

Sygn. akt I AGa 53/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 lutego 2018 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie:

SSA Krzysztof Górski (Przewodniczący, sprawozdawca)

SSA Danuta Jezierska

SSA Dorota Gamrat - Kubeczak

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Magdalena Stachera

po rozpoznaniu w dniu 15 lutego 2018 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa J. K.

przeciwko Gminie I.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda i pozwanej od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 2 grudnia 2016 roku, sygn. akt VIII GC 549/13

I. zmienia zaskarżony wyrok:

1. w punkcie II. w ten sposób, że zasądza od pozwanej na rzecz powoda dodatkowo kwotę 80.905,51 zł (osiemdziesięciu tysięcy dziewięciuset pięciu złotych pięćdziesięciu jeden groszy) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 26 listopada 2013 roku, oddalając powództwo w pozostałym zakresie;

2. w punkcie III. w ten sposób że zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 4.477,77 zł (czterech tysięcy czterystu siedemdziesięciu siedmiu złotych, siedemdziesięciu siedmiu groszy) tytułem kosztów procesu;

3. W punkcie IV. o tyle, że kwotę podlegającą ściągnięciu z zasądzonego roszczenia na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Szczecinie oznacza na 7915,45 zł (siedem tysięcy dziewięćset piętnaście złotych, czterdzieści pięć groszy);

4. w punkcie V. w ten sposób, że nakazuje pobrać od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Szczecinie kwotę 33.744,81 zł (trzydziestu trzech tysięcy siedmiuset czterdziestu czterech złotych, osiemdziesięciu jeden groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

II. oddala apelację powoda w pozostałym zakresie;

III. oddala apelację pozwanej;

IV. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 6.318 zł (sześciu tysięcy trzystu osiemnastu złotych) tytułem kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym;

V. nakazuje ściągnąć od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Szczecinie kwotę 4.059,51 zł (czterech tysięcy pięćdziesięciu dziewięciu złotych, pięćdziesięciu jeden groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych w postępowaniu apelacyjnym;

VI. nakazuje ściągnąć z roszczenia zasądzonego w punkcie I zaskarżonego wyroku na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Szczecinie dodatkową kwotę 6.349,49 zł (sześciu tysięcy trzystu czterdziestu dziewięciu złotych, czterdziestu dziewięciu groszy) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych w postępowaniu apelacyjnym.

Krzysztof Górski Danuta Jezierska Dorota Gamrat-Kubeczak

Sygn. akt I AGa 53/18

UZASADNIENIE

Pozwem wniesionym w dniu 26 listopada 2013 r. powód J. K. domagał się:

- ustalenia w ramach miarkowania kary umownej, że kara za nieterminowe wykonanie umowy zawartej między stronami wynosi dla części mieszkalnej 28.552,68 zł zamiast kwoty 552.817,17 zł, co stanowi 4% wartości wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia w części zamówienia dla części mieszkalnej budynku,
- zasądzenia od pozwanej Gminy I. kwoty 680.095,36 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty.

Jednocześnie powód wniósł o zasądzenie od pozwanej na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości odpowiadającej dwukrotności stawki minimalnej, a także kwoty 17 zł tytułem opłaty skarbowej albo zgodnie ze złożonym później spisem kosztów.

W uzasadnieniu powód podał, iż swoje roszczenie wywodzi z łączącej go z pozwaną Gminą I. umowy z dnia 30 listopada 2010 r., zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Umowa dotyczyła przebudowy budynku mieszkalno-użytkowego (świetlica wiejska) zlokalizowanego na działkach nr (...) w C. (obr. C., gm. I.) wraz ze zmianą sposobu użytkowania parteru i poddasza części wschodniej budynku – z rozdziałem na funkcje mieszkalne i użyteczności publicznej – świetlica, z zagospodarowaniem terenu działki nr (...) oraz działki nr (...) (schody zewnętrzne, podjazd dla osób niepełnosprawnych).

Powód wyjaśnił, iż pozwana obciążyła go karą umowną za zwłokę i złożyła mu oświadczenie o potrąceniu ustalonej kary umownej z należnym powodowi wynagrodzeniem za wykonanie części mieszkalnej budynku (713.817,17 zł). Wskazał, iż jego zdaniem kara umowna obliczona przez pozwaną (525.817,17 zł) była jej nienależna, a ponadto jest rażąco wygórowana. Z tej przyczyny powód domagał się zapłaty części niewypłaconego wynagrodzenia, tj. kwoty 497.264,49 zł. Pozostałą część roszczenia o zapłatę powód wywodzi z tytułu wykonania przez niego prac dodatkowych o wartości 182.830,87 zł, stanowiących bezpodstawne wzbogacenie pozwanej (art. 405 k.c.).

W przypadku nieuwzględnienia tej kwoty w ramach roszczenia o bezpodstawne wzbogacenie, powód zgłosił roszczenie ewentualne o podwyższenie o tę kwotę należnego mu wynagrodzenia ryczałtowego na podstawie art. 632 § 2 k.c..

W odpowiedzi na pozew złożonej w dniu 19 maja 2014 r. (k. 488-504, 570) pozwana Gmina I. wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na jej rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwana wyjaśniła, iż kara umowną, którą obciążyła powoda była uzasadniona opóźnieniem w zakończeniu przez powoda robót, a jej wysokość została obliczona zgodnie z postanowieniami zawartej umowy. Jednocześnie wskazała, iż ze względu na opóźnienie w wykonaniu przez powoda robót pozwana poniosła szkodę m. in. z tytułu najmu lokali socjalnych, kosztów napraw usterek w wykonanych przez powoda pracach. Pozwana

zarzuciła również, iż powód nie wykonał żadnych prac dodatkowych, a nadto pozwana nie zlecała powodowi takich prac. Ponadto strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, więc ustalone wynagrodzenie dotyczyło wszystkich wykonanych przez powoda robót. Pozwana również zarzuciła, iż w niniejszej sprawie nieuzasadnione jest również podwyższenie należnego powodowi wynagrodzenia ryczałtowego na podstawie art. 632 k.c.

Wyrokiem z dnia 2 grudnia 2016 Sąd Okręgowy zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 471.922,78 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie:

- od kwoty 471.922,78 zł od dnia 26 listopada 2013 r.

- od kwoty 86.105,61 zł od dnia 28 kwietnia 2014 r.;

W pozostałym zakresie Sąd oddalił powództwo i zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 2748 zł tytułem kosztów procesu.

Rozstrzygnięcie sporu Sąd oparł o następujące (uznane za udowodnione lub bezsporne) okoliczności faktyczne:

Powód J. K. prowadził działalność gospodarczą pod firmą (...). Obecnie nie prowadzi działalności gospodarczej.

Przedmiotem jego działalności było m. in. wykonywanie robót budowlanych. W ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej powód uczestniczył w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Pozwana Gmina I. w 2010 r. opublikowała ogłoszenie o prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane (roboty remontowe i renowacyjne).

Przedmiotem zamówienia była przebudowa budynku mieszkalno-użytkowego zlokalizowanego w C. (działki nr (...)) wraz ze zmianą sposobu użytkowania parteru i poddasza części wschodniej budynku – z rozdziałem na funkcje mieszkalne i funkcje użyteczności publicznej – świetlica, z zagospodarowaniem terenu działek nr (...) (schody zewnętrzne, podjazd dla osób niepełnosprawnych). W postępowaniu pozwana udostępniła wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia następujące dokumenty: SIWZ, projekty budowlane, projekt zagospodarowania przestrzennego, plan BIOZ, specyfikację techniczną, kosztorysy ofertowe oraz inwentaryzację architektoniczno-budowlaną do celów projektowych. Jednym z elementów udostępnionej dokumentacji był przedmiar zamawianych robót.

Dokumentacja udostępniona przez pozwaną zawierała błędy, w szczególności błędnie sporządzono przedmiar robót, w którym m. in. brakowało obmiarów, nie ujęto niektórych prac, nie zachowano spójności z dokumentacją projektową. Również specyfikacja techniczna była wadliwa, nie wskazywała, kto będzie przeprowadzał odbiór robót instalacyjnych, wentylacyjnych oraz elektrycznych.

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu i SIWZ wykonawcy mieli składać oferty zawierające ceny wyrażone w kwocie brutto. Oferowana cena miała uwzględniać fakt, iż wykonawcy będzie się należało wynagrodzenie ryczałtowe. Cena oferty miała być ceną ostateczną, obejmującą wszystkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia, zgodnie z przedmiarem robót, w tym także: podatek VAT, upusty oraz rabaty (rozdział 17 SIWZ). Jako kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej pozwana wybrała jedynie kryterium ceny (Rozdział 18 SIWZ).

W toku postępowania wykonawcy zwracali się do pozwanej w wnioskami o wyjaśnienia dotyczące SIWZ. Odpowiedzi na zadane pytania pozwana opublikowała na swojej stronie internetowej.

W ramach przeprowadzonego przez pozwaną postępowania powód złożył ofertę, na podstawie której wynagrodzenie za wykonanie zamówienia w zakresie części mieszkalnej budynku wycenił na kwotę 713.817,17 zł, a w części użyteczności publicznej (świetlica) na kwotę 468.072,67 zł. Oferta złożona przez powoda została przez pozwaną wybrana jako najkorzystniejsza.

W związku z dokonaniem przez pozwaną wyboru oferty złożonej przez powoda w dniu 30 listopada 2010 r. w I. powód i pozwana podpisali umowę, której przedmiotem była przebudowa budynku mieszkalno-użytkowego zlokalizowanego w C. (działki nr (...)) wraz ze zmianą sposobu użytkowania parteru i poddasza części wschodniej budynku – z rozdziałem na funkcje mieszkalne i funkcje użyteczności publicznej – świetlica, z zagospodarowaniem terenu działek nr (...) (schody zewnętrzne, podjazd dla osób niepełnosprawnych).

W umowie w §1 strony określiły zakres prac będących przedmiotem umowy, wskazując jednocześnie, że szczegółowy zakres robót został opisany w SIWZ, w tym dokumentacji projektowej, które stanowią załączniki do umowy. W § 1 umowy zapisano również, iż powód zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi przepisami i polskimi normami oraz do oddania przedmiotu umowy w uzgodnionym terminie. Termin ten został określony w §2 na dzień 30 czerwca 2012 r.

Zgodnie z §3 pozwana była zobowiązana m. in. do zapewnienia na swój koszt nadzoru autorskiego i inwestorskiego, odebrania przedmiotu umowy po sprawdzeniu jego należytego wykonania oraz terminowej zapłaty wynagrodzenia za wykonane i odebrane prace.

Z kolei w §4 postanowiono, że powód będzie obowiązany m. in. do terminowego wykonania i przekazania do eksploatacji przedmiotu umowy, usunięcia wszelkich wad i usterek stwierdzonych przez nadzór inwestorski w trakcie trwania robót w terminie nie dłuższym niż technicznie uzasadniony i konieczny do usunięcia, zapewnienia, iż roboty będą wykonywane i kierowane przez osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje, czy wyznaczenia kierownika budowy, którego obowiązkiem będzie prowadzenie dziennika budowy.

W §5 umowy strony ustaliły, że powodowi za wykonanie prac objętych przedmiotem umowy należne będzie wynagrodzenie ryczałtowe. Za wykonanie prac związanych z częścią mieszkalną powód miał otrzymać kwotę 713.817,17 zł brutto, a za wykonanie prac związanych z częścią użyteczności publicznej (świetlica) kwotę 468.072,67 zł brutto. Ustalone wynagrodzenie miało obejmować wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wielkości kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. Niedooszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie mogło być podstawą do żądania zmiany ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego.

Zapłata wynagrodzenia przez pozwaną miała nastąpić:

- za wykonanie prac przewidzianych dla części mieszkalnej – w jednej transzy, na podstawie faktury wystawionej przez powoda na podstawie zatwierdzonego protokołu końcowego odbioru robót,
- za wykonanie prac przewidzianych dla świetlicy – w dwóch transzach (1 transza płatna do 30 września 2011 r. na podstawie faktury i zatwierdzonego protokołu częściowego odbioru robót, a 2 transza na podstawie faktury wystawionej na podstawie zatwierdzonego protokołu końcowego odbioru robót).

Płatność miała nastąpić w terminie 30 dni od otrzymania przez pozwaną faktury wraz z zatwierdzonym protokołem odbioru, a za nieterminowe płatności powód miał prawo naliczania odsetek ustawowych.

W §7 postanowiono, iż wniesione przez powoda zabezpieczenie należytego wykonania umowy (10% umowy - 118.899,98 zł będzie zwrócone w części 70% - w ciągu 30 dni od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego, 30% - w ciągu 15 dni od upływu okresu rękojmi za wady lub gwarancji jakości. Pozwana mogła wstrzymać się ze zwrotem w przypadku, gdy wykonawca nie usunął w terminie stwierdzonych w trakcie odbioru wad lub był w trakcie usuwania tych wad.

W §8 umowy strony przewidziały kary umowne. Powód m. in. miał zapłacić pozwanej karę umowną w wysokości 0,3% wynagrodzenia brutto za całość zamówienia za każdy dzień zwłoki w stosunku do końcowego terminu wykonania robót, zaś w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od powoda – w wysokości 5% wynagrodzenia

brutto za całość zamówienia. Ponadto strony zastrzegły prawo do dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, gdy wartość szkód przekracza wartość kar umownych.

W §9 umowy zostało zawarte postanowienie, zgodnie z którym pozwana mogła odstąpić od umowy w sytuacji m. in. przerwania przez powoda realizacji przedmiotu umowy z przyczyn leżących po jego stronie, jeżeli przyczyna trwała dłużej niż 30 dni albo gdy powód realizował roboty w sposób niezgodny z umową, dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi lub wskazaniem pozwanej. Odstąpienie powinno zostać złożone w formie pisemnej pod rygorem nieważności i posiadać uzasadnienie. Ponadto pozwana miała również prawo odstąpić od umowy, gdyby powód wykonywał przedmiot umowy wadliwie albo sprzeczny z umową, a pozwana wezwałaby go do zmiany sposobu wykonywania, wyznaczając odpowiedni termin i termin ten bezskutecznie by upłynął. W takich okolicznościach pozwana mogła również powierzyć poprawienie lub dalsze wykonywanie umowy innemu podmiotowi na koszt powoda.

W umowie postanowiono też, iż wszelkie zmiany i uzupełnienia umowy wymagają pod rygorem nieważności formy pisemnej; w przypadku odstąpienia od umowy przez pozwaną powód mógł żądać wynagrodzenia jedynie za część zamówienia, tj. za dotychczas wykonane roboty (§12 umowy).

Na potrzeby wykonania umowy powód w dniu 4 lutego 2011 r. zawarł umowę kredytu obrotowego z bankiem (...) S.A.

Plac budowy został powodowi przekazany przez pozwaną w dniu 7 grudnia 2010 r., zaś pierwsze prace (prace porządkowe i rozbiórkowe) powód rozpoczął w dniu 1 lutego 2011 r.

Kierownikiem budowy był B. O., a inspektorem nadzoru inwestorskiego P. R.. W dzienniku budowy nie wskazano natomiast osób odpowiedzialnych za nadzór autorski.

Projektant sporządzający dokumentację projektową nie miał z pozwaną umowy o pełnienie nadzoru inwestorskiego. Na terenie budowy pojawiał się incydentalnie, na prośbę burmistrza pozwanej.

W dniu 7 marca 2011 r. powód, wykonując prace rozbiórkowe, odkrył zagruzowaną piwnicę, która nie została zinwentaryzowana w dokumentacji budowlanej.

