

Sygn. akt I ACa 449/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 czerwca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Józef Wąsik (spr.)
Sędziowie:	SSA Barbara Górczanowska SSA Grzegorz Krężolek
Protokolant:	St. Prot. Sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 19 czerwca 2013 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w K.

przeciwko Przedsiębiorstwu (...) Sp. z o.o. we W.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda wzajemnego (...) S.A. w K.

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 19 grudnia 2012 r. sygn. akt VII GC 123/12

**1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie I w ten sposób, że zasądza od pozwanego (powoda wzajemnego) Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. we W. na rzecz powoda (pozwanego wzajemnego) (...) S.A. w K. kwotę 925.980 zł (dziewięćset dwadzieścia pięć tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt złotych) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 30 maja 2012 r., natomiast w pozostałym zakresie powództwo główne oddala i zasądza od powoda (pozwanego wzajemnie) na rzecz pozwanego (powoda wzajemnego) kwotę 11.433 zł (jedenaście tysięcy czterysta trzydzieści trzy złote) tytułem kosztów procesu;**

**2. oddala apelację w pozostałym zakresie;**

**3. zasądza od powoda (pozwanego wzajemnie) na rzecz pozwanego (powoda wzajemnego) kwotę 4.282 zł (cztery tysiące dwieście osiemdziesiąt dwa złote) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I A Ca 449/13

## UZASADNIENIE

Powód – (...) SA w K. domagał się zasądzenia od pozwanego – Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. we W. kwoty 4 464 200 zł jako kary umownej za opóźnienie w realizacji inwestycji topialni żeliwiakowej z urządzeniami towarzyszącymi wykonywanej na podstawie umowy stron z 23.12.2008r.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa wskazując, że wykonał umowę w terminie uzgodnionym przez strony i ewentualnie domagał się miarkowania kar. Nadto wniósł powództwo wzajemne opiewające na kwotę 910 000 zł. stanowiącej tzw. kaucję gwarancyjną na zabezpieczenie prawidłowego wykonania umowy, która miała być, zgodnie z umową, zwrócona pozwanemu w terminie 7 dni od daty końcowego odbioru zadania, czyli od dnia 26.11.2009r.

Powód wniósł o oddalenie powództwa wzajemnego twierdząc, że dokonał w dniu 11.10.2010r. potrącenia kwoty nim objętej z należności przysługującej mu z tytułu kar umownych za opóźnienie w realizacji inwestycji.

### **Wyrokiem z dnia 19 grudnia 2012r Sąd Okręgowy w Kielcach:**

I. oddalił powództwo główne i zasądził od (...) S.A. w K. na rzecz Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. we W. kwotę 14 217 zł tytułem kosztów procesu;

II. uwzględniając powództwo wzajemne zasądził od (...) S.A. w K. na rzecz Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. we W. kwotę 910 000 zł z odsetkami w wysokości ustawowej 13% rocznie od dnia 8 stycznia 2010 r i z każdorazowymi odsetkami ustawowymi do dnia zapłaty oraz kwotę 52 700 zł tytułem kosztów procesu.

Za podstawę faktyczną wyroku przyjął następujący stan faktyczny:

W dniu 23.12.2008r. powód zawarł umowę z Biurem (...) Sp. z o.o. w K., której przedmiotem było wykonanie pod klucz topialni żeliwiakowej wraz z urządzeniami towarzyszącymi w terminie do 30.09.2009r. Teren budowy przekazano 6.01.2009r.

W dniu 26.05.2009r. został sporządzony aneks do tej umowy pomiędzy powodem a pozwanym, który nabył przedsiębiorstwo (...) i wszedł w jego prawa i obowiązki przejmując także realizację powyższej umowy.

W §6 umowy określono sposób dokonania odbiorów częściowych i końcowego, który miał nastąpić po wykonaniu pełnego zakresu umowy i po pozytywnie przeprowadzonym rozruchu technologicznym, którego procedurę określał załącznik nr 3 do umowy (k. 32).

Określono także wynagrodzenie ryczałtowe na kwotę 9 259 800 zł. brutto (§7 pkt 1 umowy) jak również kary umowne za każdy dzień opóźnienia w terminie zakończenia robót w wysokości 0,2% wartości umownego wynagrodzenia (§12 pkt 1b umowy). Przedstawicielami stron na budowie byli inspektor nadzoru B. S. (1) (od powoda) i kierownik budowy L. G. (1) (od pozwanego).

Także w tym dniu doszło do spotkania osób uprawnionych do reprezentacji stron umowy i tak: z ramienia powoda – Prezesa Zarządu T. G. (1) i członka Zarządu J. O. (1) i z ramienia pozwanego Prezesa Zarządu M. S. i wiceprezesa Zarządu B. J. w celu oceny realnych możliwości zakończenia inwestycji we wskazanym w umowie terminie.

W wyniku wzajemnych uzgodnień odnoszących się do wiążącej strony umowy ustalono termin zakończenia robót na dzień 31.12.2009r. co uwidoczniło w dokumencie nazwanym „notatką” podpisanym przez w/w osoby.

