

Sygn. akt I ACa 1018/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 listopada 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Hanna Nowicka de Poraj
Sędziowie:	SSA Władysław Pawlak SSA Grzegorz Krężolek (spr.)
Protokolant:	st. prot. sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 08 listopada 2013 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. w F.

przeciwko L. Ł. (1)

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 14 lutego 2013 r. sygn. akt VII GC 2/09

oraz

sprawy z powództwa L. Ł. (1)

przeciwko (...) Sp. z o.o. w F.

na skutek apelacji powoda L. Ł. (1)

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 14 lutego 2013 r. sygn. akt VII GC 44/09

1. zmienia zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 14 lutego 2013 r. sygn. akt VII GC 2/09 w punktach I i III poprzez nadanie im brzmienia:

„I. zasądza od pozwanego L. Ł. (1) na rzecz strony powodowej (...) Sp. z o.o. w F. kwotę 206.274,79 zł (dwieście sześć tysięcy dwieście siedemdziesiąt cztery złote 79/100) z ustawowymi odsetkami od

- sumy 65.608,60 zł od dnia 30 lipca 2008 r.,

- sumy 77.143,04 zł od dnia 20 czerwca 2008 r.,

- sumy 63.523,15 od dnia od dnia 5 sierpnia 2008 r. do dnia zapłaty,

III. zasądza od strony powodowej na rzecz pozwanego kwotę 116.680,07 zł (sto szesnaście sześćset osiemdziesiąt 07/100) tytułem kosztów procesu”

2. w pozostałych zakresach apelacje stron oddala;

3. zasądza od strony powodowej na rzecz pozwanego kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem części kosztów postępowania apelacyjnego;

4. oddala apelację powoda L. Ł. (1) od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 14 lutego 2013 r. sygn. akt VII GC 44/09;

5. zasądza od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt : I ACa 1018/13

UZASADNIENIE

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w F. w pozwie skierowanym przeciwko L. Ł. (1) domagała się zasądzenia kwoty 8.303.052,12 zł. wraz z ustawowymi odsetkami, których początkowe terminy naliczania zostały bliżej oznaczone w żądaniu , odnosząc się do każdej z kwot częściowych składających się na kwotę żądania głównego Na sumę tę składały się:

- 77.143,04 zł. tytułem odszkodowania za zakup i montaż przenośnika kubełkowego 7/21

- 3.131,41 zł. tytułem odszkodowania za wykonanie zastępcze naprawy podajnika kubełkowego 10-67 ,

- 30.500 zł. tytułem odszkodowania za naprawę chłodnika gipsu

- 3.691,41 zł. tytułem odszkodowania za naprawę przenośnika kubełkowego 7/26,

- 1.492.985 zł. tytułem kar umownych za nienależyte wykonanie przez pozwanego obu umów zawartych przez strony

- 133.813,70 zł. tytułem kar umownych za opóźnienie w usunięciu wad i usterek: przenośnika kubełkowego 7/21 w kwocie 74.024,60 zł. i chłodnika gipsu w kwocie 59.789,10 zł

- 6.561.787,56 zł. tytułem odszkodowania obejmującego utracone korzyści.

Motywuując zgłoszone żądania powodowa spółka wskazywała , że w dniu 24.04.2006r. strony zawarły umowę nr (...) na dostawę, montaż maszyn i urządzeń oraz rozruch linii kalcynacji gipsu dla zadania: Rozbudowa Zakładu Produkcyjnego (...) w F.. Zgodnie z § 1 umowy jej przedmiotem była dostawa, montaż i rozruch linii kalcynacji gipsu, z przeszkoleniem pracowników i 72 godzinnym ruchem próbnym instalacji z wydajnością 14 ton na godzinę, dostawa układu sterowania i automatyki linii. Termin zakończenia robót został ustalony do dnia 31.12.2006r., zaś wynagrodzenie ryczałtowe na kwotę 8.651.800 zł.

Aneksem nr (...) do umowy z dnia 1 maja 2006r., ograniczono zakres umowy , wyłączając z niej dostawę i montaż urządzeń do obiektu nr (...) magazynu prażonego gipsu oraz zmniejszono wynagrodzenie należne pozwanemu zaś

aneksem nr (...) z dnia 23 października 2006r. ustalono nowy termin zakończenia montażu i rozruchu do dnia 20 stycznia 2007r. oraz wysokość wynagrodzenia na kwotę 5.694.200 zł.

W dniu 20 lipca 2006r. strony zawarły kolejną umowę Nr (...) na dostawę, montaż maszyn i urządzeń usytuowanych w obiekcie nr 10.

Termin zakończenia robót został ustalony do dnia 31 grudnia 2006r, zaś wynagrodzenie na kwotę 1.087.000 zł. Aneksem nr (...) do umowy z dnia 23 października 2006r. zmieniono termin zakończenia robót do dnia 15 stycznia 2007r. oraz wynagrodzenie na kwotę 1.034.500 zł.

Jak podnosiła strona powodowa nie wykonanie w sposób właściwy obu umów przez L. Ł. (1) uprawniało ją do naliczenia kar umownych na podstawie § 12 pkt 2 lit. a/ zarówno umowy nr (...) jak m i (...), a łączna ich wysokość tworzyła wierzytelność, którą (...) potrąciła skutecznie z wierzytelnością pozwanego z tytułu części wynagrodzenia za wykonane roboty, objętego fakturami nr (...) w łącznej wysokości 525 625 złotych.

Oświadczenie o potrąceniu zostało złożone w pismach datowanych na 20 listopada i 20 grudnia 2007r jak i w pozwie w którym oświadczenie odnosiło się wierzytelności L. Ł. (1) z tytułu kaucji gwarancyjnej w łącznej wysokości 134 574 złote.

Zdaniem strony powodowej po dokonanych potrąceniach wierzytelność jaka jest nadal należna spółce z tytułu nieterminowego wykonania obowiązków umownych przez wykonawcę zamyka się w kwocie 1 492 985 zł.

Urządzenia, które miały być wykonane, dostarczone i zamontowane przez L. Ł. (1) w ramach linii przeznaczonej do kalcynacji [prażenia gipsu] po ich dostarczeniu na miejsce okazały się wadliwe. Pierwsza próba jej rozruchu, którą spółka podjęła w dniu 26 marca 2007r okazała się nieskuteczna, a co więcej poszczególne jej elementy nie spełniały zakładanych walorów jakościowych. Dotyczyło to: łańcuchowego podajnika kubelkowego nr (...), którego naprawę ostatecznie powierzono podmiotowi trzeciemu spółce (...) w O., pokrywając jej koszt, w łącznej wysokości 77 143, 04 zł.

Kolejnym wadliwym m urządzeniem był chłodnik gipsu. L. Ł. (1) nie dokonał jego naprawy, mimo, iż przyjął na siebie ten obowiązek na podstawie umowy stron. Zamawiająca spółka zlecała naprawę urządzenia innemu wykonawcy, ponosząc jej koszt, który zamknął się w kwocie 30 500 złotych.

Nieprawidłowości wykonawcze obejmowały także podajnik oznaczony symbolem 10-67, którego naprawa przez powódkę, we własnym zakresie odpowiadała kosztom w wysokości 3 131, 41 zł oraz podajnik o symbolu 7-26, którego naprawa, także zrealizowana przez (...)we własnym zakresie, wiązała się z wydatkowaniem 3 691, 41 złotego.

Zwrot tych sum stanowił kolejny element żądania pozwu.

Powodowa spółka wskazywała w podstawie faktycznej powództwa, iż wobec nie podjęcia przez pozwanego napraw wadliwych urządzeń wchodzących w skład linii technologicznej albo też przystąpienia do ich realizacji z opóźnieniem należna jej jest także suma odpowiadająca karze umownej za to opóźnienie, w łącznej wysokości 133 813, 70 zł, którą powódka identyfikowała z opóźnieniem w naprawie łańcuchowego podajnika kubelkowego nr (...), które uprawniało ją do naliczenia kary w wysokości 74 024, 60 złotego oraz chłodnika gipsu. W tym przypadku dochodzona kara określona była sumą 59 789, 10 zł

Żądając także sumy 6 561 787, 56 zł, mającej odpowiadać szkodzie w postaci utraconego zysku nie osiągniętego w następstwie oddania linii prażenia gipsu z opóźnieniem w porównaniu z pierwotnym terminem zakończenia realizacji umów oraz nie osiągnięcia przez ciąg technologiczny zakładanej wydajności 14 ton na godzinę pozyskanego materiału, (...)objęła tym żądaniem okres od 21 stycznia 2007 r do 31 grudnia 2008r.

Motywuując to żądanie twierdziła w pierwszej kolejności, iż kwota ta stanowi różnicę pomiędzy wielkością nie osiągniętego w tym czasie zysku – 8 054 772, 56 zł, a kwotą dochodzonej kary umownej za opóźnienie w wykonaniu

obowiązków umownych [1 492 985 zł], a takie pomniejszenie ma swoją podstawę w §12 pkt 5 zarówno umowy nr (...) jak i (...).

Ponadto podnosiła , że zgodnie z postanowieniami umownymi L. Ł. (1) był zobowiązany nie tylko do wytworzenia , dostawy i montażu poszczególnych urządzeń całej linii ale także do zapewnienia jej rozruchu za który strony uważały nieprzerwaną jej pracę przez okres 72 godzin. Co więcej był odpowiedzialny za to, że linia będzie pracowała z zakładaną wydajnością. Ponieważ nie wywiązał się z tych obowiązków , a linia zaczęła funkcjonować dopiero 4 marca 2008r nie osiągając zakładanej wydajności, żądanie poniesionego w ten sposób uszczerbku jest uzasadnione.

