

Sygn. akt I A Ca 1622/15

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 października 2016 roku

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Romana Górecka

Sędziowie: SA Ewa Kaniok ( spr.)

SA Bogdan Świerczakowski

Protokolant: protokolant sądowy Karolina Długosz-Żółtowska

po rozpoznaniu w dniu 29 września 2016 roku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2 grudnia 2014r., sygn. akt XVI GC 231/12

1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie II ( drugim) w części, w ten sposób, że zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. ustawowe odsetki od kwot:

41.267,51 zł (czterdzieści jeden tysięcy dwieście sześćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt jeden groszy) od 6.12.2007r. do 17 czerwca 2010r.,

2.345,07 zł (dwa tysiące trzysta czterdzieści pięć złotych siedem groszy) od 27.12.2007r. do 17 czerwca 2010r.,

189.729,84 zł (sto osiemdziesiąt dziewięć tysięcy siedemset dwadzieścia dziewięć złotych osiemdziesiąt cztery grosze) od 7.01. 2008r. do 17 czerwca 2010r.,

6.465,84 zł (sześć tysięcy czterysta sześćdziesiąt pięć złotych osiemdziesiąt cztery grosze) od 16.12.2008r. do 17 czerwca 2010r.,

86.991,50 zł (osiemdziesiąt sześć tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt jeden złotych pięćdziesiąt groszy) od 1.04.2008r. do 17 czerwca 2010r.,

47.872,01 zł (czterdzieści siedem tysięcy osiemset siedemdziesiąt dwa złote jeden grosz) od 1.05.2008r. do 17 czerwca 2010r.,

19.051,39 zł (dziewiętnaście tysięcy pięćdziesiąt jeden złotych trzydzieści dziewięć groszy) od 31.05.2008r. do 17 czerwca 2010r.,

1.295,69 zł (tysiąc dwieście dziewięćdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt dziewięć groszy) od 1.07.2008r. do 17 czerwca 2010r.,

18.553,34 zł (osiemnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt trzy złote trzydzieści cztery grosze) od 31.07.2008r. do 17 czerwca 2010r.,

112.583,90 zł (sto dwanaście tysięcy pięćset osiemdziesiąt trzy złote dziewięćdziesiąt groszy) od 31.08.2008r. do 17 czerwca 2010r.,

166.626,47 zł (sto sześćdziesiąt sześć tysięcy sześćset dwadzieścia sześć złotych czterdzieści siedem groszy) od 1.11.2008r. do 17 czerwca 2010r.,

95,44 zł (dziewięćdziesiąt pięć złotych czterdzieści cztery grosze) od 31.10.2008r. do 17 czerwca 2010r.,

681,48 zł (sześćset osiemdziesiąt jeden złotych czterdzieści osiem groszy) od 31.01.2009r. do 17 czerwca 2010r.,

3.357,71 zł (trzy tysiące trzysta pięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt jeden groszy) od 24.02.2009r. do 17 czerwca 2010r.,

2.821,89 zł (dwa tysiące osiemset dwadzieścia jeden złotych osiemdziesiąt dziewięć groszy) od 1.03.2009r. do 17 czerwca 2010r.,

1.735,29 zł (tysiąc siedemset trzydzieści pięć złotych dwadzieścia dziewięć groszy) od 1.04.2009r. do 17 czerwca 2010r.,

572,69 zł (pięćset siedemdziesiąt dwa złote sześćdziesiąt dziewięć groszy) od 1.05.2009r. do 17 czerwca 2010r.;

2. oddała apelację w pozostałej części;

3. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwotę 5400 ( pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego za II instancję.

SSA Bogdan Świerczakowski SSA Romana Górecka SSA Ewa Kaniok

**Sygn. akt I ACa 1622/15**

## UZASADNIENIE

(...) spółka z o.o. w W. wystąpiła przeciwko (...) spółce z o.o. w W. o zasądzenie kwoty 906.894,96 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwot:

- 42.179,73 zł za okres od 6 grudnia 2007 r. do dnia zapłaty,
- 2.345,07 zł za okres od 27 grudnia 2007 r. do dnia zapłaty,
- 220.561,65 zł za okres od 7 stycznia 2008 r. do dnia zapłaty,
- 33.776,88 zł za okres od 16 grudnia 2008 r. do dnia zapłaty,
- 124.871,67 zł za okres od 1 kwietnia 2008 r. do dnia zapłaty,
- 61.452,31 zł za okres od 1 maja 2008 r. do dnia zapłaty,

- 25.937,77 zł za okres od 31 maja 2008 r. do dnia zapłaty,
- 32.452,69 zł za okres od 1 lipca 2008 r. do dnia zapłaty,
- 33.648,14 zł za okres od 31 lipca 2008 do dnia zapłaty,
- 130.665,73 zł za okres od 31 sierpnia 2008 r. do dnia zapłaty,
- 189.738,81 zł za okres od 1 listopada 2008 r. do dnia zapłaty,
- 95,44 zł za okres od 31 października 2008 r. do dnia zapłaty,
- 681,48 zł za okres od 31 stycznia 2009 r. do dnia zapłaty,
- 3.357,71 zł za okres od 24 lutego 2009 r. do dnia zapłaty,
- 2.821,89 zł za okres od 1 marca 2009 r. do dnia zapłaty,
- 1.735,29 zł za okres od 1 kwietnia 2009 r. do dnia zapłaty,
- 572,69 zł za okres od 1 maja 2009 r. do dnia zapłaty,

Oraz o zasądzenie kosztów procesu.

W uzasadnieniu powódka podała, że w dniu 07 lipca 2006 r. w W. strony zawarły umowę o roboty budowlane. Pozwana zleciła powódce wybudowanie w systemie generalnego wykonawstwa robót osiedla mieszkaniowego pn. (...). Umowa ta została zmieniona aneksem z dnia 20 września 2007 r., w którym strony postanowiły, że wynagrodzenie za roboty budowlane będzie ustalane jako suma następujących pozycji: koszty stałe wykonawcy + koszty zmienne wykonawcy + koszty podwykonawców, materiałów, sprzętu i usług powiększone o podatek 7% VAT. Najważniejszym postanowieniem tego aneksu była zmiana systemu płatności za faktury - przelewem bezpośrednio na rachunki bankowe podwykonawców, w kwotach objętych fakturą, pomniejszonych o re-fakturowane koszty stałe oraz o kaucje zatrzymane od podwykonawców; natomiast kwota należności powódki stanowiąca wartość faktury brutto pomniejszona o kwoty wypłacone podwykonawcom i dostawcom oraz kaucje zatrzymane zostanie przelana na jej rachunek bankowy nie później niż do końca miesiąca następującego po miesiącu rozliczeniowym.

W dniu 19 stycznia 2010 r. do powódki wpłynęło wezwanie pozwanej do uzgodnienia sald na dzień 30 listopada 2009 r. Zgodnie z uzgodnionymi saldami kwota zobowiązań wobec powódki na ten dzień wynosiła 1.415.796,87 zł. W związku z powyższym, w dniu 2 lutego 2010 r. pełnomocnik powódki wezwał pozwaną do zapłaty kwoty 1.415.796,87 zł. Po szczegółowym zweryfikowaniu rozliczeń pomiędzy stronami, suma wymagalnych wierzytelności powódki w stosunku do pozwanej została określona na kwotę 906.894,96 zł.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów procesu.

Zdaniem pozwanej powódka nie miała podstaw do wystawienia faktury VAT nr (...) z dnia 18.07.2007, albowiem do faktury tej nie załączono dokumentów, które zgodnie z umową i aneksami uprawniały powódkę do wystawienia faktury końcowej. Powódka nie udowodniła bowiem, że odbiór robót został dokonany oraz że nastąpił bez wad lub, że usunęła wady stwierdzone w wykonanych robotach.

Z ostrożności procesowej pozwana podniosła zarzut nieistnienia roszczenia z uwagi na wygaśnięcie wierzytelności objętej pozwem na skutek potrącenia. W dniu 11.6.2010 pozwana wystosowała do powódki notę obciążeniową na kwotę 2.565.818, 36 zł tytułem części kary umownej za zwłokę w zakończeniu robót w ramach inwestycji (...). Kara umowna przysługiwała pozwanej na podstawie § 9 ust. 8 umowy o roboty budowlane w zw. z § 3 ust. 18 pkt 4 aneksu z dnia 20.09.2007. Roboty miały zostać zakończone 31 sierpnia 2008, z winy powódki nie zostały zakończone w terminie. Pozwana uzyskała pozwolenie na użytkowanie budynków w ramach inwestycji (...) 4.12.2008, a więc 94

dni po planowanym terminie. Nadto, wskutek opóźnienia zaistniałego z winy powódki pozwana poniosła wymierną szkodę, ponieważ w zamian za nie skorzystanie przez nabywców z prawa odstąpienia od umów developerskich z powodu opóźnienia i żądania zapłaty przez pozwaną kar umownych nabywcy zażądali obniżenia cen lokali, na co pozwana przystała (k. 241-261).

Odnosząc się do wierzytelności pozwanej, przedstawionej do potrącenia powódka podniosła, że nie istnieją, w żaden bowiem sposób fakt ich powstania nie został udowodniony.

**Wyrokiem z dnia 2 grudnia 2014 roku, Sąd Okręgowy w Warszawie** w punkcie pierwszym umorzył postępowanie ponad kwotę 739.038,82 zł, w punkcie drugim oddalił powództwo w pozostałym zakresie, w punkcie trzecim ustalił, że powód winien zwrócić pozwanemu w całości koszty procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 07 lipca 2006 r. w W. strony zawarły umowę o roboty budowlane. (...) spółka z o.o. w W. zleciła (...) spółce z o.o. w W. wybudowanie w systemie generalnego wykonawstwa robót osiedla mieszkaniowego pn. (...) na nieruchomości należącej do (...) spółki z o.o.

