

Sygn. akt VI ACa 142/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 maja 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Marcin Łochowski (spr.)

Sędzia SA – Małgorzata Kuracka

Sędzia SO del. – Iwona Grzegorzewska

Protokolant: – sekretarz sądowy Paulina Czajka

po rozpoznaniu w dniu 11 maja 2017 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa A. B. (1)

przeciwko (...) W.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 25 września 2015 r.

sygn. akt III C 327/11

I. oddala apelację;

II. zasądza od A. B. (1) na rzecz (...) W. kwotę 5 400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 142/16

UZASADNIENIE

A. B. (1) wniósł o zasądzenie od (...) W. kwoty 419.243,93 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 17 listopada 2010 r. do dnia zapłaty, a także zasądzenia kosztów procesu.

Powód wskazał, że w dniu 31 sierpnia 2010 r. pozwany zlecił mu budowę przedszkola przy ul. (...) w W., a po zakończeniu prac budowlanych, podpisany został protokół końcowy odbioru robót, w następstwie którego wystawiona została faktura VAT, opiewająca na kwotę 774.810 zł. Pozwany uiścił jedynie kwotę w wysokości 364.866,07 zł.

Pozwane (...) W. wniosło o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu.

Strona pozwana podnosiła zarzut niedotrzymania przez powoda terminu wykonania prac budowlanych, określonego na dzień 31 maja 2010 r. Wskazała, że w związku z opóźnieniem naliczono powodowi kary umowne w wysokości 170.458,20 zł, które zostały potrącone z należnego mu wynagrodzenia. (...) W. wskazało sposób rozliczenia opiewającej na kwotę 774.810 zł faktury o nr (...) w następujący sposób: kwota 463.989,83 zł została przez pozwanego wypłacona bezpośrednio podwykonawcom, kwota 95.547,28 zł została przez pozwanego wypłacona bezpośrednio na rzecz

komornika, kwota 170.458,20 zł została naliczona tytułem kary umownej za nieterminowe wykonanie umowy i została potrącona z wierzytelności wynikającej z tej faktury VAT, kwota 44.814,69 zł została powodowi wypłacona.

Wyrokiem z dnia 25 września 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo i obciążył powoda kosztami procesu.

Sąd I instancji ustalił, że A. B. (1) od dnia 8 maja 1987 r. prowadzi działalność gospodarczą, której przedmiotem jest między innymi: rozbiórka i burzenie obiektów budowlanych, roboty ziemne, wykonywanie robót ogólnobudowlanych związanych z wznoszeniem budynków, wykonywanie konstrukcji i pokryć dachowych, stawianie rusztowań, roboty związane z fundamentowaniem, wykonywanie instalacji budowlanych, tynkowanie, posadzkarstwo, tapetowanie i oblicowywanie ścian, malowanie, wykonywanie pozostałych robót budowlanych wykończeniowych.

W związku z planowaną inwestycją budowy przedszkola w Dzielnicy W., (...) W. wykonało opinię geotechniczną i projekt budowlany oraz wyłoniło w trybie zamówień publicznych wykonawcę. Z dokumentacji geotechnicznej aktualnej na lipiec 2007 r. wynikało, iż warunki gruntowo-wodne umożliwiały posadowienie fundamentów planowanego obiektu, zalecano jednak zaprojektowanie posadowienia, które zabezpieczy fundamenty przed gromadzeniem się wód opadowych w wykopach. Z projektu budowlanego budynku z czerwca 2008 r. wynikało, iż określenie kategorii geotechnicznej posadowienia obiektów budowlanych znajduje się w opracowaniu branżowym, jednakże przed rozpoczęciem budowy wykonawca winien zapoznać się z geotechnicznymi warunkami posadowienia obiektu na przedmiotowym terenie.

W dniu 23 kwietnia 2009 r. w oparciu o zamówienie udzielone na podstawie art. 47 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), strony zawarły umowę nr (...), której przedmiotem była budowa przedszkola przy ulicy (...) w W., polegająca na przygotowaniu terenu pod budowę, robotach budowlanych, konstrukcji, instalacji cieplnej i wentylacyjnej, hydrauliki i robót sanitarnych, robót instalacyjnych gazowych, robót w zakresie przewodów instalacji elektrycznej, instalacji niskiego napięcia, instalowania alarmów włamaniowych, radiofonii i telewizji oraz obiektów rekreacyjnych. Do umowy podpisany został załącznik nr 1, który stanowił opis przedmiotu zamówienia oraz załącznik nr 2, stanowiący spis dokumentacji.

W dniu 23 kwietnia 2009 r. inwestor przekazał powodowi dokumentację projektową w postaci 11 tomów dotyczących zagospodarowania terenu, architektury, konstrukcji, wentylacji mechanicznej, instalacji wody, kanalizacji, instalacji elektrycznej, przyłącza wodociągowego, przyłącza kanalizacyjno-sanitarnego, kanalizacji deszczowej terenowej, zieleni, placu zabaw i dróg. Tego samego dnia doszło do przekazania placu budowy powodowi.

W umowie o roboty budowlane termin rozpoczęcia prac ustalono na dzień 30 kwietnia 2009 r., zaś termin jej zakończenia na dzień 22 kwietnia 2010 r., z tym zastrzeżeniem, że termin zakończenia prac może ulec przedłużeniu w przypadku zaistnienia okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, a w szczególności jeżeli będzie konieczność wykonania robót dodatkowych lub wystąpią siły wyższe. Strony ustaliły, że przedmiot umowy zostanie wykonany bez udziału podwykonawców. Wynagrodzenie umowne ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy strony określiły na kwotę 7.748.000 zł brutto, w tym w roku 2009 do wysokości kwoty ujętej w załączniku budżetowym brutto 4.360.000 zł brutto oraz w roku 2010 do wysokości kwoty ujętej w załączniku budżetowym brutto 3.888.100 zł. Rozliczenie wykonawcy miało nastąpić na podstawie faktur częściowych do 90% wartości zamówienia i faktury końcowej po przejęciu obiektu do eksploatacji. Podstawą wystawienia faktur częściowych miały być protokoły odbioru podpisane przez inspektora nadzoru, z uwzględnieniem procentowego zaawansowania elementu robót zgodnie z harmonogramem robót, zaś podstawą wystawienia faktury końcowej miał być protokół przejęcia obiektu do eksploatacji, a należności wykonawcy z tytułu realizacji umowy miały być płatne przelewem na rachunek bankowy w ciągu 21 dni od dostarczenia prawidłowo wystawionej faktury. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy w ustalonym terminie, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, zamawiający miał prawo naliczać kary umowne: (a) za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia dziennie, nie więcej niż 20% danej kwoty brutto, (b) za odstąpienie do umowy w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto, (c) w przypadku robót, co do których

stwierdzono wady po pozytywnym odbiorze końcowym, w okresie gwarancji i rękojmi za opóźnienie w usunięciu tych wad wykonawca miał zapłacić karę umowną w wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego brutto określonego za wadliwy element, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia oddzielnie liczony od upływu terminu wyznaczonego na usunięcie tych wad, nie więcej niż 20% wartości wadliwego elementu. Zamawiający miał prawo potrącić należne mu kary umowne z faktur. W wypadku, gdy wysokość szkody przekraczałaby wysokość kar umownych, zamawiający mógł dochodzić swoich praw na drodze sądowej, miał też prawo bez uzyskania dodatkowej akceptacji wykonawcy, kwotę zabezpieczenia należytego wykonania umowy wraz z odsetkami przeznaczyć na usunięcie wad powstałych z winy wykonawcy w przypadku braku ich skutecznego usunięcia przez wykonawcę.

Projekt budowlany przedszkola zakładał posadowienie budynku na jednorodnej warstwie piasków średnich, stwierdzono również, iż woda gruntowa znajduje się poniżej poziomu posadowienia. Załączona do projektu dokumentacja geotechniczna wskazywała z kolei poziom wody gruntowej na wysokości 3,40 m nad poziom „0” W.. Po rozpoczęciu robót ziemnych na terenie inwestycji, okazało się, że te właściwości gruntu, jak i wysokość poziomu wód gruntowych są błędne. Wezwany na teren budowy w dniu 21 maja 2009 r. specjalista geotechnik K. G. stwierdził obecność wód gruntowych na rzędnej 3,95 m nad poziomem „0” W., zaznaczając jednocześnie, że przewidywany maksymalny poziom wody gruntowej może osiągnąć rzędną ok. 4,9 m nad poziom „0” W.. Geotechnik zalecił obniżenie poziomu wód gruntowych poprzez wykonanie studni depresyjnych, usunięcie gruntów madowych z wykopu fundamentowego oraz wypełnienie go piaskiem. Konstruktor budynku A. B. (2), zalecił wpisem w dzienniku budowy w dniu 21 maja 2009 r. wymianę gruntu oraz zasygnalizował konieczność przeprojektowania fundamentów; rysunki zamienne przekazano w dniu 2 czerwca 2009 r. Tego samego dnia kierownik budowy zwrócił się z prośbą do inwestora o jak najszybsze usunięcie linii elektrycznej wraz ze słupem oraz skrzyni elektrycznej z terenu placu budowy, ponieważ uniemożliwiają one wykonywanie prac fundamentowych.

Powód wykonał cztery studnie depresyjne, wypompuwał zalegającą w wykopie wodę. Kolejne badanie geotechniczne przeprowadzone w dniu 5 czerwca 2009 r. wykazało obniżenie poziomu wód gruntowych do rzędnej 2,36 m nad poziom „0” W.. Prace miały zostać wycenione w kosztorysie powykonawczym. Opóźnienie w realizacji inwestycji w stosunku do harmonogramu wynosiło około 6 tygodni.