Odpowiadając na pozew L. Ł. (1) wniósł o oddalenie powództwa i obciążenie przeciwniczki procesowej kosztami procesu.

Kwalifikując zawarte przez strony umowy , odmienne niż czyniła to powódka , uznając je za umowy o dzieło , jako umowy dostawy maszyn i urządzeń z elementami świadczenia usług w zakresie prac montażowych i przygotowania ich do rozruchu, opisał sam ich przedmiot oraz poszczególne zmiany zakresu swoich obowiązków dokonane kolejnymi aneksami do nich.

Akcentował w szczególności , iż w zakresie tych obowiązków nie znajdowały się prace elektryczne i związane z zapewnieniem automatyki do budowanej linii oraz to , że nie był odpowiedzialny za doprowadzenie do skutecznego rozruchu linii , rozumianego jako nieprzerwana 72 godzinna jej praca. Podnosił , iż jego obowiązek w tym zakresie wyczerpywał się w udziale w tego rodzaju rozruchu „ na gorąco „ , który to obowiązek został przezeń wykonany. Po zmianach umów dokonanych aneksami strony zrezygnowały z tego , by linia osiągała od chwili uruchomienia nominalną , pierwotnie zakładaną wydajność.

Jak twierdził dalej wykonawca ponieważ część prac została powierzona przez zamawiającą innym podmiotom, panującego na placu budowy chaosu wynikającego z braku koordynacji ze strony powódki oraz ciągłych inicjowanych przez (...)zmian założeń , którym miały odpowiadać części linii , w tym w szczególności piec do prażenia gipsu , który był urządzeniem prototypowym oraz wobec powierzania mu przez zamawiającą prac dodatkowych nie było możliwym aby dochować ustalonego ostatecznie terminu zakończenia robót związanych z montażem urządzeń , określonego na dzień 15 stycznia 2007 w przypadku umowy nr (...) stycznia 2007r w odniesieniu do umowy nr (...).

To wyklucza jego odpowiedzialność z tytułu kar umownych za opóźnienie w wykonaniu przedmiotów umów.

W przypadku żądania odszkodowania za utracone przez (...)korzyści L. Ł. podniósł jeszcze jeden argument, a mianowicie brak związku przyczynowego pomiędzy sposobem wykonywania przezeń umów zawartych z kontrahentką a szkodą zidentyfikowana przez powódkę jako *lucrum cessans*.

Wniosek taki , jak wskazywał dalej pozwany , jest tym bardziej usprawiedliwiony gdy wziąć pod uwagę , że sposób współdziałania strony powodowej przy wykonywaniu obowiązków umownych nie był właściwy. Na przykład nie dostarczył on elementów [młynków i separatora], niezbędnych dla montażu urządzeń zamówionych w ramach umowy (...) dotyczącej obiektu nr(...)/ magazyn wyprażonego gipsu. / Ponadto najistotniejszy element linii prażenia , piec został zrealizowany przez podwykonawcę pozwanego , (...) SA w R. na podstawie dokumentacji projektowej dostarczonej przez stronę powodową. Była to dokumentacja autorska (...), która wprowadzała do niej stale , na etapie budowy pieca , nazywanego w relacjach stron prażarką , zmiany. Za ich konsekwencje pozwany odpowiadać nie może, tym bardziej , że te założenia oraz wprowadzone zmiany okazywały się w praktyce funkcjonowania urządzenia nietrafnymi skutkując np. niemożliwością osiągnięcia zakładanej wydajności.

Także inne elementy składowe linii do kalcynacji były , już po ich wykonaniu i dostarczeniu przez pozwanego korygowane na polecenie zamawiającej spółki albo też przez jej pracowników , w porównaniu z założeniami projektowymi po to zwiększyć wydajność. Te ciągle korekty powodowały przestoje za które odpowiedzialność może być przypisana tylko powódce.

Zdaniem L. Ł. o tym, że umowy nie mogły być wykonane w terminie zdecydowała także katastrofa budowlana, mająca miejsce na placu budowy w F. w dniu 6 sierpnia 2007r, kiedy nastąpił upadek dźwigu na obiekt nr 7 w którym urządzenia dostarczane przez pozwanego miały być montowane.

Zwracał ponadto uwagę, że pomimo twierdzonych w podstawie faktycznej powództwa braków w zakresie wykonania przez niego obowiązków umownych strona pozwana korzysta z linii, którą, mimo tychże, jednak bez udziału wykonawcy uruchomiła.

Negując zasadność dokonanego przez (...) potrącenia wierzytelności wzajemnych z wierzytelnością pozwanego z tytułu części nie uiszczonego dotąd wynagrodzenia, L. Ł. (1) kwestionował także samą zasadę oraz sposób wyliczenia kar umownych naliczonych przez powódkę. Podnosił przy tym w szczególności całkowitą dowolność w określeniu ich wysokości wobec po pierwsze odniesienia go do wartości prac w poszczególnych obiektach, w miejsce ustalonego generalnie wynagrodzenia za całość przedmiotu poszczególnych umów, a po drugie określenia świadczeń z tego tytułu jako sumy ustalonej zarówno z podstawy utożsamionej z niewykonaniem jak i [równocześnie] niewłaściwym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. Podkreślał także, że domaganie się świadczenia z tytułu kar jest sprzeczne z oświadczeniem Prezesa Zarządu powódki W. G., datowanego na 11 czerwca 2007r z którego wynikało, iż w tej dacie zamawiająca uznawała, iż brak jest podstaw do ich naliczenia. Bez znaczenia przy tym jest, zdaniem pozwanego, okoliczność, iż później prezes złożył oświadczenie o uchyleniu się od tego oświadczenia z powodu błędu.

Ponadto wykonawca sformułował zadanie miarkowania świadczenia z tytułu kar umownych wskazując, że jest ono wygórowane, przekraczając ustalone wynagrodzenie za zrealizowanie obu umów.

Jako niezasadne ocenił także domaganie się przez stronę przeciwną odszkodowania wyrównującego koszty napraw poszczególnych urządzeń wchodzących w skład linii oraz świadczenia z tytułu kar umownych za nieterminowe przystąpienie do ich naprawy.

Twierdził, że podnoszone przez spółkę ich nieprawidłowości wykonawcze albo to nie są takimi albo też zostały spowodowane nieuprawnionymi ingerencjami w nie przez pracowników powódki będąc konsekwencją nieprawidłowej eksploatacji. Te przyczyny stwierdzonych wadliwości nie obciążają pozwanego. Podnosił także, iż wobec braku formalnie przeprowadzonego odbioru zamówionych prac nie sposób mówić o tym, że powódka może opierać swoje roszczenia na uprawnieniach wynikających z rękojmi czy gwarancji.

W pozwie oznaczonym sygnaturą VII GC 44/ 09 L. Ł. (1) domagał się zasądzenia od spółki (...) kwoty 528 675 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 13 lipca 2007r do dnia zapłaty oraz obciążenia jej kosztami procesu.

W podstawie faktycznej żądania wskazał, że kwota dochodzona pozwem stanowi pozostałą część wynagrodzenia za zrealizowanie przez niego umów nr (...). Było ono objęte fakturami nr (...) z którego zamawiająca uiściła na jego rzecz jedynie 668 325 złotych.

Żądający nie uznawał przy tym by skuteczne były oświadczenia o potrąceniu przez pozwaną wierzytelności wzajemnych o których była mowa wyżej, którymi spółka z F. broniła się przez zgłoszonym roszczeniem, wnosząc o oddalenie powództwa na koszt powoda.

Wyrokiem z dnia 14 lutego 2013r w sprawie oznaczonej sygnaturą VII GC 44/ 07 Sąd Okręgowy w Kielcach oddalił żądanie L. Ł. (1) w całości.

Orzeczeniem z tego samego dnia w sprawie o sygnaturze VII GC 2/09 Sąd I instancji :

a/ zasądził od L. Ł. (1) na rzecz (...) - spółki z . o. w F. kwotę 169 262, 49 zł z ustawowymi odsetkami od sum :

- 77 143, 04 zł od dnia 20 czerwca 2008,

- 3 734,05 zł od dnia 5 sierpnia 2008r i

- 88 385, 40 zł od dnia 10 stycznia 2008r do dnia zapłaty[pkt I] ,

b/ oddalił powództwo pozostałym zakresie [pkt II],

c/ zasądził od powódki na rzecz pozwanego kwotę 111 397, 17 zł tytułem części kosztów procesu [pkt III sentencji wyroku]

Sąd Okręgowy ustalił następujące fakty istotne dla rozstrzygnięcia :

W dniu 24.04.2006r. strony zawarły umowę Nr (...), której przedmiotem była dostawa, montaż i rozruch „Linii kalcynacji gipsu” wraz z wykonaniem projektu oraz dostawą układu sterowania i automatyki tej linii dla zadania pod nazwą „Rozbudowa Zakładu Produkcyjnego (...) w F.”

