

Sygn. akt I ACa 647/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 sierpnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Artur Kowalewski (spr.)
Sędziowie:	SA Edyta Buczkowska-Żuk SO del. Tomasz Żelazowski
Protokolant:	sekr. sądowy Magdalena Stachera

po rozpoznaniu w dniu 8 sierpnia 2013 r. na rozprawie w Szczecinie

połączonych do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia spraw

z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w K.

przeciwko (...) Budownictwo Spółce Akcyjnej w W.

o zapłatę 882.442 zł

oraz z powództwa (...) Budownictwo Spółki Akcyjnej w W.

przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w K.

o zapłatę 7.829.284 zł

na skutek apelacji obu stron od wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie

z dnia 16 lutego 2012 r., sygn. akt VI GC 4/09

I. zmienia zaskarżony wyrok:

1. w punkcie II w ten sposób, że zasądza od pozwanej (...) Spółki Akcyjnej w K. na rzecz powódki (...) Budownictwo Spółki Akcyjnej w W. kwotę 1.557.630,14 (jeden milion pięćset pięćdziesiąt siedem tysięcy sześćset trzydzieści złotych czternaście groszy) z ustawowymi odsetkami od dnia 20 marca 2008 r., a w pozostałym zakresie powództwo (...) Budownictwo Spółki Akcyjnej w W. oddala,

2. w punktach IV i V w ten sposób, że zasądza od (...) Spółki Akcyjnej w K. na rzecz (...) Budownictwo Spółki Akcyjnej w W. kwotę 131.117,74 zł. (sto trzydzieści jeden tysięcy sto siedemnaście złotych siedemdziesiąt cztery grosze) tytułem kosztów procesu,

II. oddala apelację (...) Spółki Akcyjnej w K.,

III. zasądza od (...) Spółki Akcyjnej w K. na rzecz (...) Budownictwo Spółki Akcyjnej w W. kwotę 88.699 (osiemdziesiąt osiem tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt dziewięć) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Edyta Buczkowska-Żuk Artur Kowalewski Tomasz Żelazowski

Sygn. akt I ACa 647/12

UZASADNIENIE

W pozwie złożonym w dniu 16 stycznia 2009 r. powódka Zespół (...) - M. sp. s o.o. z siedzibą w K. domagała się zasądzenia na jej rzecz od strony pozwanej - (...) S.A. z siedzibą w W. kwoty 882.442 zł wraz z odsetkami w wysokości ustawowej począwszy od daty wytoczenia powództwa do dnia zapłaty, tytułem części kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy o roboty budowlane z dnia 24 listopada 2005 r. Nadto powódka domagała się zasądzenia kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu pozwu wyjaśniła powódka, że pozostałą część kary umownej - należnej powódce za zwłokę w wykonaniu przez pozwaną przedmiotu łączącej strony umowy o roboty budowlane - w wysokości 7.830.843,85 zł strona powodowa, potrąciła przed wytoczeniem niniejszego powództwa z wierzytelnościami, jakie w stosunku do niej posiadała pozwana, w rezultacie czego do zapłaty pozostała kwota aktualnie dochodzona pozwem.

W odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o jego oddalenie zaprzeczając jakoby pozostawała w zwłoce z wykonaniem umowy z przyczyn leżących po jej stronie. Twierdziła pozwana, iż umówiony termin końcowy realizacji umowy został przez strony przesunięty na 27 grudnia 2007 r. poprzez podpisanie protokołów konieczności oraz, że strona powodowa popadła w zwłokę z przekazaniem pozwanej dokumentacji wykonawczej a w szczególności ostatecznego pozwolenia na budowę a także, iż dochodziło do zakłóceń w przebiegu budowy z przyczyn leżących po stronie powódki. Wniosła pozwana o miarkowanie żądanej kary umownej jako niewspółmiernej i rażąco sprzecznej z zasadami współzycia społecznego.

W dniu 20 lutego 2009 r. strona powodowa - (...) S.A. z siedzibą w W. wystąpiła z pozwem przeciwko spółce Zespół (...) - (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. o zasądzenie na jej rzecz kwoty 7.829.284 zł wraz z odsetkami w wysokości ustawowej, liczonymi od kwot i dat w pozwie szczegółowo opisanych, tytułem reszty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane w oparciu o umowę z dnia 24 listopada 2005 r. - 5.726.657,13 zł) oraz tytułem zwrotu gwarancji dobrego wykonania nr (...) pobranej przez inwestora z banku 2 stycznia 2008 r. - kwota 2.102.626,84 zł. Twierdziła powódka, iż zgodnie z umową wysokość umówionego między stronami wynagrodzenia ryczałtowego za przedmiot umowy objęty ofertą wynosiła 41.923.426,11 zł plus podatek VAT. Powódka jak twierdziła, zrealizowała dla pozwanej roboty dodatkowe o łącznej wartości 6.871.956,77 zł. Końcowy odbiór robót miał miejsce 28 stycznia 2008 r. Odnosząc się do potrącenia przez pozwaną wierzytelności z tytułu kary umownej za zwłokę w realizacji umowy, powódka podniosła, że potrącenie to było bezskuteczne bowiem zwłoka w realizacji umowy była skutkiem okoliczności leżących po stronie pozwanej i ją obciążających.

W odpowiedzi na pozew, pozwana wniosła o jego oddalenie i powołała się na dokonane za pismem z 20.03.2008 r. potrącenie własnej wierzytelności o wartości 7.830.843,85 zł, posiadanej w stosunku do powódki z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu łączącej ją z powódką umowy. Według pozwanej, skutek dokonanego potrącenia, wierzytelności pozwanej stanowiące podstawę jej roszczenia o zapłatę, wygasły w całości.

Postanowieniem z dnia 18 czerwca 2009 r. Sąd na podstawie art. 219 k.p.c. połączył opisane wyżej sprawy o sygn. akt VI GC 4/09 i VI GC 15/09 do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia, mając na uwadze tożsamość stron oraz przedmiot sporu - roszczenia stron znajdują swoje źródło w łączącej je umowie o roboty budowlane z 24 listopada 2005 r. i pozostają ze sobą w ścisłym związku.

Wyrokiem z dnia 16 lutego 2012 r. Sąd Okręgowy w Koszalinie w punkcie I zasądził na rzecz (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. od Zespołu (...) - (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. kwotę 6.271.653,83 zł w tym kwotę 2.124.000,00 zł z ustawowymi odsetkami od 20.03.2008 r. do dnia zapłaty; kwotę 1.962.710,36 zł z ustawowymi odsetkami od 20.03.2008 r. do dnia zapłaty; kwotę 82.316,63 zł z ustawowymi odsetkami od 26.05.2008 r. do dnia zapłaty; kwotę 2.102.626,84 zł z ustawowymi odsetkami od 02.01.2008 r. do dnia zapłaty; w punkcie II oddalił powództwo (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. w pozostałej części; w punkcie III oddalił w całości powództwo Zespołu (...) - (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.; w punkcie IV zasądził na rzecz (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. od Zespołu (...) - (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. kwotę 99.997,70 zł tytułem kosztów postępowania, a w punkcie V zniósł między stronami pozostałe koszty postępowania.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd oparł na następujących ustaleniach i wnioskach:

W dniu 24 listopada 2005r., pomiędzy Zespołem (...) Sp. z o.o. K. - inwestorem a (...) S.A. (zmiana firmy w toku procesu na: (...) S .A) W. - wykonawcą, zawarta została umowa o wykonanie przebudowy i rozbudowy Ośrodka (...), położonego przy ulicy (...) w K.. Przedmiot umowy miał być wykonany zgodnie z projektem budowlanym opracowanym przez (...) ze S.. Termin rozpoczęcia robót ustalono w umowie na dzień 1.12.2005 r., a zakończenia na dzień 30.06.07 r. Uzgodniły strony umowy wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 37.600.000 zł netto. Rozliczenie za wykonanie poszczególnych elementów robót nastąpić miało fakturami częściowymi, termin płatności faktur ustaliły strony na 30 dni od daty wpływu faktury do inwestora wraz z protokołem odbioru. Jako obowiązującą formę odszkodowania przyjęto kary umowne. Wykonawca zobowiązał się do zapłaty kary umownej w wys. 0,285% wartości wynagrodzenia ustalonego w § 11 ust. 3 umowy, za każdy dzień zwłoki w realizacji umowy . W dniu 7 grudnia 2005 r. powód przekazał pozwanemu plac budowy, a następnie w dniach 14 lutego i 6 marca 2006 r. kolejne pomieszczenia w przebudowywanym obiekcie. Obowiązki inspektora nadzoru inwestorskiego wypełniał R. T., kierownika budowy M. W., a później A. O.. Nadzór autorski na zlecenie inwestora pełnili autorzy projektu budowlanego. Zakres przekazanej wykonawcy dokumentacji projektowej obejmował roboty ogólnobudowlane i drogowe oraz instalacje sanitarne i elektryczne z wyłączeniem projektu wystroju wnętrz i specjalistycznych instalacji zabiegowych.

W dniu 23 października 2006 r. inwestor zdecydował o podwyższeniu budynku (...) o dwie kondygnacje. Skutkiem tego było podpisanie przez strony sporu Aneksu nr I do umowy, w dniu 23 października 2006 r. Aneksem tym strony dokonały przesunięcia terminu ukończenia realizacji umowy na dzień 15 sierpnia 2007 r. Podwyższone zostało także umówione wynagrodzenia, do kwoty 42.052.536,82 zł netto. Aneksem strony wyłączyły z zakresu umowy niektóre prace. Począwszy od 5 kwietnia 2007 r. wykonawca podjął próbę wynegocjowania przedłużenia terminu końcowego realizacji umowy. Ostatecznie w dniu 12 września 2007 r. strony sporu podpisały Aneks nr (...) do umowy. Na podstawie tego aneksu wyłączono z zakresu umownego kolejne elementy robót, a mianowicie: wykonanie basenu wewnętrznego wraz z izolacją, wykonanie basenu zewnętrznego wraz z izolacją, wykonanie aranżacji ścian i posadzek basenu w pomieszczeniu "plaży wewnętrznej", dostawę i montaż szafek pod umywalki w budynku "...", i dostawę i montaż prasy taśmowej (...), wykonanie zsypu śmieci w budynku "...", wykonanie robót wykończeniowych w kregielni. Na podstawie Aneksu nr (...) strony przesunęły po raz kolejny termin końcowy realizacji umowy - na dzień 15 listopada 2007 r. Termin ten, zgodnie z wolą stron wyrażoną w treści Aneksu nr (...) nie dotyczył robót, w stosunku do których powód nie podjął decyzji odnośnie sposobu lub standardu ich wykończenia lub nie przekazał wykonawcy ostatecznej dokumentacji projektowej. Zastrzeżenie to dotyczyło następujących robót: wykonanie warstw spadkowych "plaży" basenu wewnętrznego oraz wykonanie kanału nawiewnego wzdłuż fasady budynku, wykonanie "plaży" basenu zewnętrznego i powierzchni tarasu z warstwami izolacyjnymi i spadkami, dostawę i ułożenie wykładzin dywanowych PCV i sportowych w budynku "(...)" i "(...)", wykonanie zsypu bielizny w budynku "(...)", dostawę i montaż drzwi stalowych i drewnianych w budynkach "(...)" i "(...)", dostawę i montaż lamp według projektu aranżacji w budynkach "(...)" i "(...)", dostawę i montaż umywalk w budynku "(...)", aranżację holi wejściowych parteru i piętra w budynku "(...)" wraz z warstwami posadzkowymi, robót budowlanych w kregielni, dostawy i montażu płytek ściennych i podłogowych w budynku "(...)", i wykonania attyki wokół "plaży" basenu zewnętrznego, a także robót dodatkowych i zamiennych, które wystąpiły przed datą podpisania Aneksu nr (...) lub wystąpiły po tym dniu, odnośnie których strony, do 12.09.07 r. nie podpisały protokołu konieczności (pkt 2c Aneksu nr (...)).