Z uwagi na to, że Generalny Wykonawca już na wczesnym etapie realizacji kontraktu generował opóźnienia w wykonywaniu kolejnych etapów budowy, popadł w kłopoty finansowe i nie wywiązywał się z umów zawartych z podwykonawcami, którzy z tego powodu odmawiali współpracy a sytuację dodatkowo komplikowało to, że w roku 2007 nastąpił kryzys na rynku budowlanym i Inwestor miał utrudnione możliwości znalezienia w krótkim czasie innego Generalnego Wykonawcy, a ponadto Inwestor związany był umowami deweloperskimi z nabywcami lokali – w/wym. umowa została zmieniona przez strony aneksem z dnia 20 września 2007 r. W aneksie tym strony postanowiły, że wynagrodzenie za roboty budowlane wykonywane przez powoda będzie ustalane jako suma następujących pozycji: koszty stałe wykonawcy + koszty zmienne wykonawcy + koszty podwykonawców, materiałów, sprzętu i usług powiększone o podatek 7% VAT; na podstawie faktur VAT wystawianych przez powoda. Strony umówiły się, że pozwany dokona płatności przelewem z należności brutto objętej fakturą częściową lub końcową wykonawcy bezpośrednio na rachunki bankowe podwykonawców/dostawców w uzgodnionych terminach i w kwotach objętych fakturą, pomniejszonych o re-fakturowane koszty stałe oraz o kaucje zatrzymane od podwykonawców (o ile występują); natomiast kwota należności powoda stanowiąca wartość faktury brutto pomniejszona o kwoty wypłacone podwykonawcom i dostawcom oraz kaucje zatrzymane zostanie przelana na jego rachunek bankowy nie później niż do końca miesiąca następującego po miesiącu rozliczeniowym.

W rozliczeniu wykonanych robót (...) spółka z o.o. wystawiła na (...) spółka z o.o. faktury VAT:

- 1) faktura (...) za październik 2007 r, kwota zaległa 42.179,73 zł., termin płatności 5.12.2007 r.,
- 2) faktura (...) r, kwota zaległa 2.345,07 zł, termin płatności 26.12.2007 r.,
- 3) faktura (...) - za listopad 2007 r., kwota zaległa 220.561,65 zł termin płatności 6.01.2008 r.,
- 4) faktura (...) za grudzień 2007 r., kwota zaległa 33.776,88 zł termin płatności 15.02.2008 r.,
- 5) faktura (...) r. za luty 2008 r, kwota zaległa 124.871,67 zł termin płatności 31.03.2008 r.,
- 6) faktura (...) za marzec 2008 r. kwota zaległa 61.452,31 zł termin płatności 30.04.2008 r.,
- 7) faktura (...) za maj 2008 r., kwota zaległa 25.937,77 zł termin płatności 30.5.2008 r.,
- 8) faktura (...) za maj 2008 r, kwota zaległa 32.452,69 zł termin płatności 30.06.2008 r.,
- 9) faktura (...) za lipiec 2008 r., kwota zaległa 33.648,14 zł termin płatności 30.07.2008 r.,
- 10) faktura nr (...) za wrzesień 2008 r., kwota zaległa 130.665,73 zł termin płatności 30.8.2008 r.,

- 11) faktura nr (...) za wrzesień 2008 r., kwota zaległa 189.738,81 zł termin płatności 31.10.2008 r.,
- 12) faktura nr (...) r., kwota zaległa 95,44 zł termin płatności 30.10.2008 r.,
- 13) faktura nr (...), kwota zaległa 681,48 zł termin płatności 30.01.2009 r.,
- 14) faktura (...), kwota zaległa 3.357,72 zł termin płatności 23.02.2009 r.,
- 15) faktura nr (...), kwota zaległa 2.821,89 zł termin płatności 28.02.2009 r.,
- 16) faktura nr (...), kwota zaległa 1.735,29 zł termin płatności 31.03.2009 r.,
- 17) faktura nr (...), kwota zaległa 572,69 zł. termin płatności 30.04.2009 r..

W dniu 22 sierpnia 2011 r. (...) spółka z o.o. nadała na pocztę oświadczenie skierowane do (...) spółka z o.o. o potrąceniu wzajemnych wierzytelności tj. wierzytelności (...) spółka z o.o. w wysokości 906.894,96 zł., na która składają się należności z faktur: 1. faktura (...), kwota 42.179,73 zł; 2. faktura (...), kwota 2.345,07 zł; 3. faktura (...), kwota 220.561,65 zł; 4. faktura (...), kwota 33.776,88 zł; 5. faktura (...), kwota 124.871,67 zł; 6. faktura (...), kwota 61.452,31 zł; 7. faktura (...), kwota 25.937,77 zł; 8. faktura (...), kwota 32.452,69 zł; 9. faktura (...), kwota 33.648,14 zł; 10. faktura nr (...), kwota 130.665,73 zł; 11. faktura nr (...), kwota 189.738,81 zł; 12. faktura nr (...), kwota 95,44 zł; 13. faktura nr (...), kwota 681,48 zł; 14. faktura (...), kwota 3.357,72 zł; 15. faktura nr (...), kwota 2.821,89 zł; 16. faktura nr (...), kwota 1.735,29 zł; 17. faktura nr (...), kwota 572,69 zł. z wierzytelnością (...) spółka z o.o. przysługującą je w wysokości 2.565.318,36 zł z tytułu części kary umownej za zwłokę w zakończeniu robót w odniesieniu do inwestycji (...) w W., naliczoną zgodnie z § 3 ust. 15 aneksu z dnia 20.09.2008 r., naliczoną od dnia 1.09.2008 r. do 4.12.2008 r. w wysokości 0,05 % od kwoty wynagrodzenia tj. 54.591.886 zł. za 94 dni opóźnienia (k 905 ). Wcześniej, bo już 11 czerwca 2010 r. została wystawiona nota obciążeniowa nr (...), w której (...) spółka z o.o. obciążyła (...) spółkę z o.o. częścią kary umownej za zwłokę w zakończeniu robót na kwotę 2.565.318,36 zł. Nota nadana została na pocztę 14 czerwca 2010 r. (k. 901-902 ).

Powód cofnął pozew ze zrzeczeniem się roszczenia w zakresie kwoty 167.856,14 zł. obliczonej przez biegłą jako podlegający odliczeniu od kwot należnych powodowi VAT do zwrotu od faktur za okresy objęte sporem. W poszczególnych pozycjach pozwu były to następujące (wynikające z tabeli zawartej w opinii uzupełniającej z dnia 22 maja 2014 r.) kwoty:

- 1) w zakresie żądania nr 1 o kwotę 912,22 zł z faktury VAT nr (...) do kwoty 41.267,51 zł,
- 2) w zakresie żądania nr 3 o kwotę 23.723,26 zł z faktury VAT nr (...) do kwoty 196.838,39 zł.
- 3) 3. w zakresie żądania nr 4 o kwotę 18.638,24 zł z faktury VAT nr (...) do kwoty 15.138,64 zł,
- 4) w zakresie żądania nr 5 o kwotę 24.260,18 zł z faktury VAT nr (...) do kwoty 100.611,49 zł,
- 5) w zakresie żądania nr 6 o kwotę 13.580,30 zł z faktury VAT nr (...) do kwoty 47.872,01 zł,
- 6) w zakresie żądania nr 7 o kwotę 6.886,38 zł z faktury VAT nr (...) do kwoty 19.051,39 zł,
- 7) w zakresie żądania nr 8 o kwotę 31.157,01 zł z faktury VAT nr (...) do kwoty 1.295,68 zł,
- 8) w zakresie żądania nr 9 o kwotę 15.094,80 zł z faktury VAT nr (...) do kwoty 18.553,34 zł,
- 9) w zakresie żądania nr 10 o kwotę 10.491,41 zł z faktury VAT nr (...) do kwoty 120.174,32 zł,

10) w zakresie żądania nr 11 o sumę kwot 21.368,50 zł, 1.671,84 zł i 72 zł to jest łączną kwotą 23.112,34 zł z faktury VAT o nr (...) do kwoty 166.626,47 zł.

Wobec powyższego powództwo w tym zakresie, a więc ponad kwotę 739.038, 82 zł. uległo umorzeniu w oparciu o przepis art. 355 §1 k.p.c. w zw. z art. 203 §1 i 2 k.p.c.

Zdaniem Sądu I instancji, strony zawarły umowę o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c.

Sąd przywołał brzmienie §3 ust 2 aneksu do umowy z dnia 07.07.2006 r. zgodnie z którym: „Strony ustalają kwotę bazową Kosztów Stałych na kwotę netto 200.000 zł miesięcznie, której płatność będzie pomniejszona o wielkość zwróconego Wykonawcy przez organy podatkowe w danym miesiącu rozliczeniowym nadpłaconego podatku VAT lub podatku VAT jaki podlegałby zwrotowi z inwestycji „N.”, gdyby Wykonawca nie wykorzystał tej nadpłaty na poczet swoich zobowiązań z tytułu podatku VAT z innych inwestycji lub zakupów niż inwestycja (...), a w przypadku gdy Urząd Skarbowy odmówi zwrotu z uwagi na negatywne wyniki kontroli skarbowej lub zwróci część podatku VAT, informację o pełnej kwocie VAT' jaka podlegałaby zwrotowi (z uwzględnieniem kwot nie uznanych z winy Wykonawcy do zwrotu oraz ewentualnych kar potrąconych) oraz kwoty, o których mowa w zdaniu następnym, i która płatna będzie przyjmując pierwszy okres rozliczeniowy dla nowych rozliczeń od miesiąca września 2007 roku do zakończenia robót nie dłużej jednak niż do 31-go sierpnia 2008 roku. W przypadku, gdy: a) ulegnie zmniejszeniu skład Personelu, o którym mowa w ust.2 w danym miesiącu rozliczeniowym kwota bazowa Kosztu Stałego ulega obniżeniu o 10.000 zł za każdą nieobecną osobę z Personelu, bez względu na przyczynę proporcjonalnie do ilości dni nieobecności pełnego składu Personelu, z wyjątkiem bieżących urlopów w ilości 5 dni roboczych miesięcznie; b) gdy osoby zatrudnione przez Wykonawcę na budowie będą nienależycie wykonywały swoje obowiązki i pomimo wezwania Wykonawcy do zaniechania naruszeń nie nastąpi poprawa świadczonych usług, Zamawiający ma prawo zastąpić pracownika Wykonawcy inną osobą na takim stanowisku, a koszt zatrudnienia takiej osoby pomniejszy kwotę bazową Kosztu Stałego”.

Wobec tego zapisu umowy pozwany prezentuje stanowisko, że wolą stron, zgodnie z art. 65 k.c. było pomniejszenie kwoty należnej, stanowiącej równocześnie podstawę opodatkowania w podatku od towarów i usług, a nie płatności jako świadczenia (...) Sp. z o.o. wtórnego w stosunku do zobowiązania wynikającego z umowy (aneksu). Tyle, że interpretacja literalna nie budzi wątpliwości, że stronom chodziło o pomniejszenie płatności a nie podstawy opodatkowania. Argumentacja prof. W. M. zmierzająca do wykazania dopuszczalności przyjęcia interpretacji korzystnej dla pozwanego (k. 895-899) nie przesądza o takiej właśnie intencji stron zawierających umowę. Zeznania stron nie wnoszą w tym zakresie żadnej treści (zeznanie J. Z. – k. 1525-1529 i zeznanie A. B. D. – k. 1525-1529), nie przedstawiają bowiem okoliczności w jakich doszło do uzgodnień a tylko własne stanowiska procesowe, wzajemnie sprzeczne. To spowodowało, że sąd przyjął literalną interpretację zapisu aneksu w analizowanym zakresie.

