

*Sygn. akt VI ACa 888/14*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 29 maja 2015 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący – Sędzia SA Urszula Wiercińska*

*Sędziowie: SA Małgorzata Manowska*

*SO (del.) Jolanta Pyżlak (spr.)*

*Protokolant: sekr. sądowy Magdalena Męczkowska*

*po rozpoznaniu w dniu 22 maja 2015 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) S.A. z siedzibą w P.*

*przeciwko (...) S. A. z siedzibą w W.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji powoda*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 28 lutego 2014 r.*

*sygn. akt XX GC 83/11*

**I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:**

**1. zasądza od (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz (...) S.A. z siedzibą w P. kwotę 287 300 zł (dwieście osiemdziesiąt siedem tysięcy trzysta złotych) z ustawowymi odsetkami od dnia 26 maja 2010r. do dnia zapłaty, w pozostałej części powództwo oddala,**

**2. zasądza od (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz (...) S.A. z siedzibą w P. kwotę 10 901 zł (dziesięć tysięcy dziewięćset jeden złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania;**

**II. oddala apelację powoda w pozostałej części;**

**III. zasądza od (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz (...) S.A. z siedzibą w P. kwotę 11 773 zł (jedenaste tysiące siedemset siedemdziesiąt trzy złote) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

*Sygn. akt VI ACa 888/14*

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 3 lutego 2011 r. powód (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w P. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. kwoty 1.105.000,00 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 26 maja 2010 r. do dnia zapłaty oraz kosztów procesu.

Pozwana spółka (...) Spółka Akcyjna w W. wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów procesu według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Wyrokiem z dnia 28 lutego 2014r. w sprawie XX GC 83/11 Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 7217 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

### ***Sąd Okręgowy oparł swoje rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych:***

W dniu 12 listopada 2007r. (...) S.A. z siedzibą w P. i (...) S.A. z siedzibą w W. w ramach prowadzonych działalności gospodarczych zawarły umowę nr (...), przedmiotem której było wykonanie przez powoda 3 zbiorników stalowych (fermentatorów) z materiału (...) zgodnie z dokumentacją projektową oraz dostawa, wykonanie montażu i posadowienia przedmiotowych zbiorników na budowę zakładu etanolu w G.. Umowa szczegółowo określała wszystkie warunki dotyczące wzajemnych relacji stron, określała również wynagrodzenie wykonawcy i termin zakończenia prac na 15 lipca 2008 r. W umowie zostały określone warunki płatności, odbiory, rękojmia, gwarancja, kary umowne i warunki odstąpienia od umowy.

Przedmiotem kolejnej umowy zawartej w dniu 5 marca 2008r. było wykonanie, dostawa, montaż oraz posadowienie dwóch kolejnych zbiorników stalowych (fermentatorów). W tej umowie termin wykonania prac również ustalono na dzień 15 lipca 2008r. Umowa ta zawierała te same elementy, które zawierała umowa zawarta między stronami w dniu 12 listopada 2007r. W dniu 10 lipca 2008r. strony zawarły aneks nr (...) do umowy nr (...) zawartej w dniu 12 listopada 2007r. W aneksie tym strony zgodnie ustaliły, że termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy ulega wydłużeniu do dnia 05 września 2008r. Identyczny termin został wskazany w aneksie nr (...) do umowy nr (...).

W dniu 3 lutego 2009 r. strony podpisały aneks nr (...) do umowy z dnia (...), w którym rozszerzono przedmiot umowy o wykonanie pasów komunikacyjnych na dachach zbiorników (...) A, B, C, D, i (...) zgodnie z zakresem według oferty nr (...) z dnia 21 stycznia 2009r. stanowiącej integralną część aneksu. W aneksie nr (...) ustalono wynagrodzenie wykonawcy na kwotę 68.000,00 zł, a także ustalono termin zakończenia robót i podpisania protokołu odbioru na dzień 23 lutego 2009r. pod warunkiem przekazania frontu robót przez zamawiającego w dniu 04 lutego 2009r.

Przy realizacji prac objętych umową strona powodowa korzystała z pomocy podwykonawców. W zakresie kompleksowego wykonania robót branży izolacyjnej i zabezpieczenia antykorozyjnego była to firma (...) z P., natomiast w zakresie wykonania dokumentacji technicznej i nadzoru była to firma (...) S.A. z P..

Po ustaleniu wszystkich zasad współpracy, wykonawca, czyli (...) S.A. przystąpił do realizacji projektu. Początkowo prace posuwały się terminowo i nie było żadnych problemów związanych z realizacją inwestycji. Pierwsze problemy, które spowodowały znaczne opóźnienie w zakończeniu prac pojawiły się w dniu 18 lipca 2008r. podczas przeprowadzania próby hydrostatycznej. W trakcie przeprowadzania tej próby nastąpiła lokalna deformacja na spódnicach nr II w zbiorniku (...) i (...) B. Próby hydrostatyczne trzeba było natychmiast przerwać, gdyż dalsze ich kontynuowanie mogło doprowadzić do zniszczenia zbiorników i katastrofy budowlanej. Przez następne miesiące strona powodowa poprawiała wadliwą konstrukcję we wszystkich zbiornikach wzmacniając je i wykonując dodatkowe prace spawalnicze.