Na podstawie Aneksu nr (...) wynagrodzenie wykonawcy zostało podwyższone o 2.450.000 zł netto. W punkcie 3 Aneksu nr (...) strony umowy uzgodniły, iż wszelkie zmiany lub uzupełnienia do dokumentacji projektowej, zgłoszone przez zamawiającego lub projektanta po 12.09.2007 r., jak również wszelkie zgłoszone po tej dacie przez zamawiającego zmiany i uzupełnienia odnośnie standardu lub sposobu wykończenia przedmiotu umowy, wymagać będą podpisania przez przedstawicieli stron, odrębnego protokołu konieczności, w którym określone zostaną warunki, w tym w szczególności finansowe i terminowe, wdrożenia takiej zmiany bądź uzupełnienia. W razie wystąpienia takiej okoliczności strony obowiązywać miała następująca procedura: w terminie 3 dni od dnia doręczenia wykonawcy pisemnego wniosku zamawiającego o wdrożenie danej zmiany lub uzupełnienia, wykonawca przedstawić miał zamawiającemu na piśmie, ofertę na wykonanie danego elementu umowy z uwzględnieniem tej zmiany lub uzupełnienia. W terminie 3 dni od dnia doręczenia zamawiającemu oferty, przedstawiciele stron - w imieniu zamawiającego inspektor nadzoru a w imieniu wykonawcy kierownik budowy, podpisać mieli protokół konieczności, określający warunki wykonania przedmiotu umowy z uwzględnieniem przedmiotowej zmiany lub uzupełnienia (w tym w szczególności warunki terminowe i finansowe). Protokół konieczności wywoływać miał bezpośrednie skutki prawne dla stron umowy, co oznaczać miało, że uzgodnione w protokole konieczności warunki będą wiążące dla stron, bez potrzeby podpisywania w tym zakresie dodatkowego aneksu do umowy. Bezskuteczny upływ terminu do podpisania protokołu konieczności oznaczać miał w świetle Aneksu nr (...), że realizacja przedmiotu umowy odbędzie się z pominięciem danej zmiany lub uzupełnienia, z zastrzeżeniem postanowień przy czym - w przypadku, gdy zamawiający nie byłby zainteresowany wykonaniem przedmiotu umowy z pominięciem danej zmiany lub uzupełnienia, odnośnie której strony nie uzgodniły protokołu konieczności w trybie opisanym powyżej - winien on niezwłocznie, nie później niż w ciągu następnego dnia roboczego po bezskutecznym upływie terminu wyznaczonego, zawiadomić o tym wykonawcę na piśmie. W przypadku, gdy uzupełnienie dokumentacji projektowej dotyczyć będzie robót, dla których zamawiający, do dnia podpisania Aneksu nr (...) takiej dokumentacji w ogóle nie przedstawił, bądź była ona niekompletna, a strony nie uzgodnią w tym zakresie protokołu konieczności, wykonawca miał zawiadomić o tym fakcie zamawiającego niezwłocznie, na piśmie. Zawiadomienie takie miało być równoznaczne z wyłączeniem z przedmiotu umowy całego zakresu robót, którego dotyczy uzupełniająca dokumentacja projektowa.

Sąd Okręgowy ustalił, że na podstawie podpisanych po dniu 15 listopada 2007 r. protokołów konieczności nie uległ przesunięciu termin końcowy realizacji umowy wynikający z Aneksu nr (...). Jak podał Sąd w omawianym Aneksie nr (...) strony ustaliły także, iż zawarte w jego treści uzgodnienia, wyczerpują wszystkie ewentualne roszczenia wykonawcy powstałe wskutek opóźnień w przekazywaniu dokumentacji wykonawczej przed datą jego podpisania.

Sąd ustalił, że po podpisaniu przez strony umowy (...) nr (...) sporządzone zostało kilkanaście protokołów konieczności. Zakres uzgodnionych robót do wykonania ze wskazaniem terminu realizacji, potwierdza treść protokołów, zeznania wnioskowanych przez wykonawcę świadków oraz opinia biegłego sądowego. Sąd Okręgowy szczegółowo wyspecyfikował protokoły konieczności ich przedmiot, termin wykonania oraz termin odbioru na stronie 9-12 uzasadnienia (k.1509 -1512).

Sąd pierwszej instancji w oparciu o opinię biegłego uznał, że zwłoka w wykonaniu umowy przez wykonawcę była związana z wykonywaniem przez niego robót z zakresu podstawowego umowy po 15 listopada 2007 r.

W dniu 28 stycznia 2008 r. strony podpisały protokół końcowego odbioru robót.

Sąd Okręgowy wskazał, że niezależne od wykonawcy przesunięcie terminu końcowego umowy wynosi 25 dni roboczych. Wykonawca pozostawał w zwłoce z wykonaniem umowy między 3 a 27 stycznia 2008 r. czyli 25 dni roboczych.

Wartość kary umownej należnej inwestorowi, wedle umowy z 25 listopada 2005 r. wynosi 3.115.177,58 zł a po dokonaniu przez Sąd jej miarkowaniu o 50% - 1.557.589 zł., co skutkowało tym że wierzytelność inwestora o tej wartości została skutecznie potrącona z wierzytelnościami wykonawcy na podstawie oświadczenia inwestora złożonego wykonawcy za pismem z 20 marca 2008 r. a, wzajemne wierzytelności stron sporu objęte sporem, uległy wskutek tego umorzeniu do kwoty niższej.

Wykonawca wystawił i doręczył inwestorowi na podst. protokołów zaawansowania i protokołów odbioru robót podpisanych przez obie strony umowy, następujące faktury VAT - (...) z 18.01.08 r. na kwotę 692.630,14 zł (k. . 879), (...) z 19.02.08 r. na kwotę - 2.989.000,00 zł (k. 880), (...) z 26.02.08 r. na kwotę -1.962.710,36 zł (k. 885) oraz (...) na kwotę 82.316,63 zł płatne w terminie 30 dni od daty otrzymania (okoliczność niesporna). Wezwania do zapłaty skierowane przez wykonawcę do inwestora nie zostały uwzględnione (niesporne).

W piśmie z dnia 20 marca 2008 r. inwestor powołując się na przepis art. 498 § 1 k.c. oświadczył, iż na podst. par. 13 ust.2 lit. a w zw. z § 11 ust.3 umowy z 24.11.05 r. naliczył karę umowną za zwłokę w jej realizacji o 74 dni (między 16.11.05 r. a 27.01.08 r.) w wysokości 8.713.285,40 zł (0,28% x 42.052.536,82 zł) i karę tę potrąca z wierzytelnościami wykonawcy objętymi fakturami VAT - (...) z 18.01.08 r. w kwocie - 692.630,14 zł, (...) z 19.02.08 r. w kwocie -2.989.000 zł, (...) z 26.02.08 r. w kwocie 2.046.586,87 zł oraz w kwocie 2.102.626,84 zł z tytułu udzielonej przez wykonawcę gwarancji dobrego wykonania umowy. Inwestor wezwał wykonawcę do uiszczenia kwoty 882.441,55 zł tytułem kary umownej za zwłokę.

W oparciu o tak dokonane ustalenia Sąd Okręgowy uznał, że powództwo (...) S.A. z siedzibą w W. w oparciu o umowę o roboty budowlane z dnia 24 listopada 2005 r. częściowo zasługuje na uwzględnienie, natomiast powództwo Zespołu (...) - (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. jest niezasadne.

Sąd przypomniał, że wedle umowy o wykonanie robót budowlanych wynagrodzenie ryczałtowe w wys. 37.600.000 zł plus VAT, które następnie zgodnie z wolą stron uległo podwyższeniu do kwoty 42.052.536,82 zł nie obejmowało robót dodatkowych oraz zamiennych, których zakres miał być ustalany każdorazowo na podstawie protokołów konieczności. Inwestor nie kwestionował w niniejszym procesie ani co do zasady ani wysokości roszczenia wykonawcy z tytułu wynagrodzenia oraz zwrotu pobranej kwoty z tytułu gwarancji dobrego wykonania, zabezpieczonej przez wykonawcę w ramach łączącej je umowy z dnia 24 listopada 2005 r.

Jak zauważył Sąd, kwestią sporną było to, czy objęte powództwem wykonawcy wierzytelności istnieją czy też uległy przedprocesowemu umorzeniu wskutek dokonanego przez inwestora pismem z dnia 20 marca 2008 r. potrącenia, posiadanej przez niego w stosunku do wykonawcy wierzytelności z tytułu kary umownej za zwłokę w realizacji przedmiotu umowy.

Uznał Sąd Okręgowy, że zgodnie z treścią art. 6 k.c., w związku z podniesionym przez inwestora zarzutem potrącenia i umorzenia wzajemnych wierzytelności, na wykonawcy spoczywał w niniejszym procesie ciężar dowodu okoliczności przez niego wskazanych, mające na celu wykazanie, iż opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy nie było skutkiem jego zwłoki w realizacji umowy. Podkreślił, że nie było sporne, że przedmiot umowy został odebrany przez inwestora protokołem odbioru końcowego datowanym na 28 stycznia 2008 r., a fakt ten stwarza domniemanie zwłoki wykonawcy z uwagi na zastrzeżenie w umowie ścisłego terminu jej realizacji. Pierwotnie termin końcowy realizacji umowy strony uzgodniły na 30 czerwca 2007 r., na podstawie aneksu nr 1 inwestor zlecił wykonawcy do wykonania roboty dodatkowe i zamiennie. Następnie w dniu 12 września 2007 r. strony umowy podpisały aneks nr 2 do umowy, na podstawie którego termin końcowy realizacji umowy przesunęły na 15 listopada 2007 r. Termin ten jak wynika z treści aneksu, nie dotyczył trzech grup robót - robót wyłączonych z przedmiotu umowy, wymienionych w załączniku nr 1 do aneksu nr 2, robót, co do których na dzień podpisania aneksu brak było decyzji inwestora odnośnie ich wykończenia, względnie takich, co do których brak było ostatecznej dokumentacji projektowej wyszczególnionych w załączniku nr 2 do aneksu nr 2 a także robót dodatkowych i zamiennych, zarówno wynikłych przed, jak i po podpisaniu aneksu nr 2, co do których, do dnia podpisania aneksu strony nie podpisały protokołu konieczności.

Sąd pierwszej instancji nie podzielił stanowiska, wykonawcy jakoby podpisanie protokołów konieczności powodowało przesunięcie terminu wykonania umowy na dzień 27 grudnia 2007 r. (protokoły konieczności nr - (...)). W jego ocenie termin końcowy realizacji umowy został jednoznacznie ustalony w aneksie nr (...) na 15 listopada 2007 r., co wynika z literalnej jego treści, zaś możliwość zmiany tego terminu dotyczyła wyłącznie robót wynikających ze zmian lub uzupełnień dokumentacji projektowej zgłoszonych wykonawcy po podpisaniu tego aneksu oraz robót wynikających ze zmian i uzupełnień odnośnie standardu i sposobu wykończenia przedmiotu umowy. Według inwestora protokoły

konieczności nie zostały sporządzone przez osoby uprawnione do reprezentowania spółek, co dodatkowo pozbawiało je skuteczności w stosunku do umowy. Sąd dopuścił wnioskowane przez wykonawcę dowody na okoliczności związane z podpisaniem aneksu nr (...) i wyrażonej w jego treści intencji stron umowy – K. M., P. K. i R. S. (1). Sąd Okręgowy wskazał, że słuchany w charakterze świadka K. M. zeznał, iż na podstawie aneksu nr (...) termin końcowy realizacji inwestycji został przesunięty na 15 listopada 2007 r. Zeznał też, iż do podpisania tego Aneksu doszło w sytuacji, kiedy brak dokumentacji wykonawczej uniemożliwił wykonawcy dalszą realizację umowy, przy czym nie pamiętał, o jakie konkretnie braki chodziło. Według tego świadka, wobec braku wiedzy inwestora czy i jakie ewentualnie zmiany projektowe mogą zostać wprowadzone po podpisaniu aneksu nr (...), strony uzgodniły, iż zmiana terminu 15 listopada 2007 r. będzie możliwa w zależności od daty dostarczenia przez inwestora dokumentacji wykonawczej. Według tego świadka, który wówczas był członkiem zarządu spółki wykonawczej, z powodu braków w dokumentacji wykonawczej i wprowadzonych po 15 listopada 2007 r. dużych zmian projektowych ukończenie inwestycji w listopadzie 2007 r. okazało się nierealne. Następnie świadek ten zeznał, iż na podstawie § 3 aneksu nr (...), wskazani tam przedstawiciele stron na budowie zostali upoważnieni do ustalenia terminów realizacji konkretnych, wskazanych w protokołach konieczności robót oraz, że zamiarem stron było, aby aneks nr (...) oraz protokoły konieczności następnie stanowiły podstawę do podpisania przez strony aneksu nr (...).

