

Sygn. akt I ACa 734/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 lutego 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Magdalena Pankowiec
Sędziowie	:	SA Krzysztof Chojnowski (spr.) SA Jarosław Marek Kamiński
Protokolant	:	Anna Bogusławska

po rozpoznaniu w dniu 27 stycznia 2017 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...)w O.

przeciwko **J. T.**

o zapłatę

i z powództwa wzajemnego J. T.

przeciwko (...) w O. o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego głównego - powoda wzajemnego

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 14 kwietnia 2016 r. sygn. akt V GC 138/13

I. oddala apelację;

II. zasądza od pozwanego głównego – powoda wzajemnego na rzecz powoda głównego – pozwanego wzajemnego kwotę 16.300 złotych tytułem zwrotu kosztów instancji odwoławczej.

(...)

UZASADNIENIE

Powód główny (...)w O. wnosił o zasądzenie od J. T. kwoty 214.800 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 28 lipca 2012 r. tytułem kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanego.

Pozwany J. T. domagał się oddalenia powództwa głównego i jednocześnie wniósł pozew wzajemny, w którym domagał zapłaty kwoty 1.234.549,68 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 października 2012 r. (w tym 121.155 zł tytułem zwrotu kaucji; 871.084, 68 zł tytułem opłaty za fakturę nr (...) i 242.310 zł tytułem kary umownej). Ostatecznie zmienił żądanie powództwa wzajemnego określając je na poziomie 1.019.750,28 zł (w tym 871.084,68 zł za wykonane prace objęte umową i wystawioną fakturą nr (...); 27.510,60 zł za prace dodatkowe – faktura (...); 121.155 zł tytułem zwrotu kwot zatrzymanych na poczet gwarancji).

Pozwany wzajemny wnosil o oddalenie powództwa wzajemnego.

Wyrokiem z dnia 14 kwietnia 2016 r. Sąd Okręgowy w Olsztynie zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 122.489,40 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 28 lipca 2012 r. (pkt. 1); w pozostałej części powództwo główne oddalił (pkt. 2); zasądził od pozwanego wzajemnego na rzecz powoda wzajemnego kwotę 53.064,90 zł (pkt. 3); oddalił w pozostałej części powództwo wzajemne (pkt. 4); koszty procesu wzajemnie zniósł (pkt. 5).

Sąd ten ustalił, że w dniu 16 sierpnia 2011 r. strony zawarły umowę nr (...) na podstawie, której pozwany (powód wzajemny – w dalszej części bez tego dopisku) zobowiązał się do kompleksowego wykonania instalacji elektrycznej w rozbudowywanym (...) w O.. W § 2 tej umowy strony określiły ryczałtowe wynagrodzenie pozwanego w kwocie 2.423.100 zł. Zgodnie zaś z § 3 rozliczanie robót miało odbywać się fakturami częściowymi i fakturą końcową. Faktury miały być regulowane w terminie 45 dni od daty otrzymania przez powoda (pozwanego wzajemnego – w dalszej części bez tego dopisku) protokołu odbioru wykonanych robót. W § 4 jako termin zakończenia robót wskazano datę 30 czerwca 2012 r., przy czym za termin ukończenia robót strony uznały dzień podpisania protokołu końcowego odbioru. Zgodnie z treścią § 4 ust. 4 termin ukończenia robót mógł ulec przedłużeniu w przypadku opóźnień wynikających z przestojów i opóźnień zawinionych przez powoda, działania siły wyższej, wystąpienia okoliczności, których strony umowy nie były w stanie przewidzieć –pomimo zachowania należytej staranności, czy też prowadzenia wykopalisk uniemożliwiających wykonanie robót. Zapis § 9 ust. 1 dawał powodowi możliwość odstąpienia od umowy m.in. w przypadku gdyby został wydany nakaz zajęcia majątku pozwanego oraz gdyby powód stwierdził, że prace w sposób nieuzasadniony nie są prowadzone sukcesywnie, a zaangażowanie wykonawcy nie gwarantuje ukończenia robót w umówionym terminie. Pozwany miał zaś prawo odstąpienia od umowy w przypadku gdyby powód nie wywiązał się z obowiązku zapłaty faktur, mimo dodatkowego wezwania, w terminie 2 miesięcy od upływu terminu ich zapłaty (określonego w umowie). Zgodnie z § 9 ust. 3 w przypadku odstąpienia od umowy, strony zobowiązały się w terminie 7 dni sporządzić protokół inwentaryzacji wykonanych robót – według stanu na dzień odstąpienia.

Jak dalej wskazał Sąd I instancji, stosownie do treści § 10 ust. 1 umowy pozwany miał zapłacić powodowi karę umowną za odstąpienie przez powoda od umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanego w wysokości 10% wynagrodzenia umownego za przedmiot umowy (liczone od kwoty określonej w paragrafie 2 ust. 1 umowy). W § 11 strony postanowiły natomiast, że pozwany wniesie zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny oferty brutto, co stanowić miało kwotę 121.155 zł. Jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy pozwany mógł wnieść gwarancję ubezpieczeniową lub bankową w terminie 7 dni od daty podpisania umowy. Na wypadek nie wniesienia zabezpieczenia w w/w terminie, miało ono być odtworzone z potrąceń 5% wartości brutto z każdej wystawionej faktury. Zgodnie z § 11 ust. 4 umowy, w przypadku należytego wykonania robót 70% zabezpieczenia miało zostać zwrócone lub zwolnione w ciągu 30 dni po ostatecznym odbiorze przedmiotu umowy (potwierdzającym ich należyte wykonanie). Pozostała część, tj. 30% miało być zwrócone lub zwolnione w ciągu 15 dni po upływie okresu gwarancji, o którym stanowił § 8 ust. 2 umowy. W § 8 umowy strony uzgodniły, że odpowiedzialność pozwanego z tytułu rękojmi za wady fizyczne każdego z elementów przedmiotu umowy, wyniesie 3 lata licząc od dnia odbioru i przekazania do użytkowania wszystkich obiektów budowlanych. Strony postanowiły także, że odpowiedzialność wykonawcy z rękojmi zostanie rozszerzona poprzez udzielenie 3 letniej gwarancji za wady fizyczne każdego z elementów przedmiotu umowy.

Jak dalej ustalił Sąd Okręgowy, pismem z dnia 10 lipca 2012 r. powód wezwał pozwanego do wykonania robót budowlanych zgodnie z umową. Poinformował też, że roboty branży elektrycznej nie są prowadzone sukcesywnie, a brak zaangażowania pozwanego budzi uzasadnioną obawę co do ich ostatecznego ukończenia. Dodał także, że opóźnienia, zwłaszcza w zakresie montażu opraw oświetleniowych i rozdzielnic elektrycznych, uniemożliwiają

realizację robót innym podwykonawcom. W konsekwencji pozwany został wezwany do prawidłowego i zgodnego z harmonogramem rzeczowo-finansowym wykonania robót, w nieprzekraczalnym terminie do dnia 12 lipca 2012 r. Pozwany pismem z dnia 12 lipca 2012 r. zaprzeczył jakoby doszło do opóźnień w prowadzeniu robót, a następnie pismem z dnia 20 lipca 2012 r. zwrócił się do powoda z prośbą o przedłużenie terminu realizacji prac.

W dniu 25 lipca 2012 r. doszło do spotkania członków konsorcjum realizujących inwestycję w szpitalu (...)w O.. W jej toku kierownik kontraktu poinformował, że pomimo wielokrotnych monitów stwierdza się opóźnienie w branży elektrycznej w stosunku do harmonogramu rzeczowo-finansowego inwestycji. Prace pozwanego w sposób nieuzasadniony nie były prowadzone sukcesywnie, a jego zaangażowanie nie gwarantowało zakończenia robót w umówionym terminie, co zagrażało terminowi całej inwestycji. Wobec stwierdzenia, że pozwany nie jest w stanie dotrzymać warunków umowy, rada konsorcjum postanowiła, że należy odstąpić od umowy z jego winy i z tego tytułu naliczyć kary umowne. (...) konsorcjum zobowiązała w trybie pilnym radę budowy do wyboru nowego wykonawcy robót elektrycznych.

Z dalszych ustaleń Sądu I instancji wynika, że w dniu 26 lipca 2012 r. powód odstąpił od umowy z winy pozwanego. W uzasadnieniu podał, że roboty objęte łączącą strony umową nie zostały wykonane w terminie umownym, tj. do dnia 30 czerwca 2012 r. Prace w ostatnim kwartale w sposób nieuzasadniony nie były prowadzone sukcesywnie, a brak zaangażowania pozwanego spowodował przekroczenie terminów zakończenia etapów wyszczególnionych w harmonogramie rzeczowo-finansowym inwestycji. Przede wszystkim nie nastąpiło wykonanie instalacji oświetleniowej, instalacji stykowych, zasilania instalacji klimatyzacji oraz montażu opraw oświetleniowych. Jednocześnie na podstawie § 10 ust. 1 pkt a umowy powód naliczył karę umowną będącą równoważnością 10% wynagrodzenia brutto, co dało kwotę 242.310 zł.