W dniu 14 marca 2011 r. inspektor nadzoru inwestorskiego zlecił powodowi zmianę pokrycia dachowego z dachówki ceramicznej na blachodachówkę, wzmocnienie obustronne krokwi poprzez obicie obustronne deskami 32 mm na skażonych miejscach, zmianę ścian murowanych na ściany typu lekkiego G-K na piętrze i poddaszu, zmianę płyty w systemie (...) typ A na podwójne ściany G-K ogniotrwałych.

W dniu 28 kwietnia 2011 r. inspektor nadzoru inwestorskiego zlecił powodowi wykonanie w części mieszkalnej warstwy posadzkowej (styropian twardy, izolacja z folii, siatka ze stali, posadzka, panele podłogowe zamiast podłóg drewnianych, a pod panelami płyta OSB). Ponadto w części świetlicowej (bufet) powód miał zastosować ocieplenie takie, jak nad piwnicami części mieszkalnej.

W dniu 15 września 2011 r. inspektor nadzoru inwestorskiego stwierdził zły stan podłogi w świetlicy i w związku z tym, po zatwierdzeniu przez architekta (nadzór autorski), zlecił powodowi rozebranie zgniłej konstrukcji drewnianej, wykonanie podłoża z materiałów sypkich wraz z zagęszczeniem, wykonanie wylewki betonowej, ułożenie folii, wykonanie posadzki betonowej z wtopieniem siatki, położenie płytek gres.

Powód wykonywał prace zleczone mu przez inspektora nadzoru inwestorskiego, w związku z czym stwierdził, iż konieczne będzie przesunięcie terminu zakończenia robót. Powód pismem z dnia 20 kwietnia 2012 r. zwrócił się do pozwanej o przesunięcie terminu zakończenia robót o 45 dni. Pozwana pismem z dnia 18 maja 2012 r. poinformowała powoda, iż nie wyraża zgody na zmianę terminu zakończenia robót. W dniu 14 maja 2012 r. pozwana oświadczyła, iż nie wysuwa wobec powoda żadnych roszczeń w związku z wykonywaną przez powoda umową. Strony, po wymianie

ww. pism, nadal prowadziły korespondencję w sprawie przesunięcia terminu zakończenia robót, jednakże pozwana konsekwentnie odmawiała wyrażenia zgody na zmianę umówionego terminu.

W dniu 1 września 2011 r. powód wystawił pozwanej fakturę (faktura VAT nr (...)) na kwotę 252.318,41 zł brutto tytułem I transzy za prace w świetlicy. Pozwana nie regulowała płatności za otrzymaną fakturę, w związku z czym w dniu 10 listopada 2011 r. powód poinformował inspektora nadzoru inwestorskiego o opóźnieniu w płatności. Pozwana uściłiła powodowi ww. kwotę przelewem w dniu 22 grudnia 2011 r.

Pismem z dnia 13 października 2011 r. pozwana wezwała powoda do wykonania prac związanych z wykonaniem dachu w terminie 30 dni. Wezwała również powoda do zdyscyplinowania podwykonawców, tj. usunięcia z terenu boiska urzędzeń budowlanych.

W dniu 2 grudnia 2011 r. pozwana przeprowadziła z udziałem nowego inspektora nadzoru B. S. wizytację terenu budowy i stwierdziła, iż powód wykonał pokrycie blachodachówką zamiast dachówki ceramicznej. W związku z tym pismem z dnia 6 grudnia 2011 r. wezwała powoda w terminie 14 dni do zmiany sposobu wykonania umowy, tj. do wykonywania robót zgodnie z umową, pod rygorem odstąpienia od umowy. Ponadto pozwana w piśmie stwierdziła, iż w jej ocenie zachodzi nieuzasadnione opóźnienie w wykonywaniu robót.

W piśmie z dnia 30 czerwca 2012 r. powód poinformował pozwaną, iż według jego ustaleń wykonał roboty dodatkowe nieobjęte zakresem umowy, w tym: roboty dodatkowe w obrębie części mieszkalnej budynku i w świetlicy, a także prace elewacyjne o wartości łącznej 109.065,25 zł brutto. Jednocześnie zwrócił się z prośbą o informację, w jaki sposób ma rozliczyć wykonane nadprogramowo prace. Do pisma załączył kosztorysy za wykonane prace.

Pismem z dnia 6 lipca 2012 r. pozwana poinformowała, iż powodowi nie jest należne dodatkowe wynagrodzenie, gdyż w zawartej umowie ustalono wynagrodzenie ryczałtowe.

Następnie powód w piśmie z dnia 9 lipca 2012 r. poinformował pozwaną, że w umowie nie przewidziano wykonania całej elewacji budynku. Wskazał również, iż wykonanie nieujętej w umowie części będzie kosztowała 35.750,61 zł brutto i załączył kosztorys ofertowy. Ponowił również prośbę o rozliczenie wykonanych robót dodatkowych i zamiennych.

Pismem z dnia 12 lipca 2012 r. pozwana oświadczyła, iż podtrzymuje swoje stanowisko o nieuznawaniu wystąpienia robót dodatkowych oraz wezwała powoda do zakończenia robót zgodnie z przekazaną dokumentacją projektową.

Od dnia 1 lipca 2012 r. pozwana obciążała powoda karą umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy. O obciążeniu karą umowną pozwana informowała powoda pismami, przesyłając jednocześnie noty obciążeniowe. Jednocześnie informowała, iż niewykonanie przez niego umówionych robót do 30 listopada 2012 r. może spowodować utratę przez pozwaną dofinansowania na realizację projektu, wobec czego pozwana będzie dochodziła odszkodowania. W odpowiedzi na przesyłane pisma i noty powód oświadczał, iż brak jest jego zdaniem podstaw do naliczania kary umownej, gdyż opóźnienie nie wynikało z przyczyn leżących po jego stronie.

W dniu 8 marca 2013 r. powód zgłosił pozwanej gotowość przeprowadzenia odbioru robót.

W związku z powyższym w dniu 21 marca 2013 r. sporządzono protokół odbioru końcowego robót – w części mieszkalnej.

Pozwana dokonała odbioru robót. W protokole odbioru robót stwierdzono, iż powód wykonał roboty zgodnie z umową w części mieszkalnej z opóźnieniem wynoszącym 264 dni. Stwierdzono również usterki w wykonanych pracach, w związku z czym ustalono, że powód w terminie 14 dni dokona poprawienia usterek.

Powód dokonał napraw stwierdzonych usterek i w dniu 11 kwietnia 2013 r. obciążył pozwaną (faktura VAT nr (...)) kwotą 713.817,17 zł brutto.

Po otrzymaniu faktury wystawionej przez powoda pozwana pismem z dnia 15 kwietnia 2013 r. oświadczyła powodowi, iż z kwotą 713.817,17 zł wykazaną w ww. fakturze potrąca swoją wierzytelność z tytułu kar umownych za zwłokę w wykonaniu prac w zakresie części mieszkalnej (za okres od dnia 1 lipca 2012 r. do dnia 21 marca 2013 r.) w łącznej kwocie 525.817,17 zł. Jednocześnie poinformowała, iż wypłaci powodowi wynagrodzenie w kwocie 188.000 zł.

Pismem z dnia 13 maja 2013 r. pozwana wezwała powoda do zakończenia prac w zakresie części użyteczności publicznej (świetlicy) i zgłoszenia odbioru w ciągu 14 dni od odebrania wezwania. W piśmie zastrzeżono, iż niezgłoszenie przez powoda gotowości przeprowadzenia odbioru w ww. terminie będzie podstawą do odstąpienia przez pozwaną od umowy.

Powód nie zgłosił w ww. terminie gotowości przeprowadzenia odbioru robót, w związku z czym pismem z dnia 6 czerwca 2013 r. pozwana poinformowała powoda, iż odstępuje od umowy. Jednocześnie wyznaczyła termin spotkania celem sporządzenia protokołu odbioru robót przerwanych na dzień 12 czerwca 2013 r.

W odpowiedzi na powyższe pismo powód poinformował pozwaną, iż jego zdaniem brak jest podstaw do odstąpienia przez nią od umowy, tym niemniej zgadza się na rozwiązanie umowy.

Pismem z dnia 27 czerwca 2013 r. pozwana poinformowała powoda, iż w związku z odstąpieniem od umowy z przyczyn leżących po stronie powoda obciąża go karą umowną w kwocie 23.403,63 zł.

W dniu 12 czerwca 2013 r. strony sporządziły protokół inwentaryzacyjny robót w toku według stanu na dzień 12 czerwca 2013 r. Powód przedstawił pozwanej kosztorysy wykonanych robót na łączną kwotę 275.664,50 zł, jednak pozwana uwzględniła przedstawiony kosztorys jedynie w części, ustalając wartość wykonanych robót na kwotę 264.220,67 zł.

Pismem z dnia 14 czerwca 2013 r. pozwana poinformowała powoda, iż obciąża go karą umowną za zwłokę w zakończeniu robót w zakresie części użyteczności publicznej (świetlica) w kwocie 60.381,46 zł (za okres od 1 maja 2013 r. do 12 czerwca 2013 r.).

W odpowiedzi na otrzymane pismo powód poinformował pozwaną, że brak jest podstaw do obciążenia go karą umowną za zwłokę w wykonaniu robót, gdyż opóźnienie wynikało z przyczyn przez niego niezawinionych.

W 2013 r. Bank (...) przeprowadził u pozwanej kontrolę w związku z dofinansowaniem inwestycji.

W dniu 3 października 2013 r. pozwana umieściła w Biuletynie Informacji Publicznej informację, iż w dniu 21 marca 2013 r. dokonała odbioru robót wykonywanych przez powoda, a w sierpniu zostały podpisane umowy najmu z nowymi lokatorami mieszkań socjalnych powstałych w wyniku przeprowadzonych prac. W informacji wskazano, iż zadanie inwestycyjne kosztowało pozwaną ogółem 751.861,17 zł, z czego kwota 300.746 zł została dofinansowana z rządowego programu na tworzenie lokali socjalnych.

Powód wykonał następujące prace, które były zasadne i konieczne: odgruzowanie piwnicy nr 7, zmiana usytuowania wejść do pomieszczeń gospodarczych, odbicie tynków w wymiarze 100% i wykonanie nowych tynków, zmiana podłóg z desek na panele z wypoziomowaniem podłóg i położeniem płyt OSB, rozebranie podłogi w świetlicy i wykonanie nowych warstw posadzkowych, zmiana zbrojenia podciągów na dwuteownik, wzmocnienie krokwi, zmiana ścian murowanych na ścianki typu lekkiego G-K. Ponadto powód zmienił pokrycie dachowe.

Za prace dodatkowe, których konieczność ujawniła się dopiero w trakcie robót uznać należy: odgruzowanie piwnicy nr 7, rozebranie podłogi w świetlicy i wykonanie nowych warstw podłogowych, wypoziomowanie podłóg, wzmocnienie krokwi, odbicie 100% tynków i położenie nowych.

Z kolei prace takie jak zmiana podłóg z desek na panele podłogowe i płytę OSB, zamiana zbrojenia podciągów na dwuteownik oraz zmiana ścian z murowanych na typ lekki stanowiły roboty zamienne.

Powód wykonał również roboty, które nie zostały ujęte w ogóle w przedmiarze robót: dokończenie ocieplenia elewacji poprzez zatopienie siatki, wykonanie tynku podkładowego i mineralnego z pomalowaniem elewacji oraz zamontowanie baterii, brodzików, wanny, zaworów i pomp.

Koszty robót wykonanych przez powoda, nie ujętych w dokumentacji projektowej, wyniosły według cen w I kwartale 2013 r.:

- dla części mieszkalnej – 92.724,47 zł brutto (w tym: roboty budowlane – 68.954,78 zł brutto oraz roboty sanitarne 23.769,69 zł brutto),
- dla części użyteczności publicznej (świetlica) – 50.247,21 zł brutto za roboty budowlane.

Część powyższych prac (tynki, okna połączeniowe, wymiana podłóg) stanowiła roboty zamiennie w stosunku do robót przewidzianych w dokumentacji.

Koszty robót wykonanych przez powoda, związanych z wymianą pokrycia dachowego, według cen w I kwartale 2013 r. wyniosły 32.693,98 zł brutto, w tym dla części mieszkalnej – 15.067,45 zł brutto, a dla części użyteczności publicznej (świetlica) – 17.626,53 zł brutto.

Koszt robót rozbiórkowych wykonanych przez powoda, które nie były ujęte w przedmiarze, wyniósł według cen w I kwartale 2013 r. łącznie 41.047,17 zł brutto, w tym dla części mieszkalnej – 40.959,05 zł brutto, a dla części użyteczności publicznej (świetlica) – 88,12 zł brutto.

Powód wykonywał prace objęte umową z pomocą stałych 4-5 pracowników, a okresowo korzystał z dodatkowych pracowników i podwykonawców.

Przy uwzględnieniu wykonanych przez powoda prac dodatkowych, zamiennych i ujawnionych w trakcie robót, przy uwzględnieniu pracy 5 pracowników, zakończenie robót powinno nastąpić w dniu 13 października 2012 r.

W 7 lokalach mieszkalnych, które powstały w wyniku wykonanych przez powoda robót, miały zamieszkać osoby uprawnione do lokali socjalnych. Na czas trwania prac pozwana lokalne socjalne zapewniała zastępczo poprzez wynajęcie lokali mieszkalnych od osób trzecich. Tytułem czynszu najmu pozwana miesięcznie ponosiła wydatki w kwocie 220 zł, a także opłaty eksploatacyjne (media). Umowę najmu pozwana wypowiedziała wynajmującemu pismem z dnia 26 września 2013 r. Termin wypowiedzenia wyniósł miesiąc.

W budynku będącym przedmiotem umowy pozwana w październiku i grudniu 2013 r. oraz w styczniu 2014 r. stwierdziła usterki w wykonanych przez powoda robotach. Powódka wzywała powoda do usunięcia usterek, lecz powód nie odpowiedział na kierowane do niego wezwania. Pozwana poinformowała również powoda, iż w dniu 7 grudnia 2013 r. w wyniku niewłaściwego zamontowania belki stropowej doszło do jej samozapłonu.

W związku z ujawnionymi usterekami powódka poniosła koszt w łącznej kwocie 5.580,78 zł. Ponadto według oszacowania pozostałych usterek pozwana będzie musiała ponieść koszt w kwocie 24.317,09 zł brutto.

W kwietniu 2013 r. burmistrz pozwanej rekomendował wykonany przez powoda obiekt w konkursie „Modernizacja roku 2013” na najciekawszą modernizację roku.

Sąd wyjaśnił, że ustalenia faktyczne w niniejszej sprawie oparł na zgromadzonym materiale dowodowym składającym się z dokumentów, z zeznań świadków oraz z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa M. S. oraz innych źródeł dowodowych (np. wydruki ze stron internetowych). Strony nie kwestionowały autentyczności przedstawianych dowodów z dokumentów, a jedynie wywodziły z nich inne skutki prawne. Zeznania świadków były z kolei co do zasady wiarygodne, a pomiędzy zeznaniami co do istotnych okoliczności nie zachodziła sprzeczność (zwłaszcza wśród twierdzeń kategoriycznych, tj. takich, co do których świadkowie wyrażali pewność, a nie przypuszczenie, oraz nie relacjonowali informacji pośrednio powziętych). Istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy miał dowód z opinii

biegłego sądowego (wraz z opinią uzupełniającą i ustną opinią uzupełniającą). Biegły sądowy w sporządzonej opinii w sposób klarowny przedstawił przedmiot opiniowania oraz zastosowaną metodologię opracowania opinii, w wyniku zarzutów stron wyjaśnił opinię ustnie oraz złożył opinię uzupełniającą. Strony ostatecznie nie zakwestionowały wniosków, które przedstawił biegły sądowy.

