

Sygn. akt I ACa 303/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 września 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Dariusz Małkiński
Sędziowie	:	SA Krzysztof Chojnowski SA Beata Wojtasiak (spr.)
Protokolant	:	Izabela Lach

po rozpoznaniu w dniu 8 września 2016 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **P. K.**

przeciwko **L. S. i Gminie S.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji powoda i pozwanego L. S.

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 4 lutego 2016 r. sygn. akt VII GC 117/15

**I. zmienia zaskarżony wyrok o tyle, że kwotę z pkt I obniża do 86.967,46 (osiemdziesięciu sześciu tysięcy dziewięciuset sześćdziesięciu siedmiu 46/100) złotych, zaś kwotę z pkt I tiret pierwszy do kwoty 8.153,26 (ośmiu tysięcy stu pięćdziesięciu trzech 26/100) złotych;**

**II. oddala apelację pozwanego w pozostałej części, zaś apelację powoda w całości;**

**III. znosi pomiędzy stronami koszty postępowania apelacyjnego;**

**IV. prostuje oczywistą omyłkę pisarską w pkt VI wyroku w ten sposób, że w miejsce słów „pozwanego L. S.” wpisuje słowa „powoda P. K.”.**

(...)

## UZASADNIENIE

Powód, P. K., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B. P. K. w S. wniósł m.in. o zasądzenie solidarnie od pozwanych L. S. i Gminy S. kwoty 121.307,45 zł z ustawowymi odsetkami od: 62.507,82 zł od 8 listopada 2013 r. do dnia zapłaty, 49.673,03 zł od 10 grudnia 2013 r. do dnia zapłaty i 9.126,60 zł od 6 listopada 2014 r. do dnia zapłaty – tytułem wynagrodzenia kosztorysowego za wykonane przez niego, jako podwykonawcę, prace objęte umową o roboty budowlane z 22 sierpnia 2013 r. Domagał się ponadto od L. S. kwoty 23.814,62 zł z ustawowymi odsetkami od 16 października 2014 r. do dnia zapłaty – tytułem zwrotu połowy uiszczonyj kaucji gwarancyjnej.

Pozwany L. S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo (...) L. S. w B., wniósł o oddalenie powództwa. Podniósł, że doszło do skutecznego potrącenia żądanych w pozwie kwot z wierzytelnościami przysługującymi mu od powoda m.in. z tytułu kar umownych za opóźnienie w realizacji robót.

Pozwana Gmina S. także wniosła o oddalenie powództwa.

**Wyrokiem z 4 lutego 2016 r. Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 89.685,13 zł z odsetkami od kwot: 10.870,93 zł w wysokości ustawowej od dnia 8 listopada 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i w wysokości ustawowej za opóźnienie od 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, 49.673,03 zł w wysokości ustawowej od dnia 11 marca 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i w wysokości ustawowej za opóźnienie od 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, 9.126,60 zł w wysokości ustawowej od dnia 13 listopada 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i w wysokości ustawowej za opóźnienie od 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, 20.014,57 zł w wysokości ustawowej od dnia 16 października 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i w wysokości ustawowej za opóźnienie od 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty (pkt I). Oddalił nadto powództwo wobec L. S. w pozostałym zakresie (pkt II) oraz w całości wobec Gminy S. (pkt III) i zasądził, tytułem zwrotu kosztów procesu, od: L. S. na rzecz powoda 4.673,91 zł (pkt IV) oraz od powoda na rzecz Gminy S. 3.617 zł (pkt V), zwrócił również ze Skarbu Państwa na rzecz L. S. 1.593,32 zł z tytułu niewykorzystanej zaliczki (pkt VI).**

Sąd Okręgowy ustalił, że Gmina S. zawarła z L. S. umowę o roboty budowlane, której przedmiotem była budowa ulicy (...) w S.. Wskazał, że wykonawca zawarł następnie z powodem umowę z 22 sierpnia 2013 r., na podstawie której P. K. miał zrealizować: wodociąg (538 m), przyłącza (545 m, 27 szt.), kanalizację deszczową (442,5 m), przykanalia (75,5 m), studnie rewizyjne (1.200 mm – 10 szt.) i studzienki ściekowe (500 mm, 20 szt.), przy czym wykonanie pierwszych trzech elementów prac miało nastąpić do 12 października 2013 r., a zakończenie całości robót do 31 października 2013 r.