W związku z odstąpieniem od umowy powód – stosownie do treści § 9 pkt 4 umowy – wezwał pozwanego do udziału w inwentaryzacji od dnia 31 lipca 2012 r. Przedmiotem inwentaryzacji miało być określenie zakresu wykonanych przez pozwanego robót do chwili odstąpienia przez powoda od umowy. Inwentaryzacja w konsekwencji służyć miała rozliczeniu pozwanego za wykonane prace.

W kolejnym piśmie z dnia 31 lipca 2012 r. określono terminy inwentaryzacji na okres przypadający od 1 sierpnia do 3 sierpnia 2012 r. i wezwano pozwanego do uczestnictwa. Następnie pismem z dnia 8 sierpnia 2012 r. poinformowano pozwanego o zakończeniu czynności inwentaryzacyjnych i wezwano do podpisania protokołu inwentaryzacji. Na protokole tym widniała data 3 sierpnia 2012 r. i wyszczególnione były roboty, których pozwany nie wykonał, a które to – zgodnie z zakresem określonym w umowie – miały być wykonane. Pozwany uczestniczył w procesie inwentaryzacji i podpisał protokół.

W dniu 27 lipca 2012 r. powód zawarł umowę z B. C., w ramach której ten ostatni miał dokończyć instalację elektryczną. Wynagrodzenie ryczałtowe określono na kwotę 1.968.000 zł.

Sąd Okręgowy wskazał dalej, że powołany w sprawie biegły (na okoliczność ustalenia zaawansowania robót branży elektro-energetyczno-elektrycznej wykonanych przez pozwanego – w stosunku do zakresu wynikającego z łączącej strony umowy) zaawansowanie tych robót określił na 58%.

Sąd I instancji powołał na § 11 i § 8 ust. 2 umowy i stwierdził, że pozwany nie dokonał wpłaty zabezpieczenia w kwocie 121.155 zł. Natomiast w dniu 10 lutego 2012 r. (niemal 6 miesięcy po zawarciu umowy) zwrócił się do powoda z wnioskiem o wyrażenie zgody na zmianę zabezpieczenia z dokonywanych potrąceń 5% wartości brutto każdej faktury na rzecz gwarancji ubezpieczeniowej. Powód zgodził się na to i poprosił o przedstawienie dokumentu gwarancji do dnia 29 lutego 2012 r. Gwarancja ta wystawiona została przez (...) w dniu 9 marca 2012 r. Powód nie zaakceptował jej gdyż – jego zdaniem – została ona wystawiona i dostarczona po upływie wyznaczonego terminu. Poza tym nie zabezpieczała roszczeń o kary umowne i odsetki oraz zawierała mało zrozumiałe zapisy, że kwota gwarancji ulega zmniejszeniu w miarę wykonywania przedmiotu umowy (ust. 1 w gwarancji). Sąd wskazał dalej, że powód przyznał, że

tytułem kaucji gwarancyjnych zatrzymał następujące kwoty: 9.280 zł (z faktury (...)); 36.031 zł (z faktury (...)); 1.375 zł (z faktury (...)).

Pismem z dnia 11 lutego 2012 r.(...)w O. zawiadomił powoda i na podstawie art. 89 § 1 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji wezwał go do nieuiszczania pozwanemu należnej kwoty z tytułu wierzytelności bez zgody organu egzekucyjnego, a przekazania jej organowi egzekucyjnemu na pokrycie dochodzonych należności. Przedmiotem postępowania egzekucyjnego była kwota 233.379,36 zł.

Z dalszych ustaleń Sądu Okręgowego wynika, że w dniu 24 lipca 2012 r. protokołem konieczności nr (...)powód stwierdził konieczność wykonania dodatkowych robót elektrycznych (nie ujętych w dotychczasowym zakresie umownym). Wartość tych robót określił na kwotę 22.366,34 zł netto plus podatek VAT. Kosztorys ofertowy sporządził pozwany, który wykonał wskazane roboty i wystawił fakturę nr (...) na kwotę 27.510,60 zł brutto. Pismem z dnia 24 października 2012 r. powód złożył oświadczenie o potrąceniu swojej wierzytelności wynikającej z naliczonych kar umownych w kwocie 242.310 zł z należnością pozwanego wynikającą z w/w faktury. Oświadczenie to doręczono pozwanemu przesyłką poleconą priorytetem oraz poinformowano faksem.

Sąd I instancji ustalił ponadto, że za część wykonanych robót (objętych umową) pozwany wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 720.629,94 zł brutto z terminem płatności do dnia 12 lutego 2012 r. Powód fakturę tę opłacał w częściach i z opóźnieniem, a nadto zatrzymał z niej kwotę 36.031 zł tytułem kaucji gwarancyjnej. Z uwagi na nieregularne płatności należności z tej faktury pozwany wielokrotnie wzywał powoda do dokonania zapłaty informując, że w przeciwnym razie zaprzestanie wykonywania prac. Pismem z dnia 25 maja 2012 r. pozwany – z uwagi na naruszanie obowiązku terminowego opłacania faktur – odstąpił od umowy. W uzasadnieniu wskazał na naganną praktykę opłacania faktur częściowych z opóźnieniem, mimo bardzo korzystnie ukształtowanego dla powoda czterdziestopięciodniowego terminu płatności. Na skutek takich działań pozwany utracił płynność finansową i znalazł się w sytuacji zagrażającej dalszemu funkcjonowaniu jego przedsiębiorstwa. Mimo formalnego odstąpienia od umowy, pozwany nadal prowadził roboty w branży elektrycznej określonej w w/w umowie i wykonywał je do końca lipca 2012 r. Przyznał to na rozprawie tłumacząc, że w istocie oznaczało to cofnięcie oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Okoliczność ta wynikała też z jego pisma z dnia 12 lipca 2012 r.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny sprawy, odnośnie roszczenia powoda Sąd I instancji wskazał, że było ono usprawiedliwione co do zasady, ale nie co do żądanej wysokości. Zdaniem Sądu uzasadniona wysokość kary umownej zamyka się bowiem w kwocie 150.000 zł.

Skupiając się na problemie odstąpienia przez powoda od umowy, w szczególności skuteczności tego odstąpienia w świetle § 9 ust. 1 lit. e umowy, po analizie zebranego w sprawie materiału dowodowego, Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, że wystąpiły przesłanki uzasadniające takie odstąpienie. Przemawiały za tym dowody z dokumentów, które – zdaniem Sądu – były w pełni wiarygodne, gdyż nie były tworzone na potrzeby procesu, ale stanowiły korespondencję stron w toku robót. W tym kontekście Sąd zauważył, że pismem z dnia 10 lipca 2012 r. (zatem w 10 dni po upływie umownego terminu), powód ponaglił pozwanego do ukończenia robót do dnia 12 lipca 2012 r. Podobnie w trakcie spotkania rady konsorcjum (z dnia 25 lipca 2012 r.), w protokole stwierdzono, że mimo wielokrotnych monitów w stosunku do pozwanego, branża elektryczna znajduje się w opóźnieniu na tle harmonogramu rzeczowo-finansowego inwestycji. Prace pozwanego w sposób nieuzasadniony nie były prowadzone sukcesywnie, a jego zaangażowanie nie gwarantowało zakończenia prac w umówionym terminie. W związku z powyższymi cała inwestycja była zagrożona terminowo.

Sąd I instancji zwrócił uwagę na fakt, że powyższe pismo zostało sporządzone 25 dni po upływie umownego terminu. Zauważył też, że sam pozwany pismem z dnia 20 lipca 2012 r. zwrócił się o przedłużenie terminu wykonania umowy. Wszystkie te dokumenty sporządzone zostały po dacie 30 czerwca 2012 r. Poza tym, z zeznań świadka C. B. (1) wynikało, że na przełomie zimy/wiosny 2012 r. w pracy pozwanego wystąpiły opóźnienia, odnośnie których odbywały się narady. Według świadka pozwany tłumaczył się brakiem środków finansowych, brakiem materiałów oraz brakami kadrowymi. Na przełomie lipca i sierpnia 2012 r. nie wykonał wyznaczonych prac, ich tempo było słabe, a cały kontrakt

zagrożony karami umownymi i niezrealizowaniem umowy z inwestorem. W tych okolicznościach – zdaniem Sądu – pozwany nie dotrzymał umownego terminu, przy czym zakres pozostałych do wykonania prac był znaczny. W ocenie Sądu świadczy o tym choćby fakt, że nowy wykonawca prac elektrycznych (B. C.) wykonał je za kwotę 1.968.000 zł. – obrazującą ich rozmiar. Tym samym w ocenie Sądu decyzja powoda o odstąpieniu od umowy była usprawiedliwiona.