Dokonując oceny prawnej powództwa Sąd wskazał, że pierwsze z dochodzonych przez powoda roszczeń, dotyczące ustalenia wysokości kary umownej, opierało się na art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 101 z późn. zm; dalej: k.p.c.).

Sąd wskazał, że celem roszczenia z art. 189 k.p.c. jest zapewnienie powodowi ochrony prawnej w zakresie wszelkich możliwych skutków, jakie mogą wystąpić w przyszłości jako następstwa danego stosunku lub prawa. Przesłankami takiego roszczenia są istnienie albo nieistnienie stosunku prawnego lub prawa oraz interes prawny w ustaleniu tegoż istnienia albo nieistnienia, a obydwie te przesłanki muszą występować kumulatywnie.

Powództwo w zakresie żądania ustalenia wysokości kary umownej podlegało oddaleniu, albowiem z samej już analizy sformułowanych przez powoda roszczeń i uzasadnienia pozwu wynikało, iż równocześnie z żądaniem ustalenia wysokości kary umownej powód dochodził od pozwanej zapłaty wynagrodzenia w wysokości, w jakiej, zdaniem powoda, obciążenie go karą umowną było nieuzasadnione. Powód bowiem wskazał, iż należna pozwanej kara umowna wynosi jego zdaniem 28.552,68 zł zamiast kwoty 525.817,17 zł; (w pozwie powód omyłkowo wskazał w petitum kwotę 552.817,17 zł, gdyż taka kwota nie pojawiała się w treści uzasadnienia pozwu, zaś powód wskazywał, iż naliczona mu przez pozwaną kara umowna wynosiła łącznie dla części mieszkalnej 525.817,17 zł; powód zatem w petitum popełnił oczywistą omyłkę pisarską, polegającą na zamianie cyfr „2” i „5”). Różnica pomiędzy kwotami 525.817,17 zł oraz 28.552,68 zł wynosi 497.264,49 zł, czyli dokładnie taką kwotę, jakiej powód domagał się, wskazując na nienależnie potrącone wynagrodzenie. Skoro zatem powód w niniejszej sprawie wystąpił z roszczeniem o zapłatę kwoty nienależnie wstrzymanego wynagrodzenia z powodu bezpodstawnego naliczenia kary umownej, to nie miał interesu w równoczesnym ustaleniu wysokości należnej pozwanej kary umownej.

Roszczenie powoda o zapłatę wynagrodzenia zostało natomiast ocenione przez Sąd w płaszczyźnie normy art. 647 k.c w zw. z art. 139 i art. 2 pkt 13 w zw. z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; dalej: p.z.p.). po przedstawieniu treści tych przepisów Sąd wskazał, że pomiędzy stronami nie było sporne zawarcie w dniu 30 listopada 2010 r. umowy, na podstawie której powód miał otrzymać od pozwanej wynagrodzenie w łącznej kwocie 1.181,889,84 zł, w tym kwotę 713.817,17 zł za wykonanie robót w części mieszkalnej oraz 468.072,67 zł w części świetlicowej. Przedmiotem sporu była część wynagrodzenia za wykonanie przez powoda robót w części mieszkalnej, którego to wynagrodzenia pozwana powodowi nie zapłaciła z tytułu naliczonej kary umownej na kwotę 525.817,17 zł. Powód przyznał jednocześnie, iż zasadnie pozwana nie zapłaciła mu kwoty 28.552,68 zł. Z tego względu powód domagał się zapłaty z tytułu wynagrodzenia umownego kwoty 497.264,49 zł.

Sąd wyjaśnił, że zgodnie z art. 484 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16 poz. 93 z późn. zm.; dalej: 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. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest zaś dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Ponadto w § 2 ustalono, iż jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Bezspornym było, iż strony w zawartej umowie (§8 umowy) przewidziały kary umowne. Powód miał mianowicie zapłacić pozwanej karę umowną w wysokości 0,3% wynagrodzenia brutto za całość zamówienia za każdy dzień zwłoki w stosunku do końcowego terminu wykonania robót. Sąd zwrócił uwagę, iż §8 umowy przewidywał możliwość obciążenia powoda karą umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu zamówienia. Mając zatem na względzie przepisy art. 471 k.c i 476 k.c. powód mógł wykazać, iż uchybienie przez niego terminowi zakończenia robót (30 czerwca 2012 r.) nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności.

W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego w ocenie Sądu powód zdołał wykazać, iż niedochowanie ustalonego terminu zakończenia robót miało w części charakter niezawiniony. Okoliczność ta została potwierdzona przez dowód z opinii biegłego, który – mając na względzie m. in. wykonanie przez powoda prac dodatkowych – ustalił, iż w okolicznościach niniejszej sprawy realnym terminem zakończenia przez powoda robót powinien być 13 października 2012 r., nie zaś 30 czerwca 2012 r. Sąd uwzględnił, iż zapisy zawarte w dzienniku budowy potwierdzają, iż niektóre z wykonanych przez powoda prac okazały się konieczne do wykonania dopiero podczas wykonywania budowy, a ponadto to w trakcie budowy zaszła potrzeba wykonania pewnych prac dodatkowych, których wykonanie polecono powodowi poprzez wpis do dziennika budowy (wpisów dokonywał inspektor nadzoru inwestorskiego wyznaczony przez pozwaną). Abstrahując od tego, że samo dokonanie wpisów w dzienniku budowy, bez spełnienia wymogów prawa zamówień publicznych nie pozwalało na przyjęcie, iż został zmieniony zakres umowy łączącej strony, zasadne było uznanie, iż powód nie ponosi winy za wykonywanie prac, które polecił mu wyznaczony przez pozwaną inspektor nadzoru inwestorskiego. W szczególności powód nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, iż polecono mu zmienić pokrycie dachu z pierwotnie przewidzianej w projekcie dachówki ceramicznej na blachodachówkę, a następnie, po zmianie osoby sprawującej funkcję inspektora nadzoru, nakazano zastąpienie położonej blachodachówki na dachówką ceramiczną. Co przy tym istotne, dowody zgromadzone w sprawie wskazywały, iż nieprawdziwy był zarzut pozwanej, iż polecenia co do zmiany m. in. pokrycia dachowego były wyłączną inicjatywą inspektora nadzoru inwestorskiego, który działał bez wiedzy pozwanej. Zarówno z dokumentów (np. notatka z dnia 29.11.2011 r.) k. 295), jak i zeznań świadka W. D. wynikało, iż burmistrz pozwanej był obecny przy ustalaniu zmian w wykonaniu zamówienia i wyrażał wolę dokonania takich zmian. Zmiany te nie zostały jednak dokonane zgodnie z przepisami prawa, w szczególności nie uzyskano w tym zakresie zgody projektanta, wobec czego nie wpływały na zakres świadczeń powoda.

Niemniej, w ocenie Sądu okoliczności powyższe stanowiły podstawę dla stwierdzenia, iż opóźnienie w tym zakresie nastąpiło z przyczyn, za które powód nie ponosił odpowiedzialności. Sąd przyjął w konsekwencji, iż w zwłoce uzasadniającej obciążenie karą umowną powód pozostawał od dnia 14 października 2012 r. do dnia 21 marca 2013 r. (159 dni). Taka długość opóźnienia w wykonaniu robót, przy uwzględnieniu stawki kary umownej (0,03% x 713.817,17 zł brutto/dzień) uzasadniała naliczenie przez pozwaną kary umownej obciążającej powoda kwotą 340.490,79 zł. Ustalona w powyższej kwocie kara umowna stanowiła punkt wyjścia do ewentualnego miarkowania zgodnie z art. 484 § 2 k.c.

W ocenie Sądu powyższa kara umowna stanowiła karę rażąco wygórowaną. Świadczenie powoda w zakresie robót dotyczących części mieszkalnej budynku miało przynieść powodowi wynagrodzenie w kwocie 713.817,17 zł, a na wykonanie robót powód miał 578 dni. Kara umowna w kwocie 340.490,79 zł stanowiłaby niemal 50% wynagrodzenia powoda za wykonane prace. Z kolei opóźnienie powoda wynoszące 159 dni stanowiło ok. 27% okresu, jaki powód miał na wykonanie robót. W tej sytuacji, mając na względzie stopień uchybienia ustalonemu terminowi Sąd uznał, iż pomiędzy należnym powodowi wynagrodzeniem a obliczoną karą umowną zachodzi rażąca dysproporcja.

Sąd wziął pod uwagę argumenty pozwanej, iż szkoda wynikła dla niej z powodu opóźnienia w wykonaniu świadczenia mogła mieć charakter zarówno szkody majątkowej, jak i niemajątkowej. Jednakże w ocenie Sądu okoliczności, na które powoływała się pozwana, nie uzasadniały tak wysokiej kary umownej względem powoda. Pozwana wykazała, iż w istocie uchybienie przez powoda terminowi wykonania robót dla części mieszkalnej skutkowało koniecznością dłuższego pozostawania w stosunku najmu co do lokali, które zasiedlali przyszli mieszkańcy lokali mieszkalnych w przedmiotowym budynku. Wysokość szkody wywołanej wskutek zwłoki powoda nie uzasadniała jednakże kary umownej w tak znacznej wysokości. W ocenie Sądu pozwana wykazała również, iż w robotach wykonanych przez powoda występowały usterki, co skutkowało dla niej kosztami napraw, lecz w przekonaniu Sądu nie wpływały one na wysokość kary umownej. Wystąpiły one niezależnie od terminu wykonania zobowiązania przez stronę powodową, zaś dochodzeniu ewentualnych roszczeń z tytułu usterek służą inne instytucja aniżeli kara umowna za zwłokę w wykonaniu zobowiązania. Sąd również zwrócił uwagę, iż twierdzenie pozwanej o zachodzącej możliwości wstrzymania udzielenia jej dofinansowania na prace wykonane przez powoda nie znajdowało potwierdzenia w materiale dowodowym. Wprawdzie pozwana złożyła dokumenty świadczące o inspekcji prowadzonej przez Bank

(...), jednakże w aktach znajduje się również wydruk z BIP pozwanej, w którym wyraźnie została przez pozwaną podana informacja o tym, iż zrealizowana inwestycja została sfinansowana w części ze środków pochodzących z dofinansowania.

Sąd nie podzielił także argumentacji powoda przytoczonej na poparcie tezy, iż kara umowna powinna ulec zmniejszeniu do kwoty 28.552,68 zł. Kara umowna w takiej wysokości byłaby w ocenie Sądu niewspółmiernie niska. Okoliczność, iż powód wykonał swoje zobowiązanie co do tej części zamówienia nie odgrywała decydującej roli; w przypadku zwłoki w wykonaniu zobowiązania fakt ten ma wtórne znaczenie dla oceny, czy kara ma charakter rażąco wygórowany. Ponadto karę obliczono w odniesieniu do wynagrodzenia należnego tylko za część mieszkalną.

Nie znajdowało uzasadnienia także stanowisko powoda, że do zwłoki w wykonaniu umowy w zakresie części mieszkalnej budynku doszło ze względu na brak terminowej zapłaty I transzy wynagrodzenia za prace w świetlicy, ujętej w fakturze nr (...). Słusznie pozwana podniosła, iż zgodnie z łączącą strony umową płatność I transzy wynagrodzenia miała nastąpić po przedłożeniu przez powoda faktury oraz częściowego protokołu. Powód zaś nie wykazał, w jakim terminie przedstawił pozwanej obydwa dokumenty, a zatem, od którego dnia rozpoczął bieg termin zapłaty. Ponadto powód nie wykazał, w jaki sposób ewentualne opóźnienie pozwanej w zapłacie przekładało się na jego opóźnienie w wykonywaniu robót. Powód dysponował bowiem w związku z realizacją umowy kredytem obrotowym, nie wykazał jednocześnie braku środków na finansowanie inwestycji. Ponadto nadmienić należy, iż z zeznań świadka W. D. wynikało, iż powód nieregularnie płacił swoim pracownikom w różnych okresach realizacji przedmiotowych robót, nie zaś jedynie w okresie rzekomego opóźnienia się przez pozwaną w zapłacie transzy wynagrodzenia.

Oceniając stopień winy w uchybieniu terminowi Sąd miał na uwadze, iż – jak wynikało z zeznań świadka B. S. (kolejnego inspektora nadzoru), na budowie brakowało pracowników, trzeba też było czekać na materiał ze strony wykonawcy.

Mając na uwadze wszystkie przytoczone argumenty Sąd uznał, iż w niniejszej sprawie uzasadniona wysokość kary umownej należnej pozwanej od powoda tytułem opóźnienia w wykonaniu robót co do części mieszkalnej budynku nie powinna przekraczać 140.000 zł, stanowiącej około 20% wynagrodzenia za część mieszkalną i 11% łącznego wynagrodzenia. Do takiej zatem kwoty zmiarkowano karę umowną.

W konsekwencji Sąd stwierdził, iż roszczenie powoda o zapłatę wynagrodzenia za wykonanie umowy zasługuje na uwzględnienie w części, tj. co do kwoty 385.817,17 zł, stanowiącej różnicę pomiędzy wstrzymanym przez pozwaną wynagrodzeniem powoda tytułem kary umownej (525.817,17 zł) a należną pozwanej karą umowną (140.000 zł).

Jako podstawę prawną roszczenia o zapłatę kwoty 182.830,87 zł, stanowiącej wartość wykonanych przez powoda roboty dodatkowych, Sąd wskazał art. 405 k.c., który stanowi, że kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości. Przesłankami powstania roszczenia o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia, zgodnie z przepisem art. 405 k.c., są zatem: uzyskanie przez określoną osobę korzyści bez podstawy prawnej, zubożenie po stronie innej osoby, związek pomiędzy wzbogaceniem tej pierwszej osoby, a zubożeniem innej osoby.

W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego Sąd ustalił, iż powód w istocie wykonał na rzecz pozwanej prace dodatkowe, tj. takie, które nie były objęte zakresem umowy z dnia 30 listopada 2010 r. Nie było również zdaniem Sądu wątpliwości, iż zostały one wykonane bez podstawy prawnej, bowiem już z samej treści umowy oraz z art. 139 p.z.p. wynika, iż umowa na prace dodatkowe, bądź aneks, w przypadku zamówień publicznych wymagałaby formy pisemnej pod rygorem nieważności. O wzbogaceniu występującym po stronie pozwanej świadczy z kolei fakt, iż wykonane przez powoda roboty dodatkowe zostały przez pozwaną odebrane i pozwana korzysta z nich.