Już między stronami tego procesu umowa była kilkakrotnie aneksowana i tak aneksem z dnia 24.11.2009r. strony ustaliły, że kaucja gwarancyjna na zabezpieczenie wykonania umowy została zwiększona do kwoty 910 000 zł. i miała być zwrócona pozwanemu wykonawcy w terminie 7 dni od daty końcowego odbioru zadania (aneks k. 216)

W dniu 26.11.2009r. pozwany w oparciu o tzw. przejściowe świadectwo płatności i zestawienie wartości wykonanych robót ich stan i wartość, które to dokumenty zostały potwierdzone przez L. G. i B. S. wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 357 948 zł. stanowiącą resztę umówionego wynagrodzenia za budowę topialni.

Faktura VAT została zapłacona przez powoda w dniu 27.11.2009r.

Na przełomie listopada i grudnia 2009r. dokonano rozruchu jednego żeliwiaka, następnie uczyniono to także 9 –go i 15-go grudnia 2009r. pod nadzorem firmy pn. Zakład (...) w N., która była podwykonawcą pozwanego w zakresie elektroniki, elektryki i automatyki przedmiotu umowy. Przebieg rozruchu był przez tę firmę monitorowany.

Drugi z żeliwiaków nie był poddawany rozruchowi wobec wzajemnego uzgodnienia stron, że nastąpi to po usunięciu usterek ujawnionych w czasie rozruchu pierwszego żeliwiaka. Rozruch odbywał się według harmonogramu przedstawionego (...) w dniu 29.10.2009r. (k. 340 – 345.)

Po w/w rozruchu pozwany usuwał ujawnione i zgłaszane mu przez zamawiającego usterki i wady a nadto dokonano w dniu 23.03.2010r. rozruchu drugiego żeliwiaka (protokół k. 79 – 80).

Inwestycja objęta umową została przez powoda, jako zakończona, ujęta w środkach trwałych na koniec 2009r. a z początkiem 2010r. (...) dokonało rozliczenia kredytu na tę inwestycję z bankiem ją finansującym ( (...) SA Oddział w K.).

W memorandum informacyjnym z dnia 6.01.2011r. przygotowanym przez firmę zewnętrzną na zlecenie Ministra Skarbu Państwa dla celów prywatyzacji (...) wskazano, w oparciu o dane uzyskane z zarządu powodowej spółki, że inwestycja topialni żeliwiakowej zrealizowana została w 2009r.

Powodowa spółka w dniu 20.06.2011r. wystawiła pozytywną rekomendację pozwanemu odnosząc się do zrealizowanej topialni.

W dniu 11.10.2010r. powodowy wykonawca działając przez uprawnione osoby złożył oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w kwocie 910 000 zł. należnej pozwanemu z tytułu kaucji gwarancyjnej z kwotą kar umownych jakich domagał się powód od pozwanego za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy. Kary umowne zostały obliczone za okres od 30.09.2009r. do 29.07.2010r. tj. do dnia, w którym powód sporządził we własnym zakresie bez udziału pozwanego protokół odbioru końcowego i przekazania inwestycji do eksploatacji (dowód: oświadczenie k. 106, 107, protokół k. 119 – 120).

W ocenie Sądu I Instancji powództwo główne jest nieuzasadnione natomiast na uwzględnienie zasługuje powództwo wzajemne.

Zdaniem Sądu powód dokonując potrącenia kwoty kaucji gwarancyjnej (objętej powództwem wzajemnym) oświadczeniem z 11.10.2010r. uznał zasadność tego roszczenia pozwanego. W materialnym oświadczeniu o potrąceniu uregulowanym w art. 498 i nast. kc mieści się bowiem uznanie własnego roszczenia wobec osoby, do której jest ono skierowane w rozumieniu art. 123 §1 pkt 2 kc. Zatem powód, stosownie do zapisu aneksu do umowy z dnia 24.11.2009r. jest obowiązany do zwrotu tej kaucji w terminie 7 dni od daty odbioru końcowego zadania. W świetle zebranych w sprawie dowodów Sąd uznał, że strony uzgodniły termin zakończenia robót na dzień 31.12.2009r. i ujawniły swoją wolę zmiany terminu wykonania robót wskazanego w umowie. To, że uzgodnienie takie zawarły w „notatce” z 26.05.2004r. nie nazywając jej aneksem do umowy nie ma istotnego znaczenia w tej materii bowiem nie nazwa dokumentu, ale jego treść i intencje stron oraz fakt podpisania go przez wówczas reprezentujące strony osoby z zarządu świadczy o rzeczywistej woli umawiających się stron.

To, że oryginału notatki nie ma w dokumentacji powoda nie ma zdaniem Sądu istotnego znaczenia skoro niewątpliwe jest, a wynika to z zeznań uczestników spotkania, w tym członka zarządu (...) J. O., który pełnił swoją funkcję jeszcze do maja 2012r. a więc w okresie kiedy strony już pozostawały w sporze, że takie ustalenia poczyniono mając na względzie trudności w realizacji robót leżące w większości po stronie powodowego zamawiającego, a to: trudności w uzyskaniu kredytu, wadliwość ekspertyzy technicznej określającej stan przydatności hali głównej jako miejsca posadowienia pieców, niezgodności dostarczonej dokumentacji ze stanem faktycznym i koniecznością jej wielokrotnego dostosowania do zmieniających się warunków realizacyjnych, zwłokę w przekazaniu frontu robót,

prototypowym charakterem inwestycji. Wskazane przeszkody w realizacji przedmiotu umowy były znane powodowi i wynikały choćby z notatki z 11.03.2009r. spisanej jeszcze z firmą (...) gdzie odniesiono się do wadliwości hali, w której instalowano urządzenia.