Świadek P. K. (dyrektor handlowy spółki wykonawczej) zeznał, że był współautorem aneksu nr (...). Według tego świadka, w dacie jego podpisywania inwestor nadal był nieprzygotowany do realizacji, umowy bowiem występowały ciągle braki w dokumentacji wykonawczej i zmiany projektowe. Strony uznały, iż data 15 listopada 2007 r. jako termin końcowy wykonania umowy jest realna, jeśli chodzi o roboty, co do których była jasność, że w tym terminie da się je wykonać. W treści aneksu nr (...) strony udzieliły umocowania swoim przedstawicielom na budowie do sporządzania protokołów konieczności, które miały na celu ustalenie zakresu i wartości robót do wykonania oraz terminów wykonania tych robót, przy czym chodziło o roboty, co do których przed podpisaniem aneksu nr (...) inwestor nie miał pełnej orientacji. Świadek podobnie jak poprzedni zeznał, iż zgodnie z ustaleniami stron zakres i terminy wykonania robót wskazane w protokołach konieczności miały stanowić podstawę do opracowania aneksu nr (...) do umowy i na ten temat strony negocjowały w grudniu 2007 r. jednakże bezskutecznie. Słuchany w charakterze świadka R. S., który zatrudniony był w wykonawczej spółce do 30 kwietnia 2008 r. w charakterze dyrektora Oddziału Zachód i v-ce prezesa spółki zeznał, iż inwestor opóźniał dostarczanie dokumentacji projektowej, brakowało szczegółowych rozwiązań, na które oczekiwano do kilku tygodni, ponadto inwestor permanentnie zlecał do wykonania roboty dodatkowe i zamienne (zmiany usytuowania ścianek, prowadzenia instalacji, rozwiązań materiałowych). Według tego świadka, intencją stron umowy było, aby protokoły konieczności ustalały zakres i terminy realizacji poszczególnych robót przy czym, terminy wskazane w protokołach konieczności nie miały wpływu na końcowy termin realizacji umowy (k. 1103). Z zeznaniami omawianych osób korespondują także zeznania P. P., który uczestniczył przy sporządzeniu protokołów konieczności, a konkretnie ustalał zakres robót do wykonania. Zeznał on, iż w protokołach konieczności ustalany był możliwy według sporządzających, termin wykonania określonych robót w nich wskazanych. Świadek J. B., kierownik robót wykonawcy zeznał, iż „...protokół konieczności nr 211 podpisał, bo upoważnili go do podpisania O. i A., natomiast terminy wykonania robót nie były przez niego uzgadniane”. W ocenie Sądu, zeznania tych świadków nie stanowią dowodu potwierdzającego stanowisko wykonawcy, iż protokołami konieczności sporządzonymi po podpisaniu przez strony aneksu nr (...), ustalony w jego treści końcowy termin realizacji umowy uległ przedłużeniu do dnia 27 grudnia 2007 r. Wedle Sądu z zeznań tych świadków wynika, że sporządzanie protokołów konieczności miało na celu ustalenie zakresu robót do wykonania i realnych terminów ich wykonania. Protokoły te miały następnie wraz z aneksem nr (...) stanowić według tych świadków, podstawę do zmiany umowy (aneksem nr (...)) w zakresie z tych protokołów wynikającym, do czego nie doszło. Wszyscy świadkowie na tę okoliczność słuchani zeznali, iż terminy wskazane w protokołach konieczności miały na celu de facto, określenie nakładu czasu, w jakim dane roboty mogły być - zdaniem wykonawcy - wykonane, natomiast nie zmieniały one ustalonego w aneksie nr (...) terminu końcowego realizacji umowy. Taka ocena zeznań świadków wykonawcy koresponduje z zeznaniami świadka R. T., inspektora nadzoru inwestorskiego, który zeznał, iż terminy wskazane w protokołach konieczności były skutkiem oceny, iż takiego czasu wykonania wymagają, natomiast nie zmieniały one uzgodnionego na 15 listopada 2007 r. terminu końcowego realizacji umowy. Świadek ten zeznał, iż „...wiele razy powtarzałem panu A. i panu O. że wpisywane do protokołów konieczności terminy wykonania robót pozostają bez

związku z uzgodnionym w aneksie nr (...) terminem końcowym umowy”. Według tego świadka wykonawca nie był w stanie wywiązać się z terminu 15 listopada 2007 r. i skutkiem tego była decyzja inwestora o zatrudnieniu firm zewnętrznych dla wykonania robót, które leżały w zakresie wykonawcy. Słuchany w charakterze strony za spółkę inwestorską R. K. zeznał, iż nie udzielił inspektorowi nadzoru umocowania do podjęcia czynności prawnej polegającej na zmianie umowy. Zadaniem inspektora nadzoru było wyłącznie określenie, w jakim terminie konkretna robota zostanie wykonana i jaki będzie jej koszt, przy czym nie odnosiło się to do samej umowy lecz do robót dodatkowych i zamiennych.

Sąd Okręgowy za istotny uznał dokument w postaci notatki służbowej odzwierciedlającej treść uzgodnień stron sporu, dokonanych podczas spotkania w dniu 20 lipca 2007 r. Z treści tej notatki wynika wprost, iż wskazane przez wykonawcę w protokołach konieczności terminy wykonania robót zleconych do wykonania po 15 listopada 2007 r., będą wiążące po zaakceptowaniu przez inwestora. Świadomość tego mieli świadkowie wykonawcy zeznając, jak wskazano, iż protokoły konieczności miały stanowić podstawę do podpisania aneksu nr (...). W kontekście powyższych rozważań, wedle Sądu Okręgowego, podniesiona w odpowiedzi na pozew przez wykonawcę okoliczność, iż w listopadzie i grudniu 2007 r. między stronami toczyły się rozmowy w kwestii podpisania aneksu nr (...), który miał zawierać zmianę terminu końcowego, także potwierdza stanowisko inwestora, iż na podstawie protokołów konieczności nie doszło do zmiany terminu końcowego realizacji umowy. Sąd Okręgowy zauważył, że jaki byłby cel prowadzenia negocjacji w kwestii przedłużenia terminu wykonania umowy w listopadzie i grudniu 2007 r., skoro termin końcowy wynikać miałby z protokołów konieczności. Sam wykonawca przyznał w odpowiedzi na pozew, iż za pismem z 7 grudnia 2007 r. inwestor wyraził zgodę na kolejne negocjowanie terminu końcowego realizacji umowy wynikającego z aneksu nr (...), lecz ostatecznie do tego nie doszło.

W ocenie Sądu Okręgowego, nie może ulegać wątpliwości, iż zgodnie z wolą stron wyrażoną w treści aneksu nr (...), termin końcowy realizacji umowy upływał w dniu 15 listopada 2007 r. Wobec stanowiska prezentowanego przez wykonawcę w toku sporu, który podnosił, iż opóźnienia w dostarczaniu przez inwestora dokumentacji projektowej wykonawczej miały miejsce od początku realizacji umowy, wskazał Sąd, iż kwestia ta była bez znaczenia dla rozpoznania niniejszego sporu. W treści aneksu nr (...) pkt 2 in fine strony zamieściły zapis, z którego wynika, iż zgodnie z wolą stron, wyczerpuje on wszystkie ewentualne roszczenia wykonawcy dotyczące opóźnień, jakie wystąpiły przy przekazywaniu dokumentacji projektowej przed dniem jego podpisania. Skoro zatem wykonawca zrzekł się swoich ewentualnych roszczeń związanych z tego rodzaju opóźnieniami, które miały miejsce w dostarczaniu dokumentacji projektowej przez inwestora to znaczy, że takowych nie posiada. Po podpisaniu aneksu nr (...) inwestor dostarczył wykonawcy 14 dokumentacji projektowych i zamiennych, które przekazywał wykonawcy w dniach 13, 17, 18, 20 i 27 września 2007 r., 1-3, 8 i 26 października 2007 r. a następnie 8 i 22 listopada 2007 r. i 10 grudnia 2007 r. 18 stycznia 2008 r. inwestor dostarczył wykonawcy projekt zamienny, obejmujący instalacje wod.-kan., konstrukcję, instalację ogrzewania budynku (...) i węzeł cieplny W2; projekt zamienny do pozwolenia na budowę z 29 czerwca 2006 r. oraz - projekt budowlany Architektura tom 1, projekt budowlany na instalacje elektryczne w budynku (...) piętro 5-6. Przekazywanie dokumentacji biegły sądowy zobrazował szczegółowo w tabeli na str.13 opinii, zawierającej 14 pozycji (k. 1278-1279).

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że biegły sądowy w sposób szczegółowy odniósł się w treści opinii uzupełniającej do kwestii ewentualnego wpływu dokonywanych przez inwestora uzupełnień dokumentacji wykonawczej, zobrazowanych w opinii zasadniczej. Sąd na stronie 22 -25 uzasadnienia (k. 1522-1527) wskazał, na czym polegały uzupełnienia i czy miały wpływ na opóźnienie oraz terminy zgłoszeń do odbiorów poszczególnych robót.

Sąd Okręgowy podał, że według biegłego sądowego zwłoka w wykonaniu robót po 15 listopada 2007 r. nie była także skutkiem konieczności wykonania robót objętych protokołami konieczności sporządzonymi po podpisaniu aneksu nr (...) lecz wykonywaniem, po upływie terminu końcowego umowy czyli po 15 listopada 2007 r., robót z zakresu podstawowego umowy. Biegły, jako przyczynę zwłoki po stronie wykonawcy, wskazał także brak koordynacji robót, co leżało w zakresie obowiązków wykonawcy, a także usuwanie w terminie przewidzianym na realizację umowy, wad wykonawczych takich jak przeciek do pomieszczeń pod basenem, wadliwe przyklejanie płytek na balkonach (wpis do dziennika. budowy z 9 października 2007 r.), układanie glazury bez dokonanego odbioru izolacji przeciwwodnej

(wpis z 28 sierpnia 2007 r.). Biegły dokonał także szczegółowej analizy wskazanych przez wykonawcę w odpowiedzi na pozew okoliczności, które wg niego były przyczyną zwłoki w realizacji umowy i leżały po stronie inwestora. Wykonawca powoływał się na następujące okoliczności:- przecinanie przez podwykonawców inwestora zamontowanych profili nośnych sufitów podwieszanych, wycinanie przez podwykonawców inwestora otworów w ścianach i stropach dla przeprowadzenia dodatkowych przewodów wentylacji mechanicznej, wycinanie przez podwykonawców inwestora bruzd w wykończonych ścianach (pomalowanych), opóźnienie inwestora w montażu mebli wbudowanych, w których należało zamontować oświetlenie, opóźnienie w dostawie umywalek przez inwestora, wstrzymanie robót posadzkarskich z powodu wykonywania przez inwestora mozaiki na ścianach wysokich, wprowadzenie przez projektanta zmiany usytuowania gniazd elektrycznych w trzech pomieszczeniach, zalanie pomieszczeń pod tarasem i basenem zewnętrznym, opóźnienie w dostarczeniu przez inwestora płytek podłogowych na klatkę schodową w części "(...)". Na tle tych wskazanych przez wykonawcę okoliczności Sąd Okręgowy podkreślił, że po 15 listopada 2007 r. wykonawca realizował roboty z zakresu podstawowego objęte ofertą i to było zasadniczą przyczyną zwłoki po jego stronie. Sąd Okręgowy na stronach 24-28 uzasadnienia (k. 1524- 1528) wskazał również na przyczyny przedłużenia terminu końcowego umowy po stronie wykonawcy jak i inwestora.

Sąd Okręgowy, w ślad za twierdzeniem biegłego uznał, że przekazanie wykonawcy projektu zmienionej decyzji o pozwoleniu na budowę w styczniu 2008 r., nie powinno spowodować wstrzymania robót. Roboty były prowadzone i równoległe opracowywany był projekt budowlany zamienny uwzględniający przekazane przez inwestora na budowę zamienne projekty wykonawcze a więc brak jest tu uzasadnienia dla uznania przekroczenia z podanej przyczyny terminu końcowego oznaczonego na dzień 15 listopada 2007 r. Sąd w całości podzielił opinię biegłego, bowiem uwzględnia ona całkowicie obiektywny punkt widzenia i pochodzi od osoby, która posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie. Podał Sąd, że w ocenie biegłego sądowego istniały także, leżące po stronie inwestora przyczyny, które spowodowały konieczność przesunięcia końcowego terminu realizacji umowy o 25 dni roboczych (kosztorys, załączony do opinii uzupełniającej). Przyczyny wskazane przez biegłego skutkowały w ocenie Sądu zwłoką wykonawcy, która – ślad za opinią biegłego sądowego - wyniosła 25 dni roboczych: od 3 do 27 stycznia 2008 r. łącznie.

Wskazał Sąd, że zgodnie z treścią umowy wysokość zastrzeżonej z powodu zwłoki wykonawcy kary umownej wynosi 0,285% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, a więc przy uwzględnieniu umówionego wynagrodzenia - 44.502.536,82 zł., wynosi 3.115.177,58 zł.. Sąd Okręgowy dokonał miarkowania kary umownej o 50% na podstawie art. 484 k.c.