W dniu 3 lipca 2009 r. ziemia z działki przeznaczonej na budowę kompleksu sportowego O. została usunięta na teren oznaczony literami (...) jako teren na zwalki. Wskazane zostało przy tym, iż do przewiezienia pozostało jeszcze 3.945,70 m² ziemi, wobec czego kierownik budowy zwrócił się do inwestora z prośbą o wskazanie miejsca przewozu nadmiaru ziemi. W tym samym dniu kierownik budowy zwrócił się do inwestora z wnioskiem o wskazanie miejsca składowania nadmiaru ziemi, jednakże informacji takiej nie udzielono.

W dniu 10 lipca 2009 r. kierownik budowy zwrócił się z prośbą o interwencję w sprawie uzupełnienia dokumentacji projektowej w zakresie spadków dachu oraz koryt odprowadzających wodę deszczową do rur spustowych. Tego samego dnia burmistrz wezwał do usunięcia hałdy ziemi w nieprzekraczalnym terminie do dnia 14 lipca 2009 r., składowanej bez zgody zamawiającego na terenie działki nr (...) obręb (...) przeznaczonej pod budowę kompleksu sportowego O.. Kosztorys wywozu ziemi z wykopu wskazywał, iż koszty z tego tytułu opiewały na kwotę 198.233,48 zł.

W piśmie z dnia 16 lipca 2009 r. wykonawca zasygnalizował pojawiające się na budowie problemy, zwrócił się z prośbą o podjęcie interwencji w celu usprawnienia komunikacji na linii wykonawca-inwestor, jak również o szybsze reagowanie na wynikające z braków w dokumentacji problemy oraz wskazał, iż opóźnienia w tym zakresie w sposób oczywisty wpływają na opóźnienie procesu inwestycyjnego budowy przedszkola.

Dnia 23 grudnia 2009 r. kierownik budowy wskazał, iż wykonawca w dalszym ciągu oczekuje na dostarczenie przez inwestora rozwiązań projektowych dotyczących poszczególnych branż szczegółów zapisanych w protokołach z narad koordynacyjnych, a od maja 2009 r. nie przekazano terenu w celu wykonania przyłącza wodociągowego, a wskazane okoliczności wskazał jako powodujące opóźnienie zakończenia inwestycji.

W dniu 8 marca 2010 r. powód, wobec dostarczenia mu nowej dokumentacji projektowej na przyłączy wody do budynku i panujących warunków zimowych z temperaturami ujemnymi, zwrócił się do pozwanego o przedłużenie terminu zakończenia inwestycji na dzień 30 czerwca 2010 r.

W dniu 21 kwietnia 2010 r. strony zawarły umowę, której przedmiotem była budowa przyłącza wodociągowego i komory wodomierzowej dla budynku przedszkola przy ulicy (...) w W. oraz budowa studni kanalizacyjnej z klapą zwrotną burzową. Do umowy podpisany został załącznik nr 2, który stanowił opis przedmiotu zamówienia. Termin rozpoczęcia prac ustalono na dzień 21 kwietnia 2010 r., zaś termin jej zakończenia na dzień 21 maja 2010 r. Wynagrodzenie umowne ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy strony określiły zgodnie z protokołem negocjacji na kwotę 93.000 zł brutto.

Dnia 22 kwietnia 2010 r. podpisano aneks do umowy, w którym zmieniono termin zakończenia prac, ustalając go na dzień 31 maja 2010 r.

W maju 2010 r. powód zlecił wykonanie projektu instalacji oddymiania dwóch klatek schodowych firmie (...). W dniu 20 maja 2010 r. (...) S.A. w R. powiadomiła powoda o czasowym wstrzymaniu prac montażowych, tj. o przestoju niezależnym od wykonawcy, wskazując na brak możliwości kontynuowania prac ze względu na niską temperaturę oraz zbyt dużą wilgotność podłoża, zaś kolejne pomiary przewidziane zostały na dzień 24 maja 2010 r.

Pismem z dnia 11 czerwca 2010 r. A. B. (1) zwrócił się z wnioskiem o podpisanie aneksu, zmieniającego umowę poprzez ustalenie końcowego terminu zakończenia prac na dzień 30 czerwca 2010 r. W uzasadnieniu powyższej prośby wskazał na srogą zimę w sezonie 2009/2010, która nie pozwoliła na kontynuowanie prac na budowie zgodnie z założonym harmonogramem, albowiem niskie temperatury wykluczały prowadzenie większości prac w okresie od grudnia 2009 r. do marca 2010 r. Podał również, że w dniu 27 maja oraz 3 i 10 czerwca 2010 r. budowa została zalana, co wymusiło na wykonawcy podjęcie szeregu działań w celu niedopuszczenia do zniszczeń wykonanych w budynku prac i zainstalowanych urządzeń. Podniósł nadto, iż w projekcie nie było w ogóle systemu oddymiania, dlatego też wykonawca zmuszony był na własny koszt wykonać taki projekt, a w maju 2010 r. na skutek zgłoszonych przez niego zastrzeżeń, projektant wydzielił w budynku dwie strefy pożarowe, co w konsekwencji doprowadziło do wykonania dodatkowych ścian i drzwi. Wskazał ponadto, że inwestor nie zabezpieczył doprowadzenia linii telefonicznej do kabiny windy osobowej, a do dnia wysłania pisma oczekuje na dostarczenie uzupełnienia szkicu z detalami ogrodzenia między boiskami (...) a placami zabaw dla przedszkola, jak również projekt stałej organizacji ruchu.

W dniu 22 czerwca 2010 r. A. B. (1) zgłosił do odbioru zakończone roboty budowlane przedszkola przy ul. (...) w W..

W dniu 14 lipca 2010 r. nastąpił odbiór prac związanych z montażem wykładziny, w którym inspektor nadzoru stwierdził, iż prace zostały wykonane z zastrzeżeniami dotyczącymi jakości schodów (zwichrowane powierzchnie, niedoklejenia, szpary), ścian (brak połączeń, niedoklejenia, nierówności), podłogi (brak spawin na grzejnikach, niedoklejenia), brak aprobat, atestów i instrukcji obsługi i montażu, wskazując jednocześnie, iż wszystkie wymagane powierzchnie zostały wykonane, jednak wykładzina na schodach będzie musiała być zdjęta i wykonana powtórnie.

W opinii geologicznej dotyczącej zagęszczenia podłoża pod nawierzchnię placu zabaw przy budynku przedszkola z dnia 17 lipca 2010 r. wskazane zostało, iż podłoże zostało wykonane zgodnie z obowiązującymi normami, możliwe jest zatem przystąpienie do wykonania nawierzchni.

W dniu 16 lipca 2010 r. podpisano protokół z prac komisji odbioru końcowego przedszkola w zakresie zaplecza gastronomicznego stołówki, w którym stwierdzono uwagi dotyczące pomieszczenia kuchni (brak ciepłej wody, brak żaluzji, brak wstępnych łapaczy odpadów, brak styropianu), pomieszczenia zmywalni naczyń, pomieszczenia przygotowywania warzyw oraz mięs, a także aneksu porządkowego, pomieszczenia socjalnego.

Dnia 6 sierpnia 2010 r. dokonano po raz kolejny przeglądu obiektu, w którym ustalono, iż w terminie do dnia 17 sierpnia 2010 r. usunięte zostaną usterki w postaci poprawy estetyki cokołu ze ścianą oraz parkietu we wszystkich

pomieszczeniach, wymiany sufitów we wszystkich łazienkach, poprawek malarskich i tynkarskich, wymiany brudnych i uszkodzonych płyt podwieszanych, likwidacji ubytek ścian w gresie i terakocie w całym obiekcie.

Dnia 31 sierpnia 2010 r. spisany został protokół końcowy obioru obiektu, a wyniku przeprowadzonych czynności stwierdzono, iż termin wykonania budowy przedszkola jest niezgodny z umową – datą rozpoczęcia robót był dzień 23 kwietnia 2009 r., data zakończenia robót był dzień 22 czerwca 2010 r., usterki wykazane w trakcie pracy komisji zostały usunięte, poza wymianą tarketylu na schodach w klatce głównej, odparzeniami tynku w pomieszczeniach separatorów, brakiem wymiany niewłaściwych pojemników na papier toaletowy. Jakość prac oceniona została jako dobra, z jednoczesnym ustaleniem okresu gwarancji na cały przedmiot zamówienia – 36 miesięcy od dnia odbioru. Wykonawca przekazał komplet dokumentacji powykonawczej oraz protokół przekazania kluczy użytkownikowi. Ustalono, iż rozliczenie nastąpi po dostarczeniu kompletnej dokumentacji powykonawczej w postaci protokołu przeszkoleń oraz certyfikatów oraz usunięciu usterek.

W dniu 25 października 2010 r. podpisany został protokół usunięcia usterek, w komisji uczestnictwo brali m. in. powód oraz dyrektor przedszkola. Powód wystawił fakturę VAT (...), opiewająca na kwotę 774.810 zł za wykonanie robót budowlanych, technicznych i sanitarnych przy budowie, z terminem płatności wyznaczonym na 21 dni oraz fakturę nr (...), opiewającą na kwotę 9.300 zł za wykonanie uzupełniających robót wodno-kanalizacyjnych na obiekcie, z terminem płatności wyznaczonym na 21 dni.