Zgodnie z §3 ust 2 aneksu kwota kosztów stałych miała przysługiwać powodowi za okres „od miesiąca września 2007 roku do zakończenia robót nie dłużej jednak niż do 31-go sierpnia 2008 roku”. To oznacza, że do pomniejszenia płatności powoda mogły być brane faktury podwykonawców za wykonane roboty wystawione tylko po wrześniu 2007 r.

Sąd Okręgowy przywołał tabelaryczne rozliczenie podatku należnego i podatku naliczonego VAT dokonane w oparciu o wszystkie faktury sprzedaży (...) spółka z o.o., wystawione na rzecz (...) spółka z o.o. w okresie od września 2007 r, do grudnia 2008 r. oraz zestawienia faktur podwykonawców dołączone do tych faktur

Nr f-ry	Data	Kwota	Nrf-ry	Nazwa	VAT z f-ry	Różnica	Uwagi
(...)	sprzedaży	VAT 7% z	podwykonaw.	podwykonawcy	podwyk.		

		f-ry			22%		
		sprzedaży					
(...)	20.09..07	Brak	Danych				
(...)	30.09.07	brak	Danych				
(...)	31.10.07	415,70	(...)	S.	255,55	912,22	
			(...)	(...)	601,04		
			(...)	(...)	481,33 13		
			Razem		1337,92		
Ogółem		425,70			1337,92	912,22	
(...)							
(...)	13.11.07	4027,35	(...)	S.	10,98	8630,03	
			(...)	(...)	10,86		
			(...)	(...) K.	3377,55		
			(...)	(...)	4691,43		
			(...)	(...)	731,50		
			(...)		3835,06		
			Razem		12657,38		
(...)	19.11.07	1491,17	(...)	S.	11,26	3195,37	
			(...)	(...)	28,79		
			(...)	(...)	2041,55		

			(...)	(...)	2424,76		
			(...)	S. sp. z o.o	180,18		
			Razem		4686,54		
(...)	30.11.07	5552,34	(...)	(...)	77,00		
			(...)	(...)	6528,50		
			(...)	(...)	1078,00		
			(...)	(...)	3278,88		
			(...)	S.	322,54		
			(...)	S.	68,20		
			(...)	S.	1556,99		
			(...) razem	(...)	4540,09 17450,20	11897,86	
Ogółem (...)		7043,51			22136,74	15093,23	
(...)	31.12.07	8777,92	(...)	(...)	106,03 58,91 106,03 44,44 306,31 266,88		
			(...)	(...)	654,50		
			(...)	(...)	(...),31		
			(...)	(...)	(...),43		
			(...)	(...)	364,32		



			(...)	(...)	(...),67 2)424,76 369,29 543,07		
			(...)	(...)	4400, (...),60		
			(...)	S.	1608,89		
			(...)	(...)	332,64		
Ogółem (...)		8697,84			27336,08	18638,24	
(...)	31.01.08 «	2715,23	(...)(...)(...) (...)	G. (...) (...) P. (...)	794,75 4691,43 542,37 1608,89	5818,34	
			(...)	(...)	141,37		
			(...)	(...)	78,54		
			(...)		676,22		
			Razem		8533,57		
Ogółem		2715,23			8533,57	5818,34	
(...)							
(...)	27.02.08	6657,68	10 faktur	(...)	1160,01	14266,45	
			(...)	(...)	869,00		
			(...)	(...)	3298,94		
			(...)	(...)	5393,19		

			(...)	(...)	340,56		
			(...)	(...)	6518,60		
			(...)	(...)	77,13		
			2 faktury	(...)	3266,70		
			Razem		20924,13		
(...)	29.02.08	4663,74	(...)	(...)	1215,50		
			(...)	(...)	3794,83		
			(...)	S.	1348,14		
			(...)	(...)	-877,17	9993,73	
			(...)		5332,07		
			(...)		3844,10		
			Razem		14657,47		
Ogółem		11321,42			35581,60	24260,18	
(...)							
(...)	18.03.08	3106,25	(...) i (...)	(...)	1342,00	6656,26	
			(...) i (...)	(...)	2244,64		
			(...)	(...)	6557,20		
			(...)	(...)	-481,33		
			Razem		9762,51		
(...)	31.03.08	2944,86	(...)	(...)	350,06		

			(...)		85,09		
			(...)		323,14		
			(...)		78,54		
			(...)	S.	1347,05		
			(...)		51,59		
			(...)	(...)	3266,38		
			(...)		3732,10		
	«		(...)	(...)	145,64		
			(...)		323,14		
			(...)		78,54		
			(...)	(...)	374,00 9255,27	6739,00	
Ogółem (...)		6051,11			19017,78	13395,26	
(...)	25.04.08	3213,65	(...)(...)(...) i (...)(...)	H.(...)	1915,08 591,86 6637,40 42,37 308,00 605,32 10100,03	6886,38	
Ogółem (...)		3213,65			10100,03	6886,38	
(...)	07.05.08	877,89	(...)	(...)	633,60		
			(...)	(...)	561,00		

			(...)	(...)	801,16		
			(...)	(...)	1344,16		
			(...)	(...)	-591,85		
			(...)	(...)	11,00 2759,07	1881,18	
(...)	20.05.08	5833,44	(...),(...), (...)(...) razem	H. (...)(...) P.(...)	1431,30 829,72 7053,20 7875,58 1143,87 1(8333,67	12500,23	
(...)	31.05.08	7828,61	(...)	(...)	21477,39		
			(...)	(...)	561,00		
			(...)	(...)	1509,92		
			(...)	(...)	269,50		
			(...)	S.	21,46		
			(...)	(...)	154,00		
	«		(...)	(...)	72,00 98,74 296,21 143,99	16775,60	
			Razem		24604,21		
Ogółem		14539,94			45696,95	31157,01	
(...)							
(...)	08.07.08	7044,24	(...)	(...)	313,41		

			(...)		72,00		
			(...)		154,99		
			(...)		103,22		
			(...)	G. (...)	3702,60		
			(...)	(...)	374,00		
			(...)	(...)	1156,08		
			(...)	(...)	8140,00		
			(...)		-2200,00		
			(...)	S.	21,56		
			(...)	S.	1022,06		
			(...)		989,08		
			(...)	(...)	154,00		
					8136,04		
Ogółem		7044,24			22139,04	15094,80	
(...)							
(...)	08.08.08	18609,35	(...)	C.	7971,91	39877,19	
			(...)	(...)	1795,84		
			(...)	(...)	39006,98		
			(...)	(...)	1551,00		
			(...)	(...)	1156,08		

			(...)	K.	i 2452,90		
			(...)	(...)	419,32		
			(...)	(...)	941,43		
			(...)	(...)	495,00		
			(...)	(...)	308,00		
			(...)	(...)	2388,08		
			Razem		58486,54		
Ogółem		18609,35			58486,54	39877,19	
(...)							
(...)	17.09.08	3506,37	(...)	(...)	213,84		
			(...)		1143,12		
			(...)	(...)	189,20		
			(...)		349,27		
			(...)		174,64		
			(...)		120,43		
			(...)		410,26 103,22 299,38 149,69 322,34 94,03 37,42 77,42 49,90 153,85 162,32		

			(...)	(...)	187,00		
			(...)	(...)	1144,44		
			(...)	(...)	88,73		
			(...)	(...)	315,92		
			(...)	(...)	855,43		
			(...)	(...)	4378,16		
Ogółem (...)		3506,37			11020,01	7513,64	
(...)	09.10.08	8504,44	(...)	(...)	1194,04		
			(...)	(...)	213,84		
			(...)	(...)	55,91 89,95 95,24		
			(...)	(...)	267,05 1411,94		
			(...)	(...)	15282,26		
			(...)	(...)	8118,00		
RAZEM		8504,44			26728,23	18223,79	
(...)	23.10.08	1467,53	(...)	(...)	213,84		
			(...)	(...)	55,91 110,68 89,95		
	•		(...)	(...)	924,00		

			(...)	(...)	690,49		
			(...)	(...)	1699,72		
			(...)	S.	827,83		
RAZEM		1467,53			4612,24	3144,71	
Ogółem (...)		9971,97			31340,47	21368,50	
(...)	20.11.08	780,19	(...)	(...)	44,35 2407,68 2452,03	1671,84	
Ogółem (...)		780,19			2452,03	1671,84	
(...)	31.12.08	33,60	(...)	(...)	105,60	72,00	
Ogółem (...)		33,60			105,60	72,00	
Łącznie okres		93954.12			295284.36	201330.24	

(opinia biegłego K. Z. - k. 1687-1692).

Zdaniem Sądu I instancji przedstawione zestawienie dowodzi, że z pierwotnego żądania powoda należy odjąć nie tylko kwotę 167.856,14 zł., o którą powód cofnął pozew, ale pozew jest niezasadny o kwotę 201.330,24 zł., o którą należało pomniejszyć płatności powoda. Dlatego, powództwo jest niezasadne w zakresie kwoty 201.330,24 zł.

Przywołując raz jeszcze §3 ust 2 aneksu, Sąd zauważył, że koszty stałe powodowi należały się nie dłużej niż do 31-go sierpnia 2008 roku. Stąd też za zasadny należało uznać zarzut pozwanego nieistnienia zobowiązania pozwanego wobec powoda o zapłatę kwoty 189.738,81 zł. z faktury nr (...) za wrzesień 2008, wskazanej w pkt. 11 pozwu. Dodał, że sprawa czasu obowiązywania umowy ma wymiar bezwzględny i nie ma znaczenia to co twierdził powód, że winą za to że powód musiał wykonywać prace we wrześniu należy obciążyć pozwanego. Z umowy wynika, że powodowi od pozwanego nie przysługuje wynagrodzenie z tytułu kosztów stałych po 31 sierpnia 2008 r. i ten zapis kończy kontrowersje.

Ponadto pozwany podniósł zarzut pomniejszenia wynagrodzenia należnego powodowi - który w ocenie Sądu należało potraktować jako zarzut potrącenia kwoty 7.108,55 zł zapłaconej na rzecz (...) Sp. z o.o. omyłkowo tytułem zakupu



materiałów dokonanych przez powoda, odnośnie których pozwany nie miał obowiązku ponosić kosztów. Powód nie zakwestionował tych płatności i podstaw potrącenia wobec tego należało uznać, że doszło do potrącenia.