Oceniając przebieg realizacji umowy Sąd ustalił, że powód przystąpił do jej wykonania 28 sierpnia 2013 r. Sąd zauważył, że 11 września 2013 r., z uwagi na braki projektowe, przedstawiciele stron stwierdzili konieczność przeprowadzenia prac dodatkowych (połączenie istniejącego wodociągu z projektowanym, ułożenie rur wodociągowych, montaż zasuw na wodociągu, ułożenie i przyłączenie czwórnika), o których wartości L. S. poinformował powoda pismem z 14 października 2013 r., po czym P. K. zażądał wyższego wynagrodzenia i zmiany terminów realizacji umowy. Sąd wskazał również, że już 25 września 2013 r. kierownik robót zgłosił natrafienie na wysoki poziom wód gruntowych, podczas gdy pracownicy powoda przystąpili do osuszania terenu igłofiltrami dopiero 28 października 2013 r. Ustalił w dalszej kolejności, że 8 listopada 2013 r. podwykonawca wykonał odcinek sieci wodociągowej w ulicy (...) przez połączenie węzła z odejściem od ulicy (...), następnie 15 listopada 2013 r. podmiot zewnętrzny zrealizował wodociąg w skrzyżowaniu ulic (...) i (...), w dniu 19 listopada 2013 r. przeprowadzono płukanie sieci wodociągowej oraz pobrano próbki do badań, natomiast 20 listopada 2013 r. dokonano badania wody w sieci wodociągowej. Sąd wskazał, że 18, 20 i 21 listopada 2013 r. pracownicy P. K. nie stawili się na placu budowy i w związku z tym, 25 listopada 2013 r., L. S. poinformował wykonawcę, że korzysta z uprawnienia do zastępczego wykonania pozostałego zakresu prac. Sąd ustalił, że zakończenie robót nastąpiło 3 grudnia 2013 r.

Analizując sposób rozliczeń między stronami Sąd uznał, że powód wystawił za wykonane prace faktury VAT: z 1 października 2013 r. nr (...) na 207.747 zł, z 6 października 2014 r. nr (...) na 9.126,60 zł i z 4 listopada 2013 r. nr (...) na 254.102,63 zł. Wskazał również, że pozwany zajął 54.354,62 zł na poczet kaucji gwarancyjnej z wynagrodzenia

oznaczonego w fakturze VAT nr (...) oraz odliczył, w piśmie z 21 października 2014 r., od należnych powodowi świadczeń, kwoty: 78.814,20 zł z tytułu kary umownej, 3.800,05 zł z tytułu partycypacji powoda w kosztach ochrony budowy i 2.029,50 zł z tytułu wynagrodzenia za wywóz urobku. Dodał, że powyższe sumy zostały potrącone w następujący sposób: 49.673,03 zł z faktury VAT nr (...), 9.126,60 zł z faktury VAT nr (...) i 25.844,12 zł z kaucji gwarancyjnej zajętej z wynagrodzenia oznaczonego w fakturze VAT nr (...). Sąd ustalił, że suma pozostała z 50% zabezpieczenia umownego (1.333,19 zł) została przekazana powodowi. Uznał też, że pozwany, w dniu 24 stycznia 2014 r., wystawił P. K. fakturę VAT nr (...) z tytułu partycypacji w kosztach ochrony (3.800,05 zł) oraz wywozu urobku (2.029,50 zł). Dodał, że L. S., pismem z 20 listopada 2013 r., poinformował podwykonawcę, że z pozostałej wierzytelności oznaczonej w fakturze VAT nr (...): dokonał potrącenia 62.507,82 zł tytułem kar umownych i 1.947,77 zł tytułem partycypacji w kosztach ochrony budowy, zachował 27.177,31 zł z tytułu 50% zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz uiszczył wierzytelności pozostałe 88.936,79 zł. Sąd wskazał również, że 10 lutego 2014 r. zawarto umowę, na mocy której, w celu zaspokojenia roszczeń powoda oznaczonych w fakturze VAT nr (...), wykonawca przełał na rzecz P. K. swoją wierzytelność wobec gminy S. z tytułu należnego od niej wynagrodzenia w kwocie 204.429,60 zł. Sąd ustalił nadto, że w dniu 2 października 2014 r. pozwany wystawił notę księgową, na mocy której obciążył podwykonawcę karą umowną 141.322,02 zł za 52 dni opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy.