Konsekwencją przyjęcia, iż wierzytelność inwestora z tytułu kary umownej w dacie potrącenia wynosiła 1.557.589 zł jest oddalenie powództwa przez niego zgłoszonego o zapłatę kwoty 882.442.000 zł. Z kolei konsekwencją uznania, iż wierzytelność inwestora z tytułu kary umownej, w dacie potrącenia wynosiła 1.557.589 zł jest z kolei przyjęcie, iż według kolejności wskazanej przez inwestora skuteczne potrącenie a w rezultacie umorzenie wzajemnych wierzytelności objęło - wierzytelność z faktury (...) na kwotę 692.630,14 zł - w całości oraz wierzytelność z faktury (...) na kwotę 2.989.000 zł o kwotę 864.958,86 pozostałą do potrącenia, w rezultacie czego stwierdził Sąd, że z tej faktury do zapłaty pozostała na rzecz wykonawcy kwota - 2.124.041,14 zł oraz w całości pozostałe żądane przez wykonawcę tytułem wynagrodzenia i pobranej gwarancji kwoty - 1.962.710,37 zł - faktura nr (...) z 26.02.08 r., kwota - 82.316.63 zł objęta fakturą nr (...) z 29.02.08 r. oraz żądana tytułem zwrotu kwoty gwarancyjnej pobrana przez inwestora bezzasadnie kwota 2.102.626,84 zł (k. 335).

Orzeczenie o odsetkach oparto na treści art. 481 § 1 i 2 k.c.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. mając na uwadze, iż wykonawca utrzymał się ze swoim żądaniem w 80 % oraz na podstawie § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radcowskie.

Powyższy wyrok zaskarżyły apelacjami obie strony.

(...) S.A. w W. zaskarżyła wyrok w części oddalającej jej powództwo co do kwoty 1.557.630,17 zł (pkt II wyroku) oraz w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach (pkt IV i V wyroku), zarzucając:

1. błąd w ustaleniach faktycznych będących podstawą zaskarżonego wyroku a mianowicie:

a) błędne ustalenie przez Sąd wysokości wynagrodzenia, od którego pozwana naliczyła kary umowne, pomimo, iż wysokość wynagrodzenia, od którego pozwana naliczyła karę umowną powódce była bezsporna i błędne przyjęcie przez Sąd kwoty wskazanej przez biegłego sądowego w wysokości 42.052.536,82 zł zamiast 41.923.426,11 zł czego efektem Sąd dokonał błędnych wyliczeń kary umownej należnej wg Sądu pozwanej;

2. naruszenie przepisów prawa procesowego mającego wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

a) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie przez Sąd granicy swobodnej oceny dowodów i dokonanie dowolnej, a nie wszechstronnej oceny dowodów w niniejszej sprawie polegającej na wnioskowaniu sprzecznym z zeznaniami świadków M., A., O. i T. w części dotyczącej ustaleń stron w zakresie wpływu prac objętych protokołami konieczności podpisanymi po dniu 15.11.2007 r. na wydłużenie terminu realizacji przedmiotu umowy pomimo, że z powyższych zeznań wynika, iż doszło do takich ustaleń pomiędzy stronami, co w efekcie doprowadziło do sprzecznego z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym (zeznania świadków, protokoły konieczności podpisane po dniu 15.11.2007 r., opinia biegłego) ustalenia przez Sąd, że data podpisania protokołu odbioru końcowego uległa opóźnieniu z przyczyn leżących po stronie Powoda a w konsekwencji niezasadnego naliczenia kar umownych za okres od dnia 03.01.2008 r. do dnia 28.01.2008 r. włącznie;

b) art. 233§ 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie przez Sąd granic swobodnej oceny dowodu z opinii biegłego sądowego wydanej w niniejszej sprawie polegające na przyjęciu zamiast pominięciu oceny prawnej wyrażonej w opinii biegłego sądowego jako własnej w kwestii wpływu braku pozwolenia zamiennego na budowę na uzasadnione opóźnienie zakończenia umowy przez powoda oraz nie dokonania przez Sąd własnej wykładni obowiązujących w tym zakresie przepisów do ustalonego stanu faktycznego a także poprzez przyjęcie przez Sąd stanowiska biegłego o winie lub jej braku po stronie powoda mimo, iż ocena prawna w tym przypadku należy do Sądu co z kolei doprowadziło do uznania, iż powód miał prawo do niezawinionego przesunięcia terminu zakończenia umowy jedynie do dnia 03.01.2008 r.;

c) art. 233§ 1 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. poprzez błędne uznanie przez Sąd za ustalone i udowodnione twierdzenia biegłego sądowego wyrażone w opinii biegłego sądowego, iż „zwloka w wykonaniu robót po 15.11.2007 r. nie była także skutkiem konieczności wykonania robót objętych protokołami konieczności sporządzonymi po podpisaniu Aneksu nr (...) lecz wykonywaniem przez niego, po upływie terminu końcowego umowy czyli po 15.11.07 r. robót z zakresu podstawowego umowy" pomimo, że pozostaje to w sprzeczności zarówno z postanowieniami protokołów Konieczności podpisanymi po 15.11.2007 r. przez przedstawicieli Stron oraz zeznaniami świadków m.in. A O., z których wynika, że „część tych robót miała znaczący wpływ na zakończenie terminu realizacji umowy" a także opinią biegłego sądowego w zakresie stwierdzenia, że wykonanie części robót objętych protokołami konieczności podpisanymi przez Strony miało miejsce po 15.11.2007 r.

3. naruszenie prawa materialnego a mianowicie :

a) art. 22 pkt 9 w zw. z art. 57 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku „prawo budowlane" (Dz.U.2010.243.1623 j.t.) przez jego nie zastosowanie do ustalonego stanu faktycznego, a w efekcie pominięcie przy wyrokowaniu wpływu art. 22 pkt. 9 oraz art. 57 ust. 1 pkt 2 prawa budowlanego na treść zobowiązań stron i błędne uznanie, że przed datą 25 stycznia 2008 roku, a więc przed dniem w którym stała się prawomocna nowa decyzja o pozwoleniu na budowę wraz ze zmienionym projektem budowlanym było możliwe zakończenie przedmiotu umowy, w tym złożenie przez personel Powoda wymaganych treścią art. 22 pkt. 9 w zw. z art. 57 ust. 1 pkt 2 prawa budowlanego oświadczeń o zgodności wykonanych prac z projektem budowlanym, co w konsekwencji doprowadziło do uznania, że pozwana miała prawo

naliczyć powódce karę umowną za zwłokę w wykonaniu umowy za okres kiedy pozwana nie była w posiadaniu nowej decyzji o pozwoleniu na budowę wraz z zmienionym projektem budowlanym tj. za okres od dnia 3 stycznia 2008 roku;

b) art. 65 k.c. poprzez ustalenie, że zamiarem stron było aby terminy określone w podpisanych przez Strony po dacie zawarcia Aneksu nr 2 Protokołach Konieczności pozostawały bez wpływu na termin wykonania Przedmiotu Umowy pomimo, iż ustalenie takie jest sprzeczne z postanowieniami Umowy a konkretnie z Aneksem nr (...) i z zeznaniami świadków oraz Protokołami konieczności podpisanymi po dniu 15.11.2007 r.

W oparciu o powyższe zarzuty (...) S.A. w W. wniosła o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez: zasądzenie od Zespołu (...) - (...) sp. z o.o. na rzecz (...) S.A. kwoty 1.557.630,17 złotych powiększonej o odsetki ustawowe liczone od dnia 20.03.2008 r. do dnia zapłaty; zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania za I i II instancje w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, a z ostrożności procesowej ewentualnie o uchylenie w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji, zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania za I i II instancje w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zespół (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K., ostatecznie precyzując zakres zaskarżenia (k. 1804), zaskarżyła wyrok w punkcie 1,3,4 i 5 zarzucając:

1. mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie prawa proceduralnego w postaci art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c., poprzez dokonanie niespójnej oceny dowodu przeprowadzonego z opinii biegłego sądowego Pana A. S., która to niespójność polega na tym, że pomimo uznania przez Sąd orzekający przedmiotowej opinii w całości i wskazanych w jej treści przyczyn opóźnienia, leżących zarówno po stronie pozwanej, jak i powodowej, Sąd I-szej instancji błędnie przyjął za podstawę wyliczenia kary umownej ilość dni opóźnienia, która łącznie wynosić powinna 74 dni (rzeczywistego opóźnienia tj. okres pomiędzy 16.11.2007r. a 28.01.2008r.), pomniejszonych z kolei o 25 dni opóźnienia leżących po stronie powodowej, co daje łączną ilość 49 dni opóźnienia jako podstawę naliczenia kary umownej, a nie jak przyjął to Sąd I-szej instancji 25 dni, co w istocie w pełni rzutuje na rozstrzygnięcie w przedmiotowej sprawie.

2. mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie prawa proceduralnego w postaci art. 286 w zw. z art. 227 oraz 232 zd. 2 k.p.c. poprzez nie zażądanie od biegłego sądowego Pana A. S. bądź od innego biegłego sporządzenia dodatkowej opinii, pomimo istnienia w tym zakresie potrzeby, związanej z koniecznością jednoznacznego wykazania, czy powódka mogła ponosić odpowiedzialność za opóźnienie w realizacji robót po upływie terminu wyznaczonego aneksem nr (...) tj. po dacie 15.11.2007r.(końcowej dacie realizacji inwestycji, przyjętej przez strony umowy) i czy ta odpowiedzialność mogła sprowadzać się faktycznie do 25 dniowego opóźnienia, podczas gdy, pozwany nie realizował robót z tzw. zakresu podstawowego, ustalonego w umowie stron, czemu wyraz dał biegły sądowy w swojej odpowiedzi z dnia 18.03.2011r. na zarzuty zgłoszone do opinii przez pozwaną podnosi w końcowym fragmencie pisma cyt.: „ Główną przyczyną problemów powoda na budowie Zespołu (...) -M. w K. było pobieżne zapoznanie się przez pozwanego z projektem budowlanym, brak szczegółowego harmonogramu robót wraz z uwarunkowaniami, brak projektu zagospodarowania placu budowy, nie zapewnienie wystarczających środków produkcji do zrealizowania zadania, zbyt niskie oszacowanie wartości robót. To doprowadziło, że w pewnym momencie pozwany „pękł” i uświadomił sobie, że nie zrealizuje tej inwestycji zgodnie z umową...”

3. naruszenie prawa materialnego w postaci przepisu art. 111 & 1 i & 2 k.c. w związku z przepisem art. 110 k.c. poprzez błędne przyjęcie przez Sąd orzekający faktycznej ilości dni opóźnienia w realizacji zadania inwestycyjnego przez pozwaną i na tej podstawie dokonania błędnego wyliczenia kary umownej tj. błędnego przyjęcia 50 dni opóźnienia zamiast faktycznych 74 dni opóźnienia tj. dni pomiędzy początkowym okresem, w którym zadanie inwestycyjne miało zostać wykonane tj. 15.11.2007r., a końcowym jego okresem wynikającym z podpisania końcowego protokołu odbioru robót, który nastąpił w dniu 28.01.2008r., co w istocie rzutuje w znacznym zakresie na rozstrzygnięcie Sądu I-szej instancji w przedmiotowej sprawie.

4. naruszenie prawa materialnego w postaci przepisu art. 484 & 2 k.c. poprzez zastosowanie przez Sąd orzekający miarkowania kary umownej, zgodnie z żądaniem dłużnika, tu: pozwanej, przez wzgląd na znaczne wykonanie

zobowiązania przez pozwaną podczas, gdy z dokumentacji zgromadzonej w katach sprawy, biorąc chociażby pod uwagę harmonogram finansowy powódki i realizację spłat wynagrodzenia ryczałtowego na rzecz pozwanej, stopień zaawansowania robót na dzień ustalonego przez strony ostatecznego terminu zakończenia robót tj. na dzień 15.11.2007r. wynosił zaledwie 80%, co w istocie rzutuje na rozstrzygnięcie w przedmiotowej sprawie, jak również Sąd ten nie wziął pod uwagę przy miarkowaniu kary, iż w istocie znaczna część robót budowlanych została wyłączona z zakresu podstawowego prac pozwanej (postanowienia aneksu nr (...)), przy jednoczesnym podwyższeniu wynagrodzenia umownego.

W oparciu o powyższe zarzuty Zespół (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. wniosła o zmianę wyroku poprzez:

a/ uwzględnienie w całości powództwa o zapłatę kwoty 882.442 zł wraz z ustawowymi odsetkami od daty wytoczenia powództwa do dnia zapłaty,

b/oddalenie w całości powództwa strony pozwanej,

lub ewentualnie wniosła o: przekazanie sprawy w całości do ponownego rozpoznania w I instancji.