Dodatkowo, pozwany podniósł zarzut pomniejszenia wynagrodzenia należnego powodowi, który w ocenie Sądu należało potraktować jako zarzut potrącenia 22.292,77 zł na którą składały się: kwota 8.672,80 zł z tytułu zapłaty za fakturę (...) potrącona z wierzytelnością powoda objętą fakturą nr (...) na kwotę łączną 1.789.325,98 zł (oświadczenie o potrąceniu - k. 471) oraz kwotą 13.619,97 zł - zapłaconą przez pozwanego tytułem zakupu materiałów elektrycznych od (...) Sp. z o.o. służących naprawie urządzeń zasilania placu budowy – potrącona z wierzytelnością powoda objętą fakturą nr (...) na kwotę łączną 1.913.519,65 zł (oświadczenie o potrąceniu – k. 528). Powód nie zakwestionował tych płatności i podstaw potrącenia wobec tego należało uznać, że doszło do potrącenia.

Ponadto, pozwany podniósł zarzut pomniejszenia wynagrodzenia należnego powodowi - który w ocenie Sądu należało potraktować jako zarzut potrącenia 7.590,42 zł - tytułem kaucji za wypożyczenie sprzętu stanowiącego palety na cele budowy inwestycji (...) na rzecz J. K. (1) prowadzącego działalność pod firmą (...). Wierzytelność powstała w ten sposób, że pozwany zapłacił za powoda kwotę 7.590,42 zł tytułem kaucji za wypożyczenie sprzętu stanowiącego palety na cele budowy inwestycji (...) na rzecz J. K. (1), następnie p. K. zwrócił wyżej wymienioną kwotę na rzecz powoda. Powód nie zwrócił otrzymanej kwoty na rzecz pozwanego, a tym samym pozwany był uprawniony pomniejszyć wynagrodzenie należne powodowi (k. 767). Powód nie zakwestionował tych płatności i podstaw potrącenia wobec tego sąd uznał, że doszło do potrącenia.

Odnośnie zarzutu dotyczącego potrącenia kary umownej za opóźnienie w zakończeniu inwestycji Sąd Okręgowy przywołał § 3 pkt. 15 aneksu stanowiący, że za zakończenie robót rozumie się odbiór końcowy robót dla Inwestycji potwierdzony protokołem odbioru końcowego podpisany przez Strony nie zawierający wad istotnych. (k. 51). Wspomniany protokół nigdy nie powstał. Pozwany prezentuje stanowisko, że uzyskanie przez niego pozwolenia na użytkowanie w dniu 4.12.2008 r. należy utożsamiać z odbiorem końcowym budowy (k. 1088). Natomiast w wpisów do dziennika budowy wynika, że w dniu 29 września 2008 r. stwierdzono zakończenie robót sanitarnych i elektrycznych (dziennik budowy – k. 1227v), także sam powód przyznaje, że zgłosił zakończenie robót 29 września 2008 r. ( pismo powoda – k 919-927, zeznanie J. Z. – k. 1525-1529). To pozwala przyjąć, że powód spóźnił się z zakończeniem robót co najmniej 29 dni.

Zdaniem Sądu I instancji za opóźnienie w całości odpowiedzialność ponosi powód, bowiem nie ma podstaw by winę w opóźnieniu przypisać pozwanemu.

Za niesłuszny Sąd Okręgowy uznał zarzut powoda dotyczący braku właściwej dokumentacji projektowej. Zgodnie z § 1 ust. 8 Umowy powód oświadczył, iż przed podpisaniem Umowy otrzymał dokumentację projektową określoną w załączniku nr 2. Ponadto, zgodnie z treścią umowy powód nie ma możliwości usprawiedliwiania zwłoki w robotach rzekomą nieterminowo przekazaną i wadliwą dokumentacją projektową i spóźnionymi płatnościami, bowiem na mocy §1 ust. 8 Umowy Wykonawca w ciągu 21 dni od otrzymania każdego z projektów w ramach dokumentacji technicznej miał obowiązek zapoznania się z nią i zgłoszenia swoich uwag, co do jej poprawności lub kompletności. Wszelkie wykryte wady lub braki dokumentacji technicznej po tym terminie będą wyjaśniane w trybie postanowień § 7.1. jednakże nie mogą stanowić uzasadnienia opóźnienia w dotrzymaniu terminów realizacji (za wyjątkiem wad ukrytych, których przy zachowaniu należytej staranności nie można było dostrzec) oraz podnoszenia, że wadliwość robót spowodowana jest wadliwością lub niekompletnością dokumentacji technicznej. Na mocy § 7 ust. 1 powód miał obowiązek wyjaśnienia zastrzeżeń odnośnie dokumentacji technicznej z projektantem, inspektorem nadzoru lub przedstawicielem zamawiającego. Niniejszy zapis nie wyłącza odpowiedzialności wykonawcy, o której mowa z § 1.8. umowy. Powód nie udowodnił, że otrzymywał dokumentację techniczną w terminach uniemożliwiających mu kontynuację wszystkich robót, oraz że podejmował jakiekolwiek czynności w celu wyjaśnienia rzekomych wad dokumentacji zgodnie z obowiązkiem umownym.

Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że z dziennika budowy dla inwestycji pozwanego (...) nie wynika, aby nastąpiło jakiekolwiek wstrzymanie robót z powodu wad dokumentacji projektowej (dziennik budowy – k. 1109-1292).

Powód nigdy nie zgłaszał pozwanemu w sposób wskazany w umowie, iż rzekoma wadliwość dokumentacji projektowej miałyby spowodować opóźnienie w wykonaniu robót. Zgodnie z § 2 ust. 5 umowy, terminy zakończenia robót mogą ulec zmianie w następujących przypadkach: 1) opóźnienia Zamawiającego w zapłacie za fakturę wystawioną zgodnie z postanowieniami Umowy powyżej 30 dni; 2) w przypadku uzasadnionych zastrzeżeń Wykonawcy co do prawidłowości przekazanej mu dokumentacji wykonawczej dostarczonej przez Zamawiającego, jeżeli inspektor nadzoru lub Przedstawiciel Zamawiającego lub architekt sprawujący nadzór autorski nie usunie sprzeczności lub niejasności w terminie umożliwiającym kontynuowanie robót w terminach określonych w harmonogramach rzeczowo-finansowych, z zastrzeżeniem postanowień § 1.8. W przypadku wystąpienia któregośkolwiek z przypadków skutkującego wydłużeniem realizacji przedmiotu Umowy, Wykonawca jest zobowiązany do bezzwłocznego pisemnego poinformowania zamawiającego wpisem do Dziennika Budowy o tym fakcie. Brak bezzwłocznego pisemnego poinformowania Zamawiającego jest jednoznaczny z rezygnacją Wykonawcy z ubiegania się z tego tytułu o wydłużenie terminu realizacji przedmiotu Umowy. Ponieważ powód nigdy nie wnosił o wydłużenie terminu realizacji umowy oznacza to, że powód nawet jeśli uznał, że wskazane przez niego przyczyny mogą spowodować opóźnienie w realizacji budowy i narażenie go tym samym na obciążenie karą umowną za zwłokę, na co wyraził zgodę podpisując kontrakt - zaniechał dopilnowania odpowiednich procedur i zrezygnował z ubiegania się o wydłużenie terminu realizacji przedmiotu umowy.

Sąd Okręgowy podniósł, że projekty drogowe dotyczące ul. (...) nie miały wpływu na umówione terminy zakończenia projektu, bowiem zgodnie z aneksem, powód miał wszystkie szczegóły dotyczące wykończenia ramp wyjazdowych, detale dotyczące włązów na dachy. Wszystkie rysunki architektoniczne zostały przekazane powodowi w terminach nie zakłócających realizacji projektu. Natomiast wykonanie rysunków warsztatowych leżało w gestii generalnego wykonawcy, co jest jednym z podstawowych obowiązków generalnego wykonawcy. (świadek T. L. – k. 1462-1465 - koordynator robót ze strony D. – zeznał „dokumentacja była kompletna, nieporozumienie polegało na tym, że Generalny Wykonawca nie przedstawił rysunków roboczych i zresztą nie miał kwalifikacji w tym zakresie”).

W ocenie Sądu I instancji niesłuszny jest też zarzut powoda dotyczący niepełnych i nieterminowych płatności dokonywanych przez pozwanego. W aneksie z 20 września 2007 r. uzgodniono mechanizm zapłaty, zgodnie z którym powód przygotowywał dokumenty do zapłaty, pozwany je weryfikował i dokonywał płatności na rzecz powoda i bezpośrednio na rzecz podwykonawców. Oznacza to, że tylko prawidłowo przedstawione do zapłaty dokumenty, obliczone zgodnie z umówionym sposobem, mogły stanowić podstawę do wypłaty. Błędy w przedstawianych przez powoda dokumentach lub przedkładanie faktur z opóźnieniem, skutkowało opóźnieniem w płatnościach dokonywanych przez pozwanego. Powód popełniał błędy w obliczeniach, przedkładał do zapłaty kilkakrotnie te same faktury, zapłacone przez pozwanego, lub z dużym opóźnieniem, z naruszeniem terminu określonego w umowie (k. 1102-1108).