Sąd Okręgowy dodał też, że w toku postępowania pozwany nie wykazał przesłanek wskazujących na niezawinione przekroczenie terminu. Taką okolicznością – zdaniem Sądu – nie mogła być teza o sprzeczności programu rzeczowo-finansowego z terminem zakończenia robót przewidzianym na 30 czerwca 2012 r. Podkreślił, że harmonogram ten dotyczył całości prac inwestycyjnych i obejmował wszystkie rodzaje robót, jakie miały być zrealizowane w wykonaniu całej inwestycji, a nie tylko robót elektrycznych. Stanowił on bowiem załącznik do umowy z dnia 7 maja 2010 r. Terminy uwidocznione w tym harmonogramie nie wiązały pozwanego, którego wiązała natomiast treść zawartej przez niego umowy (i przewidziany w niej termin zakończenia prac). Zdaniem Sądu pozwany nie wykazał zatem, że niewykonanie umowy w terminie nie było rezultatem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 k.c.). Takimi okolicznościami nie mogły być sygnalizowane problemy finansowe, osobowe czy też materiałowe. Okoliczności te w głównej mierze zależne są bowiem od samej strony.

W konsekwencji przyjął, że powodowi przysługiwało uprawnienie przewidziane w § 10 umowy do naliczenia kary umownej.

Rozważając zaś kwestię wysokości tych kar Sąd I instancji przyjął, że wystąpiły przesłanki do zmiarkowania ich, pomimo braku stosownego wniosku ze strony pozwanego (zgodnie z wymogiem art. 484 § 2 k.c.). Powołał się w tym względzie na stanowisko zawarte w wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku w sprawie I ACa 72/14, zgodnie z którym strona wnosząc o oddalenie powództwa żąda jednocześnie miarkowania kar umownych. Zdaniem Sądu naliczona w sprawie niniejszej kara – wynosząca 242.310 zł – była rażąco wygórowana. Nie kwestionując decydującej roli pozwanego w niedotrzymaniu umownego terminu, Sąd dostrzegł jednocześnie, że także postawa powoda jako przedsiębiorcy nie do końca była rzetelna. Zaznaczył, że stroną umowy z jednej strony była duża zasobna spółka kapitałowa (prowadząca jednocześnie szereg inwestycji), a z drugiej - osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą, której potencjał finansowy i możliwości gospodarcze nie dorównywały tej pierwszej. Dalej zaznaczył, że faktura nr (...) wystawiona przez pozwanego na kwotę ponad 720.000 zł z terminem płatności do 12 lutego 2012 r. nie była opłacona przez powoda w czasie, ale rozłożona na stosunkowo długie okresy (a dodatkowo płatna dopiero w 45 dni po jej wystawieniu). Zdaniem Sądu termin wskazany w tej fakturze był bardzo długi – zwłaszcza dla przedsiębiorcy o niezbyt dużym potencjale finansowym i gospodarczym, dla którego brak zapłaty w terminie tak znacznej kwoty, musiał wiązać się z problemami związanymi z zakupem materiałów budowlanych niezbędnych do realizacji zamówienia. Okoliczność ta musiała także odbijać się na terminowej zapłacie wynagrodzeń dla pracowników pozwanego i należności skarbowych. W ocenie Sądu podniesione wyżej okoliczności miały wpływ na płynną realizację umowy przez pozwanego. Tym niemniej, wpływ ten nie miał charakteru decydującego na niezachowanie terminu wykonania umowy. W tych warunkach przyjął, że zasadne jest zmniejszenie kary umownej z kwoty naliczonej przez powoda do kwoty 150.000 zł. Przy takiej bowiem postawie powoda, żądanie kary umownej w pełnej wysokości czyniło je – zdaniem Sądu – rażąco wygórowanym.

Dokonując powyższego miarkowania Sąd Okręgowy uwzględniał nie tylko okoliczności leżące po stronie pozwanego, ale także racje powoda. Nie bez znaczenia był bowiem fakt, że opóźnienie wykonania przez pozwanego robót groziło niedochowaniem terminu całego kontraktu, a tym samym – narażeniem całego konsorcjum na kary umowne. Poza tym odstąpienie przez powoda od umowy w trakcie realizacji robót zmusiło go do szybkiego poszukiwania innego wykonawcy, co z kolei wiązało się z koniecznością wypłacenia mu wyższego wynagrodzenia. Zdaniem Sądu interes powoda został w ten sposób w znacznym stopniu naruszony. Określając wysokość należnej kary umownej, Sąd uwzględnił także relacje wysokości tej kary do wypłaconego już pozwanemu wynagrodzenia (ponad 1.300.000 zł). Kara w wysokości 150.000 zł – w ocenie Sądu – stanowić będzie dolegliwą sankcję, jako że przekracza 10% wypłaconego wynagrodzenia.

Sąd I instancji zaznaczył też, że powód dokonał skutecznego potrącenia kary i należności wynikających z faktury nr (...) na kwotę 27.510,60 zł, która to dotyczyła robót dodatkowych (wykonanych przez pozwanego). Na skutek skutecznego oświadczenia o potrąceniu wierzytelność z tytułu kary umownej (określonej przez Sąd na poziomie 150.000) uległa zmniejszeniu do kwoty 122.489,40 zł. Taką też kwotę Sąd zasądził w wyroku wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 28 lipca 2012 r. Miał bowiem na względzie, że w oświadczeniu o odstąpieniu z dnia 26 lipca 2012 r., pozwanemu przesłano wezwanie do zapłaty. Wprawdzie – jak zauważył Sąd – w aktach sprawy brak dokumentu, kiedy dokładnie pozwany otrzymał to pismo, ale faktem jest, że zostało ono przesłane także faksem, drogą elektroniczną oraz listem poleconym. Z tego Sąd wywiódł wniosek, że dotarło ono do adresata tego samego dnia, tj. 26 lipca 2012 r. Pismem tym pozwany został wezwany do uiszczenia naliczonych kar umownych w terminie 2 dni od daty doręczenia, tj. do dnia 28 lipca 2012 r.

Przechodząc do roszczeń pozwanego z powództwa wzajemnego odnośnie zasądzenia kwoty 27.510, 60 zł z tytułu wykonanych robót dodatkowych (faktura nr (...)) Sąd Okręgowy zaznaczył, że w toku postępowania pozwany trzykrotnie zmieniał swe żądanie, zarówno co do kwoty, jaki i rodzaju roszczeń. Ostatecznie sprecyzował je w dniu 29 lutego 2016 r. na kwotę 1.019.750,28 zł (w tym żądanie zapłaty za fakturę nr (...) w wysokości 871.084,68 zł; żądanie zapłaty za fakturę (...) w wysokości 27.510,60 zł tytułem wynagrodzenia za prace dodatkowe oraz żądanie zapłaty kwoty 121.155 zł tytułem zwrotu kwot zatrzymanych na poczet gwarancji). Sąd podkreślił, że różnica w poszczególnych stanowiskach pozwanego sięgała aż kilkuset tysięcy zł. Ostatecznie oddalił żądanie zapłaty z powyższej faktury przyjmując, że powód dokonał skutecznego potrącenia tej sumy z dochodzoną przez siebie karą umowną, co spowodowało umorzenie tej wierzytelności (art. 498 § 2 k.c.).

Odnośnie żądania zapłaty kwoty 121.155 zł tytułem wpłaconego zabezpieczenia Sąd I instancji stwierdził, że jest ono uzasadnione jedynie do kwoty 45.311 zł. Zaznaczył, że pozwany nie dokonał zapłaty całej sumy zabezpieczenia w wysokości 121.155 zł (na okoliczność tę nie przedstawił żadnych dowodów). Ponadto, jak przyznał powód, stosownie do § 11 ust. 1 umowy, na poczet tej należności potrącał 5% wartości wystawionych przez pozwanego faktur. Zdaniem Sądu oznaczało to, że z faktury (...) zatrzymał kwotę 9.280 zł; z faktury (...) – kwotę 36.031 zł; a z faktury (...) – kwotę 1.375 zł. Łącznie - kwotę 46.685 zł. Zasady zwrotu zatrzymanych na poczet należytego wykonania umowy kwot, przewidziane zostały w § 11 ust. 4 umowy. Wprawdzie – jak zauważył Sąd – w zapisie tym jest mowa jedynie o okresie gwarancji, tym niemniej nie powinno być wątpliwości (z uwagi na brzmienie § 1 ust. 1), że celem zatrzymania w/w kwot było zabezpieczenie należytego wykonania umowy, że dotyczyło to także okresu rękojmi.

Z uwagi na odstąpienie przez powoda od umowy, w aktach sprawy brak było dowodów, by pozwany – do tego czasu – udzielił gwarancji na wykonane roboty. Niewątpliwie jednak pozwanego obejmowała odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady fizyczne. W § 8 umowy strony postanowiły, że odpowiedzialność z tego tytułu wynosi 3 lata od dnia odbioru i przekazania do użytkowania wszystkich obiektów budowlanych będących przedmiotem umowy. Ustaliły nadto, że odpowiedzialność z tytułu rękojmi zostanie rozszerzona o 3 letnią gwarancję.