Jednocześnie wniosła o zasądzenie od strony pozwanej na rzecz powódki kosztów postępowania w pierwszej oraz drugiej instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Każda ze stron wniosła o oddalenie apelacji przeciwnika procesowego i zasądzenie na jej rzecz związanych z tym kosztów.

W toku procesu zmianie uległa forma prawna prowadzonej działalności przez Zespół (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. na (...) S.A. w K.. Na podstawie uchwały zgromadzenia wspólników z dnia 6 grudnia 2010 r. spółka ta uległa przekształceniu w spółkę cywilną pod firmą: (...) spółka akcyjna w K. (odpis pełny z KRS nr (...) na k. 1646 -1649).

Zmieniona została również firma (...) S.A. w W., która obecnie brzmi: (...) Budownictwo Spółka Akcyjna w W..

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja (...) Budownictwo S.A. okazała się praktycznie w całości uzasadniona, prowadząc do wydania orzeczenia reformatoryjnego w postulowanym przez skarżącą kierunku, a w konsekwencji apelacja (...) S.A. w K. podlegać musiała oddaleniu.

Na wstępie zaakcentować należy, że co do zasady, Sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiąże go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia bierze z urzędu pod uwagę nieważność postępowania zgodnie z treścią art. 378 § 1 k.p.c. Apelujący nie zgłaszali w tej sprawie nieważności postępowania, a Sąd Odwoławczy z urzędu jej też nie stwierdził. Sąd drugiej instancji jako instancja nie tylko kontrolna, lecz także merytoryczna, jest nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany, niezależnie od zarzutów apelacji, do rozważenia na nowo całego zebranego w sprawie materiału i do dokonania jego własnej oceny prawnej (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 26 lutego 2013 r. o sygn. akt III AUa 664/12, opubl. Lex nr 1293044). Postępowanie apelacyjne jest bowiem kontynuacją postępowania merytorycznego. W razie dostrzeżenia błędów powinien naprawić wszystkie stwierdzone naruszenia prawa materialnego popełnione przez Sąd pierwszej instancji, bez względu na to, czy zostały wyknięte w apelacji, pod warunkiem, że rozpoznanie ich mieści się w granicach zaskarżenia.

Wstępnie przypomnieć wypada, że w niniejszej sprawie w oparciu o treść art. 219 k.p.c. na skutek połączenia spraw do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia Sąd Okręgowy rozstrzygał o dwóch roszczeniach znajdujących swe źródło w umowie o roboty budowlane z dnia 24 listopada 2011 r.: po pierwsze o żądaniu (...) S.A. w K. jako inwestora skierowanemu przeciwko (...) Budownictwo S.A. z siedzibą w W. jako wykonawcy o zapłatę kwoty 888.442 zł wraz z odsetkami stanowiącej część kary umownej, która nie została potrącona z wynagrodzeniem za roboty budowlane oraz kaucją gwarancyjną, a jednocześnie o żądaniu (...) Budownictwo S.A. z siedzibą w W. skierowanemu przeciwko

(...) S.A. w K. o zapłatę kwoty 7.829.283,97 zł wraz z odsetkami tytułem wynagrodzenia za wykonane w oparciu o umowę z dnia 24 listopada 2005 r. roboty budowlane tj. 5.726.657,13 zł oraz tytułem zwrotu gwarancji bankowej tzw. dobrego wykonania pobranej przez inwestora tj. 2.102.626,84 zł. W odpowiedziach na oba pozwy, strony przeciwne postulowały oddalenie powództwa, powielając swoją argumentację przedstawioną w każdym z pozwów.

Z uwagi na rozstrzygnięcie spraw z dwóch pozwów, w których strony występują w odmiennych – przeciwnych pozycjach procesowych, dla potrzeb niniejszego uzasadnienia dokonano uproszczenia terminologii, w jakiej każda ze stron występuje w sprawie – prawidłowe bowiem byłoby posługiwanie się oznaczeniem: powód lub pozwany w sprawie o sygn. akt VI GC 4/09 bądź powód lub pozwany w sprawie o sygn. akt VI GC 15/09 - ograniczając się do wskazania stron wedle roli, jaką ww. podmioty zajmowały w procesie budowlanym w oparciu o umowę z dnia 24 listopada 2005 r. tj. inwestor i wykonawca.

Wykonawca domagał się zatem zasądzenia wynagrodzenia za roboty budowlane oraz zwrotu kaucji, z kolei inwestor argumentował, że ww. wierzytelność wykonawcy – której co istotne nie kwestionował co do zasady jak i co do wysokości, wygasła w całości wobec potrącenia przez inwestora z przysługującą mu na podstawie § 13 ust. 2 pkt 1 lit. a w zw. z § 11 ust. 3 umowy karą umowną za zwłokę w wykonaniu inwestycji, a co więcej wykonawca winien uiścić dochodzoną przez inwestora kwotę tytułem reszty kary umownej.

Sąd Okręgowy w oparciu m.in. o opinię biegłego sądowego A. S. uznał po pierwsze, że wykonawca pozostawał w zwłoce w wykonaniu umowy, jednakże nie w takim zakresie, na który wskazywał inwestor, z uwagi na to, że wykonawca zdołał obalić domniemanie, jakoby jego opóźnienie w terminie realizacji umowy wyznaczonym na dzień 15 listopada 2007 r. i oddaniu przedmiotu umowy po tym terminie powstało jedynie na skutek okoliczności, za które to on ponosi odpowiedzialność. W ocenie Sądu pierwszej instancji częściowo za opóźnienie odpowiedzialność ponosi inwestor. Nadto uznał Sąd, że kara umowna obliczona za 25 dni opóźnienia w wysokości 3.115.177,58 zł., określona w umowie winna ulec miarkowaniu o 50% tj. o kwotę 1.557.589 zł. Stąd za zasadne uznał Sąd żądanie wykonawcy o zapłatę kwoty 6.271.653,83 zł tj. w tej części, w której inwestor wynagrodzenie oraz kaucję gwarancyjną zatrzymał ponad kwotę należnej kary umownej tj. 1.557.589 zł. W pozostałej części uznał Sąd Okręgowy, że powództwo wykonawcy nie zasługiwało na uwzględnienie. Tym samym Sąd uznał dokonane przez inwestora potrącenie z wynagrodzenia wykonawcy z tytułu kary umownej w wysokości 1.557.789 zł za zasadne, a skoro potrącenia inwestor dokonał przed procesem w większym rozmiarze, tym samym jego powództwo o zapłatę pozostałej części kary umownej Sąd uznał za nieuzasadnione w całości.

W apelacjach wywiedzionych zarówno przez wykonawcę jak i przez inwestora strony podważały zasadność rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego, kwestionując m.in. stanowisko biegłego sądowego A. S., co do tego, że w ogóle doszło do opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy, że przyczyną opóźnienia było zawinione zachowanie w części zarówno wykonawcy jak i inwestora. Nadto inwestor kwestionował prawidłowość miarkowania przez Sąd kary umownej, z kolei wykonawca podważał prawidłowość przyjętej przez Sąd podstawy do naliczenia kary umownej jak też całkowite pominięcie przez Sąd wpływu uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę przez inwestora na możliwość złożenia przez wykonawcę oświadczenia o zgodności wykonanych prac z projektem budowlanym. Obie strony zarzuciły naruszenie przepisów prawa procesowego, a mianowicie wykonawca sformułował zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., art. 278 § 1 k.p.c. , art. 231 k.p.c., z kolei inwestor podniósł naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c., 286 k.p.c. w zw. z art. 227, art. 232 zd. 2 k.p.c., oraz naruszenie przepisów prawa materialnego – wykonawca w tym zakresie podniósł naruszenie art. 22 pkt. 9 w zw. z art. 57 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane oraz art. 65 k.c., natomiast inwestor zarzucił naruszenie art. 111 § 1 i § 2 k.c. w zw. z art. 110 k.c., a nadto art. 484 § 2 k.c. Kwestia związana z faktem wykonania wszystkich prac objętych umową oraz sama należność wykonawcy i jej wysokość z tytułu zapłaty wynagrodzenia wynikającego z umowy o roboty budowlane jak też zwrotu kaucji bankowej, nie była także w apelacji w żaden sposób kontestowana przez inwestora.

Wobec tak sformułowanych zarzutów i specyfiki niniejszej sprawy, okoliczności faktyczne oraz problemy dowodowe, w tym co do jakości opinii biegłego- inwestor w apelacji (nie czynił tego zaś przed Sądem pierwszej instancji) podnosił konieczność wydania opinii dodatkowej (vide: zarzut nr 2 inwestora), natomiast wykonawca kwestionował

twierdzenie biegłego i w ślad za nim przyjęcie przez Sąd co do tego, że po dniu 15 listopada 2007 r. wykonawca wykonywał roboty objęte zakresem podstawowym umowy oraz uznanie, że protokoły konieczności podpisane po dniu 15 listopada 2011 r. nie wydłużyły terminu realizacji przedmiotu umowy, podlegają na etapie postępowania apelacyjnego przede wszystkim relatywizowaniu do zagadnienia odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy, skutkującej możliwością przypisania jemu zwłoki. Dopiero bowiem dokonanie pozytywnej weryfikacji w tym zakresie, tj. uznanie co do zasady, że wykonawca odpowiedzialność za opóźnienie ponosi, aktualizuje ocenę uprawnienia inwestora do domagania się kar umownych, a więc z jednej strony przesądza o zasadności powództwa zarówno inwestora domagającego się zapłaty kar umownych jak i wykonawcy domagającego się zapłaty z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane i zwrotu kaucji bankowej należytego wykonania umowy wobec przedprocesowego potrącenia ww. należności przez inwestora tytułem kar umownych.

Istotna więc była ocena, czy wykonawca pozostawał w zwłoce, a więc ustalenie terminu, kiedy wykonanie umowy winno nastąpić, a w przypadku uznania, że oddanie nastąpiło po ustalonym terminie, czy w sprawie zaszły takie okoliczności, które zwalniają wykonawcę z odpowiedzialności za opóźnienie. Wedle bowiem treści 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). Kara umowna należy się wierzycielowi wówczas, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Ciężar dowodu, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie zostało zawinione przez dłużnika spoczywa na nim (art. 6 k.c.). Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika określonej w art. 471 k.c., jednak od określonego w tym przepisie odszkodowania kara umowna różni się tym, że przysługuje bez względu na wysokość szkody (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2002 r., o sygn. akt V CKN 357/00, opubl. LEX nr 55513).

Podkreślić dodatkowo należy, mając na uwadze treść apelacji wykonawcy jawiącej się jako konsekwencja opinii biegłego sądowego i ustaleń Sądu Okręgowego, że na gruncie niniejszej sprawy ocena powyższych kwestii sprowadzała się do możliwości przypisania wykonawcy odpowiedzialności za opóźnienie w wykonaniu prac budowlanych, ograniczonej wyłącznie do tych zdarzeń, które zaistniały po dniu sporządzenia aneksu nr (...) tj. po dniu 12 września 2007 r. , a to z tego względu, że strony w jego treści wyraźnie wskazały na utratę prawa powoływania się na okoliczności zaistniałe przed jego podpisaniem. Wprawdzie z treści pkt 3 in fine aneksu wynika, że strony uzgodniły, iż aneks wyczerpuje wszystkie ewentualne roszczenia wykonawcy dotyczące opóźnień, jakie wystąpiły w przekazaniu dokumentacji projektowej przed dniem podpisania aneksu (k. 417), niemniej jednak - w ocenie Sądu Apelacyjnego - mając na uwadze uregulowania aneksu na nowo kształtujące termin zakończenia realizacji prac, zmieniający zakres robót budowlanych, nie może być wątpliwości co do tego, że woła stron, którą kierowały się sporządzając aneks nr (...) było wprowadzenie swoistej opcji zerowej, stanu wyjściowego bez obciążeń stron dla uprzednio zaistniałych zdarzeń, skutkując zrzeczeniem się uprawnienia którejkolwiek ze stron procesu inwestycyjnego do powoływania się na nie w przyszłości.