Tak ustalony termin został przez pozwanego wykonawcę dotrzymany. Fakt, że nie sporządzono formalnego protokołu końcowego odbioru robót nie ma zdaniem Sądu istotnego znaczenia. To nie protokół jest jedynym dowodem, aczkolwiek był wymagany umową, na okoliczność wykonania przedmiotu tej umowy. To powód potwierdził bez zastrzeżeń fakt wykonania pełnego zakresu robót objętych umową w tzw. przejściowym świadectwie płatności, którego załącznikiem było zestawienie wykonanych prac, zapłacił wynagrodzenie wykonawcy, ujawnił inwestycję jako zakończoną w środkach trwałych z końcem 2009r., rozliczył kredyt bankowy. To, że topialnia miała usterki i wady mogło być jedynie przedmiotem skorzystania przez zamawiającego z uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji (por. §9 umowy). Nie zmienia tych ustaleń fakt, że rozruchu drugiego żeliwiaka dokonano w marcu 2010r, skoro z dowodów w sprawie zebranych wynika, że we wzajemnym uzgodnieniu miał on nastąpić po usunięciu usterek na pierwszym z nich. Sam powód w pozwie twierdzi, że „w trakcie rozruchu stwierdzono liczne usterki”, co w procesie budowlanym nie jest niczym nadzwyczajnym. Prototypowy charakter inwestycji także powodował konieczność, jak sam powód twierdzi, usprawnienia pewnych urządzeń.

W ocenie Sądu, nie ma także istotnego znaczenia i to, że powód dopiero w maju 2010r uzyskał pozwolenie na użytkowanie topialni (k. 101 – 102) . Powód jest tutaj niekonsekwentny twierdząc, że roboty budowlane pozwany zakończył 29.07.2010r skoro odpowiedni organ już w maju stwierdził gotowość inwestycji do eksploatacji, a podstawą wydania tej decyzji było m.in. oświadczenie kierownika budowy o wykonaniu obiektu zgodnie ze sztuką budowlaną, projektem.

W konsekwencji Sąd uznał, że brak było podstaw do stwierdzenia, że pozwany pozostawał w opóźnieniu w wykonaniu przedmiotu umowy uzasadniającym skorzystanie z możliwości domagania się kar umownych. W związku z tym oświadczenie o potrąceniu z kwoty tych kar kaucji gwarancyjnej objętej pozwem wzajemnym nie mogło odnieść skutku wobec braku wzajemnej wierzytelności powoda wobec pozwanego (art. 498 kc).

Odsetki ustawowe od powództwa wzajemnego zasądzono od upływu 7 dni od daty umownej zakończenia robót skoro formalnego odbioru końcowego nie było (art. 481 §1 kc). O kosztach postępowania należnych stronom orzeczono na mocy art. 98 §1 i §3 w zw. z art. 99 kpc co do żądania zawartego w powództwie głównym wynagrodzenie pełnomocnika podniesiono do dwukrotnej wysokości zważywszy na stopień skomplikowania i pracochłonność w tym zakresie. Co do powództwa wzajemnego to koszty należne pozwanemu obejmują opłatę od pozwu (45 500 zł.) i wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 7 200 zł.

### ***Apelację od tego wyroku wniosła strona powodowa, zarzucając:***

I/ naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, a mianowicie:

1/ przepisu art. 217 k.p.c, poprzez oparcie rozstrzygnięcia w sprawie na dowodzie w postaci kserokopii notatki komputerowej z dnia 26.05.2009 r. (k. 458), podczas gdy dokument ten został uznany przez Sąd I instancji, na rozprawie dnia 03.10.2012 r. (k. 468) za spóźniony, wobec czego nie został on zaliczony w poczet materiału dowodowego, a w związku z tym nie mógł stanowić podstawy rozstrzygnięcia sprawy;

2/ przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie zasady swobodnej, kontrolowanej oceny materiału dowodowego i popadnięcie przez Sąd I instancji w dowolność ocen, polegającą na:

a/ dowolnym uznaniu, że na spotkaniu dnia 26.05.2009 r., strony uzgodniły termin zakończenia robót na dzień 31.12.2009 r. oraz błędnym daniu wiary w tej kwestii odręcznie sporządzonej notatce z tego spotkania (k. 227-228) i zeznaniom świadków uczestniczącym w spotkaniu m.in. J. O. (1) (k. 468-469 verte), T. G. (1) (k. 466-468), M. S. (k.496-499);

b/ dowolnym uznaniu, że notatka z dnia 26.05.2009 r. (k. 227-228) sporządzona odrębnie ma moc dowodową w sprawie, podczas gdy nie była ona podpisana zgodnie z zasadami reprezentacji stron umowy, a zatem nie może stanowić podstawy do dokonania wiążących ustaleń dotyczących istotnych warunków umowy i nie powinna wejść w zakres materiału dowodowego sprawy;