Zakres robót dodatkowych Sąd ustalił w oparciu o przedłożoną przez strony dokumentację, w tym umowę, SIWZ i załączniki do SIWZ (dokumentacja projektowa, inwentaryzacja etc.) oraz zeznania świadków (przede wszystkim W. D. i B. S.), a także opinię biegłego sądowego. W rozdziale 17 SIWZ wyraźnie wskazano, iż wynagrodzenie jest ustalane zgodnie z przedmiarem robót. Przedmiar robót nie jest wprawdzie obligatoryjnym elementem

dokumentacji projektowej, ale skoro należało go uwzględnić przy kalkulacji wynagrodzenia, to zasadny jest wniosek, iż wynagrodzenie ryczałtowe ustalone w umowie odnosiło się do zakresu ujętego właśnie w przedmiarze robót. Zgodnie z art. 140 ust. 1 p.z.p. zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. W złożonej przez siebie ofercie powód ustalił zaś cenę w sposób wskazany przez pozwaną w dokumentacji przetargowej, a mianowicie w oparciu o przedmiar robót (rozdział 17 SIWZ). Co istotne, tak obliczona przez powoda cena ofertowa stanowiła jedyne kryterium wyboru jego oferty. Zważyć przy tym należy, na co zwrócił uwagę w swojej opinii biegły sądowy, iż przygotowany przez pozwaną przedmiar robót był obciążony wieloma poważnymi błędami, które właśnie spowodowały wykonanie przez powoda prac dodatkowych, które były technicznie zasadne, lecz nie wynikały z dokumentacji projektowej. Sąd wskazał jednocześnie, iż wykonanie większego zakresu robót nie wynikało w znacznej mierze z niewłaściwego obmiaru robót, ale z tego, iż pewnych robót w przedmiarze w ogóle brakowało. Sąd podzielił przy tym stanowisko powoda, iż zaniedbania pozwanej (jako zamawiającego) w tym zakresie nie mogły obciążać powoda (wykonawcy). Pozwana (jako zamawiający) była dysponentem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i to na niej spoczywał obowiązek przygotowania prawidłowej dokumentacji przetargowej, w tym sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia (art. 41 p.z.p.). Dokumentacja postępowania przetargowego przedłożona przez pozwaną była niespójna, zaś nie można oczekiwać, iż wykonawca składając ofertę będzie samodzielnie analizował całokształt dokumentacji, porównując przedmiar robót ze wszelkimi specyfikacjami technicznymi i projektami, skoro cena miała zostać oparta na przedmiarze robót. Ponadto niektórych robót, które zostały wykonane przez powoda, nie dało się w ogóle przewidzieć przed wejściem na plac budowy, np. odnośnie piwnicy nr 7, która była zasypana i odkryto ją dopiero w trakcie robót. Nawet przy szczegółowej analizie dokumentacji wykonawca nie mógłby przewidzieć w oszacowaniu ceny ofertowej, że takie prace będą konieczne.

Jeżeli zatem konkretne prace nie były objęte w dokumentacji projektowej (przedmiarze), to nie były objęte wynagrodzeniem ustalonym w umowie. Przeciwny wniosek uzasadniony byłby jedynie np. w odniesieniu do prac przygotowawczych, które zawsze, zgodnie ze sztuką budowlaną, wymagane są przy wykonaniu określonych w przedmiarze robót, bądź też w przypadku niedoszacowania rozmiaru określonych prac, które jednak nie wynika z późniejszego ujawnienia nowych okoliczności.

Sąd uwzględnił zatem, opierając się na opinii biegłego, że powód niezależnie od prac objętych umową, wykonał na rzecz pozwanej liczne prace dodatkowe. Sąd nie uwzględnił jednak wszystkich prac, które zostały wyszczególnione przez biegłego, a mianowicie nie uwzględniono robót pokrycia dachowego, tj. położenia i zdjęcia blachodachówki. Niewątpliwie powód prace te wykonał, ale w ocenie Sądu nie doszło w tym zakresie do wzbogacenia pozwanej. Ostatecznie powód położył bowiem pokrycie dachowe z dachówki ceramicznej, zgodnie z dokumentacją projektową; pozwana nie skorzystała tym samym z faktu uprzedniego położenia blachodachówki.

Sąd nie uwzględnił również wynagrodzenia za wykonane przez powoda roboty zamienne (okna połaciowe, tynki, wymiana podłóg w świetlicy). Odnośnie tynków zauważyć w pierwszej kolejności trzeba, że - jak wskazał biegły (strona 16 pierwszej opinii k. 726), były one ujęte w specyfikacji technicznej, która stanowi część dokumentacji. Podobnie, w specyfikacji ujęto też rozbiórkę podłóg.

Niezależnie od tego, ze względu na zamienny charakter tych prac, przy obliczeniu należnego wynagrodzenia należałoby odliczyć wysokość wynagrodzenia za roboty uwzględnione w kosztorysie ofertowym powoda, których powód ostatecznie nie wykonał. Wskazał na to także biegły w swych obliczeniach (strona 28 pierwszej opinii). Sąd jednak w niniejszym procesie nie był w stanie ustalić wartości tych prac, gdyż powód nie przedłożył sporządzonych przez siebie kosztorysów ofertowych, zaś to na nim właśnie spoczywał ciężar udowodnienia wzbogacenia po stronie pozwanej (art. 6 k.c.). Na pewno wzbogacenie pozwanej nie nastąpiło w zakresie całej kwoty wartości robót zamiennych; nawet przy założeniu, że w ogóle doszło do wzbogacenia, z pewnością była to kwota niższa, nie jest jednak możliwe dokładne określenie, w jakim stopniu winno nastąpić to obniżenie.

Co do robót rozbiórkowych Sąd uwzględnił wartość prac przeprowadzonych w piwnicy, którą „odkryto” w czasie realizacji robót, tj. w kwocie 7.366,51 zł (wyliczonej poniżej). Pozostałych robót Sąd nie uwzględnił, gdyż nie było podstaw do przyjęcia, iż były wynikiem tego rodzaju zaniedbań dokumentacji projektowej, którego nie można by

było przewidzieć. Dotyczyły one, w ocenie Sądu, raczej nieprawidłowego obmiaru robót wskazanych w dokumentacji. Powód nie wykazał, by nie mógł wcześniej ustalić rzeczywistego rozmiaru prac rozbiórkowych. Z postanowienia § 5 umowy wynika zaś, że ustalone wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje także prace, których nie ujęto w wyniku „niedoszacowania”.

Ostatecznie Sąd stwierdził, iż bezpodstawne wzbogacenie pozwanej z tytułu dodatkowych prac wykonanych przez powoda opiewało na kwotę 86.105,61 zł, przy czym jest to kwota netto, bez uwzględnienia podatku VAT. Kwotę tę Sąd ustalił na podstawie poszczególnych pozycji z kosztorysów dołączonych przez biegłego sądowego do opinii uzupełniającej z dnia 14 sierpnia 2016 r., uwzględniając je jednak w wartości netto, gdyż powód za wykonane prace dodatkowe nie wystawił pozwanej faktur i nie odprowadził podatku VAT. We wnioskach tej opinii biegły nie wyodrębnił z wartości robót dodatkowych wynagrodzenia za roboty zamienne, co nakazywało analizę dołączonych do opinii kosztorysów w celu ustalenia wysokości należnego powodowi wynagrodzenia.

Na kwotę 86.105,61 zł składały się zatem kwoty (netto) za wykonanie :

- prac w budynku mieszkalnym takich jak : elewacja – 18.157,59 zł (k. 835), roboty betonowe 2046,14 zł (k.838), roboty murowe 15.674,53 zł (k. 840) , posadzki 4619,37 zł (k.841), oraz branża sanitarna 22.008,97 zł (k. 842 – 847), tj. łącznie 62.506,6 zł;

- prac w świetlicy takich jak: elewacja 12.763,37 zł (k. k.849 -850), naprawa pęknięć 1478,59 zł (k.855- 1856), rozbiórka elementów konstrukcji betonowych 1990,54 zł (k.857), tj. łącznie 16.232,5 zł;

- robót rozbiórkowych w piwnicach 7.366,51 zł (obliczona na podstawie pozycji 5 kosztorysu dotyczącego branży budowlanej z 13.08.2016 r. k. 863-864 , jako suma wskazanej tam kwoty 4185,52 zł (koszty bezpośrednie) i 2511,31 zł (koszt pośrednie 60%).

Ustosunkowując się do zgłoszonej przez powoda ewentualnej podstawy prawnej jego roszczenia o zapłatę 182.830,87 zł, jako podwyższenia ustalonego w umowie wynagrodzenia ryczałtowego, Sąd wskazał, iż zgodnie z art. 632 § 1 k.c. jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Odstępstwo od powyższej zasady wyraża § 2, stanowiąc iż jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. Powód, domagając się podwyższenia umówionego wynagrodzenia ryczałtowego, musiałby zatem wykazać zmianę stosunków, której nie można było przewidzieć, a która powodowałaby, iż wykonanie robót groziłoby powodowi rażącą stratą. Taka istotna zmiana stosunków w rozumieniu ww. przepisu, to zmiana spowodowana zdarzeniem zewnętrznym, niezależnym od stron umowy, którego to zdarzenia strony nie były w stanie obiektywnie przewidzieć w dacie zawarcia umowy. Zmiana stosunków musi odznaczać się ponadto powszechnym charakterem i nie mogą być uwzględniane przy tym okoliczności zależne od stron, czy też zdarzenia losowe o charakterze indywidualnym zagrażające rażącą stratą (por. wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 15 września 2016 r., sygn. akt I CSK 659/15, Legalis). W niniejszej sprawie powód zaś nie powoływał się na żadne konkretne zdarzenie, które miałyby wyczerpywać przesłanki podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego. Powód nie wykazał jakichkolwiek zdarzeń, które miałyby powodować ową istotną zmianę stosunków, ani nie wyjaśnił, jakie zdarzenia miałyby powodować dla niego rażącą stratę. W ocenie Sądu powód zatem w powyższym zakresie nie sprostował ani ciężarowi udowodnienia odpowiednich okoliczności (art. 6 k.c.), ani nawet ciężarowi przytoczenia odpowiednich twierdzeń (art. 3 k.p.c.).

W konsekwencji Sąd uznał roszczenie powoda o zapłatę co do łącznej kwoty 471.922,78 zł (385.817,17 zł + 86.105,61 zł), a w pozostałym zakresie powództwo oddalił.

Wraz z dochodzonym przez siebie roszczeniem głównym powód domagał się zasądzenia odsetek ustawowych za opóźnienie od dnia wniesienia pozwu. Żądanie to znajdowało oparcie w art. 481 k.c., zgodnie z którym jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, choćby nie

poniósł szkody i opóźnienie wynikało z okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Zgodnie zaś z art. 455 k.c., jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony, ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu do wykonania.

W okolicznościach niniejszej sprawy kwota 385.817,17 zł stanowiła wynagrodzenie powoda, należne mu z tytułu łączącej go z pozwaną umowy. Pozwana, po otrzymaniu faktury, nie zapłaciła powodowi żądanej kwoty, lecz dokonała potrącenia kar umownych w nieuzasadnionej wysokości. W dacie wniesienia pozwu, tj. 26 listopada 2013 r. pozwana miała obowiązek spełnić na rzecz powoda świadczenie, wobec czego powód miał prawo domagać się odsetek za zwłokę. Z kolei w stosunku do odsetek od kwoty 86.105,61 zł Sąd uwzględnił, iż powód nie obciążył pozwanej fakturą za wykonane roboty dodatkowe i kwota ta wynikała z bezpodstawnego wzbogacenia. W związku z tym w ocenie Sądu odsetki od tej kwoty są należne powodowi dopiero od dnia 28 kwietnia 2014 r., tj. od dnia doręczenia pozwanej odpisu pozwu (k. 482v), które należało potraktować jako wezwanie do zapłaty.

O kosztach procesu Sąd rozstrzygnął przyjmując, iż powód wygrał w części 69%, a pozwana w części 31%. Dochodzone przez powoda roszczenie zostało bowiem uwzględnione w części 69%. W tych okolicznościach Sąd rozdzielił stosunkowo koszty procesu na podstawie art. 100 k.p.c.

Strony były reprezentowane przez pełnomocników procesowych, których wynagrodzenie wynosiło 7.200 zł (§6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu; Dz. U. z 2013 r. poz. 461), a powód dodatkowo poniósł opłatę skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł.

Suma kosztów procesu wyniosła 1414.417 zł, z czego pozwana powinna ponieść 69% , tj. kwotę 9948 zł. Wobec tego, że pozwana poniosła koszty w kwocie 7200 zł, zasądzono od niej różnicę 2.748 zł.

W niniejszej sprawie powód został zwolniony od kosztów sądowych co do opłaty od pozwu i zaliczki na poczet opinii biegłego. Nieuiszczone koszty sądowe wyniosły 41.660,26 zł, w tym opłata od pozwu 34.004,8 zł, wynagrodzenie biegłego 7609,46 zł oraz należności świadka 46 zł . Na podstawie art. 113 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594) kosztami tymi należało obciążyć strony stosownie do stosunku ich wygranej w procesie. W konsekwencji od powoda, z zasądzonego na jego rzecz roszczenia, należało osiągnąć kwotę 12.914,26 zł (31%), a od pozwanej należało pobrać kwotę 28.746 zł (69%) .

Apelacje od tego wyroku wniosły obie strony.

Powód zaskarżył powództwo co do]punktu II wyroku w części oddalającej powództwo w zakresie kwoty 208.172,58 zł (dwieście osiem tysięcy sto siedemdziesiąt dwa złote pięćdziesiąt osiem groszy). Wyrokowi zarzucono:

1) błędne ustalenie stanu faktycznego prowadzące do naruszenia art. 405 kodeksu cywilnego poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i pominięcie przez Sąd Okręgowy w Szczecinie części robót wykonanych przez powoda, w tym robót dotyczących pokrycia dachowego tj. położenia i zdjęcia blachodachówki, robót zamiennych (okien połaciowych, tynków, wymiany podłóg w świetlicy, a nadto robót rozbiórkowych, których to prac nie można było przewidzieć, nadto były one wynikiem zaniedbań w dokumentacji projektowej leżących po stronie pozwanej jako zamawiającego, a co do których pozwana pozostawała wzbogacona,

2) błędne ustalenia stanu faktycznego poprzez przyjęcie przez Sąd Orzekający, iż opóźnienie pozwanej w zapłacie I transzy wynagrodzenia nie miało wpływu na opóźnienie prac, nadto poprzez przyjęcie, iż pozwany nie wykazała aby to opóźnienie wystąpiło,

3) błędne ustalenia stanu faktycznego prowadzące do naruszenie przepisu art. 484 § 2

kodeksu cywilnego oraz art. 647 k.c. poprzez przyjęcie przez Sąd Okręgowy, iż uzasadniona wartość kary umownej winna odpowiadać 20% wynagrodzenia za część mieszkalną i 11% łącznego wynagrodzenia, w sytuacji w której - biorąc pod uwagę całokształt okoliczności, w szczególności błędy w dokumentacji projektowej obciążającej pozwaną oraz

niewuwzględnienie części prac w przedmiarach robót, a w ostateczności także zmiana sposobu wykonania pokrycia dachowego oraz opóźnienie w płatności części wynagrodzenia - w pełni uzasadnionym pozostawało przyjęcie, iż adekwatną wartością kary umownej pozostaje 4% wynagrodzenia za część mieszkalną.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty powód wniósł o zmianę wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie w zaskarżonej części i zasądzenie od pozwanej Gminy I. na rzecz powoda J. K. kwoty 208172,58 zł wraz z odsetkami ustawowymi licznymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty, a ewentualnie z ostrożności procesowej o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Jednocześnie wniesiono o odpowiednią modyfikację rozstrzygnięć o kosztach procesu i kosztach sądowych.