Zauważyć też należy, że w świetle § 19 umowy z dnia 24 listopada 2005 r. oprócz wypadków wymienionych w treści tytułu XV kodeksu cywilnego przewidziano dla stron prawo do odstąpienia od umowy (k. 436 akta sprawy o sygn.. VI GC 15/09), a wówczas § 13 ust. 2 pkt. 2 umowy przewidywał obciążenie inwestora karą umowną. Przywołanie ww. regulacji jest konieczne dla zobrazowania sytuacji, w jakiej strony się znajdowały w czasie podpisywania aneksu nr (...). Mianowicie wykonawca najpierw odstąpił od umowy, a w związku z podpisaniem aneksu w punkcie 9 wykonawca oświadczył, że cofa złożone w dniu 3 września 2007 r. oświadczenie o odstąpieniu od umowy (k.418-419 akt sprawy o sygn. VI GC 15/09). Nie chodziło zatem jedynie o to, jak wadliwie podnosi obecnie inwestor, że aneksem nr (...) wyczerpano wszelkie roszczenia, ale jedynie przysługujące wykonawcy dotyczące opóźnień jakie wystąpiły przy przekazywaniu dokumentacji projektowej przed dniem podpisania aneksu (vide: treść apelacji inwestora na k. 1581), natomiast roszczenia inwestora względem wykonawcy pozostały. Strony podpisując aneks i nadając mu kształt pozwalający na cofnięcie przez wykonawcę oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy zdecydowały, że żadna z nich, a nie jedynie wykonawca, nie może już powoływać się na uprawnienia im przysługujące z tytułu opóźnień zaistniałych do czasu podpisania aneksu. Przeciwny pogląd byłby nieracjonalny, prowadziłby do pokrzywdzenia

wykonawcy i postawienia inwestora (podmiotu równorzędnego w stosunku cywilnoprawnym), w korzystniejszym położeniu aniżeli wykonawcy. Strony przy tym nie wskazały, że inwestor zachowuje roszczenie względem wykonawcy. Oczywiście jest zatem, że nie tylko roszczenia wykonawcy dotyczące opóźnień zostały wyczerpane treścią aneksu, lecz również roszczenia inwestora, skoro stronom chodziło przede wszystkim o kontynuowanie prac przez wykonawcę. Z tej przyczyny bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy miała znaczna część twierdzeń faktycznych obu stron, dotyczących tych zaszłości, wraz z dowodami na ich poparcie, ale również obszernie wywody biegłego sądowego dotyczące oceny zdarzeń na budowie zaistniałych przed tą datą. Niezrozumiałe jest zatem powoływanie się przez inwestora choćby na okoliczność zmniejszenia zakresu robót po stronie wykonawcy z tzw. zakresu podstawowego, zgodnie z którym wykonawca mógł zaoszczędzić 5 miesięcy co do terminu końcowego realizacji robót (vide: treść apelacji na k. 1582). Wykonawca wprost wskazywał (i słusznie), że postępowanie dowodowe winno ograniczać się do badania okoliczności mających miejsce po dniu podpisania aneksu nr (...) (k. 1489).

Odnosząc się z kolei do oceny terminu wykonania umowy wadliwie podnosi wykonawca zarzut w pkt. 2 lit. a), jakoby na skutek sporządzenia protokołów konieczności uległ przedłużeniu termin wykonania robót określony w aneksie nr (...) na dzień 15 listopada 2007 r. (k. 416-421 akt sprawy o sygn. VI GC 15/09), skoro nie zaoferował skutecznych dowodów na potwierdzenie dokonania kolejnego przedłużenia terminu do dnia 27 grudnia 2007 r. (k. 897,900). Na etapie postępowania apelacyjnego wykonawca wywodzi już nie tyle wprost - jak czynił to przed Sądem Okręgowym - że do wydłużenia terminu doszło, lecz argumentuje, że prace objęte protokołami konieczności wpłynęły na wydłużenie terminu realizacji przedmiotu, co strony ustaliły, a co miało wynikać z zeznań świadków.

Przypomnieć należy, że wedle treści aneksu nr (...) implicite zmianie uległ § 2 ust. 2 umowy z dnia 24 listopada 2004 r., odnoszący się do terminu zakończenia przedmiotu umowy na dzień 30 czerwca 2007 r. Rzeczoną treścią aneksu nadano umowie brzmienie: „Termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy ustala się na 15 listopada 2007 r.” i jednocześnie wskazano, że termin ten nie dotyczy: a) robót wymienionych w załączniku nr 1 do aneksu nr (...) do umowy, które zostały wyłączone z przedmiotu umowy (co jest zrozumiałe- termin nie mógł odnosić się do prac, których wykonawca nie miał już obowiązku wykonywać); b) robót, co do których do dnia podpisania aneksu nr (...) inwestor-Zamawiający nie podjął ostatecznej decyzji odnośnie sposobu lub standardu ich wykończenia, względnie w zakresie których Zamawiający nie przedstawił Wykonawcy ostatecznej dokumentacji projektowej (szczegółowo roboty te zostały wymienione w załączniku nr 2 do aneksu nr (...) do umowy), a wreszcie wedle pkt 2 lit c) aneksu strony uzgodniły, że termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy nie dotyczy robót dodatkowych i zamiennych, które wystąpiły przed dniem podpisania aneksu nr (...), względnie wystąpią po dniu podpisania tego aneksu, odnośnie których strony do dnia 12 września 2007 r. nie podpisały Protokołu Konieczności (k. 416 akt sprawy o sygn. VI GC 15/09). Protokoły konieczności, na które powołuje się wykonawca odnoszą się do tych, które zostały podpisane po dniu 15 listopada 2007 r., a zatem termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy nie dotyczył tych robót, choćby nawet dokonano ich przed podpisaniem aneksu. Treść protokołów, na które powołuje się wykonawca dotyczy więc jedynie tych robót, które są w nich przewidziane, a nie terminu ogólnego zakończenia przedmiotu umowy oznaczonego w aneksie nr (...) do umowy z dnia 24 listopada 2005 r., na dzień 15 listopada 2007 r. Sąd Okręgowy w sposób prawidłowy wyjaśnił przyczyny, dla których protokoły konieczności nie zmieniały terminu wykonania przedmiotu umowy, a wywody te Sąd Odwoławczy podziela w całości i przyjmuje za własne, bez konieczności powielania. Twierdzeniu powyższemu, jakoby treść protokołów zmieniała termin końcowy wykonania robót, zaprzecza wprost treść powoływanego aneksu, w szczególności § 2 ust. 2 aneksu. Zapis § 2 ust. 2 aneksu jednoznacznie więc niweczy prezentowaną koncepcję wykonawcy sprowadzającą się do tego, że protokołami konieczności można było zmieniać (i co akcentuje wykonawca, nastąpiło) termin realizacji przedmiotu umowy, abstrahując już od zagadnienia, czy dokonywały tego osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w imieniu stron.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie ma wątpliwości co do tego, że protokoły dotyczyły wyłącznie tych robót, które były nimi objęte, a nie terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy. Stąd za wadliwy uznać należy zarzut wykonawcy naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie przez Sąd granicy swobodnej oceny dowodów i dokonanie dowolnej, a nie wszechstronnej oceny dowodów w niniejszej sprawie polegającej na wnioskowaniu sprzecznym z zeznaniami świadków K. M., R. A., A. O. i R. T. w części dotyczącej ustaleń stron w zakresie wpływu prac objętych

protokołami konieczności podpisanymi po dniu 15 listopada 2007 r. na wydłużenie terminu realizacji przedmiotu umowy. Protokoły konieczności nie implikowały powstaniem nowego stanu prawnego w postaci przedłużenia terminu realizacji umowy.

Zatem okoliczność, że roboty zostały jednak wykonane z opóźnieniem tj. po ustalonym terminie 15 listopada 2007 r. nie ulega wątpliwości, skoro wykonawca nawet nie twierdzi, że zgłosił przedmiot umowy do odbioru w tym dniu, a bronił się jedynie tym, że termin ten został zmieniony – czego nie zdołał wykazać, jak też tym, że nie ponosi odpowiedzialności za stan opóźnienia. Jako, że zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika określonej w art. 471 k.c., stan opóźnienia wykonawcy wedle powyższej normy tworzy domniemanie, że nastąpiło to na skutek okoliczności, za które odpowiedzialność on ponosi. Zatem stosownie do art. 6 k.c. to na wykonawcy spoczywał obowiązek obalenia powyższego domniemania. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2013 r. o sygn. akt IV CSK 299/12 (opubl. LEX nr 1314429) w sytuacji, gdy strony umowy przewidziały kary umowne za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy, a kodeks cywilny wyraźnie odróżnia zwłokę od zwykłego opóźnienia, uznanie przez sąd, że wierzyciel ma prawo do naliczania kar umownych za faktyczny okres opóźnienia, narusza art. 476 k.c., który przez zwłokę rozumie tylko takie opóźnienie, które jest następstwem okoliczności za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

Dla oceny, czy wykonawca zdołał obalić domniemanie, w realiach przedmiotowej sprawy pierwszoplanowe znaczenie dla kierunku jej rozstrzygnięcia posiadało rozstrzygnięcie zagadnienia posiadania zmienionego pozwolenia na budowę, a ściślej jego braku do dnia 24 stycznia 2008 r. Przy czym stanowisko Sądu Apelacyjnego w tym zakresie nie jest jedynie konsekwencją uwzględnienia wprost argumentacji wykonawcy, który już w odpowiedzi na pozew podnosił kwestię braku pozwolenia na budowę, a powtórzył powyższe stanowisko w tym zakresie w ramach zarzutu naruszenia prawa materialnego przez Sąd Okręgowy (zarzut w punkcie 3 lit. a), lecz skutkiem realizacji obowiązku ponownej, kompleksowej oceny okoliczności faktycznych z punktu widzenia norm prawa materialnego niezależnie od podniesionych w tym zakresie zarzutów. Jak już bowiem wspomniano na wstępie rozważań, Sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji (art. 378 § 1 k.p.c.), a nie apelację. Oznacza to obowiązek sądu drugiej instancji zastosowania właściwych przepisów prawa materialnego i to nawet niezależnie od stanowiska stron prezentowanego w toku postępowania oraz zarzutów apelacyjnych (tak: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 marca 2012 r. o sygn. akt II PK 173/11, opubl. LEX nr 1211151).

Tymczasem argumenty wykonawcy zawarte już w odpowiedzi na pozew (k. 893-944), a powtórzone w apelacji (k. 1542-1544) odwoływały się do zagadnienia obowiązku złożenia ostatecznego i prawomocnego pozwolenia na budowę oraz konsekwencji braku pozwolenia na budowę na możliwość przypisania wykonawcy opóźnienia w wykonaniu robót. Wykonawca zwrócił bowiem uwagę, że zgodnie z § 14 ust. 1 umowy przedmiotem odbioru końcowego będzie przedmiot umowy. Zakończenie wykonania inwestycji było równoznaczne z zawarciem protokołu odbioru końcowego, a zatem najpóźniej w dacie jego podpisania wykonawca musiał dysponować zatwierdzonym (prawomocnie) projektem budowlanym, zgodnie z którym miał prace wykonać. Nowa decyzja o pozwoleniu na budowę, której częścią był nowy projekt budowlany, stała się prawomocna z dniem 24 stycznia 2008 roku (co było niesporne pomiędzy stronami), a to oznacza w ocenie wykonawcy, że dopiero 25 stycznia 2008 r. będący przedstawicielem wykonawcy kierownik budowy mógł zgłosić prace do odbioru końcowego oraz złożyć wymagane bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa budowlanego oświadczenie o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę. Podniósł wykonawca, że przed datą 25 stycznia 2008 r. takie oświadczenie nie mogło zostać przez kierownika budowy złożone z przyczyn od niego niezależnych, ponieważ inwestor pozostawał w zwłoce z przekazaniem decyzji o pozwoleniu na budowę wraz z aktualnym projektem budowlanym, co stanowiło jego obowiązek zgodnie z § 4 ust. 3 umowy oraz art. 647 k.c.

Sąd Okręgowy tymczasem – jak słusznie zauważył skarżący - pominął całkowicie istnienie bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa budowlanego, w tym w szczególności art. 22 pkt. 9 , art. 57 ust. 1 pkt. 2 oraz § 14 ust. 1 umowy zawartej przez strony. Wykonawca podniósł, że w świetle powyższego do dnia 24 stycznia 2008 roku nie można było stwierdzić, że zaistniałe do tego dnia opóźnienie nie było zależne od pozwanego. Zarzuty powyższe okazały się uzasadnione, lecz nie w kontekście obowiązku złożenia oświadczenia niezbędnego

dla potrzeb uzyskania decyzji w przedmiocie pozwolenia na użytkowanie, który to dokument – uwzględniając treść umowy stron o roboty budowlane oraz przepisy k.c. nie warunkował skuteczności czynności przekazania obiektu inwestorowi. Odróżnić bowiem należy wykonanie obowiązków wynikających z umowy cywilnoprawnej, od zrealizowania przez wykonawcę innych obowiązków normatywnych, dotyczących zdarzeń oczywiście wiążących się z wykonaniem przedmiotu umowy, jednak nie warunkujących możliwości ustalenia daty jego wykonania (zgłoszenie do odbioru, oddanie przedmiotu umowy, jego odebranie) na płaszczyźnie obowiązków umownych. Nie można oczywiście wykluczyć możliwości wprowadzenia obowiązku złożenia tego oświadczenia jako niezbędnego elementu zobowiązania umownego wykonawcy, warunkującego możliwość skutecznego skwitowania go przez inwestora z jej wykonania. W niniejszej sprawie tego rodzaju zastrzeżenie umowne niewątpliwie nie miało miejsca, co oznaczać musi, że brak oświadczenia, na które wykonawca się odwoływał, nie warunkował w żaden sposób możliwości zgłoszenia robót do końcowego odbioru.