Pismem z dnia 3 września 2008 r. (...) S.A. potwierdził (...) S.A. wystąpienie błędu projektowego, co doprowadziło do utraty stateczności miejscowej poddanych próbie wodnej dwóch zbiorników. W piśmie tym (...) wskazał sposoby usunięcia wad, co pozwoli na dalsze bezawaryjne funkcjonowanie zbiorników. Ostatecznie prace naprawcze trwały do października 2008r. W dniach 1 – 18 października 2008r. przeprowadzono próby hydrostatyczne i podciśnieniowe na wszystkich zbiornikach, które wypadły pomyślnie i można było kontynuować prace. Jednak już w tym czasie wykonawca miał trzymiesięczne opóźnienie. W dniu 19 listopada 2008r. powód zakończył wykonywanie prac

antykorozyjnych na zbiornikach zgodnie z dokumentacją i prace te zostały odebrane. Jak wynika z zapisów E. S. do wykonania pozostało zabezpieczenie antykorozyjne uszkodzeń, które powstały w trakcie wykonywania orurowania, a zostały spowodowane przez podwykonawców. Firmy te miały zająć się naprawą.

W okresie zimowym prace zostały wstrzymane z uwagi na trudne warunki atmosferyczne. Niskie temperatury nie pozwoliły na prowadzenie prac antykorozyjnych. Konieczne stało się również wstrzymanie robót izolacyjnych na fermentatorach. Ostatecznie prace izolacyjne na fermentatorach zostały podjęte pod koniec lutego 2009r. Z zapisu w dzienniku budowy wynika, że powódka wykonywała te prace, a w trakcie ich wykonywania stwierdzono uszkodzenia izolacji na dachach zbiorników. Fakt ten stał się bezpośrednio przyczyną podpisania aneksu nr (...) dotyczącego montażu pasów komunikacyjnych. W trakcie prac okazało się, że konieczne jest zamontowanie pasów komunikacyjnych z uwagi na to, że podczas chodzenia po dachach zbiorników uszkodzeniu ulegała warstwa izolacyjna. Prace opóźniały się z uwagi na istniejące już opóźnienie w wykonaniu całego projektu, natomiast na pewnym etapie prac dochodziło do nakładania się robót wykonawcy i podwykonawców, co również miało wpływ na ostateczny termin oddania projektu.

Ostatecznie strona powodowa wykonała wszelkie prace na fermentatorach pod koniec marca 2009r. Znalazło to odzwierciedlenie w końcowym protokole nr (...) odbioru robót izolacyjnych, a także w protokole nr (...) zakończenia montażu końcowego. Na protokołach widnieją podpisy przedstawicieli zarówno przedstawiciela inwestora, (...), a także wykonawcy.

W związku z zakończeniem inwestycji i wykonaniem wszystkich prac, co zostało potwierdzone odpowiednimi protokołami, powód wystawił na rzecz pozwanego fakturę VAT nr (...) na kwotę 1 348 100 zł.

Pismem z dnia 12 maja 2010 r. strona pozwana poinformowała (...) S.A., że ze względu na opóźnienie wykonania przez wykonawcę umów, zgodnie z aneksami nr (...) do przedmiotowych umów, gdzie montaż końcowy miał nastąpić do dnia 5 września 2008r., natomiast faktycznie podpisanie protokołów montażu końcowego nastąpiło w dniu 27 marca 2009r., a więc 203 dni po określonym przez strony w umowach terminie naliczyła kary umowne w oparciu o art. XIII pkt 1 obydwu umów. Ponieważ opóźnienie wynosi 203 dni, co pomnożone przez 0,1% dziennie daje 20,3% wartości umów, co łącznie dało kwotę 1.105.000 zł. W związku z powyższym pozwany przelał na rachunek powoda kwotę 243.100 zł po uwzględnieniu kary umownej naliczonej na rzecz powoda.

Między stronami trwała jeszcze przez pewien czas wymiana korespondencji dotycząca wzajemnego rozliczenia wynagrodzenia za prace wykonane przez powoda, jednak każda ze stron pozostała przy swojej interpretacji treści umów i aneksów do umów, zwłaszcza aneksu nr (...). W dniu 14 lipca 2010r. strona powodowa skierowała na ręce powoda wezwanie do zapłaty kwoty 1.105.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami obliczonymi od dnia wymagalności tej kwoty do dnia zapłaty. Podobne wezwanie zostało skierowane przez pozwaną na ręce powoda, a także (...) złożyła (...) S.A. oświadczenie o potrąceniu.

Ostatecznie strony nie doszły do porozumienia w kwestii rozliczenia wynagrodzenia, które winno przysługiwać powodowi z tytułu wykonanych przez niego prac na podstawie umów podpisanych z pozwanym, co ostatecznie spowodowało, że powód skierował swoje roszczenie na drogę sądową.