Pozwany zaskarżył orzeczenie w części uwzględniającej powództwo zarzucając naruszenie

a) art. 353(1) k.c. poprzez przyjęcie, że w niniejszej sprawie zachodziły okoliczności uzasadniające miarkowanie kary umownej naliczonej przez pozwaną w sytuacji, gdy strony w zawartej umowie zgodziły się na wysokość kary umownej;

b) art. 484 §1 i 2 k.c. poprzez:

- przyjęcie, że przekroczenie terminu wykonania umowy miało w części charakter niezawiniony, ponieważ z opinii biegłego wynika, że mając na względzie m.in. wykonanie przez powoda prac dodatkowych realnym terminem zakończenia robót powinien być 13 października 2012 r., a nie 30 czerwca 2012 r. (strona 16 uzasadnienia) podczas, gdy sam Sąd I instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (strona 20 i 21 uzasadnienia) stwierdził, że nie uznał za roboty dodatkowe wszystkich prac, które zostały wyszczególnione przez biegłego oraz ustalił, że tylko część wskazanych przez biegłego prac miała charakter robót dodatkowych. Skoro zaś Sąd I instancji uznał, że biegły nieprawidłowo określił część robót jako roboty dodatkowe, to nie powinien opierać się na opinii biegłego w zakresie, w jakim opinia określa przedłużony termin wykonania umowy, ponieważ termin ten jest bezpośrednio zależny od zakresu prac uznanych za dodatkowe. W konsekwencji, Sąd błędnie uznał, że pozwanej nie przysługuje roszczenie o zapłatę kary umownej za okres od 1 lipca do 13 października 2012 roku;

- przyjęcie, że przekroczenie terminu wykonania umowy miało w części charakter niezawiniony, ponieważ z opinii biegłego wynika, że mając na względzie m.in. wykonanie przez powoda prac dodatkowych realnym terminem zakończenia robót powinien być 13 października 2012 r., a nie 30 czerwca 2012 r. (strona 16 uzasadnienia) podczas, gdy żadne roboty wykonane przez powoda nie miały charakteru robót dodatkowych, a ustalenie przez Sąd, że część robót nie była objęta zakresem umowy oparte jest na błędnym założeniu, że zakres przedmiotowy zleconych powodowi robót określa przedmiar robót;

przyjęcie, że w niniejszej sprawie zachodziły okoliczności uzasadniające miarkowanie kary umownej naliczonej przez pozwaną w sytuacji, gdy powód wyłącznie swoim postępowaniem przyczynił się do przekroczenia terminu wykonania umowy;

- przyjęcie, że w niniejszej sprawie zachodziły okoliczności uzasadniające miarkowanie kary umownej naliczonej przez pozwaną z tego względu, że kara umowna stanowiłaby niemal 50% wynagrodzenia, a opóźnienie powoda stanowiło ok. 27% okresu, jaki powód miał na wykonanie robót podczas, gdy okoliczności te nie powinny być brane pod uwagę przy ustalaniu przesłanek miarkowania kary umownej;

c) art. 31 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: uPZP) oraz 4 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej: rozporządzenie Ministra Infrastruktury) poprzez przyjęcie, że przedmiar robót określa zakres przedmiotowy zleconych powodowi robót, a w konsekwencji, że roboty niewymienione w przedmiarze nie były objęte wynagrodzeniem ryczałtowym w sytuacji, gdy przedmiar robót nie może stanowić podstawy ustalenia zakresu przedmiotowego umowy. W konsekwencji, Sąd nieprawidłowo ustalił, że część wykonanych przez powoda robót ma charakter robót dodatkowych;

d) art. 411 pkt 1 k.c. poprzez uwzględnienie roszczenia powoda o zapłatę za wykonanie robót dodatkowych w sytuacji, gdy powód wykonując roboty, które w jego ocenie nie były objęte zakresem umowy, miał świadomość braku obowiązku spełnienia świadczenia.

2. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

a) art. 328 § 2 k.p.c., poprzez brak uzasadnienia wyroku w zakresie przesłanek i kryteriów, jakimi Sąd kierował się miarkując karę umowną do kwoty 140.000,00 złotych, co uniemożliwia kontrolę rozumowania Sądu oraz prawidłowości rozstrzygnięcia oraz prowadzi do uznania rozstrzygnięcia Sądu za całkowicie dowolne;

b) art. 233 §1 k.p.c., poprzez dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny materiału dowodowego, brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, dokonanie oceny dowodów w sposób sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego oraz logicznego rozumowania, poprzez:

- przyjęcie, że powód wykazał, że przekroczenie terminu zakończenia robót miało w części charakter niezawiniony przez powoda, ponieważ z opinii biegłego wynika, że mając na względzie m.in. wykonanie przez powoda prac dodatkowych realnym terminem zakończenia robót powinien być 13 października 2012 r., a nie 30 czerwca 2012 r. (strona 16 uzasadnienia) podczas, gdy sam Sąd I instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (strona 20 i 21 uzasadnienia) stwierdził, że nie uznał za roboty dodatkowe wszystkich prac, które zostały wyszczególnione przez biegłego oraz ustalił, że tylko część wskazanych przez biegłego prac miała charakter robót dodatkowych;

- przyjęcie, że to pozwana poleciła powodowi zmianę pokrycia dachu z pierwotnie przewidzianej w projekcie dachówki ceramicznej na blacho dachówkę, a następnie po zmianie osoby sprawującej funkcję inspektora nadzoru, nakazał zastąpienie położonej blacho dachówki na dachówkę ceramiczną, w szczególności przyjęcie, że zgoda burmistrza wynika to z notatki z dnia 29.11.2011 r. podczas, gdy notatka nie zawiera podpisu burmistrza, a zmiana sposobu wykonania umowy wymagała formy pisemnej pod rygorem nieważności;

- przyjęcie, że w niniejszej sprawie zachodziły okoliczności uzasadniające miarkowanie kary umownej naliczonej przez pozwaną powodowi w sytuacji, gdy:

- świadkowie przesłuchani w sprawie (m.in. B. S.) zeznali, że powód wykonywał prace z przerwami, co było spowodowane nieprawidłową organizacją pracy, brakiem odpowiedniej liczby pracowników, opóźnieniami w dostawie materiałów oraz brakiem obecności kierownika budowy na terenie budowy,

- wysokość kary uzasadniona była groźącymi konsekwencjami przekroczenia terminu wykonania robót budowlanych w postaci utraty dofinansowania z Banku (...) w kwocie 490.880,00 złotych,

- powód w ofercie złożonej pozwanej oświadczył, że posiada zdolność terminowego wykonania zleconych robót;

- przyjęcie, że twierdzenie pozwanej o możliwości wstrzymania udzielenia dofinansowania na prace wykonywane przez powoda nie znalazło potwierdzenia w materiale dowodowym podczas, gdy z pism znajdujących się w aktach sprawy wynika, że w sprawie istniało wysokie ryzyko utraty dofinansowania, a brak jego utraty wynikał wyłącznie z intensywnych działań pracowników pozwanej;

- przyjęcie, że pozwana zleciła powodowi dokonanie zmian w sposobie wykonania robót, co ma wynikać z wpisów w dzienniku budowy dokonanych przez P. R. sytuacji, gdy działał on bez wiedzy pozwanej oraz nie był umocowany do dokonywania w imieniu pozwanej zmian treści umowy zawartej przez Stronę, a gdy pozwana powzięła wiedzę o zmianie przez powoda sposobu wykonania umowy podczas wizji w dniu 2 grudnia 2011 r., niezwłocznie wezwała powoda pismem z dnia 6 grudnia 2011 r. do wykonywania umowy zgodnie z umową.

W oparciu o sformułowane zarzuty wniesiono o zmianę wyroku w części co do punktu 1, III I V wyroku, poprzez oddalenie powództwa w całości, zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej zwrotu kosztów postępowania, a ewentualnie, na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. w zw. z art. 368 § 1 pkt. 5 k.p.c. o uchylenie zaskarżonego wyroku w części co

do punktu 1, III I V wyroku oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach procesu.

W toku postępowania apelacyjnego strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Po dokonaniu ponownej oceny materiału procesowego w ramach postępowania apelacyjnego i granicach zaskarżenia, w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że Sąd Okręgowy w sposób prawidłowy przeprowadził postępowanie dowodowe, a poczynione ustalenia faktyczne (zawarte w wyodrębnionej redakcyjnie części uzasadnienia zaskarżonego wyroku) znajdują odzwierciedlenie w treści przedstawionych w sprawie dowodów. Sąd odwoławczy czyni te ustalenia częścią uzasadnienia własnego wyroku, nie znajdując potrzeby ponownego ich szczegółowego przytaczania. Kwestie szczególne dotyczące wyeksponowania znaczenia poszczególnych postanowień umowy między stronami zostaną jedynie uzupełnione w ramach wywodów poświęconych zarzutom apelacyjnym. Nie oznacza to jednak uzupełnienia czy też zmiany ustaleń faktycznych przedstawionych przez Sąd Okręgowy.

Trafnie też Sąd Okręgowy zakwalifikował stosunek prawny między stronami, a objęte pozwem roszczenia poddał ocenie w płaszczyźnie normy art. 647 k.c. i 410 k.c. w zw. z art. 405 k.c. Zasadnie też wobec zarzutów pozwanego Sąd oceniał sprawę w płaszczyźnie art. 483 i 484 k.c. W sprawie nie było sporu co do wysokości wierzytelności powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonanie robót objętych umową.

Zmiana zaskarżonego wyroku wynika wyłącznie z odmiennej niż uczynił to Sąd I instancji materialnoprawnej oceny kwestii zakresu o jaki kara umowna powinna zostać obniżoną na podstawie art. 484 § 2 k.c. Zdaniem Sadu odwoławczego także po dokonaniu redukcji (zmiarkowania) przez Sąd Okręgowy kara umowna powinna być nadal uważana za rażąco wygórowaną.

Odnosząc się do zasadniczej osi sporu dotyczącej skuteczności zarzutu potrącenia roszczenia z tytułu kary umownej zaznaczyć należy (przed przystąpieniem do analizy zarzutów apelacyjnych), że (jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy) kwestie opóźnienia i zwłoki reguluje w sposób szczególny do art. 471 k.c. norma art. 476 k.c. Norma ta definiuje prawne pojęcie zwłoki i opóźnienia. Nienależyte wykonanie umowy (w myśl art. 483 k.c.) może polegać także na spełnieniu tego świadczenia ze zwłoką a kara umowna zabezpieczać może także uzyskanie świadczenia w umówionym terminie. Zaznaczyć więc należy, że dla oceny odpowiedzialności dłużnika za uchybienie terminu znajduje zastosowanie norma art. 476 k.c. Zasadnie też Sąd I instancji dokonując wykładni umowy przyjął, że kara określona w §8 umowy dotyczy wyłącznie sytuacji opóźnienia za które dłużnik (wykonawca) ponosi odpowiedzialność (a więc zwłoki w rozumieniu art. 476 k.c.). W świetle umowy nie ma podstaw do tego by przyjąć, że strony wyrażały wolę rozszerzenia odpowiedzialności powoda również na wypadek opóźnienia wykonaniu umowy z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy. Strony nie podnosiły też takich twierdzeń w toku procesu.

W szczególności brak jest więc podstaw do przyjęcia, by powód miał ponosić odpowiedzialność za okoliczności leżące po stronie wierzyciela (a takie właśnie okoliczności w ocenie Sądu Apelacyjnego stanowiły jedną z przyczyn przedłużenia terminu wykonania umowy).

Rozważając zasadność żądania miarkowania kary umownej należy mieć na uwadze, że art. 484 § 2 k.c. statuuje wyjątek od zasady *pacta sunt servanda* i od regulacji określonej w przepisach art. 353¹ k.c., art. 354 § 1 k.c. oraz od sformułowanej w art. 484 § 1 k.c. zasady, że w razie wyrządzenia wierzycielowi szkody przysługuje mu kara umowna w zastrzeżonej wysokości, bez względu na wysokość tej szkody. Nie może być więc interpretowany rozszerzająco. Ustawodawca nie wskazał bardziej szczegółowych okoliczności uzasadniających miarkowanie kary umownej, pozostawiając ich ustalenie uznaniu sędziowskiemu uwzględniającemu okoliczności konkretnej sprawy. Jak wynika z orzecznictwa norma ta może znaleźć zastosowanie zawsze wówczas, gdy w świetle oceny określonego stanu faktycznego kara umowna w zastrzeżonej wysokości jawić się będzie jako nieadekwatna. Katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty. Stosując miarkowanie kary umownej sąd powinien mieć na względzie podstawowe jej funkcje, jakimi są: funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja

represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczenia jej wysokości.

Jak wskazano, ustawa posługuje się niedookreślonym zwrotem "rażącego wygórowania". W orzecznictwie na tle konkretnych sporów wskazano różne kryteria oceny rażącego wygórowania kary umownej. Za jedno z zasadniczych przyjmuje się stosunek wysokości zastrzeżonej kary do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela. Zgodnie z uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 roku (III CZP 61/03), zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. W uzasadnieniu tej uchwały Sąd Najwyższy podkreślił jednak, że brak szkody lub jej nieznaczna wysokość może stanowić kryterium redukowania wysokości kary umownej i to niezależnie od tego, czy w zakresie interpretacji art. 484 § 2 k.c. eksponuje się kryterium "wysokości szkody", czy tylko "wysokość odszkodowania", przysługującego wierzycielowi na zasadach ogólnych. Do wysokości szkody jako kryterium oceny rażącego wygórowania kary Sąd Najwyższy nawiązywał już we wcześniejszych orzeczeniach (zob. wyroki: z dnia 2 czerwca 1970 roku, II CR 167/70, z dnia 14 lipca 1976 r., I CR 221/76, i z dnia 21 czerwca 2002 r., V CKN 1075/00), a także w orzeczeniach wydanych po podjęciu powołanej uchwały składu siedmiu sędziów (zob. wyroki: z dnia 14 kwietnia 2005 roku, II CK 626/04, z dnia 19 kwietnia 2006 roku, V CSK 34/06, z dnia 21 września 2007 roku, V CSK 139/07, z dnia 21 listopada 2007 roku, I CSK 270/07, oraz z dnia 20 czerwca 2008 roku, IV CSK 49/08). O tym, czy kara umowna jest wygórowana świadczyć może więc między innymi porównanie jej wysokości do ewentualnej szkody, jaką poniosła strona, której przysługuje prawo do żądania tej kary.

W nauce jako kryterium dla oceny rażącego wygórowania wskazuje się też proporcje, w jakich pozostaje kara umowna do wartości umówionego świadczenia (zobowiązania głównego). Wywodzi się, że o stanie rażącego wygórowania można mówić w sytuacji, gdy kara umowna jest równa bądź zbliżona do wartości zobowiązania odwołując się do argumentu, że celem zastrzeżenia kary umownej jest wywarcie na dłużniku presji, żeby on swoje zobowiązanie wykonał w sposób należyty. Zarazem jednak kara (zwłaszcza zastrzegana na wypadek zwłoki dłużnika) nie może przekreślać całkowicie ekonomicznego celu świadczenia i prowadzić do nadmiernego wzbogacenia wierzyciela kosztem świadczącego dłużnika.

Podkreśla się więc, że norma art. 484 §2 k.c. może znaleźć zastosowanie w sytuacji, gdy w świetle oceny określonego stanu faktycznego można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżonej wysokości jawić się będzie jako nieadekwatna do całokształtu okoliczności sprawy (por. np. A. Kidyba [red.] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, wyd. LEX 2014, komentarz do art. 484 k.c.).

Dostrzega się też w judykaturze że nie są obojętne dla zastosowania normy art. 484 §2 k.c. takie okoliczności jak np. przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody w rozumieniu art. 362 k.c. (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2015 r. V CSK 32/15), czy stopień winy dłużnika, relacja do należnego wynagrodzenia lub ocena stopnia naruszenia interesu wierzyciela wskutek opóźnionego wykonania robót (por. np. wyrok SN z dnia 22 stycznia 2015 r. I CSK 690/13).

Z kolei w odniesieniu do kary umownej zastrzeżonej na wypadek uchybienia terminowi spełnienia świadczenia, stwierdzono w judykaturze SN trafnie, że ocena, czy kara ta jest nadmiernie wygórowana, powinna uwzględniać wysokość kary umownej zastrzeżonej w tej umowie na wypadek odstąpienia od niej (por. wyrok SN z dnia 29 listopada 2013 r. I CSK 124/13 OSNC- ZD 2015/1/13).