Na mocy § 3 ust. 4a aneksu z 20 września 2007 r. wykonawca miał obowiązek dostarczenia Przedstawicielowi Zamawiającego comiesięcznie do ostatniego dnia miesiąca rozliczeniowego, lecz nie później niż 5-go dnia roboczego po zakończeniu miesiąca rozliczeniowego szeregu dokumentów (oświadczenie o VAT, protokół miesięcznego zaawansowania robót, dokumenty potwierdzające rozliczenie z podwykonawcami, protokół i rozliczenie kosztów zmiennych, itp. Przedstawiciel Zamawiającego dokona weryfikacji otrzymanych dokumentów w terminie 3 dni roboczych i zatwierdzi miesięczny protokół zaawansowania robót stanowiący podstawę wystawienia faktury częściowej. Te czynności Przedstawiciela były świadectwem płatności dla Zamawiającego. Wykonawca zobowiązał się dostarczać faktury podwykonawców terminowo, tj. przed upływem okresu, w jakim należność jest wymagalna. Zgodnie z § 7.2 umowy, Zamawiający powiadomi Wykonawcę, w protokole wydania placu budowy, o osobie sprawującej czynności koordynacyjne w imieniu Zamawiającego na budowie, która będzie upoważniona do zatwierdzania protokołów procentowego ilościowego zaawansowania robót, podpisywania faktur częściowych zgodnych z treścią załączonego do faktury protokołu odbioru procentowego zaawansowania robót, reprezentowania Zamawiającego w toku realizacji robót w kontaktach z Wykonawcą. Powyższe oznacza, iż inspektor nadzoru J. N. jako przedstawiciel Zamawiającego dokonywał sprawdzenia postępu robót i sporządzonej na tej podstawie wartości faktury, jednak nie weryfikował zasadności kwot wykazywanych w ramach kosztów stałych. Taka regulacja

umowna nie wyłączała przy tym możliwości weryfikacji przez pozwanego jako dysponenta środków na realizację inwestycji treści faktur i załączników przedłożonych przez powoda, po weryfikacji ilościowej dokonanej przez przedstawiciela zamawiającego. To opóźnienia powoda w przekazywaniu faktur, błędy w fakturach i załączonych do nich materiałach, powodowały wydłużenie procedury sprawdzania. Pozwany kwestionował bowiem faktury pod względem ich poprawności, kwestionował poniesione koszty, zwracał uwagę na przekazywanie dokumentów z przeterminowanymi płatnościami za każdym razem informując o tym fakcie powoda i domagając się korekty, której nigdy nie otrzymał. W tym stanie rzeczy zdaniem sądu i instancji zasadne było naliczenie przez pozwanego kary umownej powodowi za 29 dni opóźnienia według wyliczenia: stawka 27.295,94 zł/dzień x 29 dni = 791.582,26 zł. Dlatego wierzytelność powoda dochodzona pozwem, w zakresie, w którym nie uległa pomniejszeniu z tytułów wskazanych wyżej – uległa umorzeniu na skutek oświadczenia pozwanego o potrąceniu wzajemnych wierzytelności, nadanego na pocztę dnia 22 sierpnia 2011 r.

Zdaniem Sądu Okręgowego okazały się nieuzasadnione zarzuty pozwanego dotyczące:

I. nieistnienia roszczenia powoda o zapłatę łącznej kwoty 37.729,88 zł z uwagi na zapłatę pozwanego na rzecz powoda. Powód dochodzi od pozwanego części należności z każdej z 17 faktur, bowiem w znacznej części te faktury zostały bądź to zapłacone przez pozwanego na rzecz powoda (dla przykładu: za fakturę nr (...) za luty 2008 zapłacono 126.351,93 – k. 533) bądź pośrednio na rzecz podwykonawców. Pozwany nie podał i nie wykazał, która płatność na kwotę 37.729,88 zł. nie została ujęta przez powoda jako już zapłacona.

II. nieistnienia roszczenia powoda o zapłatę łącznej kwoty 15.000 zł wskutek pomniejszenia wynagrodzenia należnego powodowi w pozycji Kosztów Stałych o kwotę 10.000 zł za każdą nieobecną osobę z personelu w oparciu o zapis § 3 ust. 2 aneksu. Faktem jest, że z protokołów narad koordynacyjnych z grudnia 2007 r. nr (...) i (...) (k. 386–387, 399-401) wynika, że był problem z jednym członkiem personelu nadzorczego powoda. Jednak, jak zeznał świadek J. N. – kierownik nadzoru z ramienia inwestora „nie było takiej sytuacji by w ogóle nie było kierownika budowy, jeśli go nie było, to ktoś go zastępował” (k. 1443-1446). Wobec tego uznać należy, że nie została zrealizowana przesłanka do pomniejszenia wynagrodzenia powoda.

III. nieistnienia roszczenia powoda o zapłatę łącznej kwoty 30.000 zł wskutek pomniejszenia wynagrodzenia należnego powodowi w pozycji Kosztów Stałych wobec przerw w dostawie energii elektrycznej na teren budowy. Bowiem, w żadnym miejscu § 3 ust. 1 aneksu z dnia 20 września 2007 r. do umowy o roboty budowlane z dnia 07.07.2006 r. nie ma zapisu o obniżeniu wynagrodzenia powoda w Kosztach Stałych. Faktem jest, że słuchani świadkowie: J. N. (k. 1443-1446), T. L. (k. 1462-1465), E. S. (k. 1481-1483), A. M. (k. 1481-1483), S. P. (k. 1509-1513) przyznali, że moc elektryczna nie była wystarczająca – musiano więc stosować agregaty prądotwórcze, były też braki w dostawach energii. Ale te okoliczności mogą uzasadniać odpowiedzialność odszkodowawczą za nienależne wykonanie zobowiązania a nie obniżenie wynagrodzenia.

IV. nieistnienia roszczenia powoda o zapłatę łącznej kwoty 53.250 zł wskutek pomniejszenia wynagrodzenia należnego powodowi w pozycji Kosztów Stałych wobec przerw a następnie rezygnacji z dostarczania pozwanemu na plac budowy samochodu zaopatrzeniowego (...)). Tyle, że w żadnym miejscu § 3 ust. 1 aneksu z dnia 20 września 2007 r. do umowy o roboty budowlane z dnia 07.07.2006 r. nie ma zapisu o obniżeniu wynagrodzenia powoda w Kosztach Stałych. Ponadto mając na uwadze, że świadek J. N. (inspektor nadzoru z ramienia inwestora) zeznał, że „codziennie był samochód dostawczy” (k. 1443-1446), zaś T. L. (koordynator robót ze strony D.) „samochód dostawczy widziałem 2-3 razy w tygodniu” (k. 1462-1465) - nie ma podstaw do uznania, że powód nie wykonał swego zobowiązania.

V. nieistnienia roszczenia powoda o zapłatę łącznej kwoty 16.193,55 zł wskutek zobowiązania się pozwanego do ponoszenia kosztów kontenerów położonych wyłącznie na terenie budowy. Tyle, że w żadnym miejscu § 3 ust. 1 aneksu z dnia 20 września 2007 r. do umowy o roboty budowlane z dnia 07.07.2006 r. nie ma zapisu o obniżeniu wynagrodzenia powoda w Kosztach Stałych. Ponadto mając na uwadze, że świadek J. N. (inspektor nadzoru z ramienia inwestora) zeznał, że „były 22 kontenery jako zaplecze budowy dla robotników i nadzoru” (k. 1443-1446), zaś T. L.

(koordynator robót ze strony D. ) „na budowie były kontenery” (k. 1462-1465) - nie ma podstaw do uznania, że powód nie wykonał swego zobowiązania.

VI. nieistnienia roszczenia powoda o zapłatę łącznej kwoty 56.619,01 zł wskutek pomniejszenia wynagrodzenia wobec otrzymania przez powoda kwoty tytułem zwrotu kaucji zapłaconej przez pozwanego na rzecz (...) Sp. z o.o. Z pisma A. D. do (...) spółki z o.o. wynika, że na dzień 23.06.2008 r. kwota kaucji została już potrącona z płatności dla (...): 30.000 zł z faktury (...) i 20.000 zł z faktury (...) (k. 545-547).

Wobec powyższego Sąd Okręgowy orzekł jak w pkt. II wyroku.

**Apelację od powyższego wyroku wniósł powód** zaskarżając go w pkt. II w zakresie kwoty 702.048 zł oraz w pkt. III i zarzucił naruszenie:

1) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie wadliwej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie oraz całkowite pominięcie wielu istotnych dowodów, czego następstwem było przyjęcie, że:

a) opóźnienie w wykonaniu robót budowlanych nastąpiło z przyczyn leżących po stronie powodowej spółki (...) sp. z o.o., podczas gdy prawidłowa ocena winna prowadzić do wniosku, że opóźnienie to nastąpiło z przyczyn leżących po stronie pozwanej spółki;

b) opóźnienie w zakończeniu robót, stanowiących podstawę naliczenia kary umownej, wyniosło co najmniej 29 dni, podczas gdy prawidłowa ocena winna prowadzić do wniosku, że opóźnienie wyniosło co najwyżej 14 dni;

2) naruszenie art. 499 k.c. w zw. z art. 498 § 5 par.1 i 2 k.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez uznanie zarzutu potrącenia, podniesionego przez pozwaną spółkę, pomimo nie dokonania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku żadnych ustaleń w kwestiach: które i w jakiej wysokości wierzytelności przysługujące powodowej spółce zostały potrącone z wierzytelnościami przysługującymi pozwanej spółce oraz na jaki dzień potrącenie zostało skutecznie dokonane (w szczególności zaś wobec faktu, że na dzień 22 sierpnia 2011 r. wierzytelności przysługujące powodce składały się nie tylko z kwot głównych, ale także paroletnich odsetek w wysokości większej niż 228.000 zł);

3) bezpodstawne obniżenie wynagrodzenia należnego powodowej spółce o kwoty odpowiadające „zwrotowi podatku VAT” od faktur nr (...) (tj. 5.818,34 zł) i nr (...) (tj. 39.877,19 zł), podczas gdy kwoty te wynikały z rozliczeń z tytułu faktur VAT nie objętych żądaniem powódki w nin. sprawie, a ponadto zostały wcześniej już rozliczone zgodnie z § 3 ust. 2 „Aneksu do umowy z dnia 07.07.2006 r.” zawartego w dniu 20 września 2007 r. (karty: 528-529 i 584, czego skutkiem powinno być wyeliminowanie kwot 5.818,34 zł i 39.877,19 zł z zestawienia sporządzonego przez biegłą K. Z. i przytoczonego na s. 20-27 uzasadnienia zaskarżonego wyroku;

4) bezpodstawne obniżenie wynagrodzenia należnego powodowej spółce o kwotę 18.227,79 zł. odpowiadającą „zwrotowi podatku VAT” od faktury nr (...) - podczas gdy Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przyjął, że „za zasadny należy uznać zarzut pozwanego nieistnienia zobowiązania pozwanego wobec powoda o zapłatę kwoty 189.738,81 zł z faktury Nr (...) za wrzesień 2008”, czego skutkiem powinno być wyeliminowanie kwoty 18.227,79 zł z zestawienia sporządzonego przez biegłą K. Z. i przytoczonego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku;

5) art. 471 k.c. w zw. z § 3 ust. 2 „Aneksu do umowy z dnia 07.07.2006 r.” z dnia 20 września 2007 r. - poprzez wadliwą wykładnię i przyjęcie, że powodowej spółce nie należy się wynagrodzenie za wrzesień 2008 r. bez względu na to, po czyjej stronie leżały przyczyny skutkujące opóźnieniem w wykonaniu robót budowlanych i przekroczeniem terminu końcowego 31 sierpnia 2008 r., podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów i postanowień umownych winna wskazywać, że w przypadku przyjęcia, iż ww. opóźnienie nastąpiło na skutek działań/zaniechań pozwanej, to wynagrodzenie to zostało naliczone przez powódkę zasadnie, zaś taki rodzaj wykładni znajduje potwierdzenie w okoliczności, że pozwana uznała fakturę nr (...), dokonując najpierw przyjęcia jej, a następnie dokonując w dniu 22 sierpnia 2011 r. „potrącenia” należności m. in. objętych fakturą nr (...) r.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę wyroku w części i zasądzenie od (...) sp. z o.o. w W. na rzecz (...) sp. z o.o. w W. kwoty 702.047,05 zł, wraz z odsetkami liczonymi:

- od dnia 6 grudnia 2007 r. do dnia zapłaty - co do kwoty 41.267,51 zł,
- od dnia 27 grudnia 2007 r. do dnia zapłaty - co do kwoty 2.345,07 zł
- od dnia 7 stycznia 2008 r. do dnia zapłaty - co do kwoty 189.729,84 zł;
- od dnia 16 grudnia 2008 r. do dnia zapłaty - co do kwoty 6.465,84 zł,
- od dnia 1 kwietnia 2008 r. do dnia zapłaty - co do kwoty 86.991,50 zł,
- od dnia 1 maja 2008 r. do dnia zapłaty - co do kwoty 47.872,01 zł,
- od dnia 31 maja 2008 r. do dnia zapłaty - co do kwoty 19.051,39 zł,
- od dnia 1 lipca 2008 r. do dnia zapłaty - co do kwoty 1.295,69 zł,
- od dnia 31 lipca 2008 r. do dnia zapłaty - co do kwoty 18.553,34 zł,
- za okres od dnia 31 sierpnia 2008 r. do dnia zapłaty - co do kwoty 112.583,90 zł,
- od dnia 1 listopada 2008 r. do dnia zapłaty - co do kwoty 166.626,47 zł,
- od dnia 31 października 2008 r. do dnia zapłaty - co do kwoty 95,44 zł,
- od dnia 31 stycznia 2009 r. do dnia zapłaty - co do kwoty 681,48 zł,
- od dnia 24 lutego 2009 r. do dnia zapłaty - co do kwoty 3.357,71 zł,
- od dnia 1 marca 2009 r. do dnia zapłaty - co do kwoty 2.821,89 zł,
- od dnia 1 kwietnia 2009 r. do dnia zapłaty - co do kwoty 1.735,29 zł,
- od dnia 1 maja 2009 r. do dnia zapłaty - co do kwoty 572,69 zł.

Nadto wniósł o zasądzenie od zwrotu kosztów procesu.

**Pozwany wniósł o** oddalenie apelacji w całości oraz kosztów zastępstwa procesowego przed Sądem II instancji.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

apelacja jest uzasadniona w części.

Powód dochodzi zapłaty kwoty 702.047,05 zł. z odsetkami ustawowymi liczonymi od kwot wskazanych na 4 stronie apelacji tj.

- 41.267,51 z odsetkami od 6.12.2007r. z faktury (...)

2.345,07 z odsetkami od 27.12.2007 . z faktury (...)

189.729,84 z odsetkami od 7.01. 2008 . z faktury (...)

6.465,84 z odsetkami od 16.12.2008 . z faktury (...)

86.991,50 z odsetkami od 1,04.2008 . z faktury (...)

47.872,01 z odsetkami od 1.05.2008 . z faktury (...)  
19.051,39 z odsetkami od 31.05.2008 . z (...)  
1.295,69 z odsetkami od 1.07.2008 . z faktury (...)  
18.553,34 z odsetkami od 31.07.2008 . z faktury (...)  
112.583,90 z odsetkami od 31.08.2008 . z faktury (...)  
166.626,47 z odsetkami od 1.11.2008 . z faktury (...)  
95,44 z odsetkami od 31.10.2008 . z faktury (...)  
681,48 z odsetkami od 31.01.2009 . z faktury (...)  
3.357,71 z odsetkami od 24.02.2009 . z faktury (...)  
2.821,89 z odsetkami od 1.03.2009 . z faktury (...)  
1.735,29 z odsetkami od 1.04.2009 . z faktury (...)  
572,69 z odsetkami od 1.05.2009 . z faktury (...)

Jak wynika ze stanowiska przedstawionego przez powoda na rozprawie w dniu 29.09.2016r., powód uznał potrącenia dokonane przez pozwanego na sumę 36.991,77 zł. tj.

-kwoty 7.108,55 zł. zapłaconej na rzecz (...) sp. z o.o. za zakup materiałów,

-kwoty 8672,80 zł. z tytułu zapłaty za fakturę (...),

- kwoty 13619,97 z tytułu zapłaty za zakup materiałów od O.,

- kwoty 7590,42 zł. tytułem kaucji za wypożyczenie sprzętu na rzecz J. K., jak to wynika z tabeli k.2188. W związku z powyższym zaskarżył wyrok w części ( pierwotnie dochodził kwoty 739.038,82 zł.).

Ustalenia faktyczne poczynione przez sąd I instancji są prawidłowe jedynie w części.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko sądu I instancji, że nie istnieje zobowiązanie pozwanego do zapłaty kwoty 189.738,81 z faktury (...) za wrzesień 2008 tytułem kosztów stałych za wrzesień 2008r. ( w apelacji z tej faktury powód dochodzi kwoty 166.626,47zł. z ustawowymi odsetkami). W aneksie do umowy o roboty budowlane sporządzonym 20.09.2007r. strony wyraźnie zaznaczyły w § 3 ust 2, że kwota kosztów stałych będzie przysługiwać powodowi za okres „od miesiąca września 2007 roku do zakończenia robót nie dłużej jednak niż do 31-go sierpnia 2008 roku”, brak jest zatem podstawy prawnej do zasądzenia na rzecz powoda ryczałtu z tytułu kosztów stałych poniesionych przez niego we wrześniu 2008r. Jak wynika z par. 3 aneksu z dnia 20.09.2007r. (k.47), **koszty stałe stanowiły część wynagrodzenia za roboty budowlane** i obejmowały inne koszty niż koszty robocizny, materiałów, sprzętu i usług. Powód zobowiązał się wykonać roboty do określonego terminu, w sytuacji gdy termin ten przekroczył, pozwany nie ma obowiązku pokrywania owych kosztów, gdyż wynagrodzenie za roboty budowlane ich nie obejmuje. Dodatkowo podnieść należy, że powód nie wykazał, iż przekroczenie terminu nastąpiło z przyczyn zawinionych przez pozwanego.

Zarzut naruszenia art. 471 k.c. w zw. z § 3 ust. 2 „Aneksu do umowy z dnia 07.07.2006 r." z dnia 20 września 2007 r. nie jest uzasadniony, gdyż w przypadku nienależytego wykonania umowy przez pozwaną, powódce mogłoby służyć roszczenie odszkodowawcze, które nie jest tożsame z kosztami stałymi stanowiącymi część składową wynagrodzenia za roboty budowlane.

Po odjęciu od dochodzonej w apelacji kwoty 702.047,05 zł. kwoty 166.626,47 z faktury (...), pozostaje kwota **535.420,58** zł. i w ocenie Sądu Apelacyjnego należność główna w takiej wysokości uległa w całości umorzeniu wskutek potrącenia z należnością pozwanej z tytułu kary umownej za zwłokę w zakończeniu robót.

Sąd Apelacyjny nie podziela stanowiska sądu I instancji, iż powód opóźnił się z wykonaniem robót zaledwie o 29 dni.

Zgodnie z § 3 pkt. 15 aneksu, **za zakończenie robót rozumie się odbiór końcowy robót** dla Inwestycji, potwierdzony protokołem odbioru końcowego, podpisany przez Strony, nie zawierający wad istotnych. (k. 51). Wspomniany protokół nigdy nie powstał.

Wbrew stanowisku sądu I instancji, wpis do dziennika budowy, z którego wynika, że w dniu 29 września 2008 r. stwierdzono zakończenie robót sanitarnych i elektrycznych (dziennik budowy – k. 1227v), nie oznacza, iż w tym dniu doszło do zakończenia robót umożliwiających odbiór końcowy. Jak wynika z wpisów do dziennika budowy, nadal trwały prace elektryczne, we wszystkich budynkach brak było oświetlenia korytarzy, protokoły odbiorowe 12 wind przekazane zostały 9.10.2008r., liczniki energii elektrycznej zamontowane zostały przez (...) 13.10.2009r., roboty drogowe w pasie ulicznym zakończone zostały 13.10.2008r.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, opóźnienie w zakończeniu robót należy liczyć od 1.09.2008r. do 6.11.2008r. tj. do chwili dokonania przez kierownika budowy wpisu do dziennika budowy o zakończeniu robót ( k.1228v). Na podstawie tego wpisu, w dniu 19.11.2008r. dokonano odbioru robót etapu I (k.1093 t.6, 1096, 992 t.5). Należy dodać, że na etap pierwszy składały się budynki A,D,B,E wraz z garażami oraz częścią robót naziemnych oraz infrastruktury technicznej związanych z tymi budynkami, część budynku C w zakresie usług wraz z izolacją ( k.28). Protokół odbioru garaży pod w/w budynkami sporządzony został 28.11.2008r. i zawiera szereg uwag k.1390-1396.

Zgodnie z umową, dla dokonania odbioru końcowego każdego z etapów inwestycji konieczne było zgłoszenie zamawiającemu przez wykonawcę gotowości odbioru robót w postaci wpisu do dziennika budowy ( par. 8 ust. 4 umowy k.35v ), a zgodnie z par. 1 ust. 9 umowy, za dzień zakończenia robót danego etapu inwestycji, strony uznają dzień zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego wpisem do dziennika budowy, o ile odbiór następnie zostanie dokonany (k.28v). Dlatego, Sąd Apelacyjny nie podziela stanowiska apelującego, że zakończenie robót nastąpiło 19.09.2008r., oraz stanowiska pozwanego, że uzyskanie przez niego pozwolenia na użytkowanie w dniu 4.12.2008 r. należy utożsamiać z odbiorem końcowym budowy w tym dniu (k. 1088), .

Zawiadomienie Komendanta Państwowej Straży Pożarnej, Państwowej Inspekcji Sanitarnej, Państwowej Inspekcji Pracy o zakończeniu budowy i zamiarze przystąpienia do użytkowania inwestycji ( k.1381, 1382, 1383, 1384), nie może być utożsamiane z dokonaniem odbioru robót w dniu 19.09.2008r. w sytuacji, gdy zgodnie z wpisem do Dziennika Budowy zgłoszenie zamawiającemu przez wykonawcę gotowości odbioru robót nastąpiło dopiero w dniu 6.11.2008r. Także wpis z 16.10.2008r. nie jest miarodajny dla przyjęcia, że roboty zostały zakończone, albowiem trwało usuwanie usterek stwierdzonych w trakcie przeglądów technicznych i odbiór robót nastąpił dopiero po usunięciu tych usterek na podstawie wpisu z dnia 6.11.2008r. ( k.1228v-1229). Z dokumentu na k. 1096 tom 6, wynika, że istnienie wad ( odwołanie do par. 8.6 umowy) nie pozwalało na dokonanie odbioru robót. Treść tego dokumentu nie została przez powoda podważona.