Wracając do treści § 11 ust. 4 umowy Sąd Okręgowy stwierdził, że w sprawie nie był znany ostateczny termin odbioru przedmiotu umowy. Zauważył jednak, że sama umowa została rozwiązana na skutek odstąpienia powoda i od tej daty do chwili orzekania upłynął 3-letni termin odpowiedzialności pozwanego z tytułu rękojmi. Zdaniem Sądu oznacza to, że pozwany mógł skutecznie domagać się zwrotu 100% zatrzymanych kwot tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W toku postępowania powód nie podniósł żadnych twierdzeń, ani nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność ewentualnych wad wykonanych robót. Powszechnie wiadome zaś było, że cała inwestycja została oddana do użytku i obecnie funkcjonuje jako szpital dziecięcy. Powód nie podnosił w niniejszym postępowaniu kwestii odpowiedzialności pozwanego za wady fizyczne wykonanych prac. Zatrzymane przez powoda kwoty stanowiły część wynagrodzenia pozwanego za wykonane prace, przy czym powód nie kwestionował ich wykonania, bowiem opłacił faktury, a w późniejszym 3-letnim okresie nie kwestionował ich jakości. Pozwanemu należał się zatem zwrot kwoty 9.280 zł z faktury (...) oraz kwoty 36.031 zł z faktury (...). Łącznie tytułem wynagrodzenia, tymczasowo zatrzymanego przez powoda, przysługiwało mu zatem 45.311 zł. Zdaniem Sądu nie należał mu się zaś zwrot kwoty

1.375 zł z faktury (...), gdyż cała ta suma została skutecznie objęta oświadczeniem o potrąceniu, a w konsekwencji wierzytelność z tytułu kary umownej uległa zmniejszeniu o tę kwotę.

Odnosząc się do żądania zapłaty kwoty 871.084, 68 zł za – zdaniem pozwanego - wykonane, a nie opłacone roboty Sąd I instancji zaznaczył, że ta należność objęta była wystawioną w dniu 15 października 2012 r. fakturą (...). Obejmowała ona kwotę, która nie została przez powoda rozliczona po jego odstąpieniu od umowy. W § 9 ust. 4 umowy strony określiły zaś zasady postępowania na wypadek odstąpienia od umowy. Ponieważ ustaliły wynagrodzenie pozwanego w formie ryczałtu, zapis ten miał na celu określenie procentu wykonania umowy przez pozwanego na dzień odstąpienia powoda (celem rozliczenia wykonanych robót). Zgodnie z procedurą przewidzianą w tym zapisie, strony w dniu 3 sierpnia 2012 r. sporządziły protokół zaawansowania robót elektrycznych, który został zaakceptowany przez kierownika budowy – M. S. (1), pozwanego i B. C.. Protokół ten – wbrew twierdzeniom pozwanego – został też przez niego podpisany i zgodnie z założeniami – miał być podstawą rozliczenia stron (określenia wysokości wynagrodzenia pozwanego za wykonane roboty na dzień odstąpienia od umowy). Od tego też momentu – jak zauważył Sąd – rozpoczęły się problemy z faktycznym rozliczeniem pozwanego. Każda ze stron, kierując się własnym interesem, sporządzała dokumenty i kosztorysy mające wykazać najbardziej korzystną dla siebie wersję rozliczenia. Powód wykazywał, że wykonane przez pozwanego roboty zostały opłacone, a nawet nadpłacone. Z kolei pozwany wykazywał, że powód zalegał z zapłatą i z tego tytułu wystawił właśnie fakturę nr (...). Każda ze stron przedstawiała niepodpisane dokumenty (nierzadko niewiadomego pochodzenia). Stanowiło to istotne utrudnienie dla Sądu i dla powołanego biegłego z zakresu budownictwa.

Sąd Okręgowy wskazał, że biegły ten wzmiankował o niepełnym materiale dowodowym, co zwiększało skalę trudności w sporządzaniu opinii i jednocześnie sprawiało, że dokonane przez niego wyliczenia zawierały pewien margines niedokładności. Niemniej jednak biegły pracował na takim materiale dowodowym, jaki miał do dyspozycji. Na tej podstawie zawarł szereg uwag, wątpliwości i ocen poszczególnych dokumentów, przez co sama opinia straciła walor przejrzystości. Jednakże końcowe wnioski, wskazujące na 58% zaawansowanie robót pozwanego, oparte zostały na oględzinach i wyliczeniach samego biegłego, co w ocenie Sądu zasługiwało na akceptację. Sąd zwrócił też uwagę na umowę zawartą przez powoda z kolejnym wykonawcą, który dokończył prace rozpoczęte przez pozwanego. Oceniając wysokość ustalonego tam wynagrodzenia (1.968.000 zł brutto) wywnioskował, że zakres robót pozostałych do wykonania oscylował wokół 50%. Nadmienił przy tym, że cena ta była wynikiem pospiesznych negocjacji przeprowadzonych pod presją czasu - określonego terminem zakończenia całej inwestycji oraz zagrożeniem ewentualnymi karami umownymi. Niewątpliwie nie była to dla powoda komfortowa pozycja przy negocjacjach. Zdaniem Sądu stało to w sprzeczności z twierdzeniami pozwanego, wykazującego, że wykonane przez niego prace były już w fazie końcowej.

Sąd I instancji podkreślił też, że biegły zaawansowanie wykonanych przez pozwanego robót branży elektrycznej określił na poziomie 58 %, dokonując jednocześnie ich wyliczenia w skali netto (tymczasem wynagrodzenie pozwanego określono w wartościach brutto, wystawione przez niego faktury i płatności dokonywane przez powoda również były w tych wartościach). Dlatego wszelkie obliczenia – zdaniem Sądu - winny uwzględniać wszystkie elementy wynagrodzenia, w tym podatek VAT. Odnosząc procent zaawansowania robót (58%) do przewidzianego w umowie wynagrodzenia (2.423.100 zł brutto) Sąd uznał, że pozwany wykonał prace o wartości 1.405.398 zł (2.423.100 zł x 58%). Nadmienił, że poza sporem pozostawało, że za wystawione faktury powód zapłacił ogółem kwotę 1.397.644,10 zł. W konsekwencji pozwany mógł skutecznie domagać się zapłaty kwoty 7.753, 90 zł (1.405.398 zł – 1.397.644,10 zł).

Odnosząc się do całości żądania pozwanego Sąd uznał, że było ono usprawiedliwione do kwoty 53.064,90 zł, na którą składały się: 7.753,90 zł tytułem uzupełnienia wynagrodzenia za wykonane roboty oraz 45.311 zł tytułem zwrotu zatrzymanej kaucji.

O kosztach procesu orzekł na podstawie art. 100 k.p.c.

Powyższy wyrok w części uwzględniającej powództwo główne, oddalającej powództwo wzajemne i orzekającej o kosztach zaskarżył apelacją pozwany zarzucając:

1) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i interpretację zapisów umowy z dnia 16 sierpnia 2011 r. w sposób sprzeczny z regułami wykładni zawartymi w art. 65 § 2 k.c. poprzez przyjęcie, że strony uznały za wiążący termin wykonania prac określony w zawartej umowie na dzień 30 czerwca 2012 r., mimo że:

a) harmonogram rzeczowo-finansowy z dnia 18 lipca 2011 r., do którego odwoływała się umowa, przewidywał prowadzenie robót także w III kwartale 2012 r., a więc w przeciągu trzech miesięcy po dacie wskazanej w umowie,

b) notatka służbowa z dnia 31 maja 2012 r. przewidywała wykonanie niektórych robót objętych umową także w III kwartale 2012 r.,

c) protokół z rady budowy z podwykonawcami z dnia 5 lipca 2012 r. wskazywał, że brak jest jeszcze wszystkich rozwiązań projektowych dla branży, w której prace wykonywał pozwany, nie określając nawet terminu, w którym rozwiązania te miały być dostarczone,

d) protokół z rady budowy z podwykonawcami z dnia 12 lipca 2012 r. wskazywał, że:

- brak jest jeszcze wszystkich rozwiązań projektowych dla branży, w której prace wykonywał pozwany określając, że będą dostarczone w kolejnym tygodniu,
- roboty innych branż, które miały być wykonane wcześniej, nie były jeszcze wykonane,

e) protokół z rady budowy z podwykonawcami z dnia 19 lipca 2012 r. wskazywał, że:

- brak jest jeszcze wszystkich rozwiązań projektowych dla branży, w której prace wykonywał pozwany określając, że będą dostarczone następnego dnia,
- roboty innych branż, które miały być wykonane wcześniej, nie były jeszcze wykonane,

f) dopiero w dniu 20 lipca 2012 r. zezwolono pozwanemu na montaż opraw lamp, co wcześniej nie było możliwe z uwagi na trwające prace innych branż,

g) względnie przez przyjęcie, że nie wykazano, że przekroczenie tego terminu wynikało z przyczyn nie leżących po stronie pozwanego, mimo że zaistniały okoliczności, o których mowa w pkt. b-f powyżej, a także, że już w piśmie z dnia 3 i 12 lipca 2012 r. pozwany tłumaczył powodowi, że w istocie nie doszło do opóźnień w prowadzeniu robót,

- a przez to przyjęcie, że po stronie pozwanego doszło do opóźnienia wykonywania prac, a co za tym idzie, że powód mógł zasadnie i skutecznie odstąpić od umowy z dnia 16 sierpnia 2011 r.

2) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i przyjęcie, że pozwany wykonał prace objęte umową w 58%, a co za tym idzie, że należy mu się wynagrodzenie w kwocie 1.405.398 zł brutto, mimo że:

a) w piśmie z dnia 16 marca 2012 r. powód sam stwierdził, że już na ten dzień stopień zaawansowania wynosił 58%, a przez kolejne cztery miesiące pozwany kontynuował prace, a co za tym idzie, stopień wykonania umowy musiał wzrosnąć,

b) notatka służbowa z dnia 31 maja 2012 r. stwierdzała wykonanie robót objętych umową na znacznie wyższym poziomie,

c) protokół zaawansowania robót rozliczanych ryczałtowo sporządzony na dzień 29 czerwca 2012 r., przesłany pozwanemu przez C. B. (1) (przedstawiciela powoda) stwierdzał, że w II kwartale 2012 r. roboty objęte umową zostały wykonane na kwotę 475.160,59 zł netto,

d) biegły sądowy sam wskazał podczas rozprawy, że uwzględnił wyłącznie prace wykonane w I kwartale 2012 r., a co za tym idzie, nie uwzględnił prac wykonanych w II i III kwartale 2012 r.,

e) biegły nie uwzględnił robót elektrycznych zewnętrznych, które wykonał pozwany,

f) biegły nie był w stanie z całą pewnością wskazać stanu zaawansowania prac pozwanego w momencie zakończenia ich wykonywania, a jedynie w przybliżeniu określił go na „około 60%”, jednak wielokrotnie podkreślając, że nie jest w stanie tego wyliczyć,

g) sam biegły w opinii uzupełniającej określił wynagrodzenie należne pozwanemu na kwotę 1.577.676,36 zł;

3) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i przyjęcie, że pozwany zaakceptował inwentaryzację prac przeprowadzoną przez powoda, po zaprzestaniu przez niego robót, mimo że:

a) już w piśmie z dnia 10 sierpnia 2012 r. wyrażał swój stanowczy sprzeciw wobec sposobu przeprowadzenia inwentaryzacji,

b) jak wskazał sam biegły w swojej opinii:

- przy inwentaryzacji nie były obecne osoby uprawnione do kierowania i nadzorowania robotami branży elektrycznej,
- ujęto tam szereg robót „do wykonania”, które były już w istocie wykonane;

4) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i przyjęcie, że wartość prac koniecznych do ukończenia robót z branży elektrycznej po pozwanym wynosiła 1.968.000 zł, mimo że wartość ta wynikała z kosztorysu B. C. (konkurenta pozwanego):

a) sporządzonego w dniu 12 lipca 2012 r., a więc:

- mimo, że pozwany jeszcze wykonywał prace,
- mimo, że nie podjęto decyzji o zmianie podwykonawcy robót z branży elektrycznej,
- mimo, że nie przeprowadzono jeszcze jakiegokolwiek inwentaryzacji wykonanych i niewykonanych prac,
- mimo, że B. C. sam zeznał, że pierwszy raz na terenie budowy był dopiero pod koniec lipca 2012 r.,

b) sporządzonego na tym samym egzemplarzu oprogramowania (...), co kosztorys rzekomo pochodzący od pozwanego, co w sposób oczywisty winno spowodować bardzo ostrożne podchodzenie do tak określonej kwoty, w szczególności, że konkurent pozwanego był dodatkowo najbardziej zainteresowany w jak największym zniżeniu zakresu i wartości prac pozwanego, gdyż miało to wpływ na proporcjonalne zwiększenie jego zakresu wynagrodzenia;

5) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i oparcie się - w odniesieniu do stopnia wykonania prac przez pozwanego - wyłącznie na opinii biegłego, mimo że:

a) opinia ta za stan pełnego wykonania umowy przyjmowała wykonanie prac, których zakres przekraczał rzeczywisty zakres prac określonych w umowie z dnia 16 sierpnia 2011 r., gdyż na jej podstawie stacja transformatorowa nie miała być wykonywana,

b) opinia ta za stan pełnego wykonania umowy przyjmowała wykonanie wszystkich prac wskazanych w kosztorysie datowanym na maj 2011 r., który:

- został przedłożony przez powoda jako kosztorys pozwanego, czemu ten zaprzeczył jednak,
- ma nieustalone autorstwo,
- został opracowany na tym samym egzemplarzu oprogramowania (...), co kosztorys B. C., który po nim wykonywał prace branży elektrycznej, co tym bardziej przeczy twierdzeniom, że pochodzi od samego pozwanego,

c) w sposób niezgodny z uwarunkowaniami rynkowymi posługiwała się znacznie zaniżonymi stawkami za roboty, które pozwany bezspornie wykonał, a znacznie zawyżonymi stawkami za roboty, których nie wykonał, co powoduje, że przy obliczaniu wynagrodzenia za wykonane prace, wynagrodzenie pozwanego zostało znacznie zaniżane, natomiast wartość prac niewykonanych - znacznie zawyżana, co skrajnie wypacza obraz rzeczywistego stanu zaawansowania robót wykonywanych przez pozwanego,

d) opinia ta za stan pełnego wykonania umowy przyjmowała także wykonanie prac, które nie mogły mieścić się w wynagrodzeniu ryczałtowym za zrealizowanie przedmiotu umowy,

e) kosztorys dołączony do opinii uzupełniającej został prawdopodobnie sporządzony na nielegalnej kopii oprogramowania (...),

f) opinia opierała się częściowo na dokumentach przez nikogo nie podpisanych, mimo że biegły wyraźnie wskazał, że wyłącznie dokumenty podpisane mogą być przez niego brane pod uwagę; przy czym nie wziął pod uwagę wyłącznie tych niepodpisanych dokumentów, które były dla pozwanego korzystne, natomiast uwzględnił te, które były niekorzystne;

6) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wybiórczą ocenę materiału dowodowego i arbitralne przyznanie dowodom przemawiającym na korzyść powoda wartości i mocy dowodowej, w szczególności:

a) uznane za wiarygodne zeznań świadków P. P. (1) i C. B. (1), mimo, że były one sprzeczne z innymi ustaleniami Sądu w przedmiocie tego, że nie doszło do nadpłaty wynagrodzenia pozwanemu, co owi świadkowie twierdzili,

b) uznanie za niewiarygodny kosztorysu powykonawczego pozwanego będącego podstawą do wystawienia przez niego faktury VAT nr (...), z której należność w kwocie 871.084,68 zł dochodzona była w niniejszym postępowaniu, mimo że powód nie zarzucił mu merytorycznej nieprawidłowości,

c) pominięcie zeznań H. P. (1), który wskazywał, że nie było opóźnień w branży elektrycznej, w której działał pozwany;

7) naruszenie art. 217 § 2 w zw. z art. 227 k.p.c. polegające na oddaleniu wniosku pozwanego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka J. Z. (1), który to wniosek został złożony w piśmie z dnia 29 lutego 2016 r., mimo że uwzględnienie tego wniosku nie spowodowałoby zwłoki w rozpoznaniu sprawy;

8) naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. polegające na niewskazaniu w uzasadnieniu dowodów, na których Sąd się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej.

Mając powyższe na uwadze wnosił o:

1) zmianę zaskarżonego wyroku:

a) w pkt. 1 przez oddalenie powództwa głównego w całości,

b) w pkt. 4 przez zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kwoty 890.841,38 zł,

c) w pkt. 5 przez zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu;

2) względnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania;

3) jednocześnie domagał się przeprowadzenia dowodu z wiadomości email nadanej na skrzynkę odbiorczą pozwanego przez C. B. (1) - na okoliczność autorstwa protokołu zaawansowania robót (rozliczanych ryczałtowo) sporządzonego w dniu 29 czerwca 2012 r.

Zażalenie powoda na rozstrzygnięcie o kosztach zawarte w pkt. 5 wyroku zostało rozpoznane odrębnie, na posiedzeniu niejawnym.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest niezasadna.

Sąd Okręgowy wszechstronnie rozważył zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynił prawidłowe, niesprzeczne z tym materiałem ustalenia faktyczne, które Sąd Apelacyjny w całości podziela i przyjmuje za własne. Na aprobatę zasługują także wyprowadzone na podstawie tych ustaleń wnioski i ocena prawna.

Uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawiera wszystkie niezbędne elementy wskazane w art. 328 § 2 k.p.c. Sąd I instancji wskazał dowody na których oparł swoje ustalenia oraz przedstawił argumentację leżącą u podstaw podjętych rozstrzygnięć. Bezsprzecznie wyrok poddaje się kontroli instancyjnej, zatem zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. nie może być uwzględniony.

Oczywiście chybiony jest zarzut dotyczący umówionej przez strony daty wykonania robót przez pozwanego. Przede wszystkim termin wykonania tych robót wynika wprost z samej umowy – w § 4 strony określiły go nie budzącą wątpliwości datą 30.06.2012 r., wskazując w ust. 4 sytuacje, w których data ta mogłaby ulec przesunięciu oraz tryb, w jakim przesunięcie terminu może nastąpić. Z § 12 umowy wynika przy tym, że taka zmiana terminu mogła nastąpić wyłącznie w formie pisemnej. Okoliczność taka w niniejszej sprawie bezsprzecznie nie zaistniała. Ponadto, jak trafnie zauważył Sąd I instancji, harmonogram z dnia 18 lipca 2011 r. nie był częścią łączącej strony umowy, lecz elementem umowy pomiędzy inwestorem a konsorcjum wykonawców, zatem terminy tam wskazane nie dotyczyły pozwanego jako podwykonawcy. Na marginesie zwrócić trzeba uwagę, że podnoszenie przez skarżącego okoliczności, iż harmonogram powyższy przewidywał wykonywanie robót także w III kwartale 2012 r. jest o tyle niezasadne, że zapisy te nie dotyczą robót elektrycznych będących przedmiotem umowy stron niniejszego procesu.

Niewątpliwie zatem w umowie strony złożyły zgodne, nie budzące jakichkolwiek wątpliwości oświadczenia woli co do tego, że pozwany winien wykonać umówione prace w terminie do 30.06.2012 r., a po zawarciu umowy nie nastąpiła żadna okoliczność, która wpłynęłaby na zmianę tak ustalonego terminu.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego zgromadzony w sprawie materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, że pozwany nie dotrzymał umówionego terminu wykonania prac. Świadczy o tym tak ustalony na datę odstąpienia od umowy przez powoda stan zaawansowania prac, jak i wykonywanie prac w lipcu 2012 r., czy choćby pismo pozwanego do powoda z dnia 20.07.2012 r. o przedłużeniu terminu realizacji robót. Podkreślić też trzeba, że zakres niewykonanych w terminie robót był znaczny, co wynika nie tylko z opinii biegłego, ale także z pism samego pozwanego, który w dniu 11.07.2012 r. wycenił, że do zakończenia robót pozostają prace o wartości ponad milion złotych (k.123), którą to wartość następnie obniżył do 781.819 zł (k. 136). W kontekście oceny skuteczności oświadczenia pozwanego o odstąpieniu od umowy z przyczyny wskazanej w § 9 ust. 1e umowy oraz zasadności naliczenia kary umownej istotne znaczenie ma okoliczność, czy opóźnienie pozwanego w wykonywaniu robót było przez niego zawinione. Podkreślić jednak trzeba, że dochodząc kary umownej w ramach powództwa głównego powód był obowiązany wykazać, że zaangażowanie wykonawcy nie gwarantowało zakończenia robót w umówionym terminie, do czego wystarczające jest stwierdzenie przekroczenia tego terminu, a także udowodnić, że złożył pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy z tej przyczyny. Bezsprzecznie powód wywiązał się z powyższych obowiązków. Natomiast to na pozwanym, z mocy art. 471 k.c. spoczywał ciężar dowodu w zakresie wykazania, że niedotrzymanie przez niego terminu jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Skarżący jednak temu obowiązkowi nie sprostał.

Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym powołane przez Sąd Okręgowy dokumenty czy zeznania świadka C. B. (1), jednoznacznie wskazują, że niedotrzymanie terminu wykonania robót nastąpiło z przyczyn obciążających pozwanego. Dokumenty wskazane w pierwszym zarzucie apelacji w większości (protokoły rady budowy) pochodzą z lipca 2012 r. i odnoszą się do stanu istniejącego w datach ich podpisania, nie mogą zatem stanowić o istnieniu okoliczności usprawiedliwiających pozwanego. Skoro roboty miały być zakończone do 30 czerwca 2012 r., to ewentualne wykrycie w lipcu 2012 r. braków projektowych w zakresie robót należących do pozwanego nie może stanowić o niezawinionym niedotrzymaniu przez niego terminu – o istnieniu przyczyn usprawiedliwiających opóźnienie pozwanego mogą przesądzać tylko zdarzenia, które miały miejsce przed upływem terminu zakończenia robót. Na takie zaś skarżący w apelacji się nie powołuje – notatka z 31.05.2012 r. nie może mieć w tym aspekcie znaczenia, skoro nie odnosi się do przyczyn nieterminowości. Natomiast twierdzenia apelującego o niewykonaniu przez wykonawców innych branż robót, które winny być zakończone przed robotami powoda, nie znajdują żadnego oparcia w materiale dowodowym i należy uznać je za gołosłowne. Zauważyć tu również trzeba, że samo występowanie potrzeby pewnych drobnych korekt dokumentacji projektowej jest normalną praktyką w budownictwie, w szczególności przy dużych projektach. Powołując się na istnienie takich okoliczności, by można było uznać je za uzasadniające opóźnienie, pozwany winien przedstawić dowody, że miały one wpływ na tempo wykonywania przez niego prac i spowodowały przekroczenie terminu. Skarżący nie podjął zaś nawet próby dowodzenia w tym zakresie, a nadto powoływał się w tej mierze głównie na okoliczności, które miały mieć miejsce w lipcu 2012 r. Dodać wypada, że skarżący mógł wykazywać powyższe twierdzenia każdym dowodem, jednak w okolicznościach rozpoznawanej sprawy najbardziej miarodajnym dowodem pozwalającym na ustalenie takiego związku przyczynowego mogła być opinia biegłego. Na etapie rozpoznawania apelacji brak jednak zarzutów, wniosków dowodowych, czy choćby twierdzeń tego dotyczących.

Uwzględniając powyższe oraz argumentację zawartą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku należy stwierdzić, że do opóźnienia prac wykonywanych przez pozwanego doszło na skutek okoliczności przez niego zawinionych. Wobec tego powód był uprawniony do odstąpienia od umowy na podstawie jej § 9 ust. 1 e. Oświadczenie powoda o odstąpieniu należy uznać za skuteczne, zostało bowiem złożone pozwanemu w umówionym terminie, przy zaistnieniu okoliczności umówionych przez strony, koniecznych dla możliwości wykonania tego uprawnienia przez powoda (art. 395 § 1 k.c.). W tym stanie rzeczy zaistniała przesłanka obciążenia pozwanego karą umowną przewidziana w § 10 ust. 1 a umowy, tj. odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca (art. 484 § 1 k.c.). Bezsporna wysokość tej kary (10% wynagrodzenia umownego brutto) została przez Sąd I instancji zmniejszona na podstawie art. 484 § 2 k.c. Apelacja nie zawiera zarzutów i twierdzeń tego dotyczących, wobec czego należy przyjąć, że należna powodowi kara umowna to ustalona przez Sąd Okręgowy kwota 150.000 zł i brak jest podstaw do jej dalszego zmniejszenia. Odmiennie od stanowiska wyrażonego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, Sąd Apelacyjny prezentuje przy tym pogląd, że miarkowanie kary umownej wymaga stosownego wniosku i wykazania przez dłużnika okoliczności uzasadniających zmniejszenie tej kary.

Między stronami bezsporne pozostawało, że pozwanemu należy się od powoda wynagrodzenie w kwocie 27.510,60 zł za roboty dodatkowe objęte fakturą nr (...). Trafnie Sąd I instancji uznał, że w piśmie z 24.10.2012 r. powód złożył pozwanemu skuteczne oświadczenie o potrąceniu powyższej kwoty wynagrodzenia z należną mu karą umowną, wobec czego wzajemne wierzytelności stron umorzyły się do wysokości wierzytelności niższej (art. 498 § 1 i 2 k.c.). Do zapłaty przez pozwanego pozostała zatem kwota 122.489,40 zł tytułem kary umownej. Do tej właśnie wysokości żądanie główne znajduje uzasadnienie w treści art. 484 § 1 k.c., wobec czego apelacja w części dotyczącej powództwa głównego podlegała oddaleniu jako nie zawierająca uzasadnionych zarzutów.