Zatem nawet w przypadku braku szkody po stronie wierzyciela należy brać pod uwagę pozostałe (poza kompensacyjną) funkcje kary umownej i na tej podstawie po indywidualnej ocenie celu zastrzeżonej kary w kontekście stworzonym przez realia sprawy orzekać o jej rażącym wygórowaniu.

Odnosząc te uwagi do materiału procesowego w niniejszej sprawie stwierdzić należy, że w umowie stron przewidziano karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (określając jej wysokość na 5% wynagrodzenia brutto za całość umowy - § 8). Zatem kara umowna sankcjonująca najdalej idące negatywne

skutki dla powoda w przypadku nienależytego wykonywania przezeń umowy wynosić miała 59.094,49 zł (przy wskazywanym sposobie jej wyliczenia określona została więc w istocie kwotowo).

W świetle przywołanych wyżej poglądów judykatury ta wartość więc stanowi punkt odniesienia i jest jedną z przesłanek dla ustalenia, czy kara za nieterminowe wykonanie świadczenia ustalona przez powoda (oraz skorygowana przez Sąd Okręgowy) może być uznana za rażąco wygórowaną.

Kara w wymiarze przyjętym przez pozwanego – a więc 525.817,17 zł stanowi około 44% wynagrodzenia brutto liczonego za całość przedmiotu umowy. Z kolei kara określona przez Sąd Okręgowy (140.000 zł) wynosi blisko 12% tego wynagrodzenia. Stosunek kary umownej do wartości świadczenia należnego pozwanemu stanowi kolejną przesłankę która wskazuje że kara (także przyjęta przez Sąd I instancji jest nadmierna). Kara obliczona przez stronę w istocie przenosi koszt wykonania prac na wykonawcę nie tylko pozbawiającej go (mimo wykonania robót i dokonania przez inwestora odbioru obiektu w części mieszkalnej) zysku ale też zmuszać do ponoszenia w znacznej części kosztów robót. Jako taka kara umowna prowadzi do niesłusznego wzbogacenia inwestora (który otrzymał dzieło) i nie daje pogodzić się z wnioskami wynikającymi z zakazu bezpodstawnego bogacenia się cudzym kosztem. Mankamentu tego nie niweluje wymiar kary ustalony przez Sąd I instancji. Nadal bowiem w świetle realiów obrotu kara umowna pozbawia sensu gospodarczego wykonanie umowy przez powoda. Pozbawienie to nie jest uzasadnione ani przez rozmiary szkody, którą odnieść miałby pozwany ani też przez funkcje represyjne kary umownej.

W sprawie nie zachodzą żadne przesłanki, które pozwalały na ustalenie, że w wyniku zwłoki powoda w wykonaniu prac pozwany poniósł szkodę przewyższającą wartość kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Powołując się na potencjalne sankcje, jakie mogły spotkać pozwanego w związku z opóźnieniem (w postaci utraty możliwości korzystania z zewnętrznego finansowania inwestycji), pozwany nie wykazał ani też nie twierdził, by w niniejszej sprawie jakiegokolwiek skutki opóźnienia w tym zakresie go dotknęły. Z kolei zarzucając, że ponosił koszt lokali socjalnych dla rodzin, które miały zamieszkać w remontowym budynku również nie przedstawił żadnego dowodu, by koszt ten był wyższy, w okresie za który powód odpowiada niż wartość kary umownej za odstąpienie. Wysokość szkody zatem w świetle przedstawionego wzorca oceny jest dodatkową okolicznością wskazującą na konieczność zmiarkowania kary umownej.

Dodatkowo pomija pozwany też to, że istotnie przyczynił się do opóźnienia począwszy od etapu przygotowywania dokumentacji przetargowej i dołączenia do niej wadliwie sporządzonego tzw. kosztorysu inwestorskiego (przedmiaru robót – o czym będzie mowa w toku dalszych rozważań) poprzez wydawanie przez inspektora nadzoru wykonawcy poleceń dotyczących wykonania zarówno robót w ogóle nie objętych kosztorysem jak i zmian technologii robót i następnie cofanie przez inwestora tych decyzji po wykonaniu prac (kwestia pokrycia dachu). Kwestie te przyczyniały się do opóźnienia prac nie tylko w sposób przyjęty przez Sąd I instancji (przez wykazanie, ile czasu zajęło wykonanie tych prac) lecz także jako czynnik dezorganizujący planowany tok robót. Skoro przedsiębiorca budowlany przystępuje do wykonania umowy z określonym zakresem, to planuje chronologię czynności na budowie, uwzględniając czas technologicznie konieczny dla wykonania pewnych prac (nie tylko czas wykonania ale też np. czas konieczny na schnięcie nałożonych powłok), prognozuje zamówienia towarów z odpowiednim wyprzedzeniem itp. Polecenie wykonania innych robót nie przewidzianych w kosztorysie inwestorskim niewątpliwie zakłóca cykl wykonawstwa i stanowi dodatkowy czynnik wpływający na płynność robót. Zatem zachowanie pozwanego zgłaszającego szereg żądań w toku robót również musi stanowić też z tej przyczyny element wpływający na przedłużenie prac powoda (przyczyniający się do tego przedłużenia). Nie bez znaczenia też w tym kontekście pozostaje opóźnienie w zapłacie pierwszej transzy wynagrodzenia. Wbrew wywodom Sądu I instancji skoro ustawa przyznaje prawo wykonawcy do żądania sukcesywnego rozliczenia prac budowlanych (a umowa między stronami tego prawa nie wyłącza) to przyjmując należy, że nawet jeśli wykonawca zapewnia sobie finansowanie robót z innych źródeł, oczekiwanie na opóźnienie świadczenie częściowe również może wpływać negatywnie na tempo robót.

W związku z tym biorąc pod uwagę przedstawione okoliczności (a więc wartość kary umownej w stosunku do wynagrodzenia oraz to, że pozwany nie wykazał, by poniósł szkodę przewyższającą swoją wysokością wartość kary za odstąpienie od umowy, a jednocześnie swoim zachowaniem przyczyniał się do przedłużania procesu budowlanego)

uznać należało, że kara umowna za nieterminowe wykonanie umowy w wysokości przekraczające wartość kary za odstąpienie od umowy jawi się jako rażąco wygórowana a dokonane potrącenie prowadzi w swoim efekcie ekonomicznym do nieuzasadnionego okolicznościami wzbogacenia inwestora.

Z drugiej strony nie sposób pominąć tego że opóźnienie za które zgodnie z ustaleniami i ocenie Sadu Okręgowego odpowiada powód, posiadało znaczne rozmiary. Stosunkowo wysoka (w proporcji do wartości umowy) kara zastrzeżona za każdy dzień zwłoki wskazuje na to, że w umowie strony nadawały terminowości świadczenia istotne znaczenie (zabezpieczając ten aspekt prawidłowości świadczenia wykonawcy stosunkowo wysoką karą umowną), co potwierdza stanowisko pozwanego akcentujące kwestię zabezpieczenia się z uwagi na pozyskanie zewnętrznego finansowania inwestycji). Wobec braku innych argumentów świadczących o rażącym wygórowaniu kary umownej należało zatem ją zmiarkować do poziomu kary za odstąpienie od umowy.

W rezultacie jedynie w przedstawionym wyżej zakresie uwzględniono apelację powoda. W pozostałym zakresie zaś argumentacja dotycząca miarkowania kary umownej uznana musi być za bezzasadną.

Odnosząc się do dalszych (poza uwzględnionymi zarzutów apelacji powoda, w pierwszej kolejności ustosunkować się należy do stanowiska strony skarżącej formułującej w petitum apelacji zarzuty szeregu (enumeratywnie wymienionych) błędów w ustaleniach faktycznych (czyniąc je pierwszoplanowymi w przyjętym przez siebie porządku zarzutów apelacyjnych). Skarżąca nie wskazuje na to, jakie normy prawa procesowego miałyby zostać przez Sąd naruszone i skutkować wyliczanymi błędami.

Wyjaśnić więc należy, że ustalenia faktyczne są wynikiem stosowania reguł (norm) prawa procesowego. Fakty przyjęte za podstawę rozstrzygnięcia stanowią wynik procesowej weryfikacji twierdzeń stron co do okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, ewentualnie uzupełnianych o fakty znane powszechnie i fakty znane sądowi z urzędu (art. 228 k.p.c.).

Weryfikacja twierdzeń stron następuje w oparciu o przepisy prawa procesowego. Fakty przytoczone przez strony zasadniczo wymagają dowodu i na stronach (zgodnie z art. 232 k.p.c.) spoczywa ciężar przytoczenia faktów oraz dowodów. Bez przeprowadzenia postępowania dowodowego Sąd może czynić ustalenia faktyczne jedynie co do faktów przyznanych przez stronę przeciwną (w sposób wyraźny – art. 229 k.p.c. lub w sposób dorozumiany - art. 230 k.p.c.), faktów objętych domniemaniami faktycznymi (art. 231 k.p.c.) lub prawnymi (art. 234 k.p.c.).

Ocena dowodów i uznanie ich wiarygodności oraz mocy dowodowej odbywa się na podstawie kompetencji określonych w art. 233 k.p.c. Na podstawie tej oceny Sąd uznaje określone fakty za udowodnione (czyni je podstawą rozstrzygnięcia) lub uznając za niewykazane pomija przy rozstrzygnięciu.

Zatem formułując zarzut „błędu w ustaleniach faktycznych” strona skarżąca winna wykazać, które z przytoczonych reguł procesowoprawnych Sąd I instancji naruszył, uznając za udowodnione (względnie bezsporne lub z innych przyczyn nie wymagające dowodu) fakty kwestionowane w apelacji. Twierdzenie o błędzie w ustaleniach faktycznych powinno być więc odnoszone (zwłaszcza w przypadku apelacji redagowanej przez zawodowego pełnomocnika) do konkretnej normy prawa procesowego, która miała być wadliwie przez Sąd zastosowana. Brak odniesienia argumentacji do właściwych przepisów powoduje, że zarzuty apelacyjne pozostają polemiką z ustaleniami Sądu I instancji polegającą (jak w niniejszej sprawie) na ponownej prezentacji własnego stanowiska strony co do przebiegu zdarzeń.

Przypomnieć też należy, że Sąd odwoławczy związany jest zarzutami naruszenia prawa procesowego (por. np. mająca moc zasady prawnej uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 31 stycznia 2008 III CZP 49/07, OSNC 2008/6/55). W tym kontekście zaniechanie wskazania przez pełnomocnika skarżącego, jakie naruszenia przepisów prawa procesowego miałyby wpływać na błędne ustalenie faktów powoduje, że tak formułowany zarzut nie może podlegać prawidłowej weryfikacji na etapie postępowania odwoławczego. Skarżący nie wskazał uzasadnienia dla swoich twierdzeń o błędach w ustaleniach faktycznych, co w istocie czyni apelację powoda w tej części wyłącznie polemiką z ustaleniami dokonanymi przez Sąd.

Odnosząc się do wywodów powoda mających uzasadniać zarzut naruszenia art. 405 k.c. przypomnieć należy, że roszczenie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia wymaga wykazania, że w wyniku świadczenia doszło do przesunięcia majątkowego (zubożenia w majątku podmiotu świadczącego i przysporzenia w majątku wzbogaconego). Między przesunięciem majątkowym po stronie zubożonego i wzbogaconego musi zachodzić związek funkcjonalny (wzbogacenie musi być odpowiednikiem zubożenia)

Jedynie w granicach, w jakich doszło do wzbogacenia (uzyskania świadczenia) powstaje obowiązek zwrotu. Innymi słowy na podstawie art. 405 k.c. nie można więc żądać zwrotu wartości robót, które nie wzbogaciły pozwanego. Zatem jeśli przed zakończeniem robót prace zlecone przez inwestora zostały zdemontowane i nie zostały w efekcie odebrane (przejęte), to nie można wywodzić, że doszło do wzbogacenia po stronie pozwanego (czy też do spełnienia świadczenia nienależnego). Taka też konkluzja wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego. W rezultacie kwestionując poprawność zastosowania normy art. 405 k.c. powód powinien był wykazać, że efekt prac, które jego zdaniem miały stanowić wartość bezpodstawnie wzbogacać inwestora, stanowił walor majątkowy, który powiększył wartość majątku pozwanego. Wywodu takiego nie przeprowadzono, co czyni zarzut powoda bezzasadnym.

To samo dotyczy kwestii związanych z kwalifikacją prac jako roboty zamienne. Zarówno biegły jak i Sąd Okręgowy wskazali zakres prac tak zakwalifikowanych. Sąd zaakcentował w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku dowodowy problem z oceną, czy efekt tych prac stanowiłby w istocie nieuzasadnione umową przysporzenie po stronie pozwanego. Problem ten wynika z zaniechania przedstawienia przez powoda dowodów wskazujących na umowną wartość przyjętą dla oszacowania prac, z których pozwany zrezygnował na rzecz prac określonych jako zamienne. W apelacji (mimo treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku, nie przedstawiono żadnej argumentacji pozwalającej na dokonanie oceny tej wartości. Z tej przyczyny także w omawianym zakresie apelacja musi być uznana za bezzasadną.

Odnosząc się do apelacji pozwanego stwierdzić należy, że przedstawione wywody dotyczące przesłankę miarkowania dotyczą też zasadniczych motywów i zarzutów stanowiska tego skarżącego (w części dotyczącej kary umownej).

Uzupełniając tą argumentację w odniesieniu do kolejnych zarzutów pozwanego dodać należy, że za całkowicie bezzasadny uznać należy zarzut naruszenia art. 353¹ k.c. przez dokonanie zmiarkowania kary. Sąd I instancji normy tej bowiem nie stosował. Przypomnieć należy, że norma art. 353¹ k.c. statuuje granice zasady swobody umów. W jej świetle strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Umowa naruszająca wyznaczone granice jako sprzeczna z przepisem art. 353¹ k.c., będzie podlegała sankcji określonej w art. 58 §1 k.c. (ewentualnie art. 58 §3 k.c.). Sąd I instancji nie przyjmował, że zastrzeżenie kary umownej co do jej wysokości naruszało zasadę swobody umów. Przeciwnie – z wywodów Sądu Okręgowego wynika, że umowę między stronami przyjął za ważną i zgodną z przepisami prawa. Sąd stosował normę art. 484 §2 k.c. zawierającą upoważnienie dla sądu (kompetencję) do władczej ingerencji (na wniosek dłużnika) w treść stosunku prawnego.

Istnienie przesłanek do miarkowania kary umownej Sąd ocenia według okoliczności istniejących po aktualizacji prawa do żądania kary umownej (a więc w przypadku kary za nieterminowe wykonanie umowy – po spełnieniu świadczenia). Zgodność zastrzeżenia kary umownej z prawem (a więc także niewykraczanie przez umowę poza granice swobody kontraktowej) zaś ocenia się z perspektywy momentu zawarcia umowy. Zatem dokonując miarkowania kary i stosując normę art. 484 §2 k.c. Sąd korzysta z kompetencji określonej ustawą i nie może naruszać zasady swobody umów.