Powyzszy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o dokumenty zgromadzone w aktach, dziennik budowy oraz zeznania świadków: E. S., M. N., P. R., T. S., G. O., K. S., L. F. i W. W..

Oceniając żądanie pozwu Sąd Okręgowy uznał je za niezasadne. Wskazał, iż w niniejszej sprawie spór (...) S.A. w P. i (...) S.A. w W. sprowadzał się do rozstrzygnięcia dwóch kluczowych kwestii, a mianowicie, czy aneks nr (...) podpisany w dniu 3 lutego 2009 r. należy traktować, jako odrębną umowę i czy termin zapisany w punkcie 3 tego aneksu dotyczy zakończenia całej inwestycji (jak utrzymuje powód), czy tylko wykonania pasów komunikacyjnych (jak utrzymuje pozwany). Drugą kwestią do rozstrzygnięcia była odpowiedzialność powoda za błędy popełnione przez jego

podwykonawców. Powód w toku postępowania podnosił, że opóźnienie w pracach zostało spowodowane działaniami innych wykonawców i było niezależne od powoda.

Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 498 §1 k.c. gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelnością drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Sąd Okręgowy wskazał, iż przedmiotem rozstrzygnięcia w ramach niniejszego postępowania było jedynie żądanie powoda co do kwoty 1.105.000,00 zł. Natomiast poza ścisłym zakresem niniejszej sprawy, a więc również poza zakresem wyrokowania znalazły się kwestie dotyczące oceny zarówno co do samej zasady, jak i co do wysokości dokonanych przez strony potrąceń.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji w niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości że strony zawarły umowę o roboty budowlane. Z treści art. 647 k.c. wynika, że przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Kwestia odbioru obiektu nie jest wprost uregulowana w przepisach kodeksu cywilnego i każdorazowo winna być określona w umowie między stronami. Podstawowym warunkiem zarówno formalnoprawnym, jak też merytorycznym użytkowania obiektu budowlanego jest zakończenie budowy tego obiektu i oświadczenie o zgodności wykonania tego obiektu z projektem budowlanym, warunkami pozwolenia na budowę oraz doprowadzenie do należytego stanu i porządku terenu budowy. Te wymogi warunkują również, stosownie do treści art. 647 k.c., odebranie obiektu budowlanego (robót) przez inwestora (zamawiającego).

Dokumenty zgromadzone w aktach sprawy zdaniem Sądu Okręgowego wskazują w sposób nie budzący wątpliwości, że odbiór prac nastąpił w dniu 27 marca 2009r., a zatem po terminie ustalonym przez strony w aneksach nr (...) do umów, który został określony na dzień 5 września 2008r.

Aneks nr (...) podpisany w dniu 3 lutego 2009r. według Sądu Okręgowego należy interpretować odrębną umowę z uwagi na jego treść i okoliczności podpisania. W ocenie Sądu pierwszej instancji nie można zgodzić się ze stanowiskiem prezentowanym przez stronę powodową, że zapis, co do terminu zakończenia prac dotyczył całości inwestycji.

Zgodnie z art. 65 § 1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu (§ 2). Artykuł 65 § 2 k.c. modyfikuje nieco sposób wykładni, a ściślej biorąc zalecaną hierarchię jej dyrektyw, w odniesieniu do oświadczeń woli wchodzących w skład umów. Przepis ten stanowi, że w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Wyraźnie więc ustawodawca przyznaje tu prymat subiektywnej metodzie wykładni, która ma pozwolić na ustalenie znaczenia, jakie obie strony nadawały składanemu oświadczeniu woli w momencie jego wyrażania, a nie z chwili dokonywania wykładni (por. wyr. SN z dnia 20 stycznia 2011 r., I CSK 193/10, Lex nr 784895). Uzasadnione jest to charakterem umów jako czynności prawnych, do dokonania których niezbędna jest zawsze zgodna wola stron.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji patrząc na okoliczności podpisania aneksu nr (...) nie może ulegać wątpliwości, że intencją stron było rozstrzygnięcie jedynie kwestii instalacji pasów komunikacyjnych i termin określony w aneksie dotyczył tylko i wyłącznie terminu zakończenia tych prac. Konieczność zamontowania pasów komunikacyjnych pojawiała się w marcu 2009r., kiedy to podczas prac izolacyjnych na fermentatorach okazało się, że na dachach zbiorników są uszkodzenia izolacji powstałe w skutek chodzenia po dachach. To była bezpośrednia przyczyna zainstalowania pasów komunikacyjnych. Gdyby takiej konieczności nie było aneks nr (...) nigdy by nie został podpisany. Nie można zatem zapisów aneksu nr (...) odnosić do umów zawartych między stronami dotyczącymi całości

inwestycji, a w szczególności nie można terminu określonego w aneksie nr (...) odnosić do terminu zakończenia całości inwestycji.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie ulega wątpliwości, że główną przyczyną opóźnienia w zakończeniu prac był błąd projektowy popełniony przez (...), a więc podmiot, który z ramienia wykonawcy zajmował się całą dokumentacją projektową. Okoliczność ta również nie budzi wątpliwości.