Podjętym zasygnalizowane wyżej zagadnienie przypomnieć na wstępie wypada, że zgodnie z 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. Na treść umowy o roboty budowlane składają się prawa i obowiązki określone w samej umowie, a także takie, które wynikają bezpośrednio z bezwzględnie bądź też względnie obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego (w tym drugim przypadku, ile ich stosowania strony nie wyłączają). Trzeba jednak wskazać i inne elementy sytuacji prawnej stron, które wynikają z szeroko pojętego prawa budowlanego, do którego regulacje kodeksu cywilnego wprost nawiązują. W umowie należy wskazać projekt budowlany, stanowiący jej integralną część, terminy przekazania dokumentacji, terminy wykonania robót oraz terminy ich odbioru, określić wynagrodzenie lub sposób jego kalkulacji, a także termin i sposób jego zapłaty. Obowiązki inwestora podzielić można w myśl przepisu art. 647 k.c. na trzy grupy, a mianowicie: na obowiązki związane z przygotowaniem robót budowlanych, z ich wykonaniem oraz z zapłatą wynagrodzenia. Przepis ten precyzuje obowiązki inwestora, odsyłając wprost do szeroko rozumianego prawa budowlanego, określających czynności związane z przygotowaniem robót - w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu - a w końcu do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Czynności przygotowawcze poprzedzają wykonanie inwestycji i objęte są obowiązkiem inwestora. Niewykonanie czynności przygotowawczych powoduje niemożność wykonania umowy. Czynności przygotowawcze obejmują m.in. opracowanie dokumentacji projektowej (zwłaszcza projektu budowlanego) potrzebnej do rozpoczęcia i prowadzenia robót budowlanych, a po trzecie uzyskanie pozwolenia na budowę (art. 28 pr. bud.). Pozwolenie to uzyskuje inwestor po przedstawieniu projektu budowlanego. Wedle bowiem treści art. 28 ust. 1 prawa budowlanego (tekst jednolity Dz.U. z 2006, Nr 156, poz. 1118) obowiązującego zarówno na dzień sporządzania powoływanej umowy o roboty budowlane łączącej strony, jak też aneksu nr (...) do umowy, roboty budowlane można rozpocząć jedynie na podstawie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, z zastrzeżeniem art. 29-31. Z kolei na podstawie art. 33 ust. 1 prawa budowlanego obowiązującego w czasie zawarcia umowy oraz aneksu nr (...), pozwolenie na budowę dotyczy całego zamierzenia budowlanego.

Przepisem, którego znaczenia w tym kontekście nie sposób pominąć, jest art. 648 § 2 k.p.c., zgodnie z którym ipso iure element umowy o roboty budowlane, a więc takiej jaka łączyła strony procesu – z dnia 24 listopada 2005 r. - stanowi wymagana odrębnymi przepisami dokumentacja. Umowa o roboty budowlane powinna być stwierdzona pismem, a dokumentacja obejmuje dokumenty związane z uzyskaną lokalizacją inwestycji, dokumentacją projektową, w tym projekt budowlany, oraz pozwolenia na budowę, a także dokumenty związane z nadzorem inwestorskim i autorskim. Zmiana dokumentacji powoduje zmianę umowy. Przepis art. 648 § 2 k.c. przewiduje możliwość zaistnienia zmiany umowy z mocy prawa, bez potrzeby składania przez strony oświadczeń woli w tym przedmiocie: zmiana taka następuje w momencie uzgodnionej przez strony i zaaprobowanej stosowną decyzją administracyjną (o ile prawo przewiduje wydanie takiej decyzji) zmianą dokumentacji, do której zalicza się pozwolenie na budowę.

Zwrócić należy uwagę, że nie było konieczne, aby wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja (art. 648 § 2 k.c.) istniała w chwili zawierania umowy o roboty budowlane. Co więcej, może być ona także uzupełniana w toku

wykonywania umowy, a element uzupełnienia odnosi się przede wszystkim do dokumentacji uzgodnionej między stronami w tym okresie. Istotny jest wszakże moment istnienia całości (kompletu) wspomnianej dokumentacji (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2002 r. w sprawie o sygn. akt **IV CKN 1376/00, Lex** nr 269745). W tym kontekście, nie wydaje się przy tym wymagać pogłębionych analiz teoretycznych wniosek, że stan takiej kompletności musi istnieć w chwili czynności odbiorczych. Skoro bowiem dokumentacja wyznacza treść samej umowy, to nie jest możliwe zgłoszenie do odbioru robót, co do których nie sposób stwierdzić, czy są z treścią takiej umowy (dokumentacją) zgodne. Innymi słowy, niekompletność umowy, wyklucza możliwość oceny zgodności jej przedmiotu z taką umową.

Z tych względów nie sposób zaakceptować tezy, że wykonawca mógł oddać obiekt w takim stanie faktycznych (tj. wykonanym wedle zmienionego projektu, stanowiącego podstawę wniosku o zmianę pozwolenia na budowę), który nie odpowiadał treści obowiązującego (w okresie, w którym obiekt miał być oddany) pozwolenia na budowę. Obowiązek taki nie powstał aż do czasu uprawomocnienia się zmienionego pozwolenia na budowę, co nastąpiło w dniu 24 stycznia 2008 r., a ściślej rzecz biorąc do czasu jego przekazania wykonawcy, bo dopiero z tą chwilą uzyskał on ostateczną treść umowy i mógł przystąpić do czynności przekazania inwestorowi jej przedmiotu, jako zgodnie z tą umową wykonanego. Dopiero zatem to zdarzenie stworzyło stan, w którym to co wykonawca faktycznie zrealizował, mogło zostać zweryfikowane jako odpowiadające nie tylko treści samej umowy, ale również zgodne z obowiązkiem oddania obiektu przewidzianego w umowie, stosownie do dyspozycji art. 647 k.c. Jak słusznie wskazywał wykonawca, zgodnie z treścią § 14 ust. 1 umowy z dnia 24 listopada 2005 r. przedmiotem odbioru końcowego miał być przedmiot umowy (k. 433 akt o sygn. VI GC 15/09). Innymi słowy, na dzień 15 listopada 2007 r. tj. terminu wskazanego jako zakończenie przedmiotu umowy (§ 2 ust. 2 umowy na k. 429), wykonawca nie miał możliwości zgłoszenia obiektu do odbioru, skoro już wówczas wykonane przez niego roboty bezspornie nie były zgodne z treścią ówczesnie istniejącej dokumentacji, stanowiącej integralną część umowy. Kwestią bez znaczenia dla kierunku rozpoznania sprawy było natomiast to, czy wykonawca korzystał z przysługujących mu uprawnień na wypadek braku zgodności pozwolenia na budowę z projektem, a w każdym razie nie można mu z tego powodu czynić zarzutu, jak to wskazuje inwestor. Niewątpliwie, wykonawca wykonywał prace wedle projektu budowlanego już zmienionego (przypomnieć należy, że projekt był zmieniany na bieżąco), na co inwestor nie tylko wyrażał zgodę, ale co więcej był inicjatorem tych zmian i oczekiwał takiego działania wykonawcy. Do dnia 15 listopada 2007 r. inwestor zaś nie tylko nie uzyskał pozwolenia na budowę wedle zmienionego projektu, ale nie podejmował nawet jakichkolwiek działań w tym kierunku.

Wobec takiego stanu prawnego, odwołującego się do tych elementów stanu faktycznego, które nie były przez żadną ze stron kontestowane, w ocenie Sądu Apelacyjnego, wykonawcy nie można przypisać odpowiedzialności za to, że zgłoszenia robót do odbioru dokonał dopiero w dniu 26 stycznia 2008 r. Jak już bowiem wyjaśniono okolicznością bezsporną w sprawie jest to, że w dacie, która została aneksem nr (...) przewidziana jako termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy, na mocy wspólnego uzgodnienia stron, realizowany był obiekt nie odpowiadający istniejącemu wówczas pozwoleniu na budowę, na podstawie zmienianej przez projektantów dokumentacji projektowej. A skoro, tak jedynie logiczną konsekwencją jest stwierdzenie, że nie można objąć odpowiedzialnością wykonawcy tego, że w dniu 15 listopada 2007 r. nie zgłosił do odbioru, skoro realizowany wówczas obiekt nie mógł być uznany za zgodny z tą umową.

Wobec wcześniejszych rozważań nie ulega wątpliwości, że obowiązek dostarczenia dokumentacji, o której mowa w art. 648 § 2 k.c. spoczywał na inwestorze. W konsekwencji to jego obciążają wynikające z tego faktu skutki, w szczególności to, że cechą zgodności z umową wykonany przez wykonawcę obiekt mógł uzyskać dopiero w dacie uprawomocnienia się pozwolenia na budowę, co nastąpiło w dniu 24 stycznia 2008 r. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 października 2002 r. w sprawie o sygn. akt IV CKN 1386/00 (opubl. LEX nr 269747), zagadnienie braku odpowiedniego pozwolenia na budowę podlega ocenie na płaszczyźnie wykonania przez inwestora jego obowiązków, o których wcześniej wspomniano w kontekście analizy treści art. 647 k.c. Sąd uznał, że zawarcie umowy o roboty budowlane przed uzyskaniem przez inwestora ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę (rozbudowę) nie powoduje jej nieważności. Zatem nie ma jurydycznego znaczenia to, że wykonawca realizował umowy niezgodnie z umową, której integralną część stanowiło pozwolenie na budowę. Mógł inwestor wstrzymać prace do czasu uzyskania właściwego pozwolenia na budowę, jednak kwestia ta w żaden sposób nie wpływa na ocenę jego odpowiedzialności

za zaistniałe opóźnienie. Co więcej, wstrzymanie takie opóźnienie niewątpliwie jeszcze by pogłębiło. Symptomatyczne jest przy tym, że to właśnie wykonawca zwracał inwestorowi uwagę na potrzebę wdrożenia procedury zmiany pozwolenia na budowę (vide: zeznania świadków), a inwestor wywodził, że nie jest to konieczne. Jego stanowisko w tej materii okazało się ostatecznie wadliwe zważywszy choćby na fakt, że w sprawie została wydana merytoryczna decyzja administracyjna, która wprost potwierdziła niezbędność uzyskania zmienionego pozwolenia.

O ile podstawy naliczania kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy istniały, bowiem strony przewidziały taką możliwość w regulacji § 13 ust 2 pkt 1 lit a. umowy o roboty budowlane z dnia 24 listopada 2005 r. (k. 432-433 akt sprawy o sygn. VI GC 15/09), to powstanie stanu zwłoki – **jako jego przesłanki – relatywizowane być może wyłącznie do realizacji przez wykonawcę „przedmiotu umowy”, a więc umówionego świadczenia w całości. Jakkolwiek w art. 647 k.c. akcentowany jest wyłącznie obowiązek odbioru obiektu (robót) przez inwestora, to jednak - analogicznie jak w przypadku umowy o dzieło - uwarunkowany jest on jego uprzednim oddaniem przez wykonawcę, którą to czynności inicjuje zgłoszeniem przedmiotu umowy do odbioru. Dopiero w takim zachowaniu wykonawcy mieści się bowiem deklaracja nie tylko co do tego, iż roboty zostały wykonane, ale także, że nastąpiło to zgodnie z umową. Trafnie Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wskazał w wyroku z dnia 18 października 2012 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 1046/12 (LEX nr 1289586), że przez wykonanie - oddanie dzieła (odpowiednio robót budowlanych) rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy. Powyższe w konsekwencji oznacza, że że datą, z którą wiązać można skutek w postaci terminu końcowego liczenia kar umownych przez inwestora jest bądź samo zgłoszenie obiektu do odbioru, bądź też - o ile deklarowana w nim data oddania jest odmienna od daty zgłoszenia – ta właśnie data. Podkreślić przy tym należy, że nawet gdyby przyjąć, że termin naliczania kar umownych wyznaczony jest datą odbioru wskazaną w protokole odbioru, to za okres pomiędzy oddaniem, a odbiorem (o ile nie zaistnieją szczególne okoliczności, skutkujące przypisaniem wykonawcy winy za przedłużenie czynności odbiorowych), wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, na płaszczyźnie dyspozycji art. 471 k.c. Dłużnik obowiązany jest bowiem do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W judykaturze ugruntowane jest stanowisko, że jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru (vide: w **yr**ok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r. o sygn. akt II CKN 28/97, opubl. 29454). Zatem inwestor i tak nie byłby uprawniony do naliczania kar za ten okres, skoro wykonawcy nie można było przypisać odpowiedzialności za niewykonanie umowy, skoro już ją wykonał i fakt ten zadeklarował inwestorowi. Jak wyżej zasygnalizowano, jego odpowiedzialność odszkodowawcza za okres pomiędzy zgłoszeniem robót do odbioru, a ich faktycznym odebraniem (przeniesieniem posiadania na inwestora w jeden ze sposobów przewidzianych w art. 348 -351 k.c.), może zaistnieć jedynie w szczególnych okolicznościach faktycznych, wskazujących na zaniedbania wykonawcy w samej procedurze odbiorowej, czego w niniejszej sprawie – choćby na podstawie prostego porównania dat zgłoszenia i odbioru – stwierdzić nie sposób.**