W związku z opóźnieniem wykonania umowy, strona pozwana naliczyła powodowi karę umowną w wysokości 170.458,20 zł (22 dni x 7.489.100 zł x 0,1%), która została potrącona z należnego powodowi wynagrodzenia, wynikającego z faktury (...) z dnia 25 października 2010 r.

W dniu 22 grudnia 2010 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 774.810 zł tytułem faktury VAT nr (...) z dnia 25 października 2010 r. oraz 9.300 zł tytułem faktury VAT nr (...) z dnia 25 października 2010 r. w terminie do dnia 28 grudnia 2010 r.

Z wynagrodzenia należnego powodowi została potrącona łącznie kwota w wysokości 463.989,83 zł przekazana na rzecz podwykonawców inwestycji, na podstawie zawieranych porozumień. Powód uznał roszczenia podwykonawców w tej wysokości jako wymagalne i podlegające zapłacie

W dniu 5 kwietnia 2011 r. Komornik Sądowy przy Sądzie Rejonowym w O.E. Ś. poinformowała pozwanego, że na wniosek wierzyciela – S. G., zgodnie z tytułem wykonawczym w postaci nakazu zapłaty z dnia 18 listopada 2010 r., wydanego przez Sąd Rejonowy w T., zostało wszczęte postępowanie egzekucyjne przeciwko powodowi o zapłatę kwot: należności głównej w wysokości 69.607,17 zł wraz z odsetkami do 5 kwietnia 2011 r. w wysokości 6.165,20 zł. Celem zaspokojenia powyższych roszczeń Komornik zajął, na podstawie art. 895 k.p.c., wierzytelności dłużnika (powoda) należne mu od pozwanego jako dłużnika wierzytelności z tytułu wykonanych robót budowlanych na terenie przedszkola przy ulicy (...) w W.. W związku z zajęciem kwota w wysokości 95.547,28 zł w dniu 12 maja 2011 r., została przekazana na konto wskazane przez Komornika.

Zapłata pozostałej do rozliczenia kwoty nas rzecz powoda w wysokości 44.814,69 zł nastąpiła w dniu 30 czerwca 2011 r.

Z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa i wyceny nieruchomości A. P. wynika, iż konieczność wymiany gruntu, zaprojektowanie fundamentów, konieczność pompowania wody gruntowej z wykopów jest procesem bardzo kosztownym i pracochłonnym, a gwałtowne pojawienie się zespołu takich okoliczności wyklucza całkowicie realizację przedmiotu umowy w zaplanowanych terminach. Wedle biegłego, kwestia wahania się poziomu wód gruntowych winna być zauważona przez pozwanego i dokładniej przez niego rozpoznana. Dokumentacja sygnalizowała ewentualne trudności, lecz nie zbadano tego problemu przez okres dwóch lat (dokumentacja geologiczna była wykonana w lipcu 2007 r.). Zdaniem biegłego, przewidywanie trudności wynikających z położenia placu budowy w rejonie starorzeczka W. obciąża równomiernie obie strony, jednak kształt umowy przenosi ryzyko na wykonawcę – powoda (§ 3 pkt 18). Treść umowy wskazuje na zbagatelizowanie zagadnienia wpływu wód gruntowych na terminy i koszty realizacji całej budowy. Sam fakt dopuszczenia do wymiany gruntu bez ujęcia tego zagadnienia w projekcie, kosztorysie

i harmonogramie jest poważnym błędem. Obliczenie ilości godzin koniecznej do wykonania prac związanych ze zmianą technologii fundamentów w chwili obecnej jest niemożliwe. Odnosząc się do kwestii słupa, biegły wskazał, iż nie była to istotna wada w wykonywaniu robót, skoro nie uwzględniono tego zagadnienia ani w umowie, ani w kosztorysie ofertowym. Na tle całego przedsięwzięcia, sprawa demontażu linii była drobiazgiem statystycznie niezauważalnym. Odnosnie wskazania miejsca składowania mas ziemi pochodzących z wykopów, strony całkowicie pominęły ten element, co stanowi zaniedbanie oferenta. Brak rozwiązań projektowych tego zagadnienia przyczynił się do powstania organizacyjnego bałaganu. W ocenie biegłego, temperatury ujemne nie są przeszkodą w wykonywaniu prac zamkniętych, jednak tego rodzaju rozwiązania powinny być uzgodnione między stronami w umowie. Zazwyczaj uwzględnia się wpływ niskich temperatur na dwa sposoby: wydłuża się termin wykonania robót albo wstawia się do kosztorysu koszt dogrzewania pomieszczeń. Ostatecznie biegły wskazał, że temperatury ze stycznia 2010 r. nie odbiegały od warunków przeciętnych i nie mogły stanowić nadzwyczajnych, niedających się przewidzieć, utrudnień realizacyjnych. Z ustnych wyjaśnień, złożonych przez biegłego w dniu 27 maja 2014 r. wynikało, że pozwany winien zdawać sobie sprawę, z tego, na jakim terenie chce rozpocząć prace budowlane, a wykonanie badania poziomu wody na tym terenie dwa lata przed budową uważał za zaniedbanie inwestora. W jego ocenie, jeżeli inwestor nie przekazał wykonawcy dokumentacji to popełnił błąd, ale wykonawca również powinien się upomnieć o tą dokumentację.

Z opinii biegłego z zakresu instalacji sanitarnych, w tym ogrzewnictwa i ciepłownictwa, R. S. wynika, że wykonane przez powoda prace nie były zgodne z otrzymaną przez niego dokumentacją, ponieważ nie była ona aktualna, a co więcej brak jest w spisie dokumentacji projektu na klimatyzację i instalację przeciwdymową, przekazanej przez pozwanego, stanowiącej załącznik nr 1 do umowy. Projekt systemu oddymiania, którego wykonanie zlecił powód w maju 2010 r. na własny koszt nie był zgodny z poprawkami naniesionymi w dniu 23 lipca 2010 r., ponieważ działał na nieaktualnych wytycznych. Zdaniem biegłego, brak projektu na instalację oddymiania miał zasadniczy wpływ na terminowość wykonania umowy. Biegły stwierdził, że powód i pozwany jako uczestnicy procesu budowlanego popełnili błędy, co skutkowało konfliktowym zakończeniem inwestycji.

W celu ustalenia jakości i terminowości wykonania prac budowlanych przez powoda, poprzez wskazanie, czy dotrzymanie terminów wynikających z umowy zawartej pomiędzy stronami wobec zmiany dokumentacji projektowej przez pozwanego było możliwe, Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa W. B.. W ocenie Sądu I instancji, trafne są tezy biegłego sądowego W. B. co do tego, że czas niezbędny do zrealizowania zadania określa się analizując zakres robót wynikający z dokumentacji projektowej, zbilansowania własnych sił i środków niezbędnych do użycia przy realizacji zadania. Biegły podkreślał, że w analizowanym procesie budowy zmiany projektowe występowały dość często, a ich podstawą była zmiana technologii wykonania wykopu pod fundament budynku. Biegły wskazywał, że szereg zapisów w dzienniku budowy dotyczył drobnych, ale w sumie zwalniających tempo prac na budowie, braków w dokumentacji projektowej. Biegły dokonał analizy kosztów robót dodatkowych nieujętych w pierwotnej wartości wskazując, że znacznie przekroczyły one planowaną wartość, a kosztorys powykonawczy robót wynikających z różnicy opisu projektowego, a warunków rzeczywistych obejmował izolację bentonitową, odwodnienie wykopów, zmianę płyty fundamentowej i murów, wymiana gruntu pod ławy i stropy, chudy beton pod izolację i dozbrajanie płyty żelbetonowej wynosi razem 248.240,38 zł. Odnosnie linii energetycznej, biegły wskazał, że obie strony przemilczały fakt istnienia jej i słupa, a zgromadzone dokumenty wyraźnie wskazywały na istnienie dolegliwości w prowadzeniu robót przez jego istnienie. Z całą pewnością powyższe utrudnienie opóźniło wykonanie robót, niemniej jednak biegły nie był w stanie ustalić o jaki okres, wskazał natomiast, że nie przyczyniło się to do utrzymania terminu końcowego budowy. Składowanie ziemi z wykopu na sąsiedniej działce odbywało się za ustną zgodą inwestora, jednak trudno oszacować dodatkową robociznę, polegającą na zwiększonej ilości wydobycia gruntu z wykopu i jego przemieszczenia poza plan budowy. W ocenie biegłego, zmiana technologii wykonania fundamentów budynku przesunęła całość planowanych robót o około 6 tygodni, co mogło spowodować wystąpienie zakłóceń w realizacji prac wcześniej przewidzianych na jesień, a realizowanych zimą, zatem argument opóźnienia budowy z powodu dużych mrozów biegły uznał za akceptowalny. Wprawdzie zasadnie biegły wskazywał, załączając do opinii zestawienie danych meteorologicznych dla W. w okresie 01-31 stycznia 2010 r. z którego wynikało, że było 21 dni z temperaturą poniżej -5 stopni, iż konieczne było automatyczne zawieszenie czasowe robót na placu budowy, a w pomieszczeniach zamkniętych w znacznym stopniu spowolnienie, to jednak nie poczynił analiz co do tego,

czy były to temperatury niemożliwe do przewidzenia z uwagi na okres zimowy. Zasadnie biegły wskazał, że realizacja wentylacji i oddymiana należała do obowiązków wykonawcy zgodnie z zakresem ujętym w projekcie, albowiem kwestia ta znajduje potwierdzenie w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Biegły podkreślał, że z zebranych w sprawie dokumentów wynika zaangażowanie wykonawcy, jego starania o dobrą jakość wykonanych robót, wskazując, że przeciwności, które napotkano w trakcie budowy, spowodowały przekroczenie przyjętego terminu zakończenia prac. Ostatecznie biegły przyjął stanowisko, że postulowany w piśmie powoda z dnia 11 czerwca 2010 r. wniosek o ustalenie końcowego zakończenia prac na dzień 30 czerwca 2010 r. za całkowicie uzasadniony i odzwierciedlający faktyczny czas realizacji budowy, podnosząc jednocześnie, że określony w umowie wraz z aneksem na dzień 31 maja 2010 r. był nie do dotrzymania. Ocena ta nie wytrzymała próby z niekwestionowanym przez strony terminem ostatecznego zakończenia robót i odbioru prac budowlanych, który nie nastąpił w postulowanym przez biegłego dniu 30 czerwca 2010 r., a znacznie później. Ocena biegłego nie wytrzymała również próby z opinią kolejnego powołanego w sprawie biegłego sądowego z zakresu budownictwa, którą Sąd Okręgowy zweryfikował pozytywnie w całości. W ocenie Sądu I instancji, podstawy ustaleń faktycznych nie mogą przy tym stanowić wyjaśnienia biegłego do opinii, które były składane w sposób emocjonalny i opierały się nie tyle na fachowej wiedzy biegłego, stanowiącej analizę przyczyn nieterminowego wykonania robót przez powoda, a swobodnych wypowiedziach odnoszących się do procesów budowlanych realizowanych w ramach zamówień publicznych.