Zgodnie z treścią art. III ust. 1 pkt c wykonawca był zobowiązany do uzyskania akceptacji dla dokumentacji konstrukcyjnej przez (...) z C., O., USA i (...) S.A. z siedzibą w W., który był głównym wykonawcą Zakładu Produkcji (...) w G.. Art. III ust. 1 pkt b nie zwalniał strony powodowej z odpowiedzialności za należyte opracowanie dokumentacji konstrukcyjnej. Obowiązek ten spoczywał na wykonawcy i z tego obowiązku wykonawca się nie wywiązał, co rodzi jego odpowiedzialność wobec zamawiającego. Kwestie wzajemnych rozliczeń między wykonawcą, a (...) to już zupełnie inna kwestia, nie związana z niniejszym postępowaniem.

Pozostałe kwestie, które mogły mieć wpływ na opóźnienie do którego doszło zdaniem Sądu Okręgowego miały już charakter wtórny. Warunki atmosferyczne, czy brak odpowiedniej ilości pracowników na terenie budowy nie miałyby znaczenia, gdyby nie doszło do awarii podczas porób hydrostatycznych. Awaria nastąpiła wskutek wady projektowej, za którą odpowiada powód.

W konsekwencji uznając, że w niniejszej sprawie powód nie przedstawił dowodów, które by uzasadniały jego roszczenie (art. 6 k.c.), w oparciu o ustalony powyżej stan faktyczny i w oparciu o cytowane przepisy Sąd Okręgowy powództwo oddalił.

O kosztach procesu orzeczono w oparciu o treść art. 98 § 1 k.p.c.

**Apelację** od powyższego wyroku wniosła strona powodowa, zaskarżając wyrok w całości i podnosząc następujące zarzuty:

I. naruszenie prawa materialnego, mające wpływ na rozstrzygnięcie, polegające na naruszeniu:

1) art. 65 1 i 2 k.c. przez jego nieprawidłowe zastosowanie i dokonanie wykładni oświadczeń woli stron zawartych w aneksie nr (...) z dnia 3 lutego 2009r. z pominięciem zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów, a także przez interpretowanie oświadczeń zawartych w w/w dokumencie wyłącznie na niekorzyść powoda, a nadto przez uznanie, że aneks nr (...) stanowi odrębną umowę, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy, a w szczególności zeznania strony powodowej wskazują, że zamiarem i intencją stron było zawarcie aneksu do dwóch łączących te strony umów, przedmiotem aneksu zaś było rozszerzenie przedmiotu tych umów, jak i przedłużenie terminu na wykonanie robót objętych tymi umowami;

2) naruszeniu art. 647 k. c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez jego niezastosowanie (pominięcie) przy rozstrzygnięciu, w sytuacji gdy z całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego należało wywieść, że powodowi bezsprzecznie należy się wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane, zgodnie bowiem z dyspozycją wskazanego przepisu wykonał je zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej i oddał pozwanemu przewidziany w umowie obiekt, który to obiekt pozwany odebrał nie płacąc jednak wbrew art. 647 k.c. umówionego wynagrodzenia;

3) naruszenie art. 498 1 k.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez jego niezastosowanie (pominięcie) przy rozstrzygnięciu oraz błędną wykładnię w aspekcie uznania wierzytelności powoda - dokonany przez pozwanego materialnoprawnym oświadczeniem o potrąceniu kar umownych - za wymagalne i należne od pozwanego;

II. naruszenie prawa procesowego mające wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, polegające na:

1) naruszeniu art. 232 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez uznanie, że powód nie przedstawił dowodów, które by uzasadniały jego roszczenie, podczas gdy z całokształtu materiału dowodowego, w szczególności przedstawionych przez powoda dowodów w postaci umów o roboty budowlane, protokołów odbioru robót jak i faktury VAT,

bezsprzecznie wynika, że powód wykazał oraz udowodnił zasadność dochodzonego przez siebie roszczenia, jak i jego wysokość;

2) naruszeniu art. 230 k.p.c. w zw. z art. 232 zdanie drugie k.p.c. poprzez nieprzyjęcie w związku z cofnięciem przez pozwanego wniosku o przesłuchanie strony pozwanej wyjaśnień złożonych przez stronę powodową dotyczących interpretacji aneksu nr (...) z dnia 3 lutego 2009r. za wiarygodne, szczególnie w sytuacji, gdy pełnomocnik pozwanego sam z tego dowodu zrezygnował,