Przede wszystkim z treści umowy (§ 9 ust. 5 i 6), ale też z twierdzeń stron przed i w toku procesu wynika, że odstąpienie od umowy nie miało skutku wstecznego, dotyczyło natomiast wyłącznie robót nie wykonanych przez pozwanego do chwili dotarcia do niego oświadczenia o odstąpieniu. Co więcej, w umowie strony przewidziały sposób postępowania i rozliczenia w razie zaistnienia takiego wypadku (§ 9 ust. 4, 5 i 6) ustalając m.in., że po odstąpieniu przy współdziałaniu stron zostanie sporządzony protokół inwentaryzacji robót według stanu na dzień odstąpienia, a należne wykonawcy wynagrodzenie zostanie ustalone w pierwszej kolejności poprzez procentowe obliczenie stopnia zaawansowania

wykonania robót. Bezsprzecznie przy tym procent ten należy odnieść do wartości całości robót ustalonych przez strony w § 2 umowy jako wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 2.423.100 zł brutto.

Nie ulega wątpliwości, że przewidziana przez strony inwentaryzacja robót wykonanych przez pozwanego miała miejsce, a protokół tej inwentaryzacji z 3 sierpnia 2012 r. został podpisany także przez pozwanego (k. 154 – 167). Pozwany złożył zatem oświadczenie wiedzy co do zakresu wykonanych prac, będąc przy tym profesjonalistą, specjalistą od robót elektrycznych, a oświadczenie to zostało złożone bezpośrednio po zakończeniu wykonywania prac. Skarżący uczestniczył w całym procesie budowlanym dotyczącym zakresu prac powierzonych mu na podstawie umowy, mógł się także zapoznać z zakresem robót wykonanych przez jego pracowników już po dacie odstąpienia od umowy i podczas inwentaryzacji. Nadto nie powoływał się on na zaistnienie okoliczności, które mogłyby wymuszać na nim złożenie podpisu pod protokołem, czy też wpływać na jego błędną ocenę co do zakresu wykonania, albo niezrozumienie znaczenia powyższego protokołu. W tym stanie rzeczy należy uznać, że podpisał on ten protokół mając pełną świadomość tak co do zakresu wykonanych robót, jak i umownego znaczenia protokołu dla wzajemnych rozliczeń stron.

Wynikająca z opinii biegłego potrzeba uczestnictwa przy inwentaryzacji osób uprawnionych do kierowania i nadzorowania robót branży elektrycznej odnosi się nie tyle do opisanego w protokole zakresu wykonanych robót, co do profesjonalizmu i precyzji tego opisu, przy czym w odniesieniu do kierujących i nadzorujących te roboty biegły miał jeszcze większe zastrzeżenia dotyczące prowadzenia dokumentacji powykonawczej i zapisów w dzienniku budowy. Zresztą to pozwany, należycie dbając o swoje interesy, winien zapewnić obecność podczas inwentaryzacji osób o odpowiednich kwalifikacjach do reprezentowania jego przedsiębiorstwa. Zupełnie gołosłowne są zaś twierdzenia skarżącego, że w omawianym protokole ujęto szereg robót już wykonanych jako roboty do wykonania – bliższa analiza opinii biegłego przeczy temu całkowicie. Okoliczność, że już 10 sierpnia 2012 r. pozwany zmienił zdanie co do zakresu wykonanych prac i zakwestionował protokół z 3 sierpnia 2012 r. w żaden sposób nie przesądza o niepełnej wartości dowodowej tego protokołu. Zauważyć tu trzeba, że w piśmie z tej daty pozwany podniósł głównie zarzuty formalne (brak ustaleń początkowych co do sposobu przeprowadzenia inwentaryzacji, nieobecność reprezentanta zamawiającego, obecność przedstawicieli firmy (...), brak zapisu co do składu (...)), ogólnikowo jedynie wskazując, że treść protokołu budzi zastrzeżenia co do prawidłowości (k. 314). Zarzuty merytoryczne zostały zaś przez niego podniesione dopiero w dalszej korespondencji, po tym jak powód stwierdził, że wynagrodzenie zostało nadpłacone w stosunku do wartości faktycznie wykonanych robót. Uwzględniając powyższe należy uznać, że słusznie Sąd I instancji uznał, że protokół z 3.08.2012 r. jest miarodajnym dowodem stanu zaawansowania robót na datę odstąpienia od umowy. Podkreślić tu należy, że dokonując ustaleń w tej mierze biegły, a za nim Sąd I instancji opierali się na wszystkich dowodach przeprowadzonych w sprawie, a powyższy protokół został poddany analizie w kontekście pozostałych dokumentów obrazujących stan zaawansowania robót.

W toku procesu strony złożyły szereg dokumentów obrazujących przebieg procesu budowlanego i zakres wykonanych robót, część z nich nie została podpisana przez osoby wskazane jako autorzy. Nadto dziennik budowy w odniesieniu do robót wykonywanych przez pozwanego zawiera istotne luki i braki. W tym stanie rzeczy dla ustalenia procentowego zakresu wykonania konieczne były wiadomości specjalne i skorzystanie przez Sąd I instancji z opinii biegłego. Biegły T. R. (1) poddał krytycznej ocenie przebieg procesu budowlanego i zebrane w sprawie dokumenty wskazując na ich wadliwość, brak precyzji, fachowości czy rzetelności. Powołując się na niepełność tego materiału zdołał jednak poczynić obserwacje, oceny i ustalenia niezbędne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, w szczególności co do procentowego zakresu robót wykonanych do daty odstąpienia od umowy w relacji do całości prac nią przewidzianych. W ocenie Sądu Apelacyjnego opinia ta, wraz z opinią uzupełniającą i wyjaśnieniami biegłego na rozprawie, jest rzetelna, zgodna z zasadami wiedzy fachowej i logiki i doświadczenia życiowego. Słusznie zatem Sąd Okręgowy na jej podstawie ustalił zakres robót faktycznie wykonanych przez pozwanego. Podkreślić przy tym trzeba, że w okolicznościach niniejszej sprawy, przy zdecydowanie sprzecznych stanowiskach stron co do stopnia wykonania umowy przez pozwanego i przedstawiania przez nie rozbieżnych dowodów na ich poparcie, ustalenia w omawianym zakresie możliwe były wyłącznie na podstawie opinii biegłego. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy jest bowiem tego rodzaju, że sąd nie jest w stanie na jego podstawie samodzielnie, bez korzystania z wiadomości

specjalnych, ustalić stosunku robót faktycznie wykonanych do całości prac przewidzianych umową. Co więcej, zauważyć też wypada, że ustalenia powyższe były niezbędne do oceny zasadności powództwa wzajemnego w części obejmującej wynagrodzenie z umowy zasadniczej. Oznacza to, że to na pozwanym, z mocy art. 6 k.c. spoczywał obowiązek wykazania wartości robót faktycznie wykonanych. Przypomnieć bowiem trzeba, że jak wskazano powyżej pozwany nie wykonał całości umówionych prac, a powód skutecznie odstąpił od umowy. W tym stanie rzeczy to pozwany winien wykazać jaką część robót faktycznie wykonał i jaka jest ich wartość (przy uwzględnieniu umówionego na wypadek odstąpienia od umowy sposobu rozliczenia). W konsekwencji nawet skuteczne podważenie przez skarżącego przydatności opinii biegłego T. R. do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy (czego, zdaniem Sądu Apelacyjnego pozwany w apelacji nie zdołał uczynić) prowadzi do wniosku, że powództwo wzajemne w powyższym zakresie nie zostało wykazane. Podkreślić bowiem należy, że zarówno przed Sądem I instancji, jak i w postępowaniu apelacyjnym skarżący nie wnosił o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego, poprzestając jedynie na krytyce opinii biegłego T. R..

Niezależnie od powyższego ponownie stwierdzić należy, że biegły T. R. należycie wywiązał się z nałożonego na niego obowiązku, a jego opinia uwzględnia całokształt materiału przedstawionego przez strony. Jest przy tym oczywiste, że w zakres umówionych robót wchodziło wykonanie stacji transformatorowej – wynika to nie tylko z opinii biegłego czy zeznań świadków (np. K. M., P. P., A. T., czy M. S. – k. 461-466), ale przyznał to sam pozwany. Podważany w apelacji kosztorys nie był przez pozwanego kwestionowany do czasu wydania opinii przez biegłego. Kwestia jego autorstwa, braku podpisu czy właściciela oprogramowania służącego do jego wytworzenia nie ma istotnego znaczenia w sytuacji, gdy bezspornie był on podstawą oferty złożonej przez pozwanego powodowi, opiewa na proponowaną pierwotnie przez pozwanego wartość robót, która następnie została obniżona w toku negocjacji. Nadto zarzuty powyższe są gołosłowne, nie poparte żadnymi dowodami, podobnie jak twierdzenia co do zaniżenia przez biegłego stawek robót wykonanych przez skarżącego, a zawyżenia wartości robót niewykonanych. Zarzuty apelacji tego dotyczące są oczywiście bezpodstawne jako nie znajdujące oparcia w materiale dowodowym.