W ocenie Sądu Okręgowego, powództwo jest niezasadne. Kwestią, wokół której koncentrował się spór jest zasadność żądania przez powoda zapłaty części wynagrodzenia wynikającej z wystawionej faktury VAT i wskazywana przez stronę pozwaną kwestia dotycząca potrącenia żądanej kwoty poprzez zapłatę kar umownych oraz zapłatę należności na rzecz podwykonawców.

Podstawę prawną oceny żądania pozwu stanowią przepisy art. 647 i n. k.c., regulujące prawa i obowiązki wykonawcy i inwestora w związku z zawarciem umowy o roboty budowlane. Zgodnie z przepisem art. 647 k.c. 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.

Sąd I instancji wskazał, iż zgodnie z § 18 pkt 3 łączącej strony umowy, wykonawca zobowiązany był do zapewnienia wykonania niezbędnych pomiarów z ich protokolarnym udokumentowaniem. Z dokumentacji geotechnicznej ważnej na lipiec 2007 r. wynikało, iż warunki gruntowo-wodne umożliwiały posadowienie fundamentów planowanego obiektu, zalecano jednak zaprojektowanie posadowienia, które zabezpieczy fundament przed gromadzeniem się wód opadowych w wykopach. Natomiast, z projektu budowlanego z czerwca 2008 r. wynikało, iż określenie kategorii geotechnicznej posadowienia obiektów budowlanych znajduje się w opracowaniu branżowym, jednakże przed rozpoczęciem budowy wykonawca winien zapoznać się z geotechnicznymi warunkami posadowienia obiektu na przedmiotowym terenie. Niewątpliwie zatem powód, działający jako profesjonalista, prowadzący działalność budowlaną od wielu lat, nie tylko musiał zdawać sobie sprawę z komplikacji związanych z prowadzeniem prac budowlanych na określonym podłożu, w miejscu mogącym sprawiać kłopoty pod względem geologicznym, ale przede wszystkim powinien uwzględnić zastrzeżenia wynikające z projektu budowlanego. W świetle tych okoliczności wykonawca powinien przed rozpoczęciem inwestycji dokonać niezbędnych pomiarów tak, by uniknąć ewentualnych szkód czy opóźnień związanych z właściwym przeprowadzeniem procesu budowlanego.

Powód podnosił również, że inwestor nie wykonywał w sposób należyty obowiązku współpracy na etapie wykonania zobowiązania: nie dostarczył wymaganej dokumentacji, nie dokonał usunięcia słupa i nie wskazał miejsca składowania ziemi. Okoliczność tę potwierdzają zeznania świadków. W ocenie powoda, okolicznością powodującą opóźnienie w budowie, był brak współpracy w zakresie wymiany dokumentacji projektowej, którą powód uważał za niezbędne do prawidłowego wykonania umowy.

W świetle treści przepisu art. 648 § 2 k.c., wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy. Dokumentacja jest bowiem podstawą do ustalenia wielu istotnych elementów stosunku łączącego strony,

w szczególności pozwala na precyzyjne określenie przedmiotu świadczenia wykonawcy, przedmiotów odbiorów częściowych itp. Przez pojęcie dokumentacji technicznej rozumie się dokumentację projektową wymaganą przez art. 33 i 34 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 1409 ze zm. – dalej, jako: „p.b.”). Chodzi tu o dokumentację projektową obejmującą co najmniej projekt budowlany (zob. art. 34 p.b.), ale także inne niezbędne projekty (art. 18 ust. 1 pkt 1in fine p.b.). Projekt budowlany, który jest niezbędny do uzyskania pozwolenia na budowę, nie musi być na tyle szczegółowy, aby w oparciu o jego rozwiązania można było prowadzić roboty budowlane. Zwykle konieczne też będą tzw. projekty wykonawcze. Wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja niekoniecznie musi istnieć w momencie zawierania umowy o roboty budowlane. Może być ona uzupełniana w toku wykonywania umowy i element uzupełnienia odnosi się przede wszystkim do dokumentacji uzgodnionej między stronami w tym okresie. Co więcej, wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja niekoniecznie musi istnieć w momencie zawierania umowy o roboty budowlane (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2002 r., IV CKN 1376/00). Dokumentacja techniczna stanowiąca składową część umowy o roboty budowlane pozwala na określenie właśnie przedmiotu świadczenia, do którego jest zobowiązany wykonawca. Za wyjątkiem sytuacji, w której to wykonawca sporządza projekt budowlany, zakres obowiązków inwestora obejmuje w szczególności dostarczenie takiego projektu budowlanego. Wynika to przede wszystkim z właściwych przepisów określających czynności, które muszą być dokonane przez inwestora przed rozpoczęciem przez wykonawcę robót budowlanych.

W dniu 23 kwietnia 2009 r. pozwany przekazał powodowi dokumentację projektową budowy przedszkola przy ulicy (...) w W., w postaci 11 tomów dotyczących zagospodarowania terenu, architektury, konstrukcji, wentylacji mechanicznej, instalacji wody, kanalizacji, instalacji elektrycznej, przyłącza wodociągowego, przyłącza kanalizacyjno-sanitarnego, kanalizacji deszczowej terenowej, zieleni, placu zabaw i dróg, a tego samego dnia doszło do wprowadzenia i przekazania placu budowy. W ocenie Sądu Okręgowego, na tym etapie procesu budowlanego dokumentacja ta była wystarczająca i wyczerpująca dyspozycję wspomnianych przepisów. Niezasadne są zatem zarzuty powoda co do jej niekompletności, tym bardziej, iż przekazana dokumentacja wyczerpuje całkowicie obowiązki określone w § 4 pkt 2 łączącej strony umowy („do obowiązków Zamawiającego należy: dostarczyć wykonawcy dokumentację projektową na przedmiot zamówienia”). Pozostaje także w zgodzie z § 15 umowy, zgodnie z którym do obowiązków wykonawcy należało uzyskanie na własny koszt, ewentualnych uzupełnień dokumentacji wykonawczej, niezbędnej do realizacji robót.

Z zagadnieniem tym łączy się bezpośrednio treść art. 649 k.c., z którego wynika, iż w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Przy uwzględnieniu charakteru i ogólnych cech umowy, konkretny zakres praw i obowiązków stron jest określany przez treść danej umowy. Unormowanie omawianego przepisu oznacza, że ustawodawca wprowadził domniemanie rozszerzenia (rozwięcia) obowiązku wykonawcy o zakres prac wynikający z dokumentacji projektowej (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2000 r., I CKN 728/98). Przy uwzględnieniu charakteru i ogólnych cech umowy, konkretny zakres praw i obowiązków stron jest określany przez treść danej umowy. Oczywiście znajduje on zastosowanie we wszystkich tych sytuacjach, w których istnieją wątpliwości co do zakresu prac wykonawcy.

Żadna ze stron nie kwestionowała, że powód wykonał na rzecz pozwanego roboty budowlane, określone w łączącej strony umowie i bez wątplenia za te roboty pozwany winien wypłacić należne powodowi wynagrodzenie. Szczegółowe postanowienia dotyczące wysokości wynagrodzenia, sposobu jego zapłaty i wzajemnych rozliczeń strony uregulowały w umowie. Bezsporne pozostawało przy tym opóźnienie powoda w wykonaniu robót, przy czym powód wskazywał, że nieterminowe wykonanie przez niego świadczenia zgodnego z umową powstało na skutek okoliczności niezależnych od wykonawcy, jak również niezawinionych przez wykonawcę.