c/ dowolnym uznaniu, że dnia 26.11.2009 r. Pozwany (Powód Wzajemny) wypełnił zobowiązania z umowy nr (...) z dnia 23.12.2008r, gdy tymczasem umowa przewidywała wykonanie inwestycji „pod klucz”, szczegółowo ustalając zakres prac, który miał być w jej ramach zrealizowany oraz przedmiot odbioru końcowego, który miał nastąpić po wykonaniu pełnego zakresu umowy, w tym uzyskaniu wszelkich decyzji wymaganych prawem budowlanym, a więc także decyzji o dopuszczeniu do użytkowania, co przed dniem 26.11.2009 r. nie nastąpiło;

d/ nie rozważeniu treści dokumentu urzędowego, jakim była decyzja Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 28.05.2010r. o dopuszczeniu do użytkowania inwestycji (k. 101), jako dowodu na to, że zakres prac z umowy nr (...) z dnia 23.12.2008 r. nie został zrealizowany w umówionym terminie;

e/ nie rozważeniu treści pisma - oświadczenia o potrąceniu wierzytelności (k.106-107), jako dokumentu potwierdzającego skuteczność dokonanego potrącenia i wymagalność roszczenia;

f/ nie rozważeniu treści pisma (k.103-104), jednostronnie podpisanego przez Pozwanego (Powoda Wzajemnego), potwierdzającego, że w maju 2010 r. Pozwany (Powód Wzajemny) wyrażał wolę podpisania aneksu do umowy z dnia 23.12.2008 r. zmieniającego termin realizacji umowy z dnia 30.09.2009 r. na dzień 31.05.2010 r.;

g/ dowolnym uznaniu, że fakt, iż nie sporządzono formalnego protokołu końcowego odbioru robót nie ma istotnego znaczenia, podczas gdy przewidywała go umowa z dnia 23.12.2008 r. zawarta pomiędzy stronami, a zgodnie z § 6 ust. 9 umowy podpisanie protokołu końcowego otwierało możliwość dokonania odbioru końcowego (k. 24),

h) dowolnym uznaniu, że rozruch, który zgodnie z umową z dnia 23.12.2008 r. powinien przebiegać według procedury rozruchu (k.32) został skutecznie dokonany przed dniem 26.11.2009 r., podczas gdy pierwszy rozruch technologiczny pierwszego żeliwiaka miał miejsce dopiero dnia 15.12.2009r., o czym świadczy protokół wstępnego rozruchu (k.77-78), a to z kolei świadczy o tym, że przedmiot umowy nie został zrealizowany do dnia 26.11.2009 r, bowiem zarówno rozruch mechaniczny jak i technologiczny wchodziły w zakres przedmiotu umowy;

i) dowolnym uznaniu, że Memorandum Informacyjne z dnia 06.01.2011 r. (k.443-453) stanowi podstawę uznania, że inwestycja została zakończona w roku 2009, podczas gdy w rzeczywistości dokument ten nie pochodzi od Powoda, pozostaje w sprzeczności z pozostałym materiałem dowodowym, a nadto zawiera informację, że nie stanowi kompletnego i całkowitego przedstawienia sytuacji Powoda (Pozwanego Wzajemnego);

j) dowolnym uznaniu, że referencje z dnia 20.06.2011 r (k.336), potwierdzają zakończenie inwestycji dnia 26.11.2009 roku, podczas gdy z treści referencji wynika, że budowa topialni żeliwiakowej odbywała się w 2009 i 2010 roku;

k) dowolnym uznaniu, że prototypowy charakter inwestycji może usprawiedliwiać opóźnienie w zakończeniu robót, podczas gdy Pozwany (Powód Wzajemny) oświadczył w §2 ust. 5 umowy z dnia 23.12.2008 r., że zapoznał się z przedmiotem umowy i nie będzie powoływał się na niezajomość i nieprzewidziane warunki wykonania umowy (k.20);

l) dowolnym uznaniu, że przejściowe świadectwo płatności (k.332) i zapłata faktury VAT (k.331) stanowi podstawę do twierdzenia, że inwestycja została zrealizowana "pod klucz" dnia 26.11.2009 r, podczas, gdy wszelkie okoliczności sprawy i zgromadzony materiał dowodowy nie daje podstaw do takich ustaleń sądu;

Ponadto zaskarżonemu wyrokowi powód zarzucił, iż wbrew postanowieniom art. 233 k.p.c. sąd nie rozważył wszechstronnie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie i nie odniósł się do następujących okoliczności, co stanowiło jednocześnie naruszenie art. 328 §2 k.p.c. i miało wpływ na treść rozstrzygnięcia, a mianowicie, że: a/ sąd

nie rozważył dlaczego strony nie dokonały zmiany terminu zakończenia inwestycji w drodze aneksu do umowy, choć miały taką sposobność, bowiem dnia 26.05.2009 r. strony podpisywały już jedną aneks do umowy z dnia 23.12.2008 r. (k.46-47), zatem jeśli rzeczywiście dnia 26.05.2009 r. strony uzgodniłyby zmianę terminu realizacji inwestycji to z pewnością ujęłyby to postanowienie jako kolejny punkt aneksu z dnia 26.05.2009, a tego nie uczyniły;