Kwestionowana w czwartym zarzucie apelacji wartość robót koniecznych do wykonania przez innego, zastępczego wykonawcę po odstąpieniu od umowy przez powoda ma dla wyniku sprawy drugorzędne, jedynie orientacyjne znaczenie. Sąd I instancji powołał się na nią jako okoliczność jedynie uwiarygodniającą fakt, jak wynika z apelacji nie kwestionowany na obecnym etapie sprawy, że pozwany do 30.06.2012 r. nie wykonał wszystkich prac objętych umową oraz, że zakres niewykonanych prac był znaczny. Podważając powyższą wartość pozwany skupia się na krytyce kosztorysu z którego wartość ta wynika, zauważyć jednak należy, że powód przedstawił także umowę zawartą 27.07.2012 r. z B. C. na dokończenie prac rozpoczętych przez pozwanego (k. 193- 198), która również opiewa na kwotę 1.968.000 zł. Brak jest zatem podstaw do podważenia ustalenia, że powyższą kwotę powód wydał na dokończenie robót po pozwanym. Oczywiście powyższe nie oznacza, że taka była ustalona zgodnie z umową łączącą strony niniejszego procesu wartość robót niewykonanych przez pozwanego – kwestię tę Sąd Okręgowy należycie wyjaśnił. Kwota wskazana w umowie zawartej z B. C. obrazuje jedynie okoliczność, że zakres robót niewykonanych przez pozwanego był znaczny. Wspiera też wnioski biegłego co do tego, że pozwany podjął się wykonania prac godząc się na zbyt niskie wynagrodzenie.

Uwzględniając przedstawione powyżej argumenty, w szczególności zaś uznając za w pełni fachową i rzetelną opinię biegłego T. R., podzielić należy ustalenie Sądu Okręgowego, że do czasu odstąpienia od umowy pozwany wykonał 58% umówionych prac. Twierdzenia apelacji, że roboty zostały wykonane w większym zakresie są nieudowodnione. Opierają się głównie na nie podpisanych kserokopiach dokumentów, których wiarygodność została zakwestionowana nie tylko przez stronę przeciwną, ale też negatywnie zweryfikowana przez biegłego. Odnosząc się do dokumentów wytworzonych przez strony w trakcie budowy (notatki, protokoły itp.), wymienionych w drugim zarzucie apelacji podkreślić trzeba, że biegły dokonał ich weryfikacji w konfrontacji z całym materiałem dowodowym, w tym także z protokołem inwentaryzacji z 3.08.2012 r. Na tej podstawie ocenił, że stopień zaawansowania prac pozwanego na datę odstąpienia od umowy wyniósł 58%. Skarżący natomiast posługuje się tymi dokumentami wyrywkowo, pomija zupełnie inne dowody, w szczególności zaś podpisany przez siebie protokół inwentaryzacji robót. Twierdzenia o uwzględnieniu przez biegłego wyłącznie robót wykonanych do pierwszego kwartału 2012 r., czy też pominięciu robót

zewnątrznych nie znajdują odzwierciedlenia w treści opinii i są gołosłowne. Podobnie chybione jest twierdzenie o wyliczeniu przez biegłego wynagrodzenia należnego pozwanemu na kwotę wyższą niż przyjęta przez Sąd i instancji – niezależnie od powyższego wskazać trzeba, że zadaniem biegłego było przede wszystkim określenie procentowego stopnia zaawansowania prac. Oczywiście jest przy tym, że w sytuacji, gdy strony po negocjacjach, w których doszło do obniżenia pierwotnie proponowanego przez pozwanego wynagrodzenia, ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, a także wobec istotnych braków w dokumentach i braku szczegółowego kosztorysu, stopień realizacji może być ustalony szacunkowo, z wykorzystaniem fachowej wiedzy biegłego. Raz jeszcze podkreślić przy tym należy, że przyjęty w apelacji sposób podważania opinii biegłego nie może doprowadzić do uwzględnienia powództwa wzajemnego w większym zakresie nie tylko ze względu na niewystarczające argumenty merytoryczne, ale też z uwagi na brak wniosków dowodowych w zakresie przeprowadzenia dowodu z nowej opinii, obowiązek wykazania wartości rzeczywiście wykonanych prac spoczywa bowiem na skarżącym.

Oczywiście chybiony jest zarzut dotyczący niewiarygodności zeznań świadków P. P. i C. B.. Kwestia odmiennej oceny przez tych świadków wysokości należnego pozwanemu wynagrodzenia za wykonane prace nie uzasadnia uznania ich zeznań za niewiarygodne, bowiem świadkowie ci opierali się na wyliczeniach dokonanych przez powoda i nie mieli wystarczających danych do ich weryfikacji. Nadto ich zeznania co do zaistniałych faktów w pełni korelują z innymi dowodami, w tym z opinią biegłego. Natomiast kosztorys powykonawczy pozwanego, tak jak pozostałe dokumenty złożone przez strony, został poddany weryfikacji przez biegłego. Jej wynikiem było ustalenie, że pozwany wykonał jedynie 58 % umówionych prac, a zatem należne mu wynagrodzenie jest niższe od wyliczonego w kosztorysie. Podkreślić też trzeba, że strony w umowie przewidziały, iż w razie odstąpienia od umowy rozliczenie nastąpi przez odniesienie procentowego zakresu wykonanych robót do wynagrodzenia ryczałtowego, zatem nie ustalono metody kosztorysowej. Nadto kosztorys powyższy operuje stawkami nie wynikającymi z umowy, a przy ich zastosowaniu do całości robót objętych umową ustalone wynagrodzenie byłoby wyższe od umówionego. Słusznie też Sąd Okręgowy nie uwzględnił zeznań świadka H. P. co do braku opóźnień przy robotach elektrycznych, są one bowiem nie tylko mało precyzyjne i ogólnikowe w tej części, ale też w oczywisty sposób sprzeczne z zapisaną w umowie datą zakończenia tych prac.

Niezasadny jest także zarzut naruszenia art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. Wnioskowany w piśmie z 29.02.2016 r. dowód z zeznań świadka J. Z. był w oczywisty sposób spóźniony – pozwany winien go zgłosić w odpowiedzi na pozew lub pozwie wzajemnym, bowiem zarówno fakt złożenia przez powoda kwestionowanego kosztorysu, jak i konieczność dowodzenia zakresu wykonanych robót już wtedy była skarżącemu znana. Bezsprzecznie przeprowadzenie tego dowodu spowodowałoby zwłokę w postępowaniu (rozprawa w dniu 8.04.2016 r. została zamknięta, nie zachodziły też żadne szczególne okoliczności uzasadniające przeprowadzenie tego dowodu. Zauważyć też trzeba, że zeznania tego świadka, ze względów wyżej opisanych, nie mogły doprowadzić do ustalenia zakresu wykonanych robót w innym stopniu aniżeli wynika to z opinii biegłego, pozwany nie domagał się zaś innej opinii. Natomiast kwestia autorstwa kosztorysu z przedstawionych wyżej przyczyn nie była istotna. Dlatego trafnie Sąd I instancji dowód ten pominął na podstawie art. 217 § 2 k.p.c., nadto dowód ten można uznać za nieistotny w rozumieniu art. 227 k.p.c., tj. nie mogący wpłynąć na treść wyroku.

Mając na uwadze przedstawione powyżej argumenty należy uznać, że skoro pozwany wykonał umówione prace w 58%, to tytułem wynagrodzenia za te roboty należy mu się 58% wynagrodzenia ryczałtowego brutto ustalonego w § 2 umowy (art. 647 k.c.). Wobec tego zaś, że nie było między stronami sporu co do wysokości kwot wypłaconych pozwanemu przez powoda tytułem częściowego wynagrodzenia przed odstąpieniem od umowy, stwierdzić trzeba, że prawidłowe jest wyliczenie Sądu I instancji, iż do zapłaty z tego tytułu pozostała kwota 7.753,90 złotych.

Wobec skutecznego potrącenia wynagrodzenia za roboty dodatkowe w kwocie 27.510,60 zł (z faktury (...)) z karą umowną należną pozwanemu (o czym powyżej) należność ta uległa umorzeniu, zatem w tej części powództwo podlegało oddaleniu. Skarżący nie kwestionował w apelacji prawidłowości wyliczeń Sądu Okręgowego w zakresie zwrotu części wynagrodzenia zatrzymanego tytułem zabezpieczenia, zatem kwestia powyższa pozostaje na obecnym

etapie poza sporem. W konsekwencji brak było podstaw do zmiany zaskarżonego wyroku także w zakresie powództwa wzajemnego.

Z przedstawionych powyżej względów apelacja podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Kosztami procesu za drugą instancję obciążono pozwanego stosownie do wyników postępowania w tej instancji (art. 98 § 1 k.p.c.). W skład tych kosztów zaliczono wynagrodzenia pełnomocnika powoda od powództwa głównego i wzajemnego w stawkach minimalnych wynikających z przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22.10.2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (5.400 zł w zakresie powództwa głównego i 10.800 zł co do powództwa wzajemnego) oraz kwotę 100 zł opłaty od zażalenia.

(...)