Dalej pozwany wywodzi w apelacji, że Sąd mylnie przyjmuje za biegłym okres opóźnienia, za który nie odpowiada powód, skoro zarazem nie uznaje za dodatkowe części prac tak zakwalifikowanych przez biegłego i usprawiedliwiających przedłużenie robót. Skarżący w tej części swojej krytyki zaskarżonego wyroku zdaje się nie dostrzegać całości wyводу Sądu Okręgowego. Sąd ten bowiem przyjmując, że prace (kwalifikowane przez biegłego jako dodatkowe) wydłużały z przyczyn niezależnych od powoda czas wykonania robót, miał na względzie to, że prac tych nie uwzględniano w planowaniu czasu wykonania robót, a konieczność ich wykonania wynikała z decyzji inwestora (komunikowanych przez inspektora nadzoru). Zatem Sąd I instancji w tym przypadku w sposób

konsekwentny uwzględniał wynik postępowania dowodowego. Natomiast odmowa uwzględnienia roszczeń powoda o zapłatę wywodzonych z faktu wykonania części prac wynikała z tego, że Sąd nie uznał, by wskutek wykonania tych prac pozwany został wzbogacony. Zatem nie popada Sąd I instancji w sprzeczność logiczną w swoim uzasadnieniu a skarżący bezzasadnie przypisuje z tej przyczyny Sądowi zarzut naruszenia art. 484 §2 k.c.

Odnosząc się do zarzutów pozwanego kwestionującego poprawność kwalifikowania jakichkolwiek prac jako dodatkowe, w pierwszej kolejności odnieść się należy do tej części argumentacji, która dotyczy znaczenia dołączenia do dokumentacji przetargowej przedmiaru robót (tzw. kosztorysu „ślepego”) w przypadku prowadzenia przetargu w celu zawarcia umowy o roboty budowlane za wynagrodzeniem ryczałtowym. Trafne są wywody skarżącego wskazujące na to, że w takiej sytuacji w świetle przepisów art. 31 ust 4 PZP w zw. z §4 ust 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1129). nie było jego obowiązkiem przygotowanie przedmiaru robót. W świetle §4 ust 3 cytowanego rozporządzenia, jeśli zamówienie na roboty budowlane, jest udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki lub w istotnych postanowieniach umowy przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, dokumentacja projektowa może nie obejmować przedmiaru robót.

W realiach sprawy jednak przedmiar robót został sporządzony na potrzeby postępowania przetargowego i dołączony do dokumentacji przetargowej. Zatem przyjąć należy, że stanowił jej istotny (według pozwanego) element, do którego odnosić się miały składane oferty. Jakkolwiek więc zgodzić się należy z przywoływanym w apelacji pozwanego stanowiskiem, że przedmiar robót nie określa zamawianego świadczenia, a roboty nieujęte w przedmiarze również mogą być objęte zobowiązaniem wykonawcy, to jednak nie sposób całkowicie pozbawić znaczenia prawnej istotnej części dokumentacji przetargowej.

Przypomnieć należy, że w świetle cytowanego wyżej rozporządzenia przedmiar robót powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych (§6 ust 1). Jego układ i treść są ściśle regulowane przez kolejne przepisy rozporządzenia. Przedmiar zawiera zarówno zestawienie rodzajów robót wymaganych przez inwestora dla wykonania zamówienia jak i ich zestawienie ilościowe. Dokument ten sporządzony rzetelnie powinien więc odpowiadać zarówno dokumentacji projektowej jak i woli inwestora (który nie musi przecież powierzać w ramach jednego przetargu wykonania całego obiektu, lecz może dzielić wykonawstwo na etapy).

W przypadku robót remontowych w których często dopiero w trakcie robót (demontażu zużytych elementów i powierzchni) ustalić można rzeczywisty zakres czynności koniecznych do prawidłowego wykonania remontu, poddać krytyce należy praktyczną stronę formułowania w ramach przetargu oczekiwań zawarcia umowy o wynagrodzenie ryczałtowe. W ten sposób inwestor (dysponujący środkami publicznymi i w związku z tym zobowiązany do szczególnej lojalności w zakresie przygotowania dokumentacji przetargowej) w istocie przenosi na wykonawcę ryzyko ujawnienia tego rodzaju konieczności i niedoszacowania z tej przyczyny wynagrodzenia ofertowego.

W tym kontekście zaś uznać należy, że przedmiar wykonany przez inwestora ma w takiej sytuacji istotne znaczenie dla wykonawcy przy szacowaniu ceny ofertowej dając obraz prac koniecznych do wykonania według rzetelnej wiedzy osób przygotowujących dokumentację projektową. Jeśli więc przedmiar jest wykonany nierzetelnie (zarówno jeśli chodzi o aspekt ilościowy prac jak i pomija część prac koniecznych do wykonania remontu) a wykonawca dokumentem tym kieruje się szacując koszt robót, to nie można przyjąć, że jego ryzyko (związane z niedoszacowaniem oferty) obejmować powinno również prace które pozwany mógł i powinien oszacować prawidłowo na podstawie dokumentacji projektowej i dokonywanych przez siebie obmiarów.

Ryzyko wykonawcy związane z ustaleniem wynagrodzenia ryczałtowego obejmuje bowiem te prace, których konieczność ujawni się dopiero w trakcie robót jako konsekwencja wymogu zachowania prawidłowej technologii

prac objętych zamówieniem (np. wskutek ustalenia w następstwie rozbiórki elementów budynku złego stanu innych elementów, czego nie zakładano).

W tym kontekście zwrócić też należy uwagę na to, że biegły w swojej opinii nie tylko odnosił się do przedmiaru lecz wykazywał szereg innych mankamentów procedury przetargowej wprowadzających w istocie w błąd oferentów (wskazywał na przykłady wprowadzających w błąd lakonicznych odpowiedzi zamawiającego na zapytania oferentów w trakcie procedury przetargowej). Biegły stwierdził też jednoznacznie nierzetelność przedmiaru i wynikającą z materiału procesowego (liczby zapytań oferentów) powinność wykonania przedmiaru uzupełniającego, czego pozwany nie zlecił.

Innymi słowy jeśli inwestor dokonywał samodzielnie na podstawie dokumentacji projektowej obmiarów ilościowych i zestawienia rodzaju robót) i na jego podstawie sporządził przedmiar, który uczynił częścią dokumentacji przetargowej zobowiązując oferentów do odnoszenia swoich ofert do zakresu prac określonego w przedmiarze, następnie mimo uwag zgłaszanych do dokumentacji, nie uzupełnił przedmiaru lecz traktował dokument ten jako wiążący dla oferentów i utwierdzał ich w przekonaniu o jego prawidłowości, to nie może skutków swoich błędów i zaniechań przerzucić na wykonawcę, z którym zawarł umowę. Uwypuklić należy zaznaczoną wyżej szczególną rolę zamawiającego w ramach postępowania przetargowego i wynikającą stąd powinności rzetelnego przygotowywania dokumentacji przetargowej. Działający w zaufaniu do zamawiającego oferent, ma więc prawo twierdzić, że prace wprawdzie nie objęte przedmiarem ale takie które inwestora mógł i powinien uwzględnić w przedmiarze, a które w toku robót należało wykonać zgodnie z wolą inwestora, winny być traktowane jako nieobjęte wynagrodzeniem ryczałtowym (dodatkowe w stosunku do przedmiotu zamówienia publicznego).

W niniejszej sprawie jest to dodatkowo uzasadnione tym, że w rozdziale 17 SIWZ wprost wskazano, że cena oferty brutto jest ceną ostateczną obejmującą „wszystkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia zgodnie z przedmiarem robót”. Zatem sam zamawiający nadawał w SIWZ przedmiarowi robót walor wyczerpującego zestawienia robót koniecznych dla prawidłowego wykonania zamówienia. W umowie zaś wprost odwołano się do SIWZ dla konkretyzacji przedmiotu świadczenia wykonawcy. To powoduje, że w realiach niniejszej sprawy uznać należy przedmiar robót za dokument precyzujący zakres umówionego świadczenia wykonawcy. Zatem sformułowanie o zobowiązaniu do wykonania remontu zgodnie z dokumentacją projektową musi być uznane za doprecyzowane przez przedmiar.

Ryzykiem zatem powoda jako wykonawcy objęte było jedynie wykonanie takich prac, które nie mogły być (z uwagi na brak wiedzy i dokumentacji) znane stornom w chwili sporządzania przedmiarów koniecznych dla prawidłowego wykonania prac wskazanych w przedmiarze

Zatem Sąd Okręgowy przyjmując za biegłym, że część prac wykonanych przez powoda nie mieściła się w zakresie robót objętych umową, nie naruszył art. 632 k.c.

Podkreślić też należy, że w istocie bez znaczenia dla określenia zakresu prac umówionych pozostaje eksponowany przez pozwanego w apelacji sposób ustalenia wynagrodzenia (a zatem umowne ustalenie wynagrodzenia w sposób kosztorysowy lub ryczałtowy) lecz wymaga odtworzenia woli zamawiającego co do zakresu powierzonych w zamówieniu prac. Zakres ten zaś określa nie tylko dokumentacja projektowa ale całość dokumentacji przetargowej, w tym także znaczenie jakie przydawane jest poszczególnym dokumentną przez zamawiającego w poszczególnych postanowieniach SIWZ. Określenie wynagrodzenia jako ryczałtowego lub kosztorysowanego natomiast ma to znaczenie, że konstrukcja wynagrodzenia ryczałtowego obciąża strony ryzykiem przeszacowania lub niedoszacowania wynagrodzenia, czego unika przyjęcie rozliczenia na podstawie kosztorysu powykonawczego i objęcie umową jedynie wartości (cen) jednostkowych pozwalających ustalić ostateczne wynagrodzenie na podstawie obmiaru prac wykonanych.

W rezultacie nie można podzielić argumentacji apelacji pozwanego dotyczącej naruszenia art. 31 PZP i §4 ust 3 cytowanego wyżej rozporządzenia.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostają dalsze zarzuty apelacji pozwanego mające uzasadniać zarzut naruszenia art. 484 §2 k.c. Z uwagi na samodzielne określenie przez Sąd odwoławczy kryteriów jakie przyjęto dla zmiarkowania kary umownej, zbędnym jest odnoszenie się do argumentów przyjętych przez Sąd Okręgowy a dotyczących proporcji, w jakiej pozostawał okres opóźnienia za który odpowiedzialność przypisano powodowi do całego terminu wykonania umowy. Z kolei porównanie wartości kary umownej do wartości wynagrodzenia jako jednej z czynników pozwalających na ocenę czy zachodzi przypadek rażącego wygórowania kary umownej nie może być uznane za błąd Sądu, o czym świadczy choćby przytoczone wyżej orzecznictwo wprost wskazujące na konieczność uwzględniania także takiego argumentu.

Skarżący zarzuca że Sąd błędnie przyjął, iż zachodziły przesłanki do miarkowania kary, mimo że to sam powód swoim zachowaniem przyczynił się od powstania opóźnienia

Jak wskazano wyżej nie sposób przyjąć, by wyłącznie powód swoim zachowaniem spowodował przedłużenie terminu wykonania robót. Zbędne jest powtarzanie tej argumentacji. Zarazem dodać należy, że dla dopuszczalności miarkowania kary zgodnie z art. 484 §2 k.c. nie jest istotne to, że dłużnik ponosi wyłączną odpowiedzialność za nienależyte wykonanie zobowiązania. Zatem fakt, że wyłącznie dłużnik ponosi odpowiedzialność za nienależyte wykonanie umowy nie wyłącza dopuszczalności zmiarkowania kary umownej. Jak wskazano wyżej kwestia przyczynienia się wierzyciela może stanowić jedynie jeden z aspektów określających zakres sądowej modyfikacji wysokości kary umownej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 411 pkt. 1 k.c. stwierdzić należy, że zgodnie z tym przepisem wyłączone jest prawo do żądania zwrotu spełnionego świadczenia wówczas, jeżeli spełniający świadczenie wiedział, że nie był do świadczenia zobowiązany, chyba że spełnienie świadczenia nastąpiło z zastrzeżeniem zwrotu albo w celu uniknięcia przymusu lub w wykonaniu nieważnej czynności prawnej. Ciężar dowodu istnienia po stronie świadczącego wiedzy o braku obowiązku świadczenia spoczywał w niniejszej sprawie na pozwanym

Nie wykazano, by powód świadcząc działał w świadomości braku zobowiązania umownego. Przeciwnie – dostrzec należy, że świadczenia uznane przez Sąd za nienależne wykonywał na podstawie poleceń inspektora nadzoru. Zgodnie z art. 25 i 26 ustawy prawo budowlane inspektor nadzoru jest przedstawicielem inwestora na budowie i ma określone kompetencje władcze w stosunku do kierownika budowy.

Zgodnie z umową zawartą między stronami także wskazano nadzór inwestorski na budowie jako posiadający określone kompetencje (reprezentujący inwestora w stosunku do wykonawcy. Jeśli tak, to powód był zobowiązany do wykonywania poleceń inspektora nadzoru (zwłaszcza w sytuacji gdy nie były one kwestionowane przez inwestora). Dodać należy, że ustawa wymaga wiedzy dłużnika co do braku zobowiązania. Tymczasem z wywodu apelacji pozwanego wynika, iż podnosząc zarzut naruszenia art. 411 k.c. zarazem uważa on, że całość świadczenia powoda mieściła się w ramach (granicach) jego obowiązku umownego (a zatem w myśl stanowiska pozwanego polecenia inspektora nie mogą być uznane za zlecenie prac dodatkowych). Już ta okoliczność wskazuje na to, że same strony w trakcie wykonywania umowy miały trudności interpretacyjne co do określenia zakresu obowiązków powoda. Jeśli tak, to nie można uznać, że powód wykonując świadczenie zakwalifikowane jako prace dodatkowe przez biegłego wiedział o braku podstaw prawnej

Zatem nie można przyjąć, że wykonawca spełniając polecenia inwestora (inspektora nadzoru inwestorskiego) świadczył mimo wiedzy, że świadczenie jest nienależne, skoro dostosowując się do poleceń inspektora i inwestora działał zgodnie z zakomunikowaną mu wolą zamawiającego (wynikającą z interpelacji umowy i potwierdzonej SIWZ, z których wynikało, że wykonawca miał obowiązek stosowania się do poleceń inwestora.

W rezultacie fakt, że świadczenia nie można było zakwalifikować jako mającego swoją podstawę w umowie z uwagi na niezachowanie formy pisemnej ad solemnitatem powoduje więc, że należy uznać, iż świadczenie zostało wykonane na podstawie nieważnej umowy co zgodnie z art. 411 §1 pkt. 1) k.c. nie wyłącza prawa do zwrotu świadczenia.

Stąd też za bezzasadny uznać należało zarzut naruszenia art. 411 k.c.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c. stwierdzić należy, że skarżący postawił w apelacji tezę o naruszeniu przez Sąd I. instancji tej normy kwestionując szereg szczegółowych ustaleń. W pierwszej kolejności wyjaśnić więc trzeba, że przywołany przez skarżącego przepis statuuje (jako zasadniczą podstawę ustaleń faktycznych) zasadę swobodnej oceny dowodów. Zasada ta określa kompetencję sądu do dokonania oceny według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego. Jej istotną cechą jest bezstronność, brak arbitralności i dowolności, przestrzeganie zasad logicznego rozumowania i zasad doświadczenia życiowego w wyciąganiu wniosków. Wszechstronne rozważenie zebranego materiału oznacza uwzględnienie wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu oraz wszystkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych środków dowodowych, a mających znaczenie dla ich mocy dowodowej i wiarygodności. Norma ta zatem zostaje naruszona wówczas, gdy Sąd z przekroczeniem ustawowego wzorca oceny przyzna (lub odmówi) walor wiarygodności lub mocy dowodowej konkretnym dowodowym i poczyni (lub zaniecha) poczynienia na ich podstawie błędne ustalenia faktyczne.