3) naruszeniu art. 233 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego i dokonanie jego oceny z pominięciem istotnej części tego materiału, tj. dokumentów przedstawionych przez stronę powodową dotyczącą wykonania oraz wysokości dochodzonego roszczenia, a przede wszystkim przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i przyjęcie, że:

a) umowy o roboty budowlane nr (...) nr (...), bezusterkowy protokół odbioru robót z dnia 25 marca 2009 r. oraz faktura VAT nie uzasadniają dochodzonego przez powoda roszczenia;

b) aneks nr (...) z dnia 3 lutego 2009 r. stanowił odrębną umowę, w sytuacji gdy dotyczył wykonania pasów komunikacyjnych na wszystkich zbiornikach, a więc stanowił rozszerzenie przedmiotu, jak i przedłużenie terminu wykonania dwóch umów;

c) sprzeczność ustaleń faktycznych z treścią materiału dowodowego polegającą na nie wywiedzeniu logicznego wniosku, że skoro powód wykonał roboty budowlane na podstawie łączących go z pozwanym umów, a pozwany tego faktu nigdy nie kwestionował, to powództwo jest zasadne, a powodowi należy się umówione wynagrodzenie;

4) naruszeniu art. 328 § 2 k.p.c. przez uzasadnienie zaskarżonego wyroku w sposób sprzeczny z treścią powołanego przepisu oraz ograniczenie uzasadnienia jedynie co do aneksu nr (...) oraz obarczenia winą powoda za wady projektu oraz opóźnienie, jak również brak wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku oraz przytoczonych przepisów prawa.

5) naruszeniu art. 479<sup>14</sup>§ 2 k.p.c. poprzez rozstrzygnięcie sprawy w oparciu o nieprzedstawione przez pozwanego ani w odpowiedzi na pozew ani w toku procesu zarzuty procesowe, o których mowa we wskazanym przepisie;

III. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na:

1) błędnym ustaleniu przez Sąd Okręgowy, w obliczu całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego, iż aneks nr (...) stanowił odrębną umowę, której przedmiotem były inne roboty budowlane, podczas gdy zeznania świadków, w szczególności E. S. czy P. R., oraz przesłuchanie strony powodowej dowodzą, że powód wykonywał roboty w przeświadczeniu, że aneksem nr (...) wprowadził zmiany do dwóch łączących go z pozwanym umów, w szczególności przedłużył termin wykonania wszystkich robót do dnia 23 lutego 2009 r.;

2) błędnym ustaleniu przez Sąd Okręgowy, że powód pozostawał w opóźnieniu, podczas gdy w obliczu zawartego do łączących strony umów o roboty budowlane aneksu oraz uzgodnionego terminu wykonania robót wynika, że protokół odbioru wszystkich wykonanych przez powoda robót został sporządzony w dniu 25 marca 2009 r.;

3) błędnym ustaleniu przez Sąd Okręgowy, że przez błąd projektowy powód dopuścił się opóźnienia, podczas gdy w okolicznościach niniejszej sprawy co potwierdziły zeznania świadków E. S., M. N., P. R. czy W. W., jak i przedłożony do akt spraw dziennik budowy przesądzają, że istotne znaczenie w tej kwestii miały opóźnienia innych wykonawców na terenie budowy w G. oraz nieprzekazanie frontu robót przez pozwanego określonym w umowach i aneksach terminie;

4) nieustaleniu przez Sąd Okręgowy woli i intencji pozwanego w zawieraniu aneksu nr (...), a co zatem idzie nierozpoznanie sprawy co do istoty, w sytuacji gdy strona powodowa wykazała, że intencją i wolą strony powodowej było przedłużenie wykonania przedmiotu umowy nr (...) jak i (...);

5) nieustaleniu przez Sąd I instancji, że powód nie ponosi winy w opóźnieniu wykonania wszystkich robót objętych dwoma umowami, a odpowiedzialni za opóźnienia są pozwany, jak i inni wykonawcy działający na terenie budowy w G..

W konsekwencji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie zgodnie z żądaniem pozwu oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych za I i II instancję, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Pozwany wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja powoda jest częściowo zasadna. Przede wszystkim należy zauważyć, iż kwestia wykonania przez powoda umów zawartych z pozwanym w całości nie była sporna w niniejszym postępowaniu. Nie była też sporna kwestia zasadności i wymagalności roszczenia powoda o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty, wynikająca z faktury nr (...) z 31 marca 2009r. Pozwany składając oświadczenie o potrąceniu własnej wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością powoda wynikającą z tej faktury uznał tym samym istnienie wzajemnej wierzytelności. Uzasadnienie Sądu Okręgowego zawiera w tej kwestii wewnętrzną sprzeczność, z jednej strony Sąd ustala, iż dokonano potrącenia, a następnie stwierdza, iż kwestia zasadności i wysokości potrącenia znalazła się poza zakresem wyrokowania w niniejszej sprawie (str. 7 uzasadnienia), podczas gdy następnie bada zasadność naliczenia kar umownych, a ostatecznie powództwo oddala wskazując, iż jest nieudowodnione.