Opóźnienie wyniosło więc 66 dni. Z tego za usprawiedliwione można w ocenie Sądu Apelacyjnego uznać co najwyżej 21 dni.

Zgodnie z par. 2 pkt 5 umowy, terminy zakończenia robót mogły ulec zmianie jedynie w przypadkach wskazanych w tym postanowieniu, jednakże w razie wystąpienia któregośkolwiek z tych przypadków, wykonawca zobowiązany był do bezzwłocznego pisemnego poinformowania zamawiającego wpisem do dziennika budowy o tym fakcie. Brak bezzwłocznego pisemnego poinformowania zamawiającego jest jednoznaczny z rezygnacją wykonawcy z ubiegania się z tego tytułu o wydłużenie terminu realizacji przedmiotu umowy (k.30).

W aneksie z 20.09.2007r., w załączniku nr(...) (harmonogram realizacji inwestycji k.331-333), strony określiły terminy dla poszczególnych zakresów robót i terminy końcowe (k.52 par. 3 ust.18 pkt 6 i k.333). W związku z powyższym, wszelkie opóźnienia wykonawcy, które miały miejsce **do dnia 20.09.2007r.** tj. do dnia podpisania aneksu, nie mogą usprawiedliwiać opóźnienia zakończenia I etapu robót w stosunku do umówionego terminu, w tym opóźnienia zakończenia I etapu robót nie usprawiedliwia wstrzymanie robót budowlanych w 46 lokalach mieszkalnych, które miało miejsce przed podpisaniem aneksu, a o którym mowa w piśmie powoda z 17.07.2007r. k.1058 tom 6. i we wpisie do dziennika budowy z 13.07.2007r. k.1157v, oraz we wpisie z 30.08.2007r. k.1163. O wstrzymaniu robót jednostronnymi poleceniami o których powódka wiedziała już w chwili sporządzania aneksu do umowy w dniu 20.09.2007, mowa jest w pismach z 17.07.2007r., 13.07.2007r., 30.08.2007. W tej części zarzuty podniesione w apelacji nie mogą znaleźć uznania sądu.

Należy podnieść, że w piśmie z 23.01.2008r. skierowanym do pozwanego ( k.977 tom 5), powód wskazywał, że mimo różnych problemów wielce prawdopodobne jest zakończenie dwóch a może nawet czterech budynków przed terminem, co oznacza, iż na dzień **23.01.2008r.** nie było podstaw do przedłużenia terminu zakończenia robót. W piśmie z 8.02.2008r. powód przyznawał, że opóźnienie niektórych elementów robót wynosi około 2 tygodnie ( k.979). W piśmie z 13.03.2008r. ( k.981 tom 5) powód informował pozwaną, że prace w budynku C pomimo opóźnień w płatności faktur zakończył przed terminem.

W piśmie z **5.06.2008r.** pozwany mając na uwadze, że terminy realizacji robót określone harmonogramem nie są dotrzymywane, wzywał powoda do przedłożenia uaktualnionego harmonogramu oraz programu uwzględniającego zredukowanie opóźnień celem jego akceptacji, pod rygorem przystąpienia do naliczania kar umownych za opóźnienie ( k.1105 i k.1106-1107 tom 6). Powód nie podjął jednak działań mających na celu przedłużenie umówionego terminu zakończenia robót. W tej sytuacji nie sposób przyjąć, że opóźnienia, które miały miejsce do 5.06.2008r. i których powody nie zostały udokumentowane wpisem do dziennika budowy, zgodnie z treścią umowy, usprawiedliwiają niedotrzymanie przez powoda terminu zakończenia I etapu inwestycji. W odpowiedzi na pismo z 5.06.2008r. powód napisał do pozwanego pismo z 13.06.2008r. wskazując, że przyczyną opóźnień są braki w dokumentacji projektowej i brak terminowej zapłaty i jednocześnie za niecelowe uznał sporządzenie przez niego nowego harmonogramu robót (k. 983 tom 5). Tym samym dał wyraz rezygnacji z ubiegania się o przedłużenie terminu realizacji robót.

Za niezawinione przez pozwanego, w ocenie Sądu Apelacyjnego, należy uznać opóźnienie w ilości 7 dni z uwagi na pogodę ( wpis do dziennika budowy z 17.03.2008 przerwa do 24.03.2008 k.1193, 7 dni z powodu wandalizmu i konieczności usunięcia szkód - wpis do dziennika budowy z 22.08.2008r. k.1224 ( przy czym wobec nie wskazania w dzienniku budowy czasu niezbędnego do usunięcia szkód w budynku E, oraz wobec braku innych dowodów, sąd mając na uwadze rodzaj szkody tj. zalanie elewacji, dachu, ściany i posadzki w jednym budynku substancjami ropopochodnymi, szacunkowo przyjął ilość czasu niezbędnego do usunięcia szkód), 7 dni z uwagi na kolizje, wstrzymanie części robót, braki w dokumentacji (wpisy do dziennika budowy z 8.5.2008r. i z 9.05.2008r. kolizja wentylacji napowietrzania szybów windowych k.1205, z tym, że owa kolizja dotyczyła jedynie fragmentu robót, nie uzasadnia zatem sama w sobie przesunięcia o 7 dni terminu realizacji całej inwestycji. Wpis do dziennika budowy z 8.02.2008 o wstrzymaniu prac w 2 lokalach k.1187, także i ten wpis nie uzasadnia sam w sobie przesunięcia terminu realizacji całej inwestycji o 7 dni bo dotyczy niewielkiego fragmentu robót.

Jeśli chodzi o błędy w dokumentacji projektowej, to Sąd Apelacyjny podziela stanowisko sądu I instancji. Skoro strony zawarły aneks do umowy z 7.7.2006 w dniu 20.09.2007 i w tym aneksie wskazały, że terminy końcowe są wiążące, a powód w czasie zawierania aneksu był obowiązany znać dokumentację projektową i jej ewentualne wady i kwestii wad tej dokumentacji w aneksie nie podniósł to znaczy, że bez względu na te wady gotów był wykonać prace w wyznaczonym terminie. Mając na uwadze, że błędy projektowe istotnie występowały i że lista błędów obejmowała 13 pozycji ( pismo k.983 i 971) Sąd Apelacyjny przyjął, że z tego tytułu usprawiedliwione opóźnienie prac wyniosło 7 dni, powód nie wykazał, że uzasadnione jest przyjęcie innego okresu usprawiedliwienia, poza wpisem do dziennika budowy na k.1205 powód nie uczynił innych wpisów informujących o wielkości ewentualnego opóźnienia z powodu zmian projektowych, choć zgodnie z umową był do tego zobowiązany, nie przedłożył też dowodów na okoliczność, że błędy projektowe na



jednym odcinku robót uniemożliwiały kontynuowanie prac na innych odcinkach. Wpisy do dziennika budowy, na które powód powołuje się w apelacji - k.2090 do 2091 nie są wystarczające do przyjęcia, że opóźnienie z tytułu braków projektowych spowodowało opóźnienie zakończenia pierwszego etapu inwestycji ponad 7 dni.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, powód nie wykazał także, że opóźnienia w płatności faktur przez pozwaną wpłynęły na opóźnienie wykonania prac i o ile dni z tej przyczyny przedłużyło się wykonanie prac. W świetle zebranego materiału dowodowego nie sposób jest choćby szacunkowo określić o ile dni przedłużyło się zakończenie pierwszego etapu robót z uwagi na opóźnienie pozwanego z zapłatą za faktury. Powód nigdy nie żądał przedłużenia terminu realizacji robót ustalonego w umowie z uwagi na opóźnienie w płatności faktur. Jeśli jak twierdzi nie mógł umieścić w dzienniku budowy uwag o opóźnieniach w płatnościach, to nic nie stało na przeszkodzie, aby na piśmie zgłosił pozwanej żądanie przedłużenia terminu zakończenia robót powołując się na w/w opóźnienia. Co więcej, jak wskazano wyżej, pomimo pisma pozwanego z **5.06.2008r.** wzywającego powoda do przedłożenia uaktualnionego harmonogramu robót, powód nie podjął stosownych działań. Powód nie wykazał także, że opóźnienie innego wykonawcy, z którym umowę zawarł pozwany, wpłynęło na opóźnienie w zakończeniu I etapu inwestycji i o ile dni. Na powyższą okoliczność brak stosownego wpisu w dzienniku budowy z żądaniem przesunięcia terminu realizacji robót, lub chociażby ze wskazaniem, które prace pozwanego uległy opóźnieniu, kiedy i o ile dni.

Zatem niezawinione opóźnienie powoda to  $66-21=45$  dni . Pozwanemu należy się więc **kara umowna w kwocie 1.228.317,30 zł.** ( $45 \times 27.295,94 = 1.228.317,30$ ).

Kara umowna zgodnie z par. 9 ust. 8 umowy z dnia 7.07.2006r. w przypadku zwłoki w zakończeniu robót w odniesieniu do każdego z budynków wynosi 0,05% od wynagrodzenia ryczałtowego za każdy dzień zwłoki w stosunku do harmonogramu realizacji robót (k.39). Zgodnie z aneksem z 20.09.2007r., gdziekolwiek umowa odwołuje się do naliczania kar umownych od wynagrodzenia, należy przez to rozumieć kwotę 54.591.886 zł. ( k.52).

Powód opóźnił się z zakończeniem robót w odniesieniu do każdego z budynków albowiem zgodnie z umową, roboty powinien był zakończyć do 31.08.2008r. ( k.51 pkt 15), a zakończenie robót zgłosił wpisem do dziennika budowy w dniu 6.11.2008r. W związku z powyższym nieuzasadnione jest stanowisko powoda, że kara umowna powinna być liczona odrębnie w odniesieniu do każdego budynku. Ze zgromadzonego materiału nie wynika, aby roboty dotyczące któregoś z budynków zostały zakończone zgodnie z harmonogramem z k.331-333, bądź by opóźnienie w zakończeniu robót dotyczących poszczególnych budynków było różne.

