkowo przedmiot umów. Ponadto z materiału dowodowego sprawy nie wynika, aby pozwany, na skutek przekroczenia przez powoda terminów realizacji umów, poniósł szkodę. Nie zwalnia to jednak powoda od odpowiedzialności ponieważ 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 (uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego mająca moc zasady prawnej z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69). Brak szkody lub jej nieznaczna wysokość może stanowić kryterium redukcji wysokości kary umownej i to niezależnie od tego, czy w zakresie interpretacji art. 484 § 2 k.c. eksponuje się kryterium "wysokości szkody", czy tylko "wysokość odszkodowania", przysługującego wierzycielowi na zasadach ogólnych. W sporze o zasadność zapłaty kary umownej nie ma zatem żadnego znaczenia kwestia występowania szkody po stronie wierzyciela, zarówno jako przesłanka aktualizująca roszczenie wierzyciela, jak i w razie wykazania przez dłużnika braku wystąpienia szkody. Kwestia nieistnienia w ogóle szkody lub jej nieznacznego rozmiaru może być brana pod uwagę dopiero w związku z rozważeniem miarkowania wysokości kary umownej (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69). Sąd I instancji dokonując miarkowania należnej pozwanemu kary umownej ( w kwocie 914.400 zł) dokonał ogólnie jej zredukowania do wysokości całej kwoty objętej żądaniem pozwu (133.814,78 zł), uznając że żądanie pełnej wysokości kary umownej jest rażąco wygórowane. Powyższe oznacza, że Sąd Okręgowy w istocie dokonał redukcji kary umownej o 85,37%. W konsekwencji tego przyjął niezasadność powództwa z uwagi na skutek dokonanego potrącenia (art. 498 § 2 k.c.). Zdaniem Sądu Apelacyjnego powyższy sposób miarkowania, z uwagi na jego nieprecyzyjność, może budzić pewne wątpliwości. Sąd Apelacyjny, dostrzegając przewidziany w art. 384 k.p.c. zakaz reformationis in peius, ostatecznie doszedł do wniosku, iż nawet bardziej prawidłowe miarkowanie kary umownej do poziomu 0,1% wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu umów (o łącznej wysokości 182.880 zł), ostatecznie odniosłoby podobne konsekwencje co do końcowego wyniku niniejszej sprawy, który został ustalony przez Sąd I instancji. Zdaniem Sądu Apelacyjnego brak jest jednak podstaw do całkowitego zwolnienia powoda od kar umownych zastrzeżonych w obu umowach na rzecz pozwanego. Abstrahując bowiem od kwestii szkody poniesionej przez zamawiającego całkowite zwolnienie wykonawcy, który doprowadził do znacznego przekroczenia terminu wykonania umów, od zapłaty przewidzianych przez strony kar umownych niweczyłoby ich funkcje stymulacyjne i represyjne. Doprowadziłoby to w efekcie do nadmiernego uprzywilejowania nierzetelnej strony stosunku zobowiązaniowego. Rekapitulując, Sąd Apelacyjny uznał, że apelacja powoda nie zawiera uzasadnionych podstaw, zaś Sąd Okręgowy oddalając powództwo nie naruszył wskazanych w jego uzasadnieniu przepisów. Dlatego apelacja podlegała oddaleniu w oparciu o art. 385 k.p.c. O kosztach procesu w instancji odwoławczej Sąd Apelacyjny postanowił kierując się art. 98, 99 i 108 § 1 k.p.c. oraz § 2 pkt 6 i § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. poz. 1804 ze zm.), zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik sprawy.

(...)