b/ stoi w sprzeczności z zasadami logiki i doświadczeniem życiowym okoliczność, że aneksem z dnia 24.11.2009 r. (k.54) strony dokonały zwiększenia wartości kwoty gwarancji na zabezpieczenie wykonania umowy, co miało miejsce zaledwie dwa dni przed dniem 26.11.2009 r., w którym to dniu, zdaniem Pozwanego (Powoda Wzajemnego) przedmiot umowy został wykonany w całości, okoliczność ta dowodzi jednak, że strony, w tym Pozwany (Powód Wzajemny) dokonując przelewu wiedział, iż przedmiot umowy nie zostanie wykonany do dnia 26.11.2009 r., a ponadto pismo przewodnie, do którego Pozwany (Powód Wzajemny) załączył podpisany aneks z dnia 24.11.2009 r, jest datowane na dzień 02.12.2009 r., a zatem już po 26.11.2009r;

c/ pozostaje w sprzeczności z zasadami logiki, że przedmiot umowy został zrealizowany w 100 % dnia 26.11.2009 r., podczas gdy z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika, że na koniec lipca 2009 roku, realizacja całego zadania była na poziomie 48,9 % (k.108);

d/ Pozwany (Powód Wzajemny) przyznał, iż nastąpiło uchybienie terminowi zakończenia przedmiotu umowy poprzez przesłanie Powodowi (Pozwanemu Wzajemnemu) jednostronnie podpisanej przez Pozwanego (Powoda Wzajemnego) „umowy dystrybucyjnej” (k.391-395), w której m.in. był gotów do rezygnacji z niemal połowy kwoty gwarancji,

e/ Sąd pominął dowód z dokumentu urzędowego jakim jest dziennik budowy nr PB (...) (k. 55-73), który zawierał wpisy z maja 2010, zatem zakończenie przedmiotu umowy nie mogło nastąpić dnia 26.11.2009 r;

f/ już w odpowiedzi na pozew istnieje wewnętrzna sprzeczność w twierdzeniach Pozwanego (Powoda Wzajemnego), który z jednej strony wskazuje, że inwestycja była zakończona 26.11.2009 r., a z drugiej, że opóźnienie jest mniejsze niż wskazuje powód (Pozwany Wzajemny), wnosząc o miarkowanie kary umownej,

g) Sąd nienależycie ocenił materiał dowodowy w postaci zeznań świadka J. O. (1), w szczególności dając wiarę jego zeznaniom dotyczącym przedłużenia i dotrzymania terminu zakończenia inwestycji przez Pozwanego (Powoda Wzajemnego), jako sprzecznym z dowodami w postaci, podpisanych przez J. O. (1), pism Powoda (Pozwanego Wzajemnego) z dnia 5.08.2009 r. (k. 108-109) oraz z dnia 03.09.2009 r. (k.111-112), w którym Powód (Pozwany Wzajemny) podtrzymywał, że obowiązującym strony terminem zakończenia inwestycji jest dzień 30.09.2009 r. Sąd bezkrytycznie przyjął dowód z zeznań J. O. (1), tymczasem ocena wiarygodności jego zeznań musiała być dokonana przez pryzmat grożącej świadkowi odpowiedzialności karnej za potwierdzenie nieprawdy przy uruchomieniu ostatniej transzy kredytu, jaka mu grozi, gdyby okazało się, iż świadek podał bankowi nieprawdziwą informację co do terminu zakończenia inwestycji, przez co doszło do niezasadnej wypłaty środków z kredytu. Również dodatkowy materiał dowodowy wskazany w niniejszym piśmie, w postaci protokołów Rady Nadzorczej potwierdza przebieg realizacji inwestycji na podstawie informacji jakie Zarząd (w tym J. O. (1)) przekazywał Radzie Nadzorczej w zakresie realizacji inwestycji oraz opóźnień w oddaniu przedmiotu umowy;

h) Sąd nienależycie ocenił dowód z zeznań świadka B. J. (k. 465), który był niedostatecznie zorientowany w sprawie i zeznał, że rozruch drugiego żeliwiaka nie wchodził w zakres kompetencji Pozwanego (Powoda Wzajemnego), podczas gdy rozruch ten był objęty przedmiotem umowy z dnia 23.12.2008 r.,

## II. Naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie:

a/ art. 76 k.c. poprzez jego nie zastosowanie, w sytuacji gdy umowa z dnia 23.12.2008 r. w §15 ust. 1 przewidywała formę pisemną pod rygorem nieważności dla zmian umowy, zatem Sąd nie mógł uznać, że zmiana terminu umowy została dokonana na podstawie ustnych ustaleń stron, ani też na podstawie notatki odręcznej podpisanej niezgodnie z zasadami reprezentacji stron, zatem nie mogącej wywołać skutków prawnych. Ponadto Sąd I instancji obraził art.

76 k.c. poprzez jego niezastosowanie uznając, że strony mogły w drodze ustnych ustaleń zmienić umowę i wyłączyć rozruch drugiego żeliwiaka z jej zakresu;

b/ art. 656 k.c. w zw. z art. 637 k.c. i art. 638 k.c. oraz 556 k.c. poprzez ich błędną wykładnię i uznanie, że Powód (Pozwany Wzajemny), przed zakończeniem robót mógł korzystać z uprawnień wynikających z rękojmi za wady fizyczne, podczas gdy te uprawnienia Powód (Pozwany Wzajemny) mógłby realizować dopiero po zakończeniu inwestycji,

- art. 483 k.c. poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy Powodowi (Pozwanemu Wzajemnemu) należały się kary umowne, zgodnie z postanowieniami zawartej przez strony umowy, bowiem spełniły się wymagane umową warunki naliczania kar, tj. przekroczenie terminu zakończenia robót,