Norma art. 233 §1 k.p.c. jest jednolicie interpretowana w judykaturze. Dla przykładu przywołać należy stanowisko Sądu Najwyższego z dnia 29 października 1996 roku (sygn. akt III CKN 8/96, OSNC 1997/3/30), zgodnie z którym norma powołanego przepisu zawiera jednoznaczny i nie doznający wyjątku nakaz, aby ocena wyrażona w aspekcie wiarygodności była dokonana na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału. Po drugie, nakazuje uwzględnienie wszystkich dowodów przeprowadzonych w sprawie. Po trzecie, wymaga skonkretyzowania okoliczności towarzyszących przeprowadzeniu poszczególnych dowodów mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności. Po czwarte, w końcu wymaga przytoczenia jednoznacznego kryterium oraz merytorycznych i rzeczowych argumentów, mających w sposób przekonujący potwierdzić trafność dokonanej oceny w przedmiocie uznania dowodów za wiarygodne lub ich zdyskwalifikowania. Ustalenia faktyczne w oparciu o tak ocenione dowody nie mogą wykazywać błędów faktycznych (nie mogą być sprzeczne z treścią dowodów), jak i logicznych (błędności rozumowania i wnioskowania), bowiem podstawę orzeczenia może stanowić tylko całościowy obraz okoliczności przedstawionych w toku sprawy i istniejących w chwili zamknięcia rozprawy. Aby sąd drugiej instancji mógł dokonać właściwej kontroli trafności rozumowania sądu pierwszej instancji, które doprowadziło ten sąd do określonych wniosków w zakresie zgłoszonego żądania, cały proces myślowy musi być przedstawiony w pisemnych motywach orzeczenia.

Mając na względzie powyższe uwagi stwierdzić należy, że ocena dowodów dokonana przez Sąd pierwszej instancji odpowiada wskazanym wyżej kryteriom. Zarówno ocena dowodów osobowych, jak i dokumentów dokonana została w sposób obiektywny, rzetelny i wszechstronny. Wszystkie przeprowadzone dowody zostały przez Sąd przywołane i omówione. Nie można też zarzucić, by Sąd ten na tle przeprowadzonych dowodów budował wnioski, które nie znajdują w nich potwierdzenia.

Jak wskazano wyżej, dla skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c., koniecznym jest wykazanie przez skarżącego uchybień podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów, tj. regułom logicznego myślenia, zasadzie doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów (por. m.in. SN w wyroku z 16 grudnia 2005r., sygn. akt III CK 314/05, LEX nr 172176). W świetle powyższego nie jest więc wystarczającym dla uznania trafności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., aby polemika z oceną dokonaną przez Sąd, a co za tym idzie kwestionowanie poprawności opartych na niej ustaleń faktycznych, sprowadziła się, (jak ma to miejsce w tej sprawie), do przeciwstawiania wyłącznie jej własnej, odmiennej, (zdaniem strony - poprawnej) wersji zdarzeń istotnych dla rozstrzygnięcia. Sposób wywodu apelacyjnego w niniejszej sprawie czyni więc zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. bezzasadnym

Ustosunkowując się jednak dla wyczerpania porządku apelacji do poszczególnych kwestii, podniesionych w ramach zarzutu naruszenia normy art. 233 §1 k.p.c., wskazać należy, że wyżej już wskazano, że nie świadczy o naruszeniu zasad oceny dowodów twierdzenie o sprzeczności logicznej stanowiska Sądu, który z jednej strony przyjmuje że prace

dodatkowe wskazane przez biegłego wydłużały okres wykonania remontu, z drugiej zaś odmiennie kwalifikuje te prace oceniając roszczenie o zapłatę.

Jak wskazano rozbieżność ta jest pozorna. Dalej stwierdzić należy, że Sąd nie pominął zeznań świadków wskazujących na leżące po stronie powoda przyczyny przedłużenia się terminu zakończenia robót, skoro uznał powoda za odpowiedzialnego przedłużenia robót i zobowiązanego do zapłaty kary umownej. W ocenie Sądu odwoławczego doprecyzować należy jedynie, że określenie przez biegłego daty, w której prace obejmujące również roboty dodatkowe jego zdaniem powinny być zakończone (na 13 października 2012) ma charakter orientacyjny i służy przede wszystkim wykazaniu, o jaki okres czasu roboty musiały się przedłużyć w wyniku zlecenia robót dodatkowych (przedłużenie terminu nie było spowodowane przez powoda). Nie oznacza to jednak w żadnej mierze, że Sąd pominął przypisanie powodowi odpowiedzialności za opóźnienie. W tym kontekście zachowanie pozwanego (jak wyżej wskazano) oceniać należy jako przyczynienie się do opóźnienia, co również wyjaśniono wyżej.

Bezzasadnie też zarzuca pozwany Sądowi wadliwą ocenę kwestii zlecenia powodowi przez pozwanego zmiany materiału z którego wykonane było pokrycie dachowe. W ocenie Sądu odwoławczego skoro nie budzi wątpliwości że decyzja ta została powodowi zakomunikowana przez ówczesnego inspektora nadzoru inwestorskiego, to powód miał prawo być przekonany, że jest to decyzja inwestora z uwagi na pozycję inspektora w procesie budowlanym oraz wynikający z materiału procesowego tryb podejmowania decyzji przyjęty przez strony w odniesieniu do remontu objętego sporem. W świetle zasad doświadczenia życiowego i logiki nie sposób też przyjąć, że inspektor nadzoru istotną ostatecznego efektu estetycznego remontu decyzję dotyczącą zmiany podejmował samodzielnie (bez konsultacji z inwestorem). Pozwany nie przedstawił żadnych dowodów podważających tą tezę. Brak podpisu burmistrza pod notatką nie przekreśla więc prawdziwości danych w niej zawartych

Analogiczne uwagi dotyczą dalszych zarzutów pozwanego dotyczących ustalania że inspektor nadzoru posiadał kompetencję do działania w imieniu inwestora na budowie i wiążącego polecenia wykonania określonych prac.

W rezultacie przyjąć trzeba, że materiał procesowy uzasadnia ustalenia Sądu Okręgowego, zaś w apelacji nie przedstawiono argumentów podważających zgodność tej oceny z wzorcem określonym w art. 233 §1 k.p.c.

Kwestie dotyczące oceny istnienia postaw i uzasadnienia wysokości kary umownej poruszane dla uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c. w istocie stanowią powtórzenie uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 484 §2 k.p.c. i zostały omówione wcześniej. Dodać należy jedynie, że podnosząc te kwestie w ramach zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c. nie podważa skarżący w istocie żadnych ustaleń Sądu Okręgowego.

Odnosząc się do tej sfery apelacji powoda podkreślić zarazem należy, że kwestia interesu ekonomicznego, jaki miał być chroniony przez zastrzeżoną karę (potencjalnej możliwości utraty finansowania inwestycji w przypadku opóźnienia z jej wykonaniem) o tyle nie ma znaczenia dla oceny miarkowania kary umownej, że pozwany nie wykazał, by w ostatecznym rozliczeniu inwestycji utracił jakiegokolwiek środki finansowe. Przeciwnie, z samej apelacji wynika, że nie doznał szkody z tego tytułu. To zaś powoduje, że kwestia motywów, jakimi kierował się pozwany, zastrzegając wysoką karę za opóźnienie, posiada w istocie znaczenie drugorzędne dla oceny poprawności zaskarżonego wyroku.

Bez znaczenia dla miarkowania kary pozostaje kwestia oświadczeń składanych przez powoda w momencie podpisywania umowy (co do możliwości wykonania umowy w terminie), skoro, jak wskazano wyżej, istotą miarkowania kary jest ocena jej wysokości z perspektywy po wykonaniu świadczenia. Dłużnik zawierając umowę i zobowiązując się do świadczenia w terminie zarazem potwierdza możliwość jej wykonania. Fakt, że dłużnik przecenia swoje możliwości lub zdaje sobie sprawę że terminu nie będzie mógł dochodząc w świetl art. 484 §2 k.c. nie wyłącza dopuszczalności miarkowania kary umownej

Za bezzasadny uznać należy też zarzut naruszenia art. 328 §2 k.p.c.

Zgodnie z tym przepisem, uzasadnienie wyroku powinno zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a mianowicie: ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla

których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. W orzecznictwie jednolicie wskazuje się, że powołanie się na podstawę naruszenia w postaci art. 328 § 2 k.p.c. jest usprawiedliwione tylko wówczas, gdy z uzasadnienia orzeczenia nie daje się odczytać, jaki stan faktyczny lub prawny stanowił podstawę rozstrzygnięcia, co uniemożliwia kontrolę instancyjną (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2008 r., sygn. akt III CSK 315/07, niepubl., wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2008 r., sygn. akt III CSK 264/07, pub. OSNC-ZD 2008, nr 4, poz. 118, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2009 roku, sygn. akt I UK 21/09, LEX nr 515699). Inaczej rzecz ujmując, zarzut wadliwego sporządzenia uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia może okazać się zasadny tylko wówczas, gdy z powodu braku w uzasadnieniu elementów wymienionych w art. 328 § 2 k.p.c. zaskarżone orzeczenie nie poddaje się kontroli, czyli gdy treść uzasadnienia orzeczenia sądu drugiej instancji uniemożliwia całkowicie dokonanie toku wyводу, który doprowadził do jego wydania. To, czy w istocie sprawa została wadliwie, czy prawidłowo rozstrzygnięta nie zależy od tego, jak zostało napisane uzasadnienie (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2009 roku, sygn. akt II PK 2010/08, LEX nr 523527, wyrok Sąd Najwyższego z dnia 16 grudnia 2008 roku, sygn. akt I PK 96/08, LEX nr 529754). Jedynie w takim wypadku uchybienie art. 328 § 2 k.p.c. może być uznane za mogące mieć wpływ na wynik sprawy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2008 roku, sygn. akt II PK 48/08, LEX nr 513006). Oznacza to, że nie każde uchybienie w zakresie konstrukcji uzasadnienia orzeczenia sądu drugiej instancji może stanowić podstawę do kreowania skutecznego zarzutu. Skarżący musi przy tym wykazać zaistnienie tego rodzaju wadliwości.

W niniejszej sprawie upatruje skarżący naruszenia art. 328 §2 k.p.c. jedynie w tym że Sąd nieprecyzyjnie, zdaniem skarżącego, wskazał przesłanki, które uwzględnił miarkując karę umowną. Odnosząc się do tej kwestii stwierdzić należy, że sposób redakcji uzasadnienia zaskarżonego wyroku jasno wskazuje jakie przesłanki legły u podstaw kwestionowanego rozstrzygnięcia. Wadliwość ich zastosowania (nieadekwatność) może uzasadniać zarzut naruszenia art. 484 §2 k.c. Natomiast bezzasadne jest powoływanie tej okoliczności w ramach zarzutu naruszenia art. 328 §2 k.p.c.

Z przedstawionych przyczyn orzeczono o oddaleniu apelacji pozwanego.

Z przedstawionych racji stosując normę art. 386 §1 k.p.c. orzeczono o zmianie zaskarżonego wyroku, zaś na podstawie art. 385 k.p.c. orzec o oddaleniu apelacji pozwanego i apelacji powoda w nieuwzględnionej części .

Wartość świadczenia należnego pozwanemu ustalono w taki sposób, że wartość potrąconego wynagrodzenia (525.817,17 zł) pomniejszono o wartość rzeczywiście należnej kary umownej (59094,49 zł). Ustalano w ten sposób, że pozwany bezzasadnie odmawia zapłaty kwoty 466722,68 zł. Kwotę tą należało powiększyć o wartość świadczenia nienależnego ustaloną przez Sąd Okręgowy (86.105,61 zł). Roszczenia podlegające uwzględnieniu w niniejszej sprawie wynoszą więc 552.828,29 zł. Skoro Sąd Okręgowy zasądził kwotę 471.922,78 zł, to modyfikując zakazane orzeczenie należało zasądzić dalszą kwotę w wysokości 80.905,51 zł z odsetkami od dnia wniesienia pozwu.

W pozostałym zakresie powództwo podlegało oddaleniu.

Zmiana orzeczenia co do istoty sprawy spowodowała konieczność modyfikacji rozstrzygnięcia o kosztach procesu. Wobec częściowego uwzględnienia żądań pozwu zastosować należało normę art. 100 k.p.c. w myśl której, w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań koszty będą wzajemnie zniesione lub stosunkowo rozdzielone. Sąd może jednak włożyć na jedną ze stron obowiązek zwrotu wszystkich kosztów, jeżeli jej przeciwnik uległ tylko co do nieznacznej części swego żądania albo gdy określenie należnej mu sumy zależało od wzajemnego obrachunku lub oceny sądu.

Z uwagi na to, że biorąc pod uwagę wartość przedmiotu sporu i wartość w jakiej powództwo zostało uwzględnione uznać należało że powód wygrał proces w 81% i w takiej proporcji ma prawo żądać zwrotu poniesionych kosztów procesu będąc jednocześnie zobowiązanym do zwrotu 18% kosztów pozwanego koszty powoda zgodnie z wyliczeniem Sadu Okręgowego wyniosły 7217 zł z czego 81% wynosi 5845,77 zł. Pozwany poniósł koszty w wysokości 7200 zł i ma prawo do żądania zwrotu 19% tej sumy (1368 zł). PO wzajem zrachowaniu należało zasądzić od pozwanego na rzecz powoda różnicę w kwocie 4477,77.

Odpowiednio do wyniku sprawy zmieniono też orzeczenie o nieuiszczonych kosztach sądowych obciążając powoda obowiązkiem poniesienia 19% tych kosztów zaś pozwanego o- 81%.

Rozstrzygając o kosztach postępowania apelacyjnego Sąd odwoławczy zastosował normę art. 98 k.p.c. i 100 k.p.c. w zw. z art. 108 k.p.c.

Strony wniosły dwie apelacje. Powód wygrał w całości sprawę z apelacji powoda i ma prawo żądania zwrotu wynikających z tego tytułu na koszty te składa się wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 8100 zł.

W przypadku apelacji powoda z porównania wartości przedmiotu zaskarżenia i wartości, w jakiej apelacja została uwzględniona, wynika, że powód wygrał proces w 39% zaś pozwany w 61%. W takiej proporcji obie strony mają prawo żądać zwrotu kosztów procesu. Koszty obu stron zamykają się kwotą 8100 zł jako opłatą za czynności pełnomocnika. Powód ma prawo żądać kwoty 3159 zł (39% tej sumy), zaś pozwany 4941 zł jako 61% poniesionych kosztów. Różnicę kosztów na rzecz pozwanego należało zatem określić na kwotę 1782 zł.

O kwotę tą na podstawie art. 100 k.p.c. pomniejszono wartość jakiej j powód mógł się domagać w wyniku rozstrzygnięcia o apelacji pozwanego. Stąd też na rzecz powoda podlegała zasądzeniu kwota 6318 zł.

Wynagrodzenie pełnomocników ustalono na podstawie §2 pkt. 7) w zw. z §10 ust. 1 pkt. 2) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015 roku, poz. 1804 ze zm.)

Wobec faktu że powód był zwolniony od opłaty od apelacji, należało rozstrzygnąć na podstawie art. 113 u.k.s.c. o obowiązku ponoszenia kosztów sądowych. Strony obciążono kosztami opłaty od apelacji powoda (w kwocie 10.409 zł) stosownie do wyniku sporu z tej apelacji (pозwanego obciążono obowiązkiem zapłaty 39% tej kwoty, zaś z roszczenia zasądzonego na rzecz powoda nakazano ściągnąć dodatkowo kwotę stanowiącą odpowiednik 61% tych kosztów).

Krzysztof Górski Danuta Jezierska Dorota Gamrat – Kubeczak