Przedmiot umowy obejmował: dostawę, montaż i rozruch urządzeń do załadunku i transportu gipsu usytuowanych w obiekcie Nr(...) w hali magazynowej i estakadzie transportu gipsu surowego wg. specyfikacji urządzeń zawartej w załączniku Nr 4 do umowy, w obiekcie Nr (...) - linii suszenia i prażenia gipsu wg. specyfikacji urządzeń zawartej w tym samym załączniku , w obiekcie Nr(...)- magazynie gipsu prażonego wg specyfikacji urządzeń zawartej w tej samej , co poprzednio , części umowy , wykonanie instalacji elektrycznych zasilających wszystkie urządzenia technologiczne tych obiektów, przeszkolenie 6 pracowników obsługi w zakresie pozwalającym na samodzielną obsługę linii kalcynacji gipsu, przeprowadzenie 72 godzinnego, ciągłego ruchu próbnego instalacji z zapewnieniem nominalnej wydajności 14 ton na godzinę oraz dostarczenie dokumentacji powykonawczej wraz ze sprawozdaniem z rozruchu i instrukcjami w j. polskim.

Szczegółowy zakres robót z podziałem na określone zadania zawierał harmonogram rzeczowo-finansowy stanowiący załącznik Nr 1 do umowy Roboty miały być wykonane w oparciu o dokumentację projektową opracowaną przez Biuro (...) S.A. w K. oraz zatwierdzony przez zamawiającą projekt sterowania i automatyki opracowany przez L. Ł. (1). Dokumentacja projektowa stanowiła załącznik do umowy.

Prace nie ujęte w harmonogramie rzeczowym i dokumentacji których konieczność wykonania wyniknęłyby w trakcie realizacji umowy miały być traktowane jako roboty dodatkowe i być realizowane przez wykonawcę wyłącznie na podstawie umowy o roboty dodatkowe zawartej odrębnie w formie pisemnej. Przekazanie frontu robót wraz z pozwoleniem na budowę i kompletną dokumentacją techniczną miało nastąpić do dnia 1czerwca 2006r., zaś zakończenie robót tj. montażu i rozruchu do dnia 31 grudnia 2006r.

Szczegółowe terminy realizacji poszczególnych zadań określał harmonogram rzeczowo-finansowy. Zgodnie z postanowieniami umowy terminem oddania zamawiającemu przedmiotu umowy była data bezusterkowego protokolarnego jego przejęcia przez zamawiającą Zmiana terminu zakończenia umowy, w tym poszczególnych etapów robót ustalonych w harmonogramie mogła nastąpić, na podstawie pisemnego żądania wykonawcy w przypadku zajścia siły wyższej, wystąpienia okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, a które tą realizację uniemożliwiały oraz zlecenia robót dodatkowych.

Do obowiązków zamawiającego należało m.in. przekazanie wykonawcy kompletnej dokumentacji projektowej dotyczącej przedmiotu umowy oraz zapewnienie nadzoru autorskiego i inwestorskiego (§ 3 pkt 1 i 5), zaś do obowiązków wykonawcy m.in. terminowe wykonanie i przekazanie zamawiającemu tego przedmiotu jak i poszczególnych etapów robót, wykonanie go zgodnie z dokumentacją projektową, zasadami wiedzy i sztuki budowlanej, obowiązującymi w budownictwie przepisami i normami, pisemne zgłaszanie zamawiającemu robót pominiętych lub błędów zauważonych w dokumentacji projektowej najpóźniej w terminie 7 dni od daty otrzymania dokumentacji przez wykonawcę. Nie zgłoszenie ich w tym terminie miało skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą wykonawcy z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania oraz odpowiedzialnością z tytułu gwarancji.

Wykonawca miał także obowiązek dostarczenia atestów, certyfikatów zgodności, protokołów badań, sprawozdań i prób dotyczących przedmiotu umowy, zgłaszania do odbioru poszczególnych etapów robót, przekazania zamawiającemu kompletnej dokumentacji powykonawczej przed odbiorem końcowym, jak również usuwania awarii powstałych w związku z prowadzeniem robót, usuwania na swój koszt wad i usterek stwierdzonych w trakcie trwania prac, a także po ich zakończeniu, w okresie gwarancji i rękojmi w uzgodnionym przez strony terminie, nie dłuższym niż termin technicznie uzasadniony, konieczny do ich usunięcia.

Wykonawca mógł powierzyć, za zgodą (...)całość lub część robót podwykonawcom. Za ich pracę odpowiadał jak za działanie własne.

Za wykonanie przedmiotu umowy, strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe na kwotę 8.651.800 zł. netto. Miało ono być zwiększone o stawkę podatku VAT.

Wykonanie prac opisanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym i jego protokolarny odbiór przez zamawiającego uprawniało wykonawcę do wystawienia faktury VAT, płatnej w terminie 30 dni od jej otrzymania przez zamawiającego. Zamawiająca miała prawo potrącić 2% wartości netto z każdej faktury na poczet roszeń gwarancyjnych właściwej jakości robót.

Jak ustala dalej Sąd I instancji, strony uzgodniły następujące rodzaje odbiorów robót: odbiory zadań, obiektów, końcowy stanowiący podstawę do rozliczenia umowy.

Przedmiotem odbiorów miały być zadania wyszczególnione w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Wykonawca miał obowiązek zgłosić gotowość do odbiorów, a zamawiający dokonać odbioru w terminie 3 dni roboczych od daty zgłoszenia.

Odbiór końcowy miał nastąpić po 72 godzinnej, ciągłej i bezawaryjnej pracy linii prażenia gipsu i osiągnięcia przez linię parametrów technicznych w tym wydajności 14 ton/godz. wyprażonego gipsu. Wraz z podpisaniem protokołu odbioru końcowego wykonawca miał przekazać zamawiającemu dokumentację powykonawczą. Zamawiający mógł odmówić odbioru końcowego do czasu usunięcia wad w przypadku stwierdzenia w toku odbioru, że przedmiot odbioru nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu nie zakończenia robót lub nieprzeprowadzenia z wynikiem pozytywnym wszystkich wymaganych prób -w tym rozruchu- lub posiada wady uniemożliwiające normalne funkcjonowanie przedmiotu umowy, a nadające się do usunięcia. Jeżeli w toku czynności stwierdzono wady nie nadające się do usunięcia, umożliwiające użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z jego przeznaczeniem zamawiający miał prawo obniżyć wynagrodzenie, a w przypadku wad uniemożliwiających użytkowanie mógł rozwiązać umowę lub żądać jej ponownego wykonania.

Wykonawca ponosił wobec zamawiającego odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy, w tym za jego wady. Okres rękojmi wynosił 36 miesięcy licząc od daty bezusterkowego protokolarnego jego przejęcia. Oprócz uprawnień z tytułu rękojmi, wykonawca udzielił zamawiającemu 18 miesięcznej gwarancji, przy czym początek tego okresu był określony tak samo jak przypadku rękojmi. Zamawiający miał obowiązek zawiadomić wykonawcę na piśmie o wykryciu wady. Wykonawca zobowiązał się do przystąpienia do usuwania zgłoszonych wad i usterek bezzwłocznie, nie dłużej niż 72 godziny od zgłoszenia oraz usuwania ich w sposób ciągły (24 godziny na dobę) - . Usunięcie przez wykonawcę wad i usterek miało nastąpić w terminie 7 dni od ich protokolarnego stwierdzenia w przypadku wad i usterek mających wpływ na eksploatację przedmiotu umowy i w terminie 14 dni jeżeli nie miały one wpływu na eksploatację.

Sposób usunięcia wad miał być uzgodniony przez strony przed przystąpieniem do naprawy. Nieusunięcie ich we wskazanych terminach było tożsame ze zwłoką wykonawcy w zakończeniu robót i rodziło jego odpowiedzialność z tytułu kar umownych. Strona powodowa miała w takim przypadku prawo bez powiadamiania L. Ł. usunąć usterek i wady we własnym zakresie, a poniesionymi kosztami w całości obciążyć wykonawcę, potrącając je z kaucji gwarancyjnej.

W umowie strony zastrzegły kary umowne na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. L. Ł. (1) miał je spółce (...) zapłacić :

- w przypadku niewykonania umowy z przyczyn za które odpowiedzialność ponosił w kwocie odpowiadającej 32 % wartości wynagrodzenia umownego netto,

- za każdy dzień opóźnienia w oddaniu przedmiotu umowy w stosunku do terminu podanego w harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik Nr 1 do umowy , w kwocie odpowiadającej 0,2 % wartości wynagrodzenia umownego netto ,

- za każdy dzień opóźnienia za nieterminowe usunięcie wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze końcowym przedmiotu umowy - w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego netto,

- za każdy dzień opóźnienia za nieterminowe usunięcie wad i usterek w ramach gwarancji lub rękojmi licząc od dnia wyznaczonego na ich usunięcie - w wysokości 0,05 % wartości wynagrodzenia netto.

Kary umowne , poza sytuacją ich naliczenia jako konsekwencji nie wykonania umowy, miały ulec podwojeniu, jeżeli opóźnienie było dłuższe aniżeli 14 dni Spółka (...) zastrzegła sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przekraczającego wysokość kar umownych do wysokości poniesionej szkody na zasadach ogólnych.

Z harmonogramu rzeczowo-finansowego wynikało , że termin dostawy urządzeń w obiekcie nr (...) został wyznaczony do dnia 30 września 2006r., a ich montaż do końca października tego roku . W obiekcie nr 7 były to odpowiednio 31 sierpnia 2006r., i 31 października 2006r., a rozruch instalacji jako całości miał się odbyć pomiędzy 1 października a do 31 grudnia 2006r. W obiekcie nr 10 termin dostawy i montażu został oznaczony do dnia 30 listopada 2006r.