- art. 54 i art. 55 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, poprzez ich błędną wykładnię i niezastosowanie w sprawie, a mianowicie uznanie, iż Pozwany (Powód Wzajemny) wykonał przedmiot umowy w postaci „pod klucz”, przed uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkownię, co miało miejsce dopiero dnia 28.05.2010 r;

- art. 498 k.c. poprzez jego niezastosowanie i uwzględnienie powództwa wzajemnego w sytuacji, gdy materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pozwalał na uznanie, że Powód (Pozwany Wzajemny) posiadał wobec Pozwanego (Powoda Wzajemnego) wzajemną wierzytelność z tytułu kar umownych za opóźnienie w wykonaniu umowy z dnia 23.12.2008 r. (k. 17-29) w wysokości odpowiadającej wysokości należności objętej powództwem wzajemnym, która była w dacie potrącenia wymagalna, a więc nadawała się do potrącenia, i na skutek oświadczenia Powoda (Pozwanego Wzajemnego) o potrąceniu z dnia 11.10.2010 r. (k. 106-107) została umorzona;

III. Istotne błędy w ustaleniach faktycznych przyjętych za jego podstawę, polegających na przyjęciu, że Powód (Pozwany Wzajemny) korzystał z uprawnień z tytułu gwarancji, podczas gdy dokument gwarancji nigdy nie został przez Pozwanego (Powoda Wzajemnego) wystawiony, zatem Powód (Pozwany Wzajemny) nie mógł realizować uprawnień z tytułu gwarancji, a nawet gdyby uznać, że sama umowa z dnia 23.12.2008 r. stanowi tytuł gwarancji, to z załącznika nr 4 do umowy wynika, że Pozwany (Powód Wzajemny) udziela gwarancji od daty podpisania protokołu końcowego, co miało miejsce dnia 29.07.2010 r.

Na tej podstawie powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez:

1/ w zakresie punktu I: zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 4.464.200,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz zasądzenie kosztów procesu za I i II instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych;

2/ w zakresie punktu II: oddalenie powództwa wzajemnego w całości i zasądzenie kosztów procesu za I i II instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm prawem przepisanych.

Alternatywnie wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach dotychczasowego postępowania.

Strona pozwana wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

### **Sąd Apelacyjny po rozpoznaniu apelacji, zważył, co następuje:**

Apelacja zasługiwała na częściowe uwzględnienie.

Uzasadnione są zarzuty powoda kwestionujące ustalenie faktyczne, iż do opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy przez pozwanego w ogóle nie doszło, gdyż oddanie robót nastąpiło w dniu 26 listopada 2009r, a strony przedłużyły termin zakończenia robót do dnia 31 grudnia 2009r.

O ile fakt przedłużenia umownego terminu wykonania robót do dnia 31 grudnia 2009r nie budzi wątpliwości, to jednak nie sposób się zgodzić z konstatacją, że faktycznie do tej daty oddano przedmiot umowy.

Jak się wydaje, Sąd Okręgowy nie przyłożył należytej uwagi do znaczenia pojęcia „odbioru robót”, jakie nadały mu same strony w łączącej je umowie i faktu uruchomienia do końca 2009r jedynie jednego żeliwiaka, a nadmierne znaczenie nadał oświadczeniom członków zarządu powoda, którzy kierując się zapewne interesem spółki, a to w związku z grożącym zaprzestaniem kredytowania inwestycji przez bank w związku z dotychczasowym opóźnieniem, tudzież postępującą prywatyzacją zakładu, składali oświadczenia „na wyrost”. Tymczasem rzeczywistość, była w sposób oczywisty odmienna w świetle postanowień umowy i postępu robót.

Mając na uwadze, że w zakres przedmiotu umowy wchodził rozruch dwóch żeliwiaków, należy zwrócić uwagę na daty rozruchów, a mianowicie pierwszy rozruch technologiczny pierwszego żeliwiaka miał miejsce w dniu 15.12.2009r., o czym świadczy protokół wstępnego rozruchu (dowód: protokół k.77-78), zaś pierwszy rozruch drugiego żeliwiaka miał miejsce dnia 23.03.2010 r. (dowód: protokół k.79-80). Nadto należy uwzględnić, że decyzja Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego o pozwoleniu na użytkowanie została wydana dnia 28.05.2010 r.

Należy zatem zwrócić uwagę, że w umowie z dnia 23.12.2008 r. określono, że odbiór końcowy nastąpi poprzez protokolarne, z udziałem stron umowy przekazanie przedmiotu umowy bez istotnych zastrzeżeń, w stanie gotowym do eksploatacji (użytkowania) po wykonanym rozruchu i pozytywnym zakończeniu wszystkich prac (k.17).

Takie okoliczności jak to czy inwestycja objęta umową z dnia 23.12.2008r. miała charakter prototypowy czy też nie, jak i pozostałe trudności związane z jej realizacją mają znaczenie jedynie dla miarkowania kary umownej, ale pozostają be wpływu na ustalenie terminu zakończenia robót.