Oceniając całość zebranego w sprawie materiału dowodowego, a zwłaszcza biorąc pod uwagę treść opinii biegłego A. P., Sąd I instancji uznał, że przyczyny opóźnienia w wykonaniu umowy leżały po stronie powodowej. Termin ostatecznego zakończenia robót został ustalony na dzień 31 maja 2010 r. Biegły opiniujący w niniejszej sprawie wskazał, że przewidywanie trudności wynikających z położenia placu budowy w rejonie starorzecza W. obciąża równomiernie obie strony, jednakże jak wynika z pkt 18 § 3 umowy, wykonawca przejął na siebie ryzyko związane z zagadnieniem wpływu wód gruntowych na terminy i koszty realizacji całej budowy („Wykonawca zobowiązuje się wykonać niezbędne roboty

związane z ewentualnym odwodnieniem i ponosić koszty z tym związane” – k. 139). Ani powód, ani pozwane (...) W. na etapie zawierania umowy nie brały pod uwagę kwestii wymiany gruntu, nie uwzględniając tego zagadnienia w projekcie, kosztorysie i harmonogramie, co jak wskazywał biegły ds. budownictwa, było poważnym błędem. Powód podnosił, że terminowość wykonania umowy opóźniał także słup znajdujący się na terenie inwestycyjnym. W ocenie biegłego dla wykonania umowy nie była to kwestia istotna („Na tle całego przedsięwzięcia, sprawa demontażu linii była drobiazgiem statystycznie niezauważalnym”), tym bardziej, że strony nie ujęły tego zagadnienia ani w umowie, ani w kosztorysie ofertowym. Strony w trakcie zawierania umowy pominęły również kwestię dotyczącą wskazania miejsca składowania mas ziemnych pochodzących z wykopów, co w istocie stanowiło zaniedbanie oferenta. Brak rozwiązań projektowych tego zagadnienia przyczynił się do powstania organizacyjnego bałaganu. Zdaniem biegłego, temperatury ujemne nie były przeszkodą w wykonywaniu prac zamkniętych, jednak tego rodzaju rozwiązania powinny być uzgodnione między stronami w umowie. Wedle biegłego, temperatury ze stycznia 2010 r. nie odbiegały od warunków przeciętnych i nie mogły stanowić nadzwyczajnych, niedających się przewidzieć, utrudnień realizacyjnych. Podobnie kwestię terminowości wykonania prac przez powoda ocenił biegły z zakresu instalacji sanitarnych, w tym ogrzewnictwa i ciepłownictwa R. S., który stwierdził, iż błędy w całym procesie budowlanym leżały zarówno po stronie powoda, jak i pozwanego, ale to wykonawca budowy musi być traktowany jako osoba finalnie odpowiedzialna za wykonanie przedmiotu umowy.

Nieco odmienną linię przyjął biegły z zakresu budownictwa W. B., który wskazywał, że opóźnienie o 22 dni procesu budowlanego było uzasadnione zakresem wykonanych przez niego prac budowlanych. Biegły wskazywał nadto, że wniosek z dnia 11 czerwca 2010 r. o przedłużenie umowy do dnia 30 czerwca 2010 r. winien zostać uwzględniony przez (...) W.. Godzi się jednak zauważyć, że wniosek powoda został złożony już po upływie terminu, w którym umowa o roboty budowlane miała być wykonana – 31 maja 2010 r. Powód w dniu 22 czerwca 2010 r. jedynie zgłosił obiekt do odbioru, a końcowy odbiór prac nastąpił w dniu 31 sierpnia 2010 r.

W świetle tych rozważań, Sąd Okręgowy stwierdził, iż zgodnie z istniejącą w obrocie prawnym zasadą swobody umów, tak daleko idący zakres robót oraz ryzyko wykonawcy związane z budową, która jest procesem dynamicznym, miały swoje uzasadnienie w treści łączącej strony umowy, a także oparcie w prawie – art 647¹ k.c., z tego względu w interesie stron winno być takie sformułowanie umowy, aby żadnych wątpliwości co do zakresu robót budowlanych nie było.

Naliczona powodowi kara umowna w kwocie 170.458,290 zł za nieterminowe wykonanie umowy, była, w ocenie Sądu I instancji, zasadna w świetle przepisu art. 483 i 484 k.c., jak również postanowień umowy. W myśl art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Zgodnie zaś z treścią art. 484 § 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Termin rozpoczęcia prac ustalono na dzień 30 kwietnia 2009 r., zaś termin jej zakończenia na dzień 22 kwietnia 2010 r. Dnia 22 kwietnia 2010 r. spisano aneks do umowy, w którym zmieniono termin zakończenia prac, ustalając go na dzień 31 maja 2010 r. W dniu 22 czerwca 2010 r. powód zgłosił do odbioru zakończone roboty, a dnia 31 sierpnia 2010 r. spisany został protokół końcowy. Pozwany naliczył okres opóźnienia poczynając od dnia 1 czerwca 2010 r. do dnia 22 czerwca 2010 r., określając go na 22 dni, pomimo iż formalny odbiór robót budowlanych odbył się w dniu 31 sierpnia 2010 r., a aż do 25 października 2010 r. powód prowadził jeszcze prace wykończeniowe i poprawkowe.

W świetle klauzuli regulującej podstawy naliczania kary umownej oczywistym jest, że za zakończenie robót uważa się podpisanie protokołu końcowego odbioru, od tego bowiem momentu nastąpiło faktyczne oddanie budynku do korzystania. Nie mają przy tym znaczenia wskazywane przez powoda usprawiedliwiające okoliczności, powodujące opóźnienie, albowiem nawet uznając sześciotygodniową zwłokę, w związku z koniecznością wykonania geologicznego badania gruntu, niesprzyjające warunki pogodowe w okresie zimowym oraz braki w dokumentacji, to i tak (jako, że końcowy termin wyznaczony był na dzień 31 maja 2010 r.), biorąc je pod uwagę, odbiór powinien nastąpić znacznie wcześniej niż w dniu 31 sierpnia 2010 r., a opóźnienie powoda w wykonaniu dzieła należy kwalifikować jako trzymiesięczne.

Niezasadne było również zastosowanie postanowienia umowy, w którym wskazano na możliwość przedłużenia terminu zakończenia prac w przypadku zaistnienia okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, a w szczególności jeżeli będzie konieczność wykonania robót dodatkowych lub wystąpią siły wyższe, albowiem jak już wykazano wcześniej złe warunki pogodowe oraz problemy geotechniczne winny być dla wykonawcy do przewidzenia w warunkach sprawy niniejszej.

Powód próbował uzasadniać zakres dochodzonych roszczeń wykonaniem prac dodatkowych w związku z realizacją umowy o roboty budowlane. Powód wyraził słownie swoje stanowisko rozprawie w dniu 11 marca 2013 r., niemniej jednak, pomimo tego, że był on reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, nie zmienił podstawy faktycznej żądania pozwu, nie zmieniając tym samym zakresu żądania dochodzonego w pozwie.

W świetle treści art. 321 § 1 k.p.c. sąd nie może wyrokować co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem, ani zasądzać ponad żądanie. Sąd nie może zmienić podstawy faktycznej powództwa, ponieważ wówczas, przekraczając jej granice i nawet uwzględniając zasługujący na ochronę interes prawny jednej ze stron, staje się jej adwokatem, pozbawiając przegrywającego możliwości obrony swych praw. Z tego też względu za bezprzedmiotowy Sąd I instancji uznał podniesiony przez pozwanego zarzut przedawnienia roszczeń z tytułu prac dodatkowych. Skoro strona powodowa wskazywała, że dochodzi roszczeń z tytułu braku zapłaty wynagrodzenia za prace budowlane, na podstawie faktury, a strona pozwana wskazywała, w jaki sposób i na jakiej podstawie zostało dokonane rozliczenie należności brak było podstaw faktycznych, które stanowiłyby podstawę analizy przytoczonych przez strony żądań i zarzutów.

Strona pozwana uiściła należności z tytułu zawartych przez powoda umów z podwykonawcami. Przesłanką solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy jest z jednej strony zawarcie przez nich umowy o roboty budowlane, a z drugiej zawarcie przez wykonawcę umowy o podwykonawstwo z określonym przedsiębiorcą. Jedynym warunkiem do ponoszenia solidarnej odpowiedzialności wobec podwykonawcy jest, określona w § 2 powołanego przepisu, zgoda inwestora, bądź brak zgłoszenia przez niego, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń.

Pomimo zawartego w umowie zobowiązania powoda do wykonania jej bez udziału podwykonawców, byli oni obecni podczas całego procesu, zaś inwestor powiadomiony był tylko o jednym z nich ((...)). Niewątpliwie w świetle treści przepisu art. 647¹ § 2 k.c., do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Wymóg wyrażenia tej zgody stanowi instrument ochrony inwestora przed nieuzasadnionym obciążeniem go odpowiedzialnością za cudzy dług. Inwestor bowiem ponosi solidarną odpowiedzialność z wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. W ocenie Sądu Okręgowego, w niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki solidarnej odpowiedzialności inwestora, w stosunku do podwykonawców, co do których powód nie poinformował go i nie posiadał on wiedzy o obecności na terenie budowy (powzany przyznał, że była mu znana okoliczność obecności na terenie budowy jednego podwykonawcy – (...)). Dopiero po zakończeniu umowy, w związku z konfliktem z powodem, podwykonawcy zaczęli zgłaszać roszczenia o zapłatę wynagrodzenia bezpośrednio do pozwanego. Powiadomienie o podwykonawcy może nastąpić w różnym czasie (jeśli chodzi o odniesienie do chwili zawarcia umowy z podwykonawcą), podobnie jak i zgoda inwestora. Sam przepis art. 647¹ w § 2 k.c. przewiduje możliwość przedstawienia inwestorowi umowy lub jej projektu, a zatem zarówno wówczas, gdy została już zawarta (następco), jak i przed jej zawarciem. Momentem zamykającym możliwość zgłoszenia podwykonawcy z punktu widzenia solidarnej odpowiedzialności inwestora umowy lub jej projektu oraz dokumentacji jest chwila zakończenia robót przez podwykonawcę. Przedłożenie dokumentów w terminie późniejszym miałyby się z celem regulacji, ponieważ chodzi o umożliwienie inwestorowi zapoznania się z dokumentami przed powstaniem obowiązku zapłaty wynagrodzenia.