W dniu 4 maja 2006r. strony sporządziły Aneks Nr (...) do umowy Nr (...). Na jego podstawie z zakresu prac powierzonych L. Ł. (1) zostały wyłączone: dostawa, montaż i rozruch urządzeń usytuowanych w Obiekcie Nr (...) , wykonanie instalacji elektrycznych we wszystkich obiektach , wykonanie projektu, dostawa i montaż układu sterowania i automatyki całości linii kalcynacji gipsu.

Wymaganie przeprowadzenia przez pozwanego ciągłego 72 godzinnego ruchu linii z nominalną wydajnością zostało zastąpione obowiązkiem przeprowadzenia 72 godzinnego ruchu próbnego linii. Wyłączono także przeprowadzenie przez wykonawcę rozruchu całej instalacji z zakładaną wydajnością

Ograniczeni uległo wynagrodzenie umowne do sumy 5.149.700 zł/ netto/

W załączniku Nr 1 do Aneksu Nr (...) stanowiącym nowy harmonogram rzeczowo-finansowy, na obiekcie Nr 7 - pozostały dwa zadania, a mianowicie dostawa maszyn i urządzeń z terminem realizacji do 31 sierpnia 2006r. i ich montaż do końca października tego roku Zostało z niego usunięte zadanie przeprowadzenia przez wykonawcę rozruchu linii.

Kolejnym aneksem datowanym na 23 października 2006r do tej umowy strony zastąpiły obowiązek przeprowadzenia 72 godzinnego ruchu próbnego udziałem L. Ł. (1) w takim procesie technologicznym. W miejsce dotychczasowego obowiązku dostarczenia dokumentacji powykonawczej w języku polskim wraz ze sprawozdaniem z rozruchu i instrukcją obsługi linii , obciążał pozwanego jedynie obowiązek dostarczenia dokumentacji powykonawczej.

Uległ kolejnej zmianie termin zakończenia umowy , który strony oznaczyły do 20 stycznia 2007r. Ograniczyły także wynagrodzenie wykonawcy do kwoty 5.694.200 zł / netto/

W załączniku Nr 1 do Aneksu Nr (...) stanowiącym nowy harmonogram rzeczowo-finansowy określono , iż termin dostawy i montażu maszyn i urządzeń dla obiektu nr (...) to najpóźniej 19 grudnia 2006r., a dla obiektu Nr(...)20 stycznia 2007r.

Zgodnie z dalszą częścią ustaleń poczynionych przez Sąd Okręgowy, w dniu 20 lipca 2006r. strony zawarły umowę Nr (...), której przedmiotem była dostawa, montaż i rozruch maszyn i urządzeń usytuowanych w obiekcie Nr (...) – magazynie gipsu prażonego. Szczegółowy zakres robót został określony w harmonogramie rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik Nr 1 do umowy

. Roboty miały zostać zrealizowane w oparciu o projekt wykonawczy opracowany przez Biuro (...) S.A. w K. Roboty nieujęte w harmonogramie i dokumentacji, których konieczność wykonania wynikła w trakcie realizacji umowy miały być robotami dodatkowymi, które wykonawca miał wykonywać wyłącznie na podstawie odrębnej umowy z zamawiającym. Rozpoczęcie robót określono na 1 października 2006r a ich zakończenie na 31 grudnia tego roku. Warunki na jakich mogło dojść do jego przedłużenia były identyczne jak w przypadku umowy nr (...). Podobnie było w podniesieniu do warunków odbiorów, dokumentowania ich oraz możliwości wystawienia faktur przez L. Ł., obejmujących wynagrodzenie za odebrane przez zamawiającego roboty., możliwości potrącenia kaucji gwarancyjnej czy warunków naliczenia kar umownych, jak i reguł na jakich wykonawca miał podjąć się usuwania usterek i wad w przekazanych na rzecz zamawiającego pracach. Wynagrodzenie na rzecz pozwanego zostało określone na kwotę netto 1 087 000 złotych / netto/

Strony zastrzegły kary umowne w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy. Wykonawca miał zapłacić w następujących przypadkach:

- niewykonania umowy z przyczyn za które ponosi odpowiedzialność w wysokości - 32 % wartości wynagrodzenia umownego netto, przy czym za niewykonanie przyjęto przekroczenie terminu określonego w umowie tj. 31.12.2006r. o 3 miesiące,
- za każdy dzień opóźnienia w oddaniu przedmiotu umowy w stosunku do terminu podanego w harmonogramie rzeczowym, w wysokości 0,15 % wartości wynagrodzenia umownego netto,
- za każdy dzień opóźnienia za nieterminowe usunięcie wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze końcowym- w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego netto,
- za każdy dzień opóźnienia za nieterminowe usunięcie wad i usterek w ramach gwarancji lub rękojmi licząc od dnia wyznaczonego na usunięcie wad i usterek - w wysokości 0,05 % wartości wynagrodzenia netto

Świadczenie z tytułu kar, za wyjątkiem tej, która była należna za nie wykonanie umowy ulegało podwojeniu jeżeli opóźnienie wynosiło więcej niż 14 dni. przy opóźnieniu powyżej 14 dni. Łączna suma kar nie mogła przekroczyć 32 % wynagrodzenia umownego netto.

W dniu 23 października 2006r. strony podpisały Aneks Nr (...) w którym zmieniły termin zakończenia robót określając go do 15 stycznia 2007r. oraz wysokość wynagrodzenia ryczałtowego. Zostało ono ustalone na kwotę 1.034.500 zł / netto/

Jak ustala Sąd Okręgowy w dniu 9 lutego 2007r. pozwany zgłosił zakończenie montażu urządzeń w ramach obiektów nr(...) i (...), a 20 lutego 2007r. w obiekcie nr 10

W dniach 23 lutego i 8 marca 2007r. wykonawca protokolarnie przekazał powódce dokumentację techniczno-ruchową zamontowanych urządzeń linii kalcynacji gipsu,

W dniu 19 lutego 2007r. strony sporządziły protokół przekazania urządzeń zamontowanych w ramach linii prażenia gipsu do rozruchu.

W dniu 27 lutego 2007r. strony dokonały przeglądu technicznego urządzeń linii wymieniając protokole z tej czynności usterki utrudniające rozruch w tym tę która ten rozruch uniemożliwiła, w postaci braku osprzętu kłap regulujących.

Ostatnia dostawa urządzeń wykonanych przez pozwanego, wchodzących w skład linii suszenia i prażenia gipsu nastąpiła w dniu następnym, 28 lutego 2007r

Prace montażowe wraz z poprawkami i usuwaniem usterek trwały do dnia 26 marca 2007r. W tym dniu spółka (...) przeprowadziła pierwszą próbę rozruchu ciągu technologicznego podczas której stwierdzono usterki w działaniu niektórych urządzeń m.in. podajników kubelkowych utrudniające go.

Usterki te były przez pozwanego usuwane np. poprzez wymiany zastosowanych napędów. Kolejne próby rozruchu instalacji były kontynuowane w miesiącu kwietniu i następnym 2007r. Ponownie pojawiały się usterki urządzeń, zgłaszane formalnie wykonawcy które pracownicy L. Ł. (1) usuwali. Część z nich, jak np. uszkodzenie komory spalania w rurosuszarce nie było konsekwencją błędu wykonawczego.

Dla osiągnięcia zakładanej wydajności ciągu technologicznego w dniu 26 kwietnia 2007r powódka poleciła wykonawcy takie przebudowanie napędów podajników by osiągnęły one prędkość 1,9 m/s

W dniu 7 maja 2007r. nastąpiła awaria pieca do kalcynacji gipsu (prażarki) polegająca na blokowaniu się jednego ze ślimaków pieca. Została ona usunięta przez jej wykonawcę (...) spółkę z o.o z siedzibą w R. będącą podwykonawcą pozwanego.

W osiem dni później z udziałem autora projektu prażarki, pracownika powódki L. M. (1) strony podjęły decyzję o konieczności jej rekonstrukcji przez wprowadzenie dodatkowego powietrza do komory spalania. Prace te zostały wykonane i odebrane przez powoda, a ściślej L. M. od kolejnego podwykonawcy pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

W toku kolejnych prób rozruchu linii doszło do zablokowania się ślimaka zapewniającego transport gipsu wewnątrz pieca oraz uszkodzenia przekładni. Decyzją przedstawicieli strony powodowej doszło do zmiany konstrukcji ślimaków w komorze zasypowej prażarki.

Początkowo te prace modernizacyjne miał wykonać pozwany, przez swojego podwykonawcę (...) w ramach robót dodatkowych, ostatecznie jednak do ich powierzenia L. Ł. (1) nie doszło.

W dniu 26 czerwca 2007r. strony zawarły natomiast umowę na wykonanie innych robót dodatkowych w postaci wymiany napędu podajników ślimakowego podwójnego i wybierającego gips, gumowanie bębna napędowego przenośnika taśmowego, dostawa i montaż wentylatora odciągu spalin z prażarki.

Podczas kolejnej próby rozruchu linii w dniach 8-9 sierpnia 2007r. doszło ponownie do zablokowania się ślimaków prażarki. Strona powodowa poprzez swojego dyrektora ds. produkcji i inwestycji S. P. podjęła decyzję o zmniejszeniu szerokości wstęgi ślimaków o 10 mm o czym poinformowano wykonawcę.