Zresztą dokumenty pochodzące od zarządu powoda, na które powołuje się Sąd Okręgowy nie są jednoznaczne w swojej treści. I tak z dokumentu z dnia 20.06.2011 r. (k.336) stanowiącego referencje wystawione przez powoda dla pozwanego wynika, że powód potwierdza, że „w 2009 r. i 2010 r. Przedsiębiorstwo (...) Spółka z o.o. wykonało: Budowę topialni żeliwiakowej w (...) S.A.” co świadczy, tylko o tym, że prace objęte zakresem umowy z dnia 23.12.2008 r. były wykonywane również w 2010 roku. Pozwany nie kwestionował treści tego dokumentu.

Z kolei Memorandum Informacyjne sporządzone w związku z prywatyzacją, nie pochodzi od powoda, lecz podmiotu zewnętrznego i na wstępie zawiera zastrzeżenie, że nie stanowi kompletnego i całkowitego przedstawienia sytuacji powoda.

Wreszcie zapłata ostatniej faktury również nie dowodzi wykonania wszystkich prac, zwłaszcza, że nie sporządzono końcowego protokołu ich odbioru.

Sam pozwany zapewne miał świadomość, że nie wypełnił do końca postanowień umowy z dnia 23.12.2008r, skoro w odpowiedzi na pozew, wskazał ( z ostrożności), że opóźnienie w realizacji jest mniejsze niż wskazuje powód i jednocześnie wniósł o miarkowanie kary umownej.

Ciężar dowodu odnośnie wykazania terminu zakończenia prac spoczywał na powodzie. Powód również nie przedstawił wspólnego protokołu odbioru prac, gdyż taki nie został sporządzony. Jednostronny protokół z 27 lipca 2010r nie stanowi dowodu zakończenia robót, skoro już 28 maja 2010r Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego wydał decyzję na użytkowanie przedmiotowego obiektu.

W myśl utrwalonego orzecznictwa sądowego, wykonanie umowy o dzieło (roboty budowlane) poprzez jego zaoferowanie zamawiającemu ma miejsce wtedy, gdy nastąpiło wykonanie dzieła oznaczonego w umowie w takiej postaci, iż dzieło to spełnia cechy zamówienia. Oznacza to taką jego postać, ilość i jakość, że może być wykorzystane do celów, jakie przyświecały zamawiającemu (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia lutego 2008 r., II CSK 421/07, nie publ.).



Jest rzeczą oczywistą, że dopiero dokonanie pełnych rozruchów obydwu żeliwiaków (pracujących na zmianę) umożliwiło powodowi korzystanie z nich jako topialni żeliwa.

Niewątpliwie dopiero w dniu 23 marca 2010r dokonano pierwszego rozruchu drugiego żeliwiaka, więc przedmiot umowy nie mógł być wykonany przed tą datą. W dzienniku budowy jeszcze w maju dokonywano wpisów. Ostatecznie zatem, należało przyjąć, że datą zakończenia prac była data 28 maja 2010r, jako data wydania decyzji przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego na użytkowanie przedmiotowego obiektu.

W tej sytuacji opóźnienie pozwanego w wykonaniu przedmiotu umowy wyniosło 148 dni. Biorąc pod uwagę, że wysokość kary umownej za jeden dzień wynosiła 18.519,60 zł, to cała kara umowna wynosi 2.740.900,80 zł. Gdyby uznać, że właściwą datą zakończenia prac jest rozruch drugiego żeliwiaka (23.03.2010r) to wtedy opóźnienie wyniosłoby 82 dni, a kara umowna 1.518.607,20 zł.

W ocenie Sądu Apelacyjnego wyliczona wyżej kara umowna zasługuje na miarkowanie do 10 % ustalonego wynagrodzenia.

W myśl art. 485 kc jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara jest nadmiernie wygórowana.

W niniejszej sprawie pozwany wykonał całość zobowiązania, choć z opóźnieniem. Wykonanie zobowiązania, z uwagi na jego prototypowy charakter, związane było z ogromnymi trudnościami, których świadomość posiadały obie strony, czego dowodzi postawa członków poprzedniego zarządu strony powodowej. Powód nie podnosił, aby w związku z przedmiotowym opóźnieniem poniósł konkretną szkodę.

Zważywszy, że strony w umowie przewidziały również karę umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn zawinionych przez drugą stronę, określając ją na poziomie 10% wynagrodzenia, Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, że właśnie na tym poziomie należy w niniejszej sprawie (z uwagi na jej specyficzne okoliczności) ustalić granicę miarkowania kary za późnienie w wykonaniu prac. Wszak odstąpienie przez pozwanego od umowy – zwłaszcza na początkowym etapie jej realizacji – z pewnością byłoby dla powoda nawet bardziej dotkliwe, niż zaistniałe opóźnienie.

Zarzut naruszenia art. 217 k.p.c. poprzez oparcie rozstrzygnięcia w sprawie na dowodnie w postaci kserokopii notatki komputerowej z dnia 26.05.2009 r. (k. 458), podczas, gdy dokument ten został uznany przez Sąd I instancji, na rozprawie dnia 03.10.2013 r. (k. 468) za spóźniony wobec czego nie został on zaliczony w poczet materiału dowodowego, a w związku z tym nie mógł stanowić podstawy rozstrzygnięcia sprawy” wynika z błędnego interpretowania treści protokołu rozprawy z dnia 3 października 2012 r. Z protokołu z rozprawy z dnia 3 października 2012 r. nie wynika, iż dowód w postaci notatki komputerowej został uznany za spóźniony. Wszak to powód nie przedłożył oryginału, który winien posiadać. Okoliczność taka nie może działać na niekorzyść drugiej strony.