Sąd I instancji podkreślił, że wysokość przysługującego wykonawcy wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane nie była sporna. Wskazał, że z braku umownego rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika (art. 473 § 1 k.c.), kara umowna w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto została zastrzeżona na wypadek zawinionego opóźnienia powoda w wykonaniu całości prac lub elementów robót (§ 5 ust. 1 pkt a umowy). Mając to na uwadze Sąd ocenił, że powód dopuścił się zwłoki na skutek niewykonania osuszenia terenu. Uzasadniał, że wynagrodzenie umowne miało charakter ryczałtowy, a nie kosztorysowy i obejmowało wszystkie prace niezbędne do realizacji przedmiotu zobowiązania, których pominięcie, lub nieuwzględnienie w umowie stanowiło element ryzyka powoda (§ 4 ust. 2 umowy). Wskazał nadto na oświadczenie wykonawcy, który oznajmił, że posiada środki techniczne, wymagane uprawnienia i kwalifikacje do wykonania prac (§ 1 ust. 6 umowy) zgodnie z warunkami technicznymi, zasadami sztuki budowlanej i wiedzą techniczną (§ 3 ust. 3 umowy). Te ostatnie nakazywały w ocenie Sądu, opartej w tym zakresie na opinii biegłego, że powód, jako profesjonalista, powinien przewidzieć konieczność zastosowania osuszania gruntu za pomocą igłofiltrów i niezwłocznie zastosować tą metodę bez oczekiwania na decyzję pozwanego. Zwłokę z tej przyczyny Sąd określił na 19 dni i uznał ją za podstawę naliczenia kary umownej w wysokości 51.636, 89 zł (19 dni x 441.907,50 zł x 23% x 0,5 %), która podlegała potrąceniu z wierzytelnością z wynagrodzenia oznaczonego fakturą VAT nr (...) (66.403,36 pozostała po uwzględnieniu: 54.354,62 zł kaucji, 88.936,79 zł uiszczonych na rzecz powoda i 1.947,77 zł zasadnie potrąconych z tytułu partycypacji w kosztach ochrony terenu) do kwoty 10.870,93 zł.

Sąd uznał natomiast, że kara umowna za pozostałe 33 dni opóźnienia została naliczona niezasadnie, bowiem w trakcie robót zaistniała konieczność zrealizowania prac dodatkowych, które były niezbędne do zakończenia głównego przedmiotu zobowiązania. Oceniał za biegłym, że potrzeba wykonania tych świadczeń była skutkiem istotnych braków w dokumentacji, a strony nie ustaliły daty, do której pozwany powinien wyrazić swoje stanowisko co do akceptacji wyceny. Z tych względów zważył, że termin spełnienia całej umowy powinien zostać wydłużony, zgodnie z wnioskiem powoda z 16 października 2013 r., o okres jego oczekiwania na aprobatę kosztorysu prac (od 11 września 2014 r. do 14 października 2014 r.).