W okresie do października 2007r. trwały próby rozruchu linii przez powoda oraz usuwanie zgłoszonych usterek przez pozwanego. W tym czasie pozwany wykonywał także roboty dodatkowe.

W trakcie 72 godzinnego rozruchu linii w dniach od 2 do 7 października 2007r. doszło do zablokowania się przenośnika kubelkowego łańcuchowego 7/21 zamontowanego za prażarką na skutek odrywania się kulek. Awaria ta uniemożliwiła dalszy rozruch. W dniu 8 października 2007r, uzupełniając ją w kolejnych pismach datowanych na ten miesiąc, powódka zgłosiła pozwanemu jego reklamację.

W dniu 26 października 2007r. (...) zgłosił wykonawcy niesprawność kolejnego elementu ciągu technologicznego - przenośnika kubelkowego 10-67, podającego gips do separatora.

W piśmie z dnia 20 listopada 2007r. - zatytułowanym „zaproszenie do rozpoczęcia negocjacji” - strona powodowa przyznawała, że w czasie wykonywania umów przez L. Ł. (1) miały miejsce okoliczności wpływające na możliwość

wykorzystywania linii do prażenia i suszenia gipsu , które były niezależne od niego jak spalenie się izolacji pieca oraz zakleszczanie się ślimaków spowodowane błędem projektowym.

Mimo , że w dniu 24 listopada 2007r. strony dokonały odbioru usterek podajnika kubelkowego 7/21 przez dokonanie wzmocnienia kubelków, usztywnienie jego szybu, nadal nie spełniał on swojej roli za prażarką i kolejne próby rozruchu , podejmowane przez powódkę okazywały się nieskuteczne. Dodatkowo wadliwym okazał się podajnik 7/26

Na spotkaniu stron w dniu 9 stycznia 2008r ustalono ,że pozwany usunie wady reklamowanych urządzeń za wyjątkiem kubelkowego podajnika łańcuchowego 7-21 , którego naprawę (...) - informując o tym L. Ł.- zleciła spółce z o. o. w O.. Naprawa okazała się skuteczna , a jej koszt zamknął się w kwocie łącznej 77 143, 04 zł

.Przyczyną awarii tego przenośnika była niestabilność położenia kubelków w szybie urządzenia podczas ruchu wywołana zastosowaniem tylko jednego łańcucha do mocowania tychże.

Prędkość dla takiego przenośnika wynosi 1,2-1,4 m/s. Zgodnie z żądaniem (...)prędkością docelową miała być 1,9 m/s. Wymagało to zmiany przenośnika na napęd dwułańcuchowy .Po takiej wymianie do kolejnych awarii tego urządzenia już nie dochodziło

W dniu 9 stycznia 2008r. spółka zgłosiła wykonawcy wadę pieca [prażarki] powołując się na wyniki zleconych pomiarów geodezyjnych, które wykazały, że prażarka została wykonana z rażącymi błędami i niezgodnie z dostarczoną wykonawcy dokumentacją techniczną, co uniemożliwiło jej poprawną pracę. Błędy te miały polegać na niedostosowaniu szerokości stosowanych do transportu gipsu ślimaków do koryt wewnątrz pieca w których w których pracowały.

Pozwany przez swojego podwykonawcę , który piec wykonał odmówił uwzględnienia zarzutów reklamacyjnych wskazując , że prace konstrukcyjne były na bieżąco nadzorowane przez pracowników (...)w szczególności autora projektu prażarki L. M. (1) , który akceptował przyjęte założenia w zakresie wymiarów tak koryt jak i szerokości ślimaków . Ich szerokość na zlecenie powódki była zmniejszana w dniach 17 stycznia i 14 lutego 2008r.

W dniu 17 stycznia i 14 lutego 2008r. powódka zleciła wykonawcy dostosowanie ślimaków do koryt w prażarce przez obcięcie wstęgi ślimaków według jej wskazówek.

Od dnia 4 marca 2008r linia do prażenia i suszenia gipsu w siedzibie powódki w F. została skutecznie przez nią uruchomiona i pracuje w trybie ciągłym.

Z dalszych ustaleń Sądu I instancji wynika , iż w dniu 23 kwietnia 2008r. powódka zgłosiła pozwanemu usterkę chłodnika gipsu w instalacji prażenia gipsu, zaprojektowanego przez L. Ł. , ponagając o jej usunięcie w kolejnym piśmie z 5 maja 2008r informując, że w przypadku nie przystąpienia wykonawcy do usunięcia wady zleci wykonanie naprawy na koszt pozwanego podmiotowi zewnętrznemu. W kolejnym piśmie (...)określiła sposób wykonania naprawy chłodnika oraz wyznaczyła wykonawcy termin na jej wykonanie do dnia 16 maja 2008r. z zagrożeniem naliczenia kary umownej za zwłokę w kwocie 50.000 zł. za każdy dzień. Wykonawca przystał na powyższe warunki za wyjątkiem obciążenia go karą umowną. Powódka potraktowała to jako odmowę naprawy na warunkach przez siebie określonych.

Przyczyną jego awarii polegającej na przesunięciu się walczaka chłodnika względem jego konstrukcji wsporczej, były wadliwe rozwiązania konstrukcyjne urządzenia.

W dniu 29 maja 2008r.(...)wezwała pozwanego do zapłaty kwoty 77.143,04 zł. stanowiącej koszt zakupu i montażu łańcuchowego przenośnika kubelkowego 7/21. Wezwanie to okazało się nieskuteczne.

W dniu 10 czerwca 2008r. powódka zgłosiła reklamację przenośnika kubelkowego 7/26. Strony w sporządzonym na tę okoliczność protokole zgodnie uznały, iż przyczyną usterki była niestabilność położenia kubelków w szybie

przenośnika podczas ruchu. Naprawa w postaci zmiany kształtu zastosowanego bębna z cylindrycznego na beczkowaty wyeliminowała źródło nieprawidłowości działania.

Te naprawę strona powodowa, informując o tym L. Ł. przeprowadziła we własnym zakresie, ponosząc jej koszt, którego rozmiar określiła w żądaniu na sumę łączną 3 131, 41 zł.

W dniu 24 czerwca 2008r. (...) zgłosiła pozwanemu reklamację podajnika kubelkowego 10/67 podającego gips do separatora. Wobec nie podjęcia się naprawy urządzenia przez wykonawcę na warunkach przyjętych w umowie, strona powodowa sama ją prowadziła wydatkując na zakup materiałów kwoty 1362, 61 zł oraz 1163,64 zł i uznając, że należy jej także zwrot kosztów robocizny, która określiła w żądaniu na kwotę 1120 złotych.

Przyczyną awarii przenośnika kubelkowego 10/67 było niestabilne położenie kubelków w szybie przenośnika podczas ruchu wywołane zastosowaniem cylindrycznego kształtu bębna napędowego podajnika. Zmiana kształtu bębna z cylindrycznego na beczkowaty wyeliminowała awaryjność urządzenia.

Powódka złożyła oświadczenie o potrąceniu swojej wierzytelności z tytułu kar umownych, naliczonych na podstawie §12 ust. 2 lit a/ obu zawartych przez strony umów, w łącznej wysokości 2 018 610 zł z wierzytelnością wykonawcy z tytułu nie w pełni zaspokojonego wynagrodzenia określonego w fakturach: nr (...) z 1.06.2007r. do kwoty 72.475 zł, nr (...) z 8.06.2007r. do kwoty 40.810 zł, nr (...) z 8.06.2007r. do kwoty 21.289 zł, a także z wierzytelnością wykonawcy z tytułu zdeponowanej u zamawiającego kaucji gwarancyjnej w łącznej wysokości 134 574 złote.

W wezwaniu do zapłaty z dnia 29 stycznia 2008r. L. Ł. (1) wezwał powodową spółkę do zapłaty kwoty 528.675 zł. stanowiącej należność z faktur: nr (...) - kwota 75.525 zł, nr (...) - kwota 40.810 zł, nr (...) - kwota 412.340 zł, kwestionując zasadność obciążenia go karami umownymi oraz wskazanego wyżej oświadczenia o potrąceniu.

Z kolejnej części ustaleń faktycznych Sądu I instancji wynika, iż w dniu 11 czerwca 2007r. powód wystosował do pozwanego pismo podpisane przez prezesa zarządu W. G., w którym stwierdza on, że do tej daty nie zaistniały przyczyny mogące spowodować naliczenie kar umownych z tytułu dostawy i montażu pieca do kalcynacji gipsu. W piśmie kolejnym datowanym na dzień 8 grudnia 2008r. prezes zarządu złożył oświadczenie woli o uchyleniu się od skutków oświadczenia woli spowodowanego działaniem pod wpływem błędu. Jako jego przyczynę wskazał brak wiedzy o zjawisku nieosiowości koryt ślimaków w stosunku do osi ślimaków w prażarce w chwili składania oświadczenia.

Na zlecenie powoda w maju 2008r. Naczelna Organizacja Techniczna Oddział w P. dokonała oceny realizacji inwestycji stanowiącej przedmiot umów Nr (...) pod kątem terminowości i prawidłowości wykonania stwierdzając m.in. nie wywiązanie się wykonawcy z terminów dostaw i montażu, nie dokonanie 72 godzinnego rozruchu z wynikiem pozytywnym, niską jakością wykonanych i dostarczonych urządzeń, w szczególności pieca, podajnika kubelkowego 2/21, oraz innych podajników. Zdaniem rzeczoznawców do wykonania koryta pieca nie użyto niewłaściwego materiału, nie rury lecz blachy, co mogło wpłynąć na brak stałości wymiaru promienia koryta.