Nadto powód nie kwestionował ani faktu powstania tej notatki, ani jej treści. Z protokołu wynika, że: „Sąd postanowił: nie uwzględnić wniosku dowodowego pełnomocnika pozwanego zgłoszonego w dniu dzisiejszym o przedłożenie oryginału notatki, którą okazał świadek, z uwagi na oświadczenie pełnomocnika powoda co do jej istnienia a także z uwagi na to, że dowód w tym zakresie jest spóźniony w rozumieniu przepisów kpc, a także nie uwzględnić wniosku w zakresie przedłożenia oryginału notatki odręcznej z art. 227-228 akt wobec nie kwestionowania faktu jej sporządzenia i treści przez pełnomocnika powoda” (str. 18 protokół z rozprawy z dnia 3 października 2012 r.). Zatem Sąd pierwszej instancji nie wyartykułował, że za spóźniony uznaje właśnie dowód z notatki komputerowej. Za spóźniony Sąd uznał wniosek dowodowy pełnomocnika pozwanego w przedmiocie zobowiązania powoda do przedstawienia oryginału notatki.

W istocie sam pełnomocnik powoda dokonał czynności przyznania faktu w postaci dowodu z notatki komputerowej. Świadczy o tym treść protokołu rozprawy z dnia 3 października 2012 r. : „Pełnomocnik powoda oświadcza, że taka notatka w dokumentach (...) nie istnieje i nie ma oryginału notatki odręcznej w zasobach z tym że treści tej notatki nie kwestionuje”. To, że wypowiedź pełnomocnika powoda odnosiła się do tej notatki można wywnioskować z treści

akapitu wcześniejszego na str. 17 protokołu z rozprawy z dnia 3 października, gdzie pełnomocnik pozwanego wnosił o zobowiązanie strony powodowej do przedłożenia oryginału notatki przedstawionej przez świadka, jak i również z treści akapitu drugiego na str. 17 protokołu, gdzie przewodniczący okazał notatkę pełnomocnikom stron.

Nadto zarzut ten nie może odnieść skutku, gdyż pełnomocnik powoda ani razu nie złożył zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 k.p.c. na podejmowane przez Sąd pierwszej instancji czynności w postępowaniu dowodowym.

Sąd pierwszej instancji uznał notatkę sporządzoną na komputerze za dowód w sprawie i z całą pewnością mógł to uczynić również z urzędu. Fakt podpisania notatki przez właściwy skład został zasadnie uznany przez Sąd pierwszej instancji za udowodniony.

Fakt sporządzenia i treść notatki potwierdzili też świadkowie T. G. oraz J. O.. Sąd pierwszej instancji badał notatkę komputerową i okoliczności jej zawarcia. Z lektury już samego protokołu z rozprawy z dnia 3 października 2012 r. wynika, że Sąd wniknął w okoliczności sporządzenia notatki i wyjaśnieniu przyczyn jej sporządzenia.

Natomiast w świetle art. 65 § 2 kc, nie ma znaczenia okoliczność, iż notatka komputerowa nie została nazwana aneksem do umowy, skoro była podpisana przez właściwą reprezentację zarówno jednej, jak i drugiej strony.

Również niezasadny jest zarzut naruszenia art. 233 kpc w mawianym względzie. Wskazywanie na naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów jest w tym wypadku nieuprawnione. Wszak w myśl poglądów orzecznictwa sądowego jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 kpc) i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne (zob. wyrok SA w Szczecinie z dnia 19 września 2012 r. , I Aca 568/12).

Uzasadnienie Sądu I Instancji spełnia wymogi art. 328 § 2 kpc i poddaje się kontroli instancyjnej.

Odnośnie naruszenia art. 498 k.c. należy podnieść, że powód oświadczeniem z dnia 11.10.2010r nie dokonał skutecznie potrącenia, gdyż:

po pierwsze: w oświadczeniu tym opisuje jedynie swoją wierzytelność, a nie określa wierzytelności, z którą chce dokonać potrącenia,

po drugie: wcześniej nie wyartykułował w sposób wyraźny, iż domaga się przedmiotowej kary umownej, zatem nie postawił swej wierzytelności w stan wymagalności, co jest warunkiem skutecznego potrącenia.

Oczywiście po tym piśmie w którym domagał się również zapłaty pozostałej części kary, a zwłaszcza po wniesieniu pozwu, z którego jasno wynika, że powód dochodzi należności z tytułu kary umownej, mógł już potrącenia dokonać, ale tego nie uczynił i nawet nie twierdził aby uczynił to ponownie.

W tej sytuacji Sąd uznał, że pozwanemu wzajemnie przysługuje nadal roszczenie z tytułu kaucji gwarancyjnej zasądzone w zaskarżonym wyroku i nie zmienił tego wyrzeczenia, lecz zasądził tytułu kary umownej na rzecz powoda (pozwanego wzajemnie) od pozwanego (powoda wzajemnego) kwotę 925.980 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 maja 2012r.

Biorąc pod uwagę, że powód żądał o wiele większej kwoty i przegrał sprawę w ok. 80%, Sąd na podstawie art. 100 kpc dokonał stosownego rozdzielenia kosztów za obie instancje.