W tym stanie rzeczy Sąd uznał za nieskuteczne potrącenie kary umownej w wysokości 89.685,12 zł (33 dni x 441.907,50 zł x 23% x 0,5 %) z wierzytelnościami stwierdzonymi fakturami VAT: nr (...) (10.870,93 zł), nr (...) (49.673,03 zł), nr (...) (9.126,60 zł) oraz z częścią kaucji gwarancyjnej (20.014,57 zł). Odnosząc się do tego ostatniego świadczenia, Sąd uwzględnił częściowo żądanie zwrotu 50% niewykorzystanej kwoty zabezpieczenia, bowiem powinna ona zostać oddana w ciągu 30 dni od daty odbioru końcowego inwestycji (§ 9 ust. 4 umowy). Wskazał przy tym, że należna z powyższego tytułu suma podlegała pomniejszeniu do 20.014,57 zł z uwagi na: uiszczenie przez pozwanego kwoty 1.333,19 zł, obowiązek zwrotu przez powoda: kosztów wywozu urobku (2.029,50 zł) i części wydatków na ochronę terenu budowy (3.800,50 zł). Sąd uznał za zasadne zobowiązanie z tego ostatniego tytułu, gdyż podwykonawca powinien zwrócić pozwanemu 43% poniesionych przez niego kosztów, gdy, jak w niniejszej sprawie, korzystał z

zaplecza budowy (§ 3 ust. 3 tiret 15 umowy). Strona nie wykazała też w ocenie Sądu, że poniosła szkodę w wysokości 6.547 zł wskutek kradzieży akumulatorów, lub aby do tego zdarzenia doszło na terenie objętym ochroną.

Sąd określił nadto odsetki od świadczeń należnych powodowi mając m.in. na uwadze 35 dniowy termin płatności przewidziany w fakturach VAT (§ 4 ust. 4 umowy). Zasadził je od kwoty: 10.870,93 zł od dnia 8 listopada 2013 r. (zgodnie z terminem płatności faktury VAT nr (...)), 49.673,03 zł od dnia 11 marca 2014 r., bowiem faktura VAT nr (...) została skutecznie doręczona pozwanemu 3 lutego 2014 r. z uwagi na wcześniejsze niedostarczenie wyników prób potwierdzających bezusterkowe wykonanie prac, 9.126 zł od dnia 13 listopada 2014 r. (zgodnie z terminem płatności faktury VAT nr (...)), 20.014,57 od dnia 16 października (zgodnego z żądaniem powoda).

O kosztach zastępstwa procesowego Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. i 100 k.p.c. obciążając nimi strony w stosunku do stopnia przegrania sprawy. Sąd rozstrzygnął też o zwrocie niewykorzystanej zaliczki uiszczonej przez powoda (3.000 zł k. 195).

**Apelację od powyższego wyroku złożył powód. Zaskarżył go w części oddalającej powództwo przeciwko L. S. i zarzucił naruszenie art. 233 § 1 k.p.c., polegające na dokonaniu niewszechstronnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie w zakresie dotyczącym przyczyn opóźnienia powoda w zakończeniu robót, a w szczególności pominięcie:**

a) **zeznań świadka B. G., z których wynika, że do końca października 2013 r. wszystkie prace objęte podstawowym zakresem robót zostały wykonane przez powoda,**

b) **zapisów dziennika budowy z okresu od 31 października 2013 r. do 15 listopada 2013 r., z których wynika, że w trakcie wykonywania robót objętych protokołem konieczności z 11 września 2013 r., powód nie mógł kontynuować prac, a pozostałe do wykonania czynności możliwe były do zrealizowania po zakończeniu robót dodatkowych, na co również wskazują zapisy dziennika budowy,**

**- co w konsekwencji doprowadziło do błędnego przyjęcia, że opóźnienie powoda w zakończeniu robót w okresie od 1 do 13 listopada 2013 r. było zawinione przez powoda.**

**Z uwagi na powyższe skarżący wniósł o:**

**- zmianę wyroku i zasądzenie od L. S. 35.330,49 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 8 listopada 2013 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty,**