W sprawie bezsporne jest, że odbiór nastąpił w dniu 28 stycznia 2008 r., przy czym jak wynika z treści protokołu odbioru czynności odbiorowe rozpoczęto zaledwie dwa dni wcześniej tj. w dniu 26 stycznia 2008 r. Z akt sprawy o sygn. VI GC 15/09 wynika również, że decyzja w przedmiocie zmiany pozwolenia na budowę z dnia 10 stycznia 2008 r. uprawomocniła się w dniu 24 stycznia 2008 r. i przekazana została wykonawcy następnego dnia (k. 295-297 sprawy o sygn. akt 15/09). Zgodnie zaś z § 14 pkt. 3 umowy zamawiający – inwestor wyznaczy termin i rozpocznie odbiór przedmiotu umowy w ciągu 14 dni od daty zawiadomienia go o osiągnięciu gotowości do odbioru zawiadamiając o tym wykonawcę (k. 434). Jak wynika z zapisów dziennika budowy tom X – w dniu 18 stycznia 2008 r. – kierownik budowy A. O. zwracał uwagę, że nadal nie ma aneksu do pozwolenia na budowę oraz aktualnej dokumentacji, w związku z czym nie można było wykonać dokumentacji powykonawczej, a tym samym nie można zgłosić obiektu do odbioru. Zgłoszenie nastąpiło w dniu 26 stycznia 2008 r. przez kierownika budowy .

W świetle wskazanych wyżej wywodów wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za przekazanie przedmiotu umowy w ww. terminie. Niezależnie bowiem od tego, czy dopuścił się on tego rodzaju zachowań - w procesie realizacji inwestycji - które wpłynąć mogły na przekroczeniem terminu umownego oznaczonego na dzień 15 listopada 2007 r.,

oddanie przedmiotu umowy wcześniej, aniżeli przez uzyskaniem zmienionego pozwolenia na budowę i tak nie było możliwe z przyczyn obciążających inwestora, który nie uzyskał zaktualizowanego pozwolenia na budowę. Ewentualne uchybienia wykonawcy nie pozostawały więc - w znaczeniu obiektywnym - w adekwatnym, normalnym związku przyczynowym z przekroczeniem terminu. Konstrukcja takiego związku wymaga bezwzględności istnienia zależności pomiędzy określonym działaniem lub zaniechaniem, a skutkiem; tymczasem niezależnie od zachowań wykonawcy, skutek tego rodzaju i tak by nastąpił.

W konsekwencji stwierdzenia bezzasadności roszczenia inwestora o zapłatę kar umownych w jakiegokolwiek części, niekwestionowane co do zasady i wysokości z jakiegokolwiek innych przyczyn żądanie wykonawcy (...) Budownictwo S.A. w W. zapłaty kwoty 7.829.283,97 zł. okazało się uzasadnione w całości. Tym samym uznanie przez Sąd Okręgowy prawidłowości potrącenia należnego wynagrodzenia za prace budowlane tytułem kary umownej w wysokości 1.557.630,14 zł nastąpiło nieprawidłowo. Dlatego też należało zmienić rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w tym zakresie i zasądzić również kwotę 1.557.630,14 zł, o czym orzeczono na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w punkcie I podpunkt 1 sentencji. Rozstrzygnięcie o odsetkach nastąpiło na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. zgodnie z żądaniem pozwu. (...) S.A. w K. nie kwestionowała terminu początkowego naliczania odsetek za zwłokę w wykonaniu swojego zobowiązania.

Dla zapewnienia komplementarności rozstrzygnięcia co do żądania powódki (...) Budownictwo S.A. w W., z uwagi na różnicę pomiędzy kwotą zasądzoną, a kwotą dochodzoną, w pozostałej części znikomej powództwo należało oddalić, co znalazło wyraz w rozstrzygnięciu w punkcie I podpunkt 1 sentencji.

Skoro inwestor nie mógł obciążyć wykonawcy zapłatą kary umownej w jakiegokolwiek części, bowiem za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy wykonawca nie odpowiadał, tym samym żądanie (...) S.A. w K. okazało się nieuzasadnione, a jej apelacja bezzasadna, o czym orzeczono na podstawie art. 385 k.p.c. w punkcie II. sentencji. Jak już wyjaśniono, rozstrzygnięcie o żądaniu (...) S.A. w K. o zapłatę kary umownej było determinowane kierunkiem rozstrzygnięcia żądania wykonawcy (...) Budownictwo S.A. w W. o zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane oraz zwrotu kaucji bankowej potrąconego przez inwestora, a zatem odnoszenie się do zarzutów (...) S.A. w K. było niecelowe. Abstrahując bowiem od oceny ich zasadności, rozstrzygnięcie oczekiwane przez inwestora i tak nie mogłoby nastąpić.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostawały zatem kwestie podniesione w apelacjach obu stron, ogniskujące się - poza wskazanymi w obu apelacjach błędami rachunkowymi przy wyliczeniu kar umownych - na okolicznościach, w oparciu o które każda ze stron konstruowała swoje twierdzenie o braku odpowiedzialności za zaistniałe opóźnienie: organizacja i wprowadzenie robót przez wykonawcę, wpływ robót wskazanych w protokołach konieczności, przekazywania dokumentacji projektowej, ewentualnej kolizji prac powoda z wykonawcami wprowadzonymi przez inwestora, problematyka tzw. dostaw inwestorskich. Odnoszenie się zatem do tych zarzutów apelacyjnych obu stron było zbędne. Godzi się tu jedynie podkreślić, że zgromadzony materiał procesowy - w tym opinia biegłego - wskazuje na zaniebdania obu stron w realizacji inwestycji, które - w ślad za biegłym - skutkować mogłyby przyjęciem - z przyczyn obciążających inwestora - brakiem odpowiedzialności wykonawcy o 25 dni roboczych (a nie, jak sugeruje w apelacji (...) S.A., dni kalendarzowych). Kara umowna co do zasady mogłaby być zatem ograniczona jedynie do pozostałego okresu, przy czym jedynie ubocznie wskazać trzeba, że jej obliczenie przy uwzględnieniu wynagrodzenia wskazanego w aneksie nr (...) pozbawione było podstaw, bowiem kara ta liczona być mogła jedynie na podstawie wynagrodzenia z par 11 ust. 3 umowy; kwota z aneksu wprowadzona zostało do umowy odrębnie, jako jej par 11 ust. 10.

Ostatecznie powódka (...) Budownictwo S.A. w W. wygrała sprawę w praktycznie w całości zarówno przed Sądem Okręgowym, jak i w postępowaniu odwoławczym, w związku z czym orzec należało o zwrocie kosztów postępowania na jej rzecz w oparciu o treść art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. oraz na podstawie § 6 pkt 7 przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. nr 163, poz. 1349 z 2002 roku). Stąd zmianie musiało ulec rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego co do kosztów zawartych w wyroku w punkcie IV i V, o czym orzeczono na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w punkcie I. podpunkt 2 sentencji. (...) Budownictwo S.A. w W. w postępowaniu pierwszoinstancyjnym wynoszą 131.117,74 zł i

obejmują kwoty: trzykrotność stawki należnej pełnomocnikowi procesowemu tj. $3 \times 7.200 \text{ zł} = 21.600 \text{ zł}$, opłatę sądową od pozwu w wysokości 100.000 zł, opłatę od pełnomocnictwa procesowego w wysokości 17 zł., oraz wydatki na poczet dowodów z zeznań świadków wynoszące 1.000,74 zł (łącznie wyniosły one 1273,74 zł., a na ich poczet zaliczono zaliczkę (...) S.A. w K. w wysokości 200 zł), a więc do zwrotu pozostało 1.000,74 zł, zaliczki na biegłego w łącznej wysokości 8.500 zł. Łączne koszty poniesione przez stronę wygrywającą sprawę wynoszą 131.117,74 zł.

Wyjaśnić przy tym należy, że mając na uwadze treść art. 109 § 2 k.p.c. i § 2 ust. 1 i 2 cyt. rozporządzenia Sąd Apelacyjny uznał, że znaczny nakład pracy pełnomocnika (...) Budownictwo S.A. w W. składającego szereg pismo procesowych, aktywnie uczestniczącego na rozprawach, a także skomplikowany charakter sprawy i ostatecznie wkład pracy pełnomocnika w przyczynienie się do jej wyjaśnienia i rozstrzygnięcia uzasadniał zastosowanie trzykrotności stawki minimalnej za oba połączone postępowania przed Sądem Okręgowym. Nie było natomiast podstaw do zastosowania trzykrotności w każdej z połączonych spraw z uwagi na ścisły związek obu spraw – rozstrzygnięcie jednej sprawy determinowało jednocześnie rozstrzygnięcie drugiej. Sprawa w praktyce była prowadzona jak jedna, bez różnicowania ich przedmiotów.

Jednocześnie wskazać trzeba, że o ile zgodnie z judykaturą (vide: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2012 r. o sygn. akt I CZ 164/11, opubl. LEX nr 1254636) połączenie na podstawie art. 219 k.p.c. kilku oddzielnych spraw w celu ich łącznego rozpoznania lub także rozstrzygnięcia jest zabiegiem technicznym, który nie prowadzi do powstania jednej nowej sprawy, nie pozbawia połączonych spraw ich odrębności i nie zmienia faktu, że łącznie rozpoznawane i rozstrzygane sprawy są nadal samodzielnymi sprawami, to w realiach rozpoznawanej sprawy – jak już wspomniano w istocie Sąd rozstrzygał o jednej sprawie - niektórych kosztów: zaliczki na świadków i biegłych, nie sposób rozdzielić. O ile więc co do zasady w konsekwencji, w razie połączenia przez sąd kilku spraw do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia, zwrot kosztów procesu przysługuje stronie odrębnie w każdej z połączonych spraw, to na gruncie niniejszej sprawy rozstrzygnięcie o kosztach należnych wykonawcy nastąpiło - z uwagi na jej specyfikę – wspólnie.

Nie było podstaw do zasądzenia na rzecz (...) Budownictwo S.A. kwoty z faktury VAT nr (...) znajdującej się na k. 450 akt sprawy o sygn. akt 15/09. Koszty wynikające z faktury tj. koszty sporządzenia kopii A4, dziurkowania, oprawy i przekładki nie są kosztami celowymi i niezbędnymi w rozumieniu art. 98 § 3 k.p.c. w zw. z 99 k.p.c. Z uwagi na jednoznaczne brzmienie § 2 i 3 art. 98 k.p.c. wydatek ten nie jest wydatkiem celowym strony reprezentowanej przez adwokata. Sąd Apelacyjny dostrzega przy tym niedoskonałość tej regulacji, w sytuacji, gdy niewątpliwie wydatki te kwalifikować należałoby z gołą odmiennie w sytuacji, gdyby wykonawca prowadził proces samodzielnie. Sąd nie jest wszakże uprawniony tzw. sądowego tworzenia prawa, a skutek taki niewątpliwie nastąpiłby, gdyby przepisowi, którego językowe znaczenie jest jednoznaczne i nie budzi jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych, nadać odmienną od literalnego brzmienia treść normatywną.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i art. 99 k.p.c., ustalając wysokość wynagrodzenia pełnomocnika pozwanej w tym postępowaniu w oparciu o § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 cyt. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. Na ich wysokość wskazaną punkcie III sentencji złożyły się: 77.882 zł. - wpis od apelacji, 17 zł. – opłata od pełnomocnictwa procesowego, 10.800 zł. – wynagrodzenie pełnomocnika wykonawcy w obu połączonych do wspólnego rozpoznania spraw (2x5.400 zł.)

E. Buczkowska-Żuk A. Kowalewski T. Żelazowski