Sąd Okręgowy ustalił w stanie faktycznym, iż roboty budowlane objęte zawartymi przez strony umowami zostały wykonane i odebrane, a powód wystawił z tego tytułu fakturę końcową, z której należność została częściowo zapłacona przez pozwaną. Ustalenie to Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne. Bezzasadne są zatem te zarzuty apelacji, które zarzucają sądowi pierwszej instancji pominięcie materiału dowodowego w postaci dokumentów odbioru robót, jak i samej faktury, jak też ich niewłaściwą ocenę w świetle art. 233§1 k.p.c. Prawidłowo również Sąd Okręgowy dokonał oceny prawnej zawartej przez strony umowy, kwalifikując ją jako umowę o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c.

Wbrew zarzutom apelacji Sąd Okręgowy wskazał zatem podstawę prawną wyroku (art. 647 k.c., art. 498 k.c.), jak i wyjaśnił dlaczego uznał, iż powód ponosi odpowiedzialność za wady projektu (art. 9 uzasadnienia, k. 375 akt).

Wbrew twierdzeniom apelacji pozwany skutecznie zgłosił w niniejszej sprawie zarzut potrącenia, jest on zawarty na stronie 3 i 11 odpowiedzi na pozew (k. 134 i 138). Pozwany powołał się przy tym na materialnoprawne oświadczenie o potrąceniu złożone w dniu 3 sierpnia 2010r. (k. 72 akt). Oświadczenie to przedstawia do potrącenia wzajemną wierzytelność pozwanej z tytułu kar umownych, jest ona wymagalna, bowiem wcześniej wezwano powoda do zapłaty tej kwoty, oświadczenie to zostało podpisane przez dwóch członków zarządu pozwanej, a zatem oświadczenie to spełnia przesłanki z art. 498 k.p.c. W niniejszej sprawie przedmiotem badania była właśnie zasadność naliczenia kar umownych przez pozwaną i skuteczność tego potrącenia.

Kara umowna została zastrzeżona przez strony na wypadek nieterminowego wykonania umowy, w wysokości 0,1% wartości umowy za każdy dzień opóźnienia, nie więcej niż 10% wartości umowy. Przy czym zgodnie z § V umowy opóźnienie w przekazaniu placu budowy, a także rozszerzenie w trakcie realizacji przedmiotu umowy zakresu rzeczowego, zwłoka zamawiającego w realizacji jego obowiązków określonych w umowie, wstrzymanie prac przez zamawiającego, wystąpienie siły wyższej oraz decyzje inspektora nadzoru wpisane do dziennika budowy - mogły skutkować stosownym przesunięciem terminu końcowego realizacji przedmiotu umowy, przy czym zmiana terminu wymagała uzgodnienia stron i formy pisemnej – aneksu do umowy.

W niniejszej sprawie termin wykonania obydwu umów został przesunięty aneksem nr (...) do 5 września 2008r. W aneksie tym posłużono się sformulowaniem „termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy” (k. 56), takim samym jak zawarty w § V obydwu umów. Nie ulega wątpliwości, iż termin ten nie został przez powoda dotrzymany. Już po jego upływie - w dniu 3 lutego 2009r. doszło do zawarcia aneksu nr (...), w którym strony rozszerzyły przedmiot umowy o wykonanie pasów komunikacyjnych na dachach przedmiotowych zbiorników, ustaliły za to odrębne wynagrodzenie oraz termin zakończenia robót i podpisania protokołu odbioru (k. 58). Strony nie użyły w tym przypadku sformułowania: „termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy”, a wyłącznie pojęcia „termin zakończenia robót”; nadto w pkt 4 aneksu wskazały, iż poza § VII pozostałe postanowienia umowy pozostają bez zmian.

Odnosząc się do związanego z tym zarzutu naruszenia art. 65 §1 k.c. należy wskazać, iż w literaturze wyodrębnia się trzy poziomy wykładni umowy: literalne brzmienie umowy, treść oświadczeń woli ustalaną z zastosowaniem kryteriów interpretacyjnych zawartych w art. 65 § 1 k.c., wreszcie sens oświadczeń woli ustalony przez odwołanie się do zgodnego zamiaru stron i celu umowy. Przepis art. 65 § 2 k.c. określa sposób wykładni oświadczeń woli stron umowy w sposób odmienny niż ma to miejsce przy interpretacji tekstu prawnego: w umowach należy przede wszystkim badać zamiar stron i cel umowy, a dopiero w dalszej kolejności ma znaczenie dosłowne jej brzmienie.

Na temat celu przedmiotowego aneksu i zamiarów stron wypowiedzieli się świadkowie zarówno powoda, jak i pozwanej. P. R. na temat aneksu zeznał, iż zmiany w aneksie dotyczyły wszystkich 5 zbiorników, że wykonanie pasów komunikacyjnych wynikało z zaleceń nadzoru i służb eksploatacyjnych, bez wykonania pasów zbiorniki nie mogły być oddane do eksploatacji (k. 295). K. S., który przygotowywał aneks ze strony pozwanego wskazał, iż aneks nr (...) rozumieli jako odrębną umowę, a termin tam podany odnosił się tylko do wykonania robót dodatkowych (k. 345). Natomiast z zeznań członka zarządu powódki L. F. wynika, iż termin ustalony aneksem nr (...) był terminem zakończenia całej inwestycji (k. 307). W istocie zatem twierdzenia stron w tym przedmiocie są sporne. Sam fakt, iż strona pozwana zrezygnowała z przesłuchania członka jej zarządu, nie oznacza, iż należy w całości dać wiarę zeznaniom przedstawiciela strony powodowej: zeznania te winny być ocenione w kontekście całego materiału dowodowego zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia zawodowego (art. 233 § 1 k.p.c.). Nie doszło jednak do przyznania okoliczności wskazanych przez przedstawiciela strony powodowej w rozumieniu art. 230 k.p.c., bowiem strona pozwana wypowiedziała się w tej kwestii i przedstawiła dowody przeciwne.