**- zasądzenie na rzecz powoda kosztów postępowania I oraz II instancji według norm przepisanych,**

**- dopuszczenie dowodu z opinii uzupełniającej biegłego M. R., celem wypowiedzenia się, jakiego rodzaju prace objęte podstawowym zakresem robót pozostały do wykonania przez powoda po zakończeniu robót dodatkowych, wykonywanych przez firmę zewnętrzną, oraz czy były one technicznie możliwe do zrealizowania, w sytuacji, gdy wykonanie spięcia sieci wodociągowej dokonano dopiero w dniu 13 listopada 2013 r.**

**Apelację od wyroku w zakresie pkt I, IV i VI złożył także L. S., który zarzucił sprzeczność ustaleń Sądu z treścią zebranego materiału dowodowego polegającą na błędnym przyjęciu, że okres 33 dni oczekiwania przez powoda na decyzję L. S. w sprawie akceptacji robót dodatkowych usprawiedliwiał wydłużenie o ten czas realizacji robót przez podwykonawcę, a w konsekwencji, że pozwany niezasadnie naliczył karę umowną za 33 dni przekroczenia terminu umownego, a w rezultacie, że nieskuteczne jest potrącenie kary umownej za ten okres w wysokości 89 685,12 zł z**

**wierzytelnościami powoda stwierdzonymi fakturami VAT nr: (...), (...) oraz z wierzytelnością o zwrot kaucji gwarancyjnej.**

**Z uwagi na powyższe skarżący wniósł o zmianę wyroku i oddalenie powództwa w całości, zasądzenie od powoda 3 617 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu w pierwszej instancji, orzeczenie o zwrocie ze Skarbu Państwa na rzecz powoda 1 593,32 zł z tytułu niewykorzystanej zaliczki, zasądzenie od powoda kosztów postępowania za II instancję według norm przepisanych.**

**SĄD APELACYJNY USTALIŁ I ZWAŻYŁ CO NASTĘPUJE:**

**Apelacja pozwanego okazała się częściowo zasadna, zaś apelacja powoda nie zasługiwała na uwzględnienie.**

Sąd Apelacyjny zaaprobował i uznał za własne ustalenia faktyczne Sądu I instancji co do treści umowy łączącej strony, należności powoda z tego tytułu, przebiegu prac, a także co do tego, że w trakcie realizacji inwestycji wynikła potrzeba wykonania robót dodatkowych, które zlecono ostatecznie wykonawcy zewnętrznemu.

Nie były jednak pozbawione słuszności zarzuty strony pozwanej, że Sąd pierwszej instancji niezasadnie usprawiedliwił trzydziestotrydniowe opóźnienie powoda i błędnie przy tym uznał, iż powód mógł powstrzymywać się z realizacją swego świadczenia w okresie od dnia sporządzenia protokołu konieczności (11 września 2013 r. - k. 72) do chwili dokonania wyceny robót dodatkowych przez zamawiającego (14 października 2013 r. - k. 78). Niewątpliwie zobowiązanie stron, w tym ustalone przez kontrahentów wynagrodzenie ryczałtowe, nie obejmowało prac oznaczonych w dokumencie z k. 72 akt (§ 1 ust. 1 umowy k. 14, specyfikacja techniczna k. 20 - 35). Tym niemniej, jak wynikało z wyjaśnień biegłego, składanych na rozprawach przed sądami obu instancji, brak spełnienia robót dodatkowych nie uniemożliwiał bynajmniej powodowi wybudowania, przewidzianych w umowie, instalacji wodociągowej i kanalizacyjnej (protokoły rozprawy k. 289, 367 v - 368). Za biegłym zatem przyjąć należało, że w okolicznościach niniejszej sprawy, wskazane wyżej elementy infrastruktury mogły zostać ukończone do 12 października 2013 r. (umowny termin realizacji prac; § 2 umowy).