Z każdym z podwykonawców pozwany, jako inwestor i powód, jako wykonawca zawarł porozumienie, na mocy którego doszło do zapłaty kwoty w wysokości 463.989,83 zł. Z treści zawartych porozumień wynika również, że wierzyciele rzekli się roszczenia o zapłatę odsetek ustawowych z tytułu opóźnienia w zapłacie należności.

W ocenie Sądu I instancji, zawarte porozumienia pomiędzy pozwanym a podwykonawcami, co do których nie zaistniały przesłanki solidarnej odpowiedzialności na podstawie art. 647¹ k.c., należy zakwalifikować jako umowy kumulatywnego przystąpienia do długu. Konstrukcja tej umowy nie podlega regulacji kodeksu cywilnego, natomiast w świetle zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.) uznaje się jej dopuszczalność w doktrynie i orzecznictwie. Umowa kumulatywnego przystąpienia do długu w niniejszej sprawie została zawarta pomiędzy wierzycielami powoda a pozwanym (...) W. (jako przystępującym do długu). Przedmiotem rozbieżności w doktrynie jest kwestia, czy skuteczność umowy kumulatywnego przystąpienia do długu zależy od zgody tej strony zobowiązania, będącego źródłem długu, która nie jest stroną umowy kumulatywnego przystąpienia. Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że zgoda taka nie jest wymagana, przyjmując za zasadny pogląd wyrażony w doktrynie i orzecznictwie (por. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie VI ACa 56/12, P. Drapała, Zwalniające przejęcie długu, Warszawa 2002, s. 289-290). Zawarcie umowy kumulatywnego przystąpienia do długu skutkuje tym, że dłużnik oraz przystępujący stają się dłużnikami solidarnymi (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2009 r., IV CSK 558/08), a solidarność dłużnika i przystępującego do długu wynika z istoty kumulatywnego przystąpienia do długu.

Za niezasadny Sąd I instancji uznał argument powoda, że pozwany dokonał zapłaty kwot żądanych przez podwykonawców wbrew wcześniejszym uzgodnieniom. Niewątpliwie stanowisko powoda stoi w opozycji z zawartymi porozumieniami i przyjętym przez pozwanego obowiązkiem zapłaty długu powoda na podstawie umowy. Jako niezasadne uznać należało późniejsze stanowisko powoda, że zapłaciłby zaległe kwoty, skoro pomimo uiszczonych uprzednio przez pozwanego należności za wykonanie prac budowlanych, nie rozliczył się on z podwykonawcami. Dodatkowo w pismach procesowych wskazywał swoje roszczenia przeciwko podwykonawcom.

W każdej z tych umów znajdowało się postanowienie, co do tego, że powód w uzgodnionych porozumieniach nie kwestionował zasadności roszczeń wskazanych w porozumieniach, a wręcz przeciwnie – uznawał je i potwierdzał jako kwoty bezsporne i mające podlegać zapłacie przez pozwanego. Powód tych postanowień w toku niniejszego procesu nie kwestionował. Podnosił natomiast zarzuty, które przysługiwały powodowi wobec podwykonawców i próbował przerzucać tym samym odpowiedzialność za nienależyte wykonanie umów przez każdego z podwykonawców na pozwanego, po uznaniu zasadności i wymagalności roszczeń w toku zawierania porozumień i ich wykonaniu przez pozwanego, co uznać należy za niezasadne.

W świetle treści art. 393 k.c. stosowanego per analogiam w wypadku kumulatywnego przystąpienia do długu Sąd Okręgowy uznał, że z chwilą zapłaty świadczenia pieniężnego przez pozwanego na rzecz podwykonawców nastąpiło umorzenie wierzytelności wobec powoda (w ramach stosunku waluty). Pozwany dodatkowo podniósł zarzut potrącenia w tym zakresie, choć, w ocenie Sądu I instancji, podniesienie w tym wypadku omawianego zarzutu było zbędne. Gdyby jednak nie uznać zasadności tego poglądu to możliwość podniesienia przedmiotowego zarzutu i skuteczność złożenia przedmiotowego oświadczenia należało ocenić jako zasadne wobec zachowania zasady tożsamości podmiotów, między którymi dokonuje się potrącenia, oraz zachowania pozostałych przesłanek przewidzianych w art. 498 k.c.

Co do jednego podwykonawcy (a gdyby nie uznać zasadności rozważań Sądu Okręgowego co do braku powstania solidarnej odpowiedzialności – w stosunku do pozostałych podwykonawców na podstawie art. 647¹ § 5 k.c.) podstawę rozliczenia inwestora i wykonawcy stanowi treść przepisu art. 518 § 1 pkt 1 k.c. Zapłata przez inwestora wynagrodzenia podwykonawcy stanowi zaspokojenie cudzego długu i w takim wypadku stosuje się rozwiązanie przewidziane w art. 518 k.c., a nie art. 376 § 1 k.c. (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 lutego 2015 r. w sprawie I ACa 1240/14). Gdyby nawet przyjąć, że pozwany powinien dokonać rozliczenia roszczeń regresowych na podstawie art. 376 § 1 k.c., to nie zmieniałoby to sytuacji prawnej powoda. Powód bowiem nie podnosił żadnych zarzutów co do bezzasadności obciążenia go obowiązkiem zwrotu całości uiszczonych przez pozwanego kwot na rzecz podwykonawców, a kwestionował w ogólności konieczność dokonania zapłaty przez pozwanego.

Bezsporna była również okoliczność wpłaty przez pozwanego kwoty w wysokości 95.547,28 zł bezpośrednio na rzecz komornika. Na wniosek wierzyciela – S. G., zostało wszczęte postępowanie egzekucyjne przeciwko powodowi. W

związku z zajęciem wierzytelności przez Komornika przy Sądzie Rejonowym w O., kwota w wysokości 95.547,28 zł w dniu 12 maja 2011 r., została przekazana na konto wskazane przez Komornika. Zajęcie wierzytelności u inwestora ma ten skutek, że jest on obowiązany do przekazania należności komornikowi sądowemu (zastępującemu wierzyciela egzekwującego). Niewykonanie powyższego obowiązku zagrożone jest w świetle treści przepisu art. 902 k.p.c. w zw. z art. 886 § 1 k.p.c. grzywną w wysokości do dwóch tysięcy złotych. Nieuzasadnione były zatem zarzuty strony powodowej co do zapłaty wierzytelności bezpośrednio komornikowi sądowemu, skoro wierzytelność podlegała zajęciu w sądowym postępowaniu egzekucyjnym.

Sąd I instancji uznał za zasadny zarzut potrącenia podniesiony przez stronę pozwaną (poza omówioną wyżej możliwością odmiennej oceny prawnej związanej z wzajemnym umorzeniem zobowiązań z racji zawarcia umowy kumulatywnego przystąpienia do długu), wobec złożonego uprzednio oświadczenia o potrąceniu. Stosownie do treści art. 499 k.c. potrącenie dokonuje się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Oświadczenie o potrąceniu jest więc czynnością materialnoprawną powodującą – w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 498 § 1 k.c. – odpowiednie umorzenie wzajemnych wierzytelności, natomiast zarzut potrącenia jest czynnością procesową, polegającą na żądaniu oddalenia powództwa w całości lub w części, z powołaniem się na okoliczność, że roszczenie objęte żądaniem pozwu wygasło wskutek potrącenia. Oświadczenie o potrąceniu stanowi zatem materialnoprawną podstawę zarzutu potrącenia.

Jedyną nierozliczoną wobec powoda kwotą z faktury była należność w wysokości 44.814,69 zł, uiszczona bezpośrednio powodowi w dniu 30 czerwca 2011 r. Okoliczność ta nie budziła sporów pomiędzy stronami.

Powód domagał się nadto zapłaty odsetek od dochodzonego roszczenia począwszy od dnia 17 listopada 2010 r. Nie ulega wątpliwości, że świadczenie pieniężne winno być wykonane w wysokości i terminach wskazanych w umowie. Powód wydaje się nie zauważać, że pozwany zasadnie początkowo powstrzymywał się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego wobec niedostarczenia przez pozwanego wymaganej dokumentacji. Następnie powód w piśmie z dnia 22 grudnia 2010 r. wskazał termin płatności należności na dzień 28 grudnia 2010 r. Nie bez znaczenia jest również okoliczność wskazania przyczyn, z uwagi na które pozwany powstrzymał się z obowiązkiem zapłaty – zgłoszenia się podwykonawców do inwestora o zapłatę należnych z tytułu umów o podwykonawstwo roszczeń. Powód nie przeczył, że uczestniczył w tych negocjacjach, w trakcie których ustalono zarówno termin, jak i wysokość świadczeń, jakie miały zostać zapłacone przez (...) W. na rzecz każdego z wierzycieli powoda. Porozumienia z większością podwykonawców zostały zawarte w dniu 22 lutego 2011 r., a zapłata miała nastąpić do dnia 15 marca 2011 r. (Pozwany uiszczył należności już w dniu 4 marca 2011 r.). Ostatnie porozumienie zostało zawarte w dniu 17 marca 2011 r., pomiędzy (...) W. a (...) S.A., w którym termin płatności ustalono na dzień 31 marca 2011 r. Pomimo trwających pertraktacji powód w dniu 28 marca 2011 r. złożył pozew, a w dniu 5 kwietnia 2011 r. nastąpiło zajęcie wierzytelności powoda z tytułu umowy o roboty budowlane przez komornika. Wyplata należności przez pozwanego po dokonanych rozliczeniach nastąpiła w dniu 30 czerwca 2011 r., a więc w miesiąc po doręczeniu odpisu pozwu, które nastąpiło w dniu 24 maja 2011 r. Sąd Okręgowy uznał, że pozwany cały czas pozostawał w gotowości co do spełnienia świadczenia pieniężnego, niemniej jednak nie był w stanie zapłacić części wynagrodzenia wobec powoda z uwagi na niemożliwość wcześniejszego obliczenia wysokości należności przysługujących podwykonawcom, ustalonych ostatecznie w zawartych porozumieniach. Nie sposób postawić pozwanemu zarzutu, że bezzasadnie zawierał on porozumienia w zakresie wypłaty wynagrodzenia, skoro brak było podstaw do przyjęcia zasad odpowiedzialności z art. 647¹ k.c. W tym stanie rzeczy Sąd I instancji uznał, że żądanie zapłaty odsetek jest w świetle przepisu art. 481 k.c. niezasadne. Sąd Okręgowy wziął w tym zakresie pod uwagę okoliczność, że pozwany mocą zawartych porozumień doprowadził do zrzeczenia roszczeń podwykonawców o zapłatę świadczeń odsetkowych, co ostatecznie umożliwiło wypłacenie powodowi kwoty 44.814,69 zł.