Należy zwrócić uwagę na fakt, iż wbrew ustaleniom Sądu pierwszej instancji kwestia wykonania dodatkowych pomostów i pasów komunikacyjnych nie pojawiła się po raz pierwszy w styczniu 2009r., kiedy okazało się, że inne firmy zniszczyły izolację zbiorników, lecz już jesienią 2008r. Jak wynika z dziennika budowy (tom IX str. 13) inspektor nadzoru G. O. w dniu 6 listopada 2008r. w związku z koniecznością wykonania pomostów technologicznych na dachach zbiorników wstrzymał prace związane z montażem rurociągów, tras kablowych oraz roboty izolacyjne na dachach zbiorników. Również w dniu 16 i 18 listopada 2008r. inspektor nadzoru wpisał do dziennika budowy, że wstrzymuje prace do czasu podjęcia decyzji co do budowy dodatkowych pomostów na zbiornikach (str. 16 i 17 tom IX dziennika budowy). G. O. zeznał, iż jego zdaniem nie można było odebrać zbiorników bez wykonania pomostów (k. 334). Również świadkowie strony pozwanej potwierdzili, iż wykonanie pasów komunikacyjnych było konieczne, a ich pierwotne niezaprojektowanie było niedopatrzaniem (k. 344 zeznania K. S.).

Mając na uwadze powyższe, jak i wyżej wskazane uwagi na tle art. 65 k.c. należy uznać, iż celem zawarcia aneksu było wykonanie dodatkowych pasów komunikacyjnych na dachach zbiorników, które to pasy powinny być od początku uwzględnione w projekcie, wykonanie tych pasów nastąpiło na etapie prac końcowych i wbrew ustaleniom Sądu Okręgowego przesuwało termin odbioru całości prac. Jednakże ani z zeznań ww. świadków i przedstawiciela strony powodowej, ani też z samej literalnej treści aneksu nr (...) nie wynika, aby niwelował on skutki upływu terminu wykonania przedmiotu umowy wynikającego z zawartych wcześniej umów i z aneksu nr (...). W tym zakresie zarzuty apelacji zarówno co do naruszenia art. 233§1 k.p.c., jak i art. 65§1 i 2 k.c. są niezasadne.

W niniejszej sprawie strony zastrzegły karę umowną na wypadek niewykonania w terminie zobowiązania przez powódkę w rozumieniu art. 483 k.c. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej co do zasady pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika z art. 471 k.c., a od przewidzianego tym przepisem



odszkodowania kara umowna różni się tylko tym, że przysługuje ona niezależnie od poniesionej szkody (wyrok SA w Białymstoku z dnia 21 sierpnia 2013 r., I ACa 334/13, LEX nr 1366054). Dłużnik zatem będzie zwolniony z obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaze, że przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania uzasadniające naliczanie kary umownej są okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Przy czym nie można uznać w niniejszej sprawie, aby zastrzeżona przez strony kara umowna miała charakter odpowiedzialności gwarancyjnej, niezależnej od winy strony. Rozszerzając na podstawie art. 473 § 1 k.c. odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej (art. 483 § 1 k.c.), strony muszą w umowie wyraźnie określić, za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Nie mogą to być okoliczności obciążające wierzyciela (art. 353<sup>1</sup> k.c.) (tak SN w wyroku z 27 września 2013r. I CSK 748/12 OSNC 2014/6/67). W niniejszej sprawie strony wskazały, iż kara umowna należy się pozwanej na wypadek „nieterminowego wykonania umowy przez powoda” nie modyfikując zakresu odpowiedzialności powoda. Ani z umowy, ani z pozostałych przeprowadzonych dowodów nie wynika, aby zamiarem stron było ustanowienie odpowiedzialności gwarancyjnej powoda za opóźnienie niezależne od jego winy.

W niniejszej sprawie opóźnienie w wykonaniu umowy nastąpiło przede wszystkim z uwagi na błąd projektowy, który odkryto już w lipcu 2008r. Za błąd ten ponosi odpowiedzialność powód, bowiem zgodnie z zawartą umową to wykonawca zobowiązał się do opracowania dokumentacji konstrukcyjnej. Zarzuty apelacji w tej kwestii są niezasadne. Fakt, iż zlecił opracowanie tej dokumentacji innej firmie nie zwalnia go z odpowiedzialności (art. 474 k.c.). Nie zwalnia go z odpowiedzialności również fakt, iż projekt ten był konsultowany z inwestorem. Błąd ten spowodował przesunięcie wykonania kolejnych prac objętych umową o 52 dni (od dnia 18 lipca 2008r. do 9 września 2008r., kiedy zgłoszono ponownie do odbioru pierwsze zbiorniki celem wykonania próby hydrostatycznej - dziennik budowy tom VII k. 22).