W świetle art. 483 § 1 k.c., obowiązek zapłaty przez dłużnika kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania powstaje tylko o tyle, o ile zachodzą przesłanki odpowiedzialności kontraktowej dłużnika określone w art. 471 k.c. (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 1972 r., I CR 458/71, OSNC 1972, nr 9, poz. 160). Dłużnik uwolni się zatem od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W zasadzie chodzi tu o dowód niezawinięcia niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, gdyż zgodnie z art. 472 k.c., jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności - czyli za swą winę. Granicę odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika za niezachowanie należytej staranności, tj. za winę, wyznacza przypadek. Chodzi tu o taką przyczynę niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, która nie jest wynikiem niedołożenia należytej staranności przez dłużnika. Stwierdzenie, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem przypadku wymaga zatem przede wszystkim ustalenia odpowiadającego wskazaniom zawartym w art. 355 k.c. miernika staranności wymaganej od dłużnika. W sprawie niniejszej właściwym miernikiem jest wzorzec określający staranność profesjonalnego wykonawcy inwestycji budowlanych. Nie chodzi tu więc o wymagania uwzględniające indywidualne cechy i możliwości powodowego przedsiębiorstwa, lecz o stypizowane wymagania stawiane profesjonalnemu wykonawcy w obrębie umów o roboty budowlane. W szczególności, od takiego wykonawcy oczekuje się dysponowania możliwościami niezbędnymi do realizacji przyjętego zamówienia oraz stosowania się do technologii budowy wynikającej z objętego umową projektu. Decydowanie o postawieniu dłużnikowi zarzutu winy na podstawie odniesienia obiektywnie ujętego wzorca należytej staranności do zachowania się dłużnika w

konkretnej sytuacji nie wyklucza - jak się podkreśla w piśmiennictwie - uwzględnienia przy podejmowaniu tej decyzji także niezależnych od dłużnika uwarunkowań jego działalności. W ocenie Sądu Apelacyjnego, powód nie udowodnił, że mimo dołożenia staranności profesjonalnego wykonawcy inwestycji budowlanych, nie był w stanie ukończyć pierwszego etapu inwestycji w umówionym terminie i że w związku z tym nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienie w ustalonym wyżej wymiarze 45 dni. Bezsporne jest, że nie ubiegał się o przedłużenie terminu realizacji robót na skutek wystąpienia zdarzeń, które zgodnie z umową uprawniały go do żądania przedłużenia terminu zakończenia robót i że zgodnie z par. 2 pkt 5 umowy takie zaniechanie z jego strony oznaczało rezygnację z żądania przedłużenia owego terminu a co za tym idzie dawało pozwanej podstawę do oczekiwania, że roboty zostaną ukończone w umówionym terminie.

Pismem z 22.08.2011r. ( k.905) pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w kwocie 2.565.318,36 zł. z tytułu części kary umownej za zwłokę w wykonaniu robót w odniesieniu do inwestycji (...), naliczoną zgodnie z par. 9 ust. 8 umowy o roboty budowlane z 7.07.2006r. oraz par. 3 ust. 18 pkt 4 aneksu z dnia 20.09.2007r. naliczonej od dnia 1.09.2009r. do 4.12.2008r. w wysokości 0,05% od kwoty wynagrodzenia tj. 54.591.886 zł., którą powód został obciążony na podstawie noty obciążeniowej nr (...) z 11.06.2010r. z wierzytelnością (...) sp. z o.o. w kwocie 906.894,96 zł. wynikającą ze wskazanych w tym piśmie faktur, oraz we wskazanych w tym piśmie kwotach. Oświadczenie zostało nadane na pocztę 22.08.2011r. ( k.905). Nota obciążeniowa nr (...) z 11.06.2010r. została nadana na pocztę 14.06.2010r. i odebrana przez powoda 16.06.2010r. ( k. 901 i 902). W tejże notcie wyznaczono powodowi termin płatności na 18.06.2010r., zatem należność z tytułu kary umownej stała się wymagalna z dniem 18.06.2010r.

Zgodnie z art. 499 k.c. potrącenia dokonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Oświadczenie ma moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe.

W sprawie niniejszej potrącenie stało się możliwe 18.06.2010r. albowiem obie wierzytelności tj. z tytułu kary umownej i z tytułu faktur były w tym dniu wymagalne. Potrącenie spowodowało, że umorzeniu uległy potrącane należności główne oraz odsetki od tych należności za okres od 18.06.2010r. Nie uległy natomiast potrąceniu odsetki od należności powoda objętych fakturami wymienionymi w oświadczeniu o potrąceniu k.905 należne za okres do 17.06.2010r., gdyż nie zostały objęte oświadczeniem o potrąceniu.

Zgodnie z treścią oświadczenia o potrąceniu, pozwany potrącił swoją skonkretyzowaną wierzytelność z wierzytelnościami powoda w ściśle określonych wysokościach, nie obejmując oświadczeniem ustawowych odsetek od wierzytelności powoda za okres przed 18.06.2010r.

Artykuł 499 zdanie drugie k.c. nadaje oświadczeniu potrącającego moc retroaktywną. Przepis ten reguluje zagadnienie skutków prawnych oświadczenia o potrąceniu w aspekcie czasowym. Przewiduje on, że skuteczne złożenie takiego oświadczenia wywiera skutki prawne określone w art. 498 par. 2 k.c. od chwili, kiedy potrącenie stało się w ogóle możliwe, a więc od daty, w której zaistniał stan potrącalności obu wierzytelności ( wyrok SN z 27.11.2003r. sygn.. III CK152/02, LEX nr 157288). Skutek w postaci umorzenia z mocy samego prawa nie wystąpi zatem w odniesieniu do odsetek wymagalnych przed zaistnieniem stanu potrącalności. W tym zakresie konieczne jest złożenie stosownego oświadczenia woli przez potrącającego.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 par. 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w punkcie drugim i zasądził od pozwanego na rzecz powoda ustawowe odsetki od należności z faktur objętych żądaniem powoda za okres do 17.06.2010r. jako nie objęte oświadczeniem pozwanego o potrąceniu i w związku z tym nie umorzone wskutek potrącenia, a w pozostałym zakresie apelację oddalił jako bezzasadną na podstawie art. 385 k.p.c., albowiem jak wskazano wyżej, pozwanej przysługiwała wierzytelność z tytułu kar umownych w kwocie 1.228.317,30 zł. a zatem na skutek oświadczenia o potrąceniu, wierzytelność powoda w kwocie 535.420,58 zł. uległa umorzeniu w całości.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko sądu I instancji, że stronom w treści par. 3 ust. 2 aneksu z 20.09.2007r. chodziło o pomniejszenie płatności a nie o pomniejszenie kwoty kosztów stałych o zwrócony podatek VAT. Koszty stałe ustalone

zostały ryczałtowo, zatem logicznym jest, że zwrócony wykonawcy w danym miesiącu rozliczeniowym lub podlegający zwrotowi podatek VAT nie pomniejszył kosztów stałych lecz zaliczany był na poczet zapłaty za te koszty.

Powód uznał z tytułu VAT kwotę 167.856,14 i o taką kwotę cofnął powództwo i taką kwotę z tytułu VAT Sąd Apelacyjny akceptuje nie podzielając stanowiska Sądu I instancji, że z tytułu VAT należy odjąć 201.330,24 zł.

Rację ma powód, że w sytuacji, gdy kwota 189.738,81 z faktury VAT nr (...) nie należy się powodowi, zwrot podatku VAT od tej faktury w kwocie 18.227,79 zł. nie może być zaliczony na poczet płatności obciążających pozwanego.

Rację ma powód, że skoro możliwość pomniejszenia płatności z tytułu kosztów stałych wykonawcy o nadpłacony podatek VAT została wprowadzona aneksem z 20.09.2007r., który podzielił sposób rozliczenia stron na dwa okresy: ten sprzed aneksu i ten po aneksie, przy czym ten pierwszy został rozliczony na podstawie jednej faktury obejmującej wszystkie prace wykonane do czasu wejścia w życie aneksu, to niemożliwym jest dokonywanie pomniejszeń płatności obciążających pozwaną w okresie po wejściu w życie aneksu o nadpłacony podatek VAT z faktur wystawionych do 31.08.2007r.

Skoro strony w aneksie uzgodniły, że pomniejszenie płatności dotyczy kosztów stałych ( k.48), to pomniejszenie to może dotyczyć jedynie płatności za faktury zawierające pozycję kosztów stałych.

Jeśli chodzi o fakturę (...) z 31.01.2008 ( k.528 i 530), to nie jest ona objęta pozwem i została uregulowana przez pozwaną. Pozwana nie wykazała, że podatek VAT w kwocie 5.818,34 z tej faktury nie uległ potrąceniu przy płatności za w/w fakturę. Przy płatności tej faktury potrącono tytułem podatku VAT kwotę 16.562,29 zł. (k.530 i 529 i 532). Pozwana nie może żądać aby już raz potrącony podatek zaliczyć na poczet płatności z faktur objętych niniejszym pozwem.

Jeśli chodzi o fakturę (...) z 8.08.2008 i podatek VAT od tej faktury w kwocie 39.877,19zł., to w ocenie Sądu Apelacyjnego nadpłacony VAT z tej faktury nie podlega potrąceniu, albowiem po 31.08.2008r. powódka nie mogła żądać kosztów stałych a okres rozliczeniowy pozwalający na zaliczenie nadpłaconego VAT na poczet kosztów stałych był okresem zamkniętym od września 2007 do 31.08.2008. Pozwana nie wykazała, że podatek VAT z faktury (...) został zwrócony w miesiącu sierpniu 2008r. Powyższe ustalenie nie wpływa jednak na treść rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego lecz uczynione zostało w związku z zarzutem podniesionym w apelacji.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny podzielił i przyjął za własne tylko te ustalenia faktyczne sądu I instancji, które nie pozostają w sprzeczności z ustaleniami poczynionymi w treści niniejszego uzasadnienia. Dowody, na których Sąd Apelacyjny oparł własne ustalenia powołane zostały bezpośrednio przy konkretnie ustalonym fakcie. Dowodom tym Sąd Apelacyjny dał wiarę, przyjmując że nie zostały podważone przez pozostałe dowody zgromadzone w aktach.

O kosztach procesu za II instancję Sąd Apelacyjny orzekł przyjmując, że powód wygrał w nieznacznej części albowiem jedynie co do części odsetek ustawowych. W zasadniczym zakresie tj. co do należności głównej w kwocie 702.048 zł. i ustawowych odsetek liczonych od poszczególnych kwot od 18.01.2008r. apelacja uległa oddaleniu. Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu stanowi art. 100 k.p.c.

Bogdan Świerczakowski Romana Górecka Ewa Kaniok