Opierając się na przeprowadzonych w postępowaniu rozpoznawczym opiniach biegłych Instytutu (...) w K. i Politechniki (...) w kolejnej części ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy wskazał, iż przyczyną opóźnienia się rozruchu technologicznego linii prażenia gipsu była konieczność zmiany budowy ślimaków do transportu gipsu w prażarce spowodowana błędami konstrukcyjnymi i montażowymi. Błędem krytycznym, który zdecydował o niepowodzeniu prób uruchomienia funkcjonowania całego ciągu technologicznego przez długi okres czasu było samo wstawienie prażarki do linii produkcyjnej. Współdziałanie błędnie zaprojektowanej i wykonanej prażarki gipsu z wadliwie wykonanym przenośnikiem kubelkowym łańcuchowym 7/21 utrudniło szybką identyfikację przyczyn nieudanych prób rozruchu Z kolei na złą pracę i awarie pozostałych urządzeń linii decydujący wpływ miała praca prażarki.

Przyczynami nie osiągnięcia przez linię zakładanej wydajności 14 t/h była warstwa gipsu zalegająca w korytach ślimaków pieca obniżająca tę wydajność o 10 %. Najważniejszymi przyczynami takiego stanu rzeczy były wady konstrukcyjne pieca, które obniżyły jego wydajność o 10 %. Ponadto już w czasie prób eksploatacji linii wprowadzono w nim zmiany, nie ujęte w żadnej dokumentacji, które obniżyły jego wydajność o 20 %.

Dokumentację pieca dostarczył pozwanemu powód, a autorem projektu był L. M. (1), pracownik powódki. Było to urządzenie prototypowe, niezwykle skomplikowane, wprowadzające dotychczas nieznaną rozwiązanie techniczne polegające na użyciu do transportu gipsu podajników ślimakowych. Założona przez autora projektu wydajność 14 t/h była wartością szacunkową, nie popartą żadnymi wyliczeniami.

W okresie od marca 2008r. do grudnia 2008r. linia do kalcynacji gipsu osiągnęła średnią wydajność 5,83 t/h, w 2009r. 6,97 t/h, w 2011r. wydajność ta wyniosła 12 t/h.

W kwestii dotyczącej skali utraconego przez stronę pozwaną zysku jako konsekwencji uruchomienia linii prażenia i suszenia gipsu z opóźnieniem, przy założeniu osiągania przez nią założonej wydajności 14 ton na godzinę Sąd I instancji zasięgnął opinii dwóch biegłych, których wnioski były istotnie rozbieżne.

Biegły W. W. określił utracony zysk, w okresie określonym w żądaniu powódki [21 stycznia 2008 do 31 grudnia 2008r na kwotę łączną 11 327 376, 04 zł.

Biegły E. D. wyliczył go na sumę 2 336 240 złotych i to przy założeniu, iż nie tylko wydajność zakładana byłaby od samego początku pracy linii osiągnięta, ale nadto spółce (...) udawałoby się sprzedawać od razu całą ilość pozyskanego materiału.

Rozważania prawne rozpoczął Sąd I instancji od kwalifikacji obu zawartych przez strony umów (...)r uznając, iż obydwie były umowami o dzieło.

Następnie, po przeprowadzeniu analizy wzajemnych praw i obowiązków w tym wynikających ze zmian dokonanych przez strony w obu umowach na podstawie aneksów do nich stwierdził, że L. Ł. (1) nie dochował terminów w jakich miał wykonać i zamontować urządzenia we wszystkich obiektach składających się na ciąg technologiczny prażenia i suszenia gipsu. Przekroczenie ich nastąpiło, w ocenie Sądu Okręgowego, z przyczyn za które wykonawcy należy przypisać odpowiedzialność.

Odwołując się do wniosków wynikających z przeprowadzonych opinii oraz dowodów z dokumentów obrazujących czasokres dostaw poszczególnych urządzeń czy dokumentacji jak również wskazując na fakt, że część z urządzeń było wadliwych, co uniemożliwiało przystąpienie do skutecznego rozruchu linii wcześniej uznał, że obarczenie pozwanego tą odpowiedzialnością jest usprawiedliwione.

Taka ocena dała podstawę Sądowi do dalszych rozważań dotyczących zasadności roszczeń powódki, których podstawą były, zastrzeżone w obu umowach kary umowne.

Rozpoczynając je Sąd w pierwszej kolejności wskazał, że terminem w jakim miała zostać zrealizowana umowa nr (...)r był 20 stycznia 2007r. Umowa nr (...)r miała być wykonana do 15 stycznia tego roku. Na podstawie dokonanych przez siebie ustaleń faktycznych przyjął, że terminem w jakim obowiązki umowne zostały przez L. Ł. (1) zrealizowane był 26 marca 2007r, kiedy po raz pierwszy (...)przystąpiła do próby rozruchu linii „ na gorąco „

Wobec wyrażenia oceny prawnej, że umowy zostały przez poznawanego wykonane tyle, że z opóźnieniem, Sąd wskazał, iż jedyną podstawą na jakiej spółka (...) może domagać się skutecznego świadczenia z tytułu kary umownej zastrzeżonej w umowie nr (...) jest §12 ust. 2 lit b/, a nie jak wskazywała na to powódka, w żądaniu tak §12 ust 2 lit a/ jak i §12 ust.2 lit b/. Pierwsza bowiem z podstaw naliczenia kary mogłaby mieć zastosowanie tylko w sytuacji niewykonania zobowiązania przez wykonawcę. Ponadto uznał, że suma od jakiej należy obliczać świadczenie z tego tytułu ma odpowiadać ustalonemu w umowie wynagrodzeniu za zrealizowanie całości przedmiotu umowy, wskazanego w § 6 ust. 1 nie natomiast, jak przyjęła w swoim wyliczeniu tego świadczenia (...)od wartości wynagrodzenia za prace w poszczególnych obiektach.

Przy tych założeniach uznając , że wykonawcy należy przypisać opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy nr (...) za 66 dni tj za okres od 20 stycznia do 26 marca 2007r Sąd uznał , że świadczenie należne stronie powodowej z tytułu kary umownej zamknęło się w kwocie 751 634, 40 zł [5 694 200 x 0, 2 % x 66 dni]

Jako niezasadne uznał natomiast żądanie zapłaty przez powoda świadczenia z tytułu kary umownej za opóźnienie o ile jego podstawą miałyby być podstawienie §12 ust.2 lit.b/ umowy nr (...).

Przeciwko uznaniu tego żądania za usprawiedliwione przemawia to , że strona powodowa w podstawie faktycznej tego żądania wskazywała , że w zakresie obowiązków określonych umową nr (...) pozwany pozostawał w opóźnieniu dopiero od 15 kwietnia 2007r i z tak oznaczonym terminem początkowym opóźnienia (...)wiązała dochodzone roszczenie.

Ponieważ fakty ustalone w sprawie pozwalają na wniosek , iż opóźnienie takie w zakresie tych obowiązków miało miejsce jedynie pomiędzy 15 stycznia 2007r i 26 marca 2007r tak motywowane żądanie zamawiającej nie mogło być uznane za zasadne.

Przyjmując zatem , że wierzytelność strony powodowej z tytułu kary umownej za opóźnienie pozwanego zamyka się w kwocie 751 634, 40 zł Sąd następnie przeszedł do oceny zasadności zarzutu potrącenia tej wierzytelności oraz tej wynikającej ze świadczenia z tytułu zatrzymanej przez (...)kaucji gwarancyjnej do czego uprawniały ją zapisy § 6 ust.4 obu umów, w łącznej wysokości 134 574 zł , a uprawnienia do której pozwany nie negował, oraz z wierzytelnością L. Ł. (1) z tytułu nie zapłaconej części wynagrodzenia za wykonane roboty , stwierdzonego fakturami nr (...). Uznał ten zarzut za uzasadniony i prowadzący do skutku materialnoprawnego w postaci umorzenia wierzytelności niższej.

Przyjęcie tego skutku doprowadziło Sąd I instancji wyrażenia stanowiska prawnego, iż wierzytelność wykonawcy wygasła w całości, a w konsekwencji dochodzone przez niego, w sprawie o sygnaturze VII GC 44/09 roszczenie o zapłatę pozostałej części wynagrodzenia w kwocie określonej przezeń na 528 675 złotych podlegało oddaleniu.

W konkluzji tej części rozważań uznał , że roszczenie spółki (...) o ile ma ono stanowić należność z tytułu kary umownej za opóźnienie w wykonaniu obowiązków umownych z umowy (...) zamyka się w kwocie 88 385, 40 zł , która wynika z następującego wyliczenia [751 634, 40 zł – { 528 675 zł + 134 574 zł }]

Przeprowadzając ocenę roszczenia strony powodowej z tytułu wyrównania szkody jaka spółka poniosła przez to , iż była zmuszona , wobec wadliwości urządzeń , których wykonawcą był L. Ł. (1) , wynajmować podmioty trzecie by przeprowadziły skuteczne naprawy bądź to dokonywać ich we własnym zakresie uznał je za w części uzasadnione .