Sąd Apelacyjny uznał wyjaśnienia biegłego za wiarygodne, bowiem nie zawierały one błędów logicznych, a nadto były należycie uzasadnione oraz spójne ze stanowiskiem wyrażonym przez mgr. inż. M. R. w toku postępowania pierwszoinstancyjnego (k. 241 – 252, 288 v – 289 v). Także strony nie zgłosiły co do nich zastrzeżeń

Z faktu, że powód mógł realizować przedmiot swojej umowy w trakcie oczekiwania na decyzję pozwanej co do wykonywania robót dodatkowych, a nawet do zakończenia wykonania tych robót, nie można jednak wnosić, że był on w stanie sfinalizować swoje prace. Do pełnego wykonania wymienionych prac niezbędne było bowiem m.in. dokonanie: odbiorów technicznych, pomiarów i badań, ukończonej instalacji wodociągowej i kanalizacyjnej (§ 3 ust. 2 umowy k. 14, opinie biegłego k. 289, 367 v). Jak wynikało z treści opinii biegłego, aby przeprowadzić powyższe czynności, w tym próbę ciśnieniową, należało w pierwszej kolejności spiąć infrastrukturę wybudowaną w ramach przedmiotu umowy. To z kolei stało się możliwe dopiero po wykonaniu robót dodatkowych (opinia biegłego z rozprawy apelacyjnej i z I instancji k. 289, 367 v - 368), a więc od 14 listopada 2013 r. (adnotacja w dzienniku budowy pod datą 15 listopada 2013 r.: „w dniu 13 listopada 2013 r. wykonano spięcie wodociągu sieci wodociągowej na skrzyżowaniu ul. (...) przez firmę zewnętrzną ...”, k. 66 v). Dopiero zatem w tej dacie powód uzyskał możliwość zakończenia realizacji przedmiotu umowy (wybudowanie kanalizacji i wodociągów oraz przeprowadzenie prób tych instalacji), a jego zaniechanie po tej dacie winno być oceniane w kategoriach nienależytego wykonania umowy.

Nie ulegało wątpliwości, że skarżący nie wykonał do 13 listopada 2013 r. szeregu prac, które składały się na przedmiot umowy. Zostały one oznaczone m.in. w dzienniku budowy pod datami od 15 listopada 2013 r. do 3 grudnia 2013 r. (dzień zakończenia robót; k. 66 v – 68) a także opisane w protokole sporządzonym przez strony 27.11.2013 roku. P. K. nie udowodnił, aby przekroczenie umownego terminu w powyższym okresie nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosił odpowiedzialności (art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c.). Jak bowiem wskazano wyżej nie usprawiedliwiał go

oczekiwanie na akceptację wynagrodzenia z tytułu wykonania robót dodatkowych. Nie usprawiedliwiało go również zaniechanie użycia igłofiltrów (powód przystąpił do tych prac dopiero 28.10.2013r.). Ta ostatnia okoliczność została należycie oceniona i uzasadniona przez Sąd I instancji, stąd też nie ma potrzeby powielania argumentacji w tej mierze. Wbrew przeświadczeniu skarżącego, wyrażonemu w jego apelacji, dostatecznego przeciwdowodu dla odmiennej oceny nie stanowiły – jako sprzeczne z w/w dokumentami - zeznania świadka B. G., który podał (k. 233 odwr.), że do końca października zostały wykonane wszystkie możliwe prace.

Dostrzegając, że biegły słuchany na rozprawie apelacyjnej kategorycznie stwierdził, iż do 12.10.2013 roku powód mógł wykonać wszystkie prace z wyjątkiem przeprowadzenia próby ciśnieniowej i protokolarnego przekazania obiektu, Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, że należy usprawiedliwić powoda w okresie od 12.10.2013r. do 13.11.2013r., bowiem umowa nie przewidywała osobnego oddania kanalizacji deszczowej i oddania kanalizacji wodociągowej, zaś z punktu widzenia powoda jego obowiązki wynikające z umowy kończyły się z chwilą wykonania badań, prób i sprawdzeń, które to czynności – jako jedyne spośród opisanych w protokole z 27.11.2013 roku – zostały ocenione przez biegłego, jako niemożliwe do realizacji przed spięciem instalacji z sąsiednimi ulicami. Natomiast nie można usprawiedliwić powoda za okres następujących 20 dni tj. od 14.11.13r do 3.12.13 roku, bowiem nie wykazał on, by na przeprowadzenie czynności końcowej tj próby ciśnieniowej i płukanie wodociągu był mu potrzebny czas dłuższy niż 1 dzień. Z tego względu uznać należało, że powód znajdował się w zwłoce przez 20 dni (od 14 listopada 2013 r. do 3 grudnia 2013 r.), a zatem w okresie innym i nieco dłuższym, niż to zostało przyjęte w zaskarżonym wyroku.