O kosztach procesu Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Apelację od tego wyrok wniósł powód, zaskarżając orzeczenie w części dotyczącej oddalenia powództwa w zakresie kwoty 418.698,58zł i zarzucając mu:

- naruszenie prawa materialnego przez błędną wykładnię postanowień umowy z dnia 1 września 2005 r. a w szczególności: a) § 3 pkt 19 umowy nr (...) z dnia 23 kwietnia 2009 r. przez uznanie, iż w zakresie zapisu, co do zapewnienia pełnej obsługi geodezyjnej mieści się również obowiązek Wykonawcy do wykonania opinii geodezyjnej; b) §3 pkt 18 umowy, przez uznanie że postanowienie umowne przenosi na powoda ryzyko związane z błędami projektowymi Inwestora; c) §11 powołanej umowy (w zakresie kar umownych) przez uznanie, iż niewykonanie przedmiotu umowy w ustalonym terminie nastąpiło z przyczyn zależnych od wykonawcy; d) §15 pkt 10 umowy, iż w ramach przekazanej dokumentacji technicznej była dokumentacja geotechniczna;

- naruszenie art 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. przez: a) przyjęcie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż to na wykonawcy (w ramach jego profesjonalizmu) spoczywał obowiązek oceny kompletności i weryfikacji przedłożonej dokumentacji; b) przyjęcie w ramach oceny materiału dowodowego, iż rysunki fundamentów powód otrzymał w dniu 2 czerwca 2009 r., w sytuacji kiedy dokumentację w tym zakresie w rzeczywistości otrzymał 15 czerwca 2009 r. - w realiach niniejszej sprawy jest to opóźnienie 45 dni od daty przekazania dokumentacji i wejścia przez powoda na plac budowy; c) przyjęcie, że to wykonawca w ramach wykonania zamówienia winien przewidzieć, iż w trakcie jego realizacji Inwestor zmieni miejsce składowania ziemi, co w konsekwencji spowoduje konieczność jej wywózki; d) bezzasadnej dyskwalifikacji opinii biegłego W. B. z dnia 23 października 2013 r. i przyjęcie tylko jego ocen zgodnych z postanowieniami umowy w sytuacji, gdy biegły ten wprost wskazał przyczyny zwalniające tempo prac (w szczególności warunki pogodowe, przyczyny wskazane w dzienniku budowy) na budowie oraz braki w dokumentacji projektowej i przyjęcie, że § 3 pkt 18 umowy przenosi na powoda ryzyko związane z błędami projektowymi inwestora; e) sprzeczność w ocenie dowodu z opinii biegłego R. S. i z jednej strony uznanie, że zasługuje ona na obdarzenie wiarą zaś z drugiej strony, że płyną z niej wnioski niekorzystne dla powoda; f) dowolną ocenę opinii biegłego A. P., który w ramach opinii generalnie przeniósł ciężar odpowiedzialności za wykonanie umowy na wykonawcę, co nie jest zgodne z normami rozdziału 3 p.b. a nadto biegły w ramach opinii nie ustosunkował się do przerw w budowie (niezawinionych przez wykonawcę) i konieczności ponownego zorganizowania budowy, błędnie przyjął że „badanie ruchu wód gruntowych” jest czynnością pierwotną a nie wtórną służącą weryfikacji prawidłowości przedłożonej do realizacji dokumentacji.

W konsekwencji, powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie na rzecz powoda A. B. (1) od strony pozwanej kwoty 418.698,58 zł, na którą składa się kwota 170.458,20 zł jako równowartość bezpodstawnie nałożonych na powoda kar umownych oraz kwota 248.240,38 zł jako koszt wykonania fundamentów zgodnie z przedłożonymi w trakcie wykonywania zamówienia nowymi dokumentami w postaci rysunków i technologii wykonania wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 17 listopada 2010 r.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest bezzasadna.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne szczegółowo opisane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku i przyjmuje je za własne. Sąd Okręgowy dokonał również trafnej oceny prawnej zasadność dochodzonego roszczenia, którą należy w przeważającej mierze zaakceptować.

Powód dochodzi zapłaty wynagrodzenia za wykonane w ramach umowy roboty budowlane, tj. części wynagrodzenia, objętego fakturą nr (...), wystawioną na kwotę 774.810 zł. Pozwany, nie kwestionując istnienia ani wysokości roszczenia o zapłatę wynagrodzenia, wskazuje, że na skutek określonych czynności (potrącenia kary umownej, zapłaty dokonanej na rzecz podwykonawców oraz przekazania części należności prowadzącemu egzekucję komornikowi) zobowiązanie z tego tytułu wobec powoda wygasło. Wymaga zatem rozważenia, czy wskazywane przez pozwanego czynności rzeczywiście doprowadziły do wygaśnięcia zobowiązania wobec powoda.

W pierwszej kolejności należy jednak wyjaśnić, że przedmiotem postępowania przed Sądem I instancji nie było roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za roboty dodatkowe. Słusznie Sąd Okręgowy wskazał, iż dla rozpoznania takiego roszczenia konieczna byłaby zmiana powództwa i wystąpienie z nowym roszczeniem obok lub zamiast pierwotnego

(zob. art. 193 § 2 k.p.c.). Nie chodzi tu przy tym wyłącznie o modyfikację podstawy faktycznej dochodzonego roszczenia, ale o wystąpienie z innym roszczeniem opartym na innej podstawie faktycznej i prawnej.

Wbrew twierdzeniom powoda, sformułowanym zwłaszcza w piśmie złożonym na rozprawie apelacyjnej w dniu 11 maja 2017 r. (k.1125-1126), do takiej zmiany powództwa w postępowaniu przed Sądem Okręgowym (w szczególności na rozprawie w dniu 11 marca 2013 r., podczas której powód nie był obecny) nie doszło. Brak także podstaw do tego, aby stanowisko pełnomocnika powoda prezentowane w ramach rozmów ugodowych na rozprawie w dniu 27 maja 2014 r. (na co zwraca uwagę pełnomocnik powoda w piśmie złożonym po zamknięciu rozprawy apelacyjnej – k.1178-1179) traktować jako zmianę powództwa. Po pierwsze, zmiana powództwa może być dokonana jedynie w piśmie procesowym (art. 193 § 2¹ k.p.c.). Dokonana w innej formie (np. ustnie) jest bezskuteczna. Pismo obejmujące zmianę powództwa nie zostało jednak złożone. Po drugie, wystąpienie z nowym roszczeniem zamiast pierwotnego (a tak należałoby przecież traktować zmianę powództwa przy niezmienionej w zasadzie ogólnej kwocie dochodzonych roszczeń) jest równoznaczne z częściowym cofnięciem pozwu. Wymaga więc bądź zrzeczenia się roszczenia, bądź zgody pozwanego (art. 203 § 1 k.p.c.). Takie czynności również nie miały jednak miejsca.

Co więcej, nawet, gdyby przyjąć, że powód zmienił powództwo występując z nowym roszczeniem zamiast pierwotnego, to Sąd Okręgowy w ogóle nie orzekł o zmienionym powództwie. W konsekwencji, wobec braku rozstrzygnięcia w tym zakresie, apelacja byłaby w tej części niedopuszczalna.

Stosownie do treści art. 383 k.p.c. w postępowaniu apelacyjnym nie można rozszerzyć żądania pozwu ani występować z nowymi roszczeniami. Jednakże w razie zmiany okoliczności można żądać zamiast pierwotnego przedmiotu sporu jego wartości lub innego przedmiotu, a w sprawach o świadczenie powtarzające się można nadto rozszerzyć żądanie pozwu o świadczenia za dalsze okresy. W postępowaniu apelacyjnym nie jest zatem dopuszczalna zmiana powództwa polegająca na wystąpieniu z roszczeniem o zapłatę wynagrodzenia za roboty dodatkowe, zamiast roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za roboty objęte umową. W konsekwencji, powoływanie się przez powoda w apelacji na wykonanie robót dodatkowych (apelacja – k.1040) nie może być skuteczne.

Pozostaje do zbadania, czy zapłata części należnego powodowi wynagrodzenia bezpośrednio podwykonawcom oraz przekazanie części tego wynagrodzenia komornikowi sądowemu prowadzącemu egzekucję przeciwko powodowi doprowadziło do wygaśnięcia zobowiązania strony pozwanej.