Analizując ustalony przez siebie stan faktyczny pod kątem tego w jaki sposób powódka informowała wykonawcę o wadach przenośnika łańcuchowego kubełkowego 7/21 oraz w jaki sposób pozwany przeprowadzał jego kilkukrotne naprawy , by ostatecznie uzgodnić z zamawiającym na spotkaniu w dniu 9 stycznia 2008r , iż nie podejmie się kolejnego usuwania stwierdzonej wady urządzenia stanął na stanowisku , że żądanie przez powódkę zapłaty kwoty 77 143, 04 zł , odpowiadającej , wykazanym w sporze kosztom przeprowadzenia naprawy urządzenia przez podmiot trzeci , spółkę z o. o. (...) w O. , jest uzasadnione.

W przypadku także wadliwego przenośnika kubełkowego nr 7/26 , po dokonaniu takiej samej analizy faktów ocenił , że także i w tym przypadku spółka z F. może skutecznie domagać się od poznawanego odszkodowania.

Z kwoty dochodzonej z tego tytułu w wymiarze 3 131, 41 zł jako wykazaną uznał Sąd niższej instancji jedynie jej część tj. 1 207 , 80 zł , która odpowiadała udowodnionym fakturą kosztom nabycia części służących naprawie urządzenia , która była przeprowadzona przez (...)we własnym zakresie.

Przy zastosowaniu tej samej metodologii Sąd I instancji uznał jako w części zasadne roszczenie odszkodowawcze powódki mające swoją podstawę w poniesionych przez nią kosztach naprawy przenośnika 10-67. Z kwoty dochodzonej z tego tytułu w wysokości 3 691, 41 zł ocenił jako udowodnione wydatkowanie przez powódkę na zakup części zamiennych kwoty łącznej 2 526, 25 zł.

W konkluzji tej części motywów prawnych rozstrzygnięcia jako zasadne uznał roszczenie odszkodowawcze powódki w zakresie kwoty łącznej 80 877, 09 zł , według wyliczenia [77 143 , 04 zł + 1207, 80 zł + 2 526 , 25 zł]

Ta ocena prawna roszczenia odszkodowawczego dochodzonego przez powódkę była m. in konsekwencją uznania , że roszczenie to, o ile obejmuje zwrot kosztów naprawy kolejnego urządzenia , a to chłodnika gipsu nie zostało przez (...)udowodnione.

W szczególności wobec ustalenia , że L. Ł. nie przystał na warunki na jakich miał wady chłodnika usunąć, nie dowiodła , że naprawę powierzyła podmiotowi trzeciemu lub , że przeprowadziła ją we własnym zakresie, ponosząc przy tym koszty czynności naprawczych.

Jako niezasadne w całości ocenił Sąd I instancji roszczenie spółki (...) o zapłatę kwoty 133 813, 70 zł mającego zdaniem powódki jej przysługiwać z tytułu kary umownej za opóźnienie w usuwaniu wad dwóch urządzeń : łańcuchowego przenośnika kubelkowego nr 7/21 oraz chłodnika gipsu.

W żądaniu określono , że świadczenie z racji opóźnienia w naprawie przenośnika określa kwota 74 024 , 60 zł , wobec opóźnienia mającego miejsce w okresie pomiędzy 10 grudnia 2012 r do 25 lutego 2008r , a chłodnika suma 59 789, 10 zł , za okres opóźnienia pomiędzy 23 kwietnia 2008 i 26 maja 2008r.

Ustalając , że twierdzone przez powódkę opóźnienie w naprawach rzeczywiście miało miejsce oraz , że naprawa obu urządzeń została zlecona przez (...)podmiotom trzecim Sąd Okręgowy wyraził stanowisko zgodnie z którym powódka nie może domagać się świadczenia z tego tytułu. Po pierwsze dlatego , że ostatecznie powierzyła usunięcie stwierdzonych usterek innym podmiotom , wobec czego nie obciąża wykonawcy to , że mogła uczynić to z opóźnieniem czy też , że zleceniobiorcy także mogli nie dochować terminów w jakich naprawa miała zostać dokonana. Przeciwno uwzględnieniu go przemawia, jego zdaniem, także i to , że (...)dochodzi , obok ocenianego żądania, odszkodowania za koszty jakie poniósł w związku z naprawami obu tych urządzeń , również świadczenia z tytułu kary umownej za opóźnienie w usuwaniu usterek obu urządzeń , które jest różne [wyższe] od świadczenia z tytułu odszkodowania Ta różnica także wyklucza możliwość zasądzenia świadczenia o źródle natury odszkodowawczej.

Jako niezasadne w całości uznał także Sąd Okręgowy roszczenie powódki obejmujące zwrot przez L. Ł. korzyści jakie w okresie określonym w pozwie utraciła ona wobec nie osiągnięcia przez linie produkcyjną takiej wydajności jaka była zakładana, a nadto wobec opóźnienia w jej uruchomieniu.

Na wstępie wskazał , że po zmianach umowy nr (...) dokonanych kolejnymi aneksami pozwany nie był zobowiązany do przeprowadzenia skutecznego rozruchu linii do kalcynacji gipsu , a jedynie do tego aby w tym procesie uczestniczyć.

Po wtóre odwołując się do treści obu opinii dopuszczonych w postępowaniu rozpoznawczym wskazał , że urządzeniem które determinowało przeprowadzenie z wynikiem pozytywnym rozruchu całej linii oraz osiągnięcie przez nią zakładanej przez powódkę i autora projektu L. M. (1) wydajności 14 t/h był piec [prażarka]. Było to urządzenie prototypowe z uwagi na rozwiązanie polegające na transporcie gipsu w piecu przy użyciu podajników ślimakowych. Wysoki stopień skomplikowania budowy prażarki musiał powodować , iż strony winny się były liczyć z tym , iż drożenie jej do przemysłowego wykorzystania będzie wymagało czasu , przeprowadzenia kolejnych prób i zmian technicznych. Żadna z umów zawartych przez strony takiego okresu , po dokonanych w nich zmianach, nie przewidywała.

Piec został wykonany według projektu autorstwa pracownika powódki L. M. (1). On też wraz z przedstawicielami (...)nadzorował na bieżąco proces wytwarzania prażarki , jak i decydował o zmianach jej konstrukcji po tym, kiedy znalazła się ona w miejscu przyszłej pracy. Strona powodowa decydowała także o pierwszej i kolejnych próbach uruchomienia linii.

W odwołaniu się do wniosków obu opracowań eksperckich Sąd również wskazał , że stwierdzone w trakcie prób uruchomienia wady prażarki miały swoje podłoże w wadliwych założeniach konstrukcyjnych w tym tych , które dotyczyły szerokości ślimaków transportujących materiał wewnątrz pieca i koryt w jakich miały pracować.

Tych wad nie można było zidentyfikować w czasie budowy urządzenia, a dopiero później, kiedy próbowano uruchomić ciąg technologiczny jako całość. Nawet przy założeniu, że zbyt mały „ luz „ pomiędzy taśmą ślimaka a korytem mógł być dostrzeżony przed uruchomieniem, to i tak mnie można było stwierdzić, bez ruchu linii jaki będzie to miało wpływ na pracę pieca, a w szczególności możliwość osiągnięcia zakładanej wydajności.

Te błędne założenia projektowe, a także zmiany jakich dokonywała już po zbudowaniu pieca powódka w jego elementach czy konstrukcji, bez uprzedniego przygotowania ich dokumentacji technicznej albo też tych jakie realizował L. Ł. na polecenie (...) powodowały także, że linia nie osiągnęła, jak dotąd, zakładanej wydajności 14 ton materiału na godzinę.

Wskazane okoliczności w ocenie Sądu I instancji wykluczają możliwość przypisania pozwanemu odpowiedzialności za wyrównanie powódce twierdzonych przez nią, w podstawie faktycznej żądania, utraconych w ten sposób korzyści.

W konsekwencji roszczenie powódki zostało uznane przez Sąd za usprawiedliwione w zakresie kwoty łącznej 169 262, 49 zł [80 877, 09 zł + 88 385, 40 zł], a w pozostałym zakresie, jako nie zasadne, uległo oddaleniu.

Odsetki od kwot częściowych składających się na sumę uwzględnionego żądania głównego spółki Sąd Okręgowy przyznał zgodnie z żądaniem powódki nie podając w uzasadnieniu wyroku motywów, które o tym zdecydowały.

Z przyczyn wskazanych już wyżej Sąd oddalił w całości roszczenie L. Ł. (1) dochodzone w sprawie o sygnaturze VII GC 44/09, uznając za skuteczny zarzut potrącenia z wierzytelnością określoną przez niego w żądaniu pozwu wierzytelności wzajemnej spółki (...) z tytułu kary umownej za przekroczenie terminu wykonania umowy nr (...).

Rozstrzygając o kosztach procesu Sąd Okręgowy dokonał ich stosunkowego rozdzielenia i przyjmując, że powodowa spółka wykazała swoje roszczenie w 2 % a L. Ł. skutecznie się przed nim obronił w pozostałej części, oraz to jakie koszty poniesione przez przeciwników procesowych zostały rzeczywiście w sposób celowy w sporze poniesione, zasądził od powódki na rzecz pozwanego z tego tytułu sumę 111 397, 17 zł.

Apelacje od wyroku w sprawie o sygnaturze VII GC 2/09 złożyły obydwie strony.