Z protokołów z narad koordynacyjnych wynika, iż powód opóźnił się też z zakończeniem izolacji płaszczy oraz dennic (k. 89, 96, 104, 112, 121). Według protokołu z 4 listopada 2008r. izolacja płaszczy i dennic miała być łącznie wykonana do 11 listopada, a ostatecznie z uwagi na zbyt małą liczbę pracowników termin ten przesunięto na 30 listopada 2008r., ale w protokole z 2 grudnia 2008r. (k. 121) nadal wskazywano, iż nie jest to zakończone, choć już nie wyznaczano terminu, co oznacza, iż prace były na etapie zakończenia. Niewątpliwie zatem ponosi odpowiedzialność za wywołane tym opóźnienie, a wynosiło ono 22 dni.

W pozostałym zakresie w niniejszej sprawie wykazano, że opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy zostało wywołane czynnikami niezależnymi od powoda: ani opóźnienia innych zatrudnionych przez pozwaną firm, ani warunki pogodowe nie są okolicznością, za którą powód ponosi odpowiedzialność. Zasadnie powód podnosi, iż z zeznań przesłuchanych w sprawie świadków E. S. (k. 272), M. N. (k.294), P. R. (k.296), G. O. (k. 334), W. W. (k. 335), jak i protokołów narad koordynacyjnych (k.84, 89, 96, 105 ) oraz dziennika budowy (str. 13 tom X) wynika, iż powód chciał przystąpić od wykonywania robót izolacji dachów, ale nie udostępniono mu placu budowy z uwagi na opóźnienia wykonania prac przez inne firmy oraz warunki pogodowe.

Nadto brak jest podstaw do naliczania kary umownej, za okres w którym inspektor nadzoru wstrzymał prace oczekując na podjęcie decyzji przez inwestora co do budowy dodatkowych pomostów oraz przez czas budowy tych pomostów, w tym oczekiwanie na udostępnienie placu budowy.

Pozwany naliczył karę umowną za opóźnienie wynoszące 203 dni, przy czym wysokość kary została ograniczona do wartości 10% wynagrodzenia zgodnie z zapisami zawartymi w umowach. Zdaniem Sądu Apelacyjnego powód wykazał, iż opóźnienie wynoszące ponad 74 dni nie zostało przez niego zawinione. Pozwany mógł zatem naliczyć karę umowną za 74 dni opóźnienia. W tej sytuacji potrąceniu podlegała jedynie kwota 817 700 zł (74 x 11 050 zł), a pozostałą część tj. 287 300 zł pozwany winien był zapłacić powodowi jako należne mu wynagrodzenie. Odsetki są powodowi należne od tej kwoty na podstawie art. 481§1 k.c. w zw. z art. 455 k.c. od dnia wymagalności określonego zgodnie z pkt VIII.1.g obydwu umów.

Powód nie zgłosił w niniejszej sprawie wniosku o miarkowanie kary umownej, a fakt, iż pozwany zaakceptował projekt konstrukcyjny zawierający wady mogłyby mieć znaczenie dla wysokości kary umownej jedynie w ramach zarzutu przyczynienia się do powstania szkody. Zarzut ten mógł być uwzględniony jedynie w ramach wniosku o miarkowanie kary umownej opartego na treści art. 484§2 k.c. (tak: wyrok SN z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 522/2003, OSNC 2005, nr 7-8, poz. 131, Biul. SN 2004, nr 12, wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2010 r., IV CSK 494/2009, Biul. SN 2010, nr 5, s. 3; P. Drapała w System Prawa Prywatnego tom 5 z 2012r. s. 1165). Jednakże bez stosownego wniosku powoda Sąd nie mógł z urzędu dokonać miarkowania kary umownej.

Mając na uwadze powyższe na podstawie art. 386§1 k.p.c. i 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. stosownie do wyników postępowania, zarówno w pierwszej, jak i w drugiej instancji, mając na uwadze poniesione przez powoda koszty opłat sądowych i koszty zastępstwa procesowego obydwu stron. Powód wygrał jedynie w 26%, jednakże ogółem koszty za pierwszą instancję wyniosły: 55 250 zł plus 2 x 7217 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego, łącznie 69 684 zł, z czego pozwany powinien ponieść 26%, tj. 18 118 zł, poniósł 7217 zł, a zatem powinien powodowi zapłacić 10 901 zł. W takim samym procencie pozwany winien zwrócić powodowi koszty za drugą instancję, z tym, że koszty zastępstwa procesowego w tym wypadku zgodnie z §6 pkt 7 i §12 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (..) (Dz. U. 2013 Nr 490 t.j.) wyniosły po 5400 zł.