Nie ma sporu co do tego, że pozwany uiścił na rzecz podwykonawców za wykonane przez nich roboty budowlane kwotę 463.989,83 zł. Powód w trakcie zawierania porozumień między pozwanym a podwykonawcami przyznał istnienie i wymagalność zgłaszanych przez podwykonawców wierzytelności. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego co do skutków spełnienia tych świadczeń przez pozwanego do rąk podwykonawców, nie ma wobec tego konieczności powtarzania tej argumentacji. Zresztą pozwany w apelacji i w toku postępowania apelacyjnego nie kwestionuje tego, że na skutek zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom doszło do wygaśnięcia zobowiązania pozwanego wobec powoda.

Podobnie pozwany nie podważa skuteczności częściowego spełnienia przez pozwanego świadczenia w kwocie 95.547,28 zł do rąk komornika. Nie budzi zresztą wątpliwości, że spełnienie przez trzeciodłużnika świadczenia wynikającego z zajętej wierzytelności (zob. art. 896 § 1 k.p.c.) do rąk komornika ma taki sam skutek jak spełnienie świadczenia do rąk wierzyciela (art. 815 k.p.c.). Prowadzi zatem do wygaśnięcia zobowiązania.

Nie ma również sporu, że pozwany zapłacił powodowi bezpośrednio kwotę 44.814,69 zł.

Tym samym, słusznie Sąd Okręgowy uznał, że powództwo w części przekraczającej kwotę naliczonej powodowi kary umownej w wysokości 170.458,20 zł nie może być zasadne.

Drugim istotnym wątkiem niniejszej sprawy jest kwestia zasadności obciążenia powoda karą umowną za wykonanie umowy po terminie. Powód podnosił, że ukończenie robót po terminie nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, ewentualnie wniósł o miarkowanie kary umownej.

Nie budzi wątpliwości, że co do zasady dłużnik może podnosić, iż nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (zob. art. 471 k.c.). Kara umowna nie należy się bowiem wierzycielowi w sytuacji braku po stronie dłużnika winy w wykonaniu zobowiązania, wówczas gdy jego odpowiedzialność opiera się na tej właśnie zasadzie. Sąd Apelacyjny podziela jednak wywody Sądu Okręgowego co do odpowiedzialności powoda za opóźnienie w wykonaniu robót.

Należy jednak uzupełniająco wskazać na okoliczność, która uszła uwadze Sądu I instancji. Otóż strony w dniu 22 kwietnia 2010 r. podpisały aneks do umowy, przedłużający termin do wykonania robót do dnia 31 maja 2010 r. Powód podpisał ten aneks bez zastrzeżeń. Oznacza to, że w dniu 22 kwietnia 2010 r. powód zobowiązał się do zakończenia prac do dnia 31 maja 2010 r. Powód nie może więc powoływać się na okoliczności, które zaszły przed dniem 22 kwietnia 2010 r., usprawiedliwiające – w jego ocenie – zakończenie prac po terminie, skoro dnia 22 kwietnia 2010 r. uznawał, że jest możliwe zakończenie robót do dnia 31 maja 2010 r. Nie sposób przecież inaczej interpretować treści oświadczenia woli powoda z dnia 22 kwietnia 2010 r.

Powód w celu wykazania braku postaw do naliczenia kary umownej mógłby zatem skutecznie powoływać się jedynie na takie okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, powstałe po dniu 22 kwietnia 2010 r. W tym kontekście powód w piśmie złożonym na rozprawie apelacyjnej w dniu 11 maja 2017 r. wskazał na siłę wyższą w postaci intensywnych opadów deszczu oraz powodzi w maju i czerwcu 2010 r., które wstrzymały prace na okres trzech tygodni – między 19 maja a 6 czerwca 2010 r. (k.1132-1134).

Po pierwsze, wymaga przypomnienia, że sąd rozpoznający apelację jest związany zarzutami naruszenia prawa procesowego, natomiast z urzędu bierze pod rozwagę naruszenie prawa materialnego. Prawdliwość ustaleń faktycznych może być podważana na płaszczyźnie zarzutów procesowych. Innymi słowy, kontestowanie stanu faktycznego wymaga sformułowania stosownych zarzutów w tym zakresie. W tym kontekście trzeba zauważyć, że Sąd Okręgowy nie poczynił żadnych ustaleń co do intensywnych opadów deszczu oraz powodzi w maju i czerwcu 2010 r. W apelacji powoda nie ma jakichkolwiek zarzutów dotyczących niepoczynienia ustaleń faktycznych w tym zakresie. W tym stanie rzeczy brak jest podstaw, aby uzupełniać ustalenia faktyczne w postępowaniu apelacyjnym i badać, czy w maju i czerwcu 2010 r. miały miejsce intensywne opady deszczu oraz powódź.

Po drugie, zgodnie z art. 381 k.p.c. sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później. Twierdzenia dotyczące intensywnych opadów deszczu oraz powodzi w maju i czerwcu 2010 r. pojawiły się dopiero w piśmie powoda złożonym na rozprawie apelacyjnej w dniu 11 maja 2017 r. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, te okoliczności zostały zgłoszone za późno. Powód, wbrew treści art. 368 § 1 pkt 4 k.p.c., w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego powołał te fakty dopiero na tym etapie postępowania.

Po trzecie, poza ogólnikowymi stwierdzeniami powód nie przedstawił konkretnych twierdzeń, kiedy i w jakim zakresie opady deszczu i powódź uniemożliwiły prowadzenie robót. W szczególności nie jest jasne, jakie prace pozostały w tym czasie do wykonania i czy wskazane zjawiska pogodowe uniemożliwiały prowadzenie tych prac. Przykładowo, czy ewentualne zalanie terenu budowy wykluczało prowadzenie prac wykończeniowych w niemal ukończonym wówczas budynku. Z tych przyczyn nie jest możliwe uznanie, że opóźnienie w wykonaniu prac w maju i czerwcu powstało na skutek nadzwyczajnych zjawisk pogodowych (opadów deszczu i powodzi), czyli okoliczności, za które powód nie ponosi odpowiedzialności.

Zgodnie z art. 484 § 2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Powód wskazywał na rażące wygórowanie naliczonej kary umownej. W ocenie Sądu Apelacyjnego, zarzut ten nie jest zasadny.

Po pierwsze, za zastrzeżeniem kary umownej na wypadek wykonania umowy po terminie przemawiał istotny, godny ochrony interes pozwanego. Nie można tracić z pola widzenia, że przedmiotem umowy było wybudowanie budynku użyteczności publicznej – przedszkola. Faktem powszechnie znanym jest to, że rok szkolny rozpoczyna się w dniu 1

września. Termin ukończenia prac przez powoda musiał zatem zostać ustalony w ten sposób, aby przed 1 września możliwe było wykonanie wszelkich czynności umożliwiających uruchomienie przedszkola w dniu 1 września 2010 r. Nie chodzi tu tylko o czynności faktyczne sprowadzające się np. do usunięcia dostrzeżonych usterek, wyposażenia budynku w meble, ale także czynności prawne, jak np. uzyskanie niezbędnych zgód, w tym chociażby pozwolenia na użytkowanie budynku. Biorąc te okoliczności pod uwagę obwarowanie terminowego zakończenia robót karą umowną było w pełni uprawnione.

Po drugie, naliczona kara umowna w wysokości 170.458,20 zł w relacji do całego wynagrodzenia powoda w kwocie 7.748.000 zł nie stanowi znacznej kwoty (jest to jedynie 2,2% całości wynagrodzenia), a z pewnością nie może z tego względu zostać uznana za rażąco wygórowaną.

Po trzecie, Sąd Okręgowy słusznie zwrócił uwagę, że naruszenie przez powoda terminu wykonania robót było dalej idące niż tylko 22 dni, za które powód został obciążony karą umowną. Należy wskazać, że mimo zgłoszenia obiektu do odbioru w dniu 22 czerwca 2010 r. usuwanie usterek trwało jeszcze w sierpniu 2010 r. Co więcej, protokół końcowy odbioru obiektu został podpisany dnia 31 sierpnia 2010 r., a jeszcze wówczas nie wszystkie usterki zostały usunięte.

Po czwarte, przy ocenie obciążenia karą umowną nie można pominąć zachowania powoda, który, wbrew treści umowy, korzystał przy wykonywaniu prac w szerokim zakresie z podwykonawców. Oczywiście jest, że było to spowodowane niemożliwością samodzielnego wykonania przez powoda wszystkich robót z zachowaniem wymaganej jakości i terminu. Innymi słowy, powód przystępując do wykonania umowy nie dysponował odpowiednim potencjałem (osobowym, sprzętowym itp.), aby wykonać wszystkie prace samodzielnie i w terminie.

Te okoliczności przemawiają jednoznacznie przeciwko miarkowaniu w oparciu o art. 484 § 2 k.c. kary umownej naliczonej powodowi. Należy więc uznać, że naliczenie kary umownej było zasadne, a potrącenie przez pozwanego wierzytelności wzajemnej obejmującej tę karę – w pełni skuteczne. Powództwo nie jest zatem zasadne także w części dotyczącej kwoty 170.458,20 zł, skoro na skutek potrącenia wierzytelności stron uległy w tym zakresie wzajemnemu umorzeniu (art. 498 § 2 k.c.).

Dlatego też, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację powoda, jako bezzasadną.

Nadto, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz § 12 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 490 ze zm.) zasądził od A. B. (1) na rzecz (...) W. kwotę 5.400 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Wobec powyższego Sąd Apelacyjny orzekł, jak w sentencji.