Konsekwencją powyższego było również uznanie, że pozwany mógł zastosować kary umowne za ten właśnie okres, a co za tym idzie dokonać potrącenia swojej wierzytelności z tego tytułu z wierzytelnością powoda.

Kara umowna należna za 20 dni opóźnienia wyraża się kwotą 54.354,56 zł (20 dni x 441.907,50 zł x 23% VAT x 0,5% kary umownej) i o taką kwotę pozwany mógł zredukować świadczenie oznaczone w fakturze VAT nr (...), nie zaś - jak to uczynił - o 62.507,82 zł. Na rzecz powoda powinna być w rezultacie zasądzona różnica między wymienionymi sumami, to jest 8.153,26 zł (62.507,82 zł - 54.354,56 zł). W tym też zakresie skarżony wyrok podlegał zmianie (Sąd Okręgowy zasądził 10.870,93 zł uznając za zasadne potrącenie kary umownej za 19 dni opóźnienia z wynagrodzenia oznaczonego w tej fakturze VAT). Reszta kwot, o których rozstrzygnął Sąd pierwszej instancji została określona prawidłowo. Zasądzono je jako spełnienie pozostałych świadczeń niesłusznie potrąconych przez L. S. z tytułu kar umownych za 32 dni opóźnienia z wierzytelności dotyczących: wynagrodzeń powoda oznaczonych w fakturach VAT nr (...) (49.673,03 zł) i nr (...) (9.126,60 zł) oraz zwrotu połowy kaucji gwarancyjnej pomniejszonej dodatkowo o koszty partycypacji P. K. w ochronie terenu budowy w wysokości 3.800,05 zł (23.814,62 zł - 3.800,05 zł = 20.014, 57 zł). Rozstrzygnięcie co do ostatniej ze wskazanych sum nie było przy tym kwestionowane w apelacjach stron. Zbędne okazało się również ponowne przytaczanie prawidłowych ocen prawnych i faktycznych podniesionych przez Sąd Okręgowy na uzasadnienie wyroku w powyższej części. W świetle zaprezentowanych wywodów apelacja powoda, dążącego do dalszego zmniejszenia naliczonych mu kar umownych nie mogła być uwzględniona i podlegała oddaleniu. .

Nieznaczna zmiana rozstrzygnięcia w zakresie wysokości zasądzzonego na rzecz powoda świadczenia nie rzutowała na rozstrzygnięcie co do kosztów postępowania pierwszoinstancyjnego. Sprostować natomiast należało pkt VI wyroku, bowiem na skutek oczywistej omyłki orzeczono w nim zwrot niewykorzystanej zaliczki na rzecz pozwanego, a nie powoda, który ją uiścił (dowód wpłaty k. 195).

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny orzekł jak w pkt I sentencji na podstawie art. 386 § 1 k.p.c., jak w pkt II na podstawie art. 385 k.p.c. oraz jak w pkt IV w oparciu o art. 350 § 3 k.p.c.

O kosztach za instancję odwoławczą Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. i zniósł je wzajemnie, bowiem pozwany wygrał postępowanie tylko co do nieznacznej części swego żądania (2.717,67, czyli ok. 3%), a środek zaskarżenia powoda nie został uwzględniony w całości.

Z uwagi na powyższe Sąd Apelacyjny orzekł jak w pkt III sentencji w oparciu o art. 108 § 1 k.p.c.

(...)