Strona powodowa (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w F. objęła środkiem odwoławczym orzeczenie Sądu Okręgowego w zakresie punktów II i III sentencji, domagając się jego zmiany w zaskarżonym zakresie poprzez uwzględnienie powództwa w całości i zasądzenie od L. Ł. (1) dalszej sumy 6 995 886, 60 złotego wraz z ustawowymi odsetkami od kwot :

- 981 437, 92 zł od dnia 10 stycznia 2008r,
- 133 813, 70 zł od dnia 5 sierpnia 2008r i
- 5 880 634, 98 zł od dnia 1 września 2008r do dnia zapłaty.

Wniosła także o obciążenie pozwanego kosztami postępowania za obydwie instancje.

Środek odwoławczy został przez powódkę oparty na następujących zarzutach :

I. naruszenia prawa materialnego, a to:

a/ normy art. 65 §2 kc jako konsekwencji dokonania wadliwej wykładni postanowień umów nr (...), zmian do nich dokonanych aneksami oraz treści harmonogramów rzeczowo finansowych i nietrafnego przyjęcia, iż okres opóźnienia w wykonaniu obowiązków umownych przez wykonawcę miał miejsce do 26 marca 2007r podczas gdy prawidłowa ich interpretacja winna koniec tego okresu wiązać dopiero z datą 4 marca 2008r. Norma ta zdaniem apelującej miała być naruszona także wobec nieuzasadnionego przyjęcia, że na pozwanym, zgodnie z postanowieniami obu umów, aneksów do nich oraz harmonogramów rzeczowo - finansowych nie spoczywały obowiązki związane z analizą

dostarczonej dokumentacji projektowej , szczególnie gdy jej wady decydują o późniejszej niemożności korzystania przez zamawiającą z przedmiotu umowy,

b/ błędnej interpretacji postanowień umownych wskazanych w § 12 ust 2 lit. a/

umowy nr (...) oraz §12 ust.2 lit b/ zarówno tej jak i umowy nr (...) , co doprowadziło do nietrafnego wyliczenia należnego powódce świadczenia z tytułu kar umownych wobec nie uwzględnienia , że okres opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umów należy wiązać nie , jak przyjął Sąd I instancji z dniem 26 marca 2007r ale z datą 4 marca 2008r kiedy doszło do skutecznego, 72 godzinnego rozruchu i pracy linii do prażenia i suszenia gipsu. Nadto ta błędna interpretacja postanowień umowy nr (...)r miała polegać na przyjęciu , że pozwany był zwolniony z dokonania rozruchu urządzeń w obiekcie nr 10, przedłożenia sprawozdania z rozruchu oraz przeprowadzenia uruchomienia całej linii kalcynacji gipsu przez co strony rozumiały nieprzerwaną 72 godzinną jej pracę.,

c/ dokonania błędnej wykładni postanowienia §12 ust. 3 umowy nr (...) i w konsekwencji nietrafnego wyliczenia świadczenia z tytułu kary umownej należnej od wykonawcy wobec jego opóźnienia , wobec nie uwzględnienia , że zgodnie z tym postanowieniem umownym , w sytuacji opóźnienia przekraczającego 14 dni świadczenie to podlega podwojeniu.

d/ nietrafnej interpretacji zapisu §12 ust. 2 lit c/ i d/ umowy nr (...) i w następstwie jej , wyrażenia nietrafnej oceny prawnej , że powódka nie może skutecznie dochodzić od L. Ł. (1) kary umownej za opóźnienie w usunięciu wad chłodnika gipsu oraz łańcuchowego przenośnika kubelkowego 7/21 , w sytuacji gdy zdecydowała się na ich naprawę za pośrednictwem podmiotów trzecich , realizując wykonanie zastępcze,

e/ naruszenia norm art. 483 i 484 §1 kc wobec ich nie zastosowania przez Sąd i nietrafnego przyjęcia , że (...) spółka z o. o. nie mogła skutecznie dochodzić kary umownej za opóźnienie w podjęciu usuwania usterek wadliwych chłodnika gipsu i przenośnika kubelkowego 7/21 o ile ta przekraczałyby szkodę jaką poniosła w związku z naprawą tych urządzeń zleconą w ramach wykonania zastępczego,

II naruszenia prawa procesowego , w sposób mający istotny wpływ na wynik sprawy , a to :

1. Normy art. 233 §1 kpc wobec dokonania oceny dowodów w sposób sprzeczny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego i wyrażenia nietrafnego stanowiska , że powódka nie wykazała pozostałych kosztów naprawy przenośników kubelkowych nr 7/26 i 10-67, a nadto mimo przyjęcia w poczynionych ustaleniach , że chłodnik gipsu był naprawiany przez podmiot trzeci , że fakt poniesienia jej kosztów nie został dowiedziony. Przeczyła także apelująca ocenie , iż nie udowodniła ona przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego za utracone przez zamawiającą korzyści jakie spodziewała się osiągnąć z pracy linii , o ile ta byłaby uruchomiona w zakładanym umownie terminie , osiągając przy tym od razu zakładana wydajność 14 t wyprażonego gipsu na godzinę,

2. Przepisu art. 217 §2 kpc w zw z art. 227 kpc jako konsekwencji nie uwzględnienia wniosków powódki o przeprowadzenie dowodów z opinii biegłych z zakresu nadzoru technicznego i budownictwa przemysłowego , z zakresu BHP a także geodezji , co uniemożliwiło stwierdzenie tego czy instalacja prażenia i suszenia gipsu odpowiada wymaganiom z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy oraz tego czy koryta w prażarce są wykonane prawidłowo,

3. Naruszenia zasady bezpośredniości w prowadzeniu dowodów wobec poczynienia ustaleń w oparciu o dokument - plan przedsięwzięcia dla zadania inwestycyjnego pod nazwą „ Rozbudowa zakładu produkcyjnego (...) w F. mimo , że nie został on zaliczony w poczet materiału dowodowego.

III. Dokonania błędnych ustaleń faktycznych wobec :

- uznania , że pozwany wykonał obowiązek umowny przeszkolenia sześciu pracowników powódki w zakresie obsługi linii , oraz dostarczenia dokumentacji powykonawczej, w sytuacji gdy uczynił to z opóźnieniem co utrudniało jej rozruch ,

- przyjęcia , iż L. Ł. (1) nie odpowiada za wady pieca do kalcynacji mimo , że dowody zgromadzone w prawie dostatecznie potwierdzają niezgodność jego konstrukcji z założeniami projektowymi i sprzeczność tejże z zasadami wiedzy inżynierskiej przy wykonywaniu tego rodzaju urządzenia,
- konstatacji faktycznej Sądu , że to powódka doprowadziła do zmian otworów przepływu powietrza w prażarce mimo , że brak do takiego ustalenia dostatecznych podstaw dowodowych, a przeciwnie wady w tym przepływie były spowodowane błędami wykonawczymi za które odpowiada L. Ł.,
- nietrafnego przyjęcia , że postanowienia obu umów nie zobowiązywały wykonawcy do zapewnienia tego by linia była zdolna do osiągnięcia zakładanej wydajności 14 ton materiału na godzinę.

Pozwany składając apelację od orzeczenia Sądu I instancji w sprawie o sygnaturze VII GC 2/09 , objął nią punkty I i III jego sentencji domagając się jego zmiany poprzez oddalenie powództwa w całości oraz przyznania od przeciwniczki procesowej kosztów procesu w pełnej wysokości oraz obciążenia jej kosztami postępowania apelacyjnego.

Jako wniosek ewentualny sformułował żądanie uchylenia wyroku, w zaskarżonym zakresie, i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania

Środek odwoławczy został oparty na następujących zarzutach :

A. Naruszenia prawa procesowego w sposób mający istotny wpływ na wynik sprawy , a to :

1. Przepisu art. 233 §1 kpc w zw. z art. 316 §1 kpc i w konsekwencji nietrafnego dokonania ustaleń faktycznych i przyjęcia na ich podstawie , że :

- pozwany ponosi odpowiedzialność za niewykonanie obowiązków umownych w terminie mimo , że przekroczenie terminu umownego było spowodowane przyczynami za które odpowiadała spółka (...) w postaci : chaosu na placu budowy , braku nadzoru nad pracami realizowanymi równocześnie przez kilku wykonawców , wadliwości konstrukcyjnych prażarki , które wymuszały ciągle zmiany jej elementów , zlecenia przez zamawiającą zmian w poszczególnych elementach linii by dostosowywać je do zmieniających się w trakcie trwania umowy wymagań powódki ,

- nietrafnego przyjęcia przez Sąd zakończenia przez pozwanego prac na dzień 26 marca 2007r , mimo , że zostały one ukończone najpóźniej w dniu ostatniej dostawy i montażu urządzeń , co nastąpiło w dniu 28 lutego 2007r . To błędne ustalenie spowodowało wadę w ustaleniu wysokości świadczenia obciążającego apelującego z tytułu kary umownej w kwocie 751 634, 40 zł.,

- nie mającego podstaw w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym ustalenia , że wykonawca ponosi odpowiedzialność za wady urządzeń: przenośników kubelkowych o oznaczeniach 7/21 , 7/26 i 10/67 i wobec tego wyrażenie chybionej oceny prawnej o odpowiedzialności poznawanego za szkodę powódki w postaci poniesionych przez nią kosztów naprawy tych urządzeń,

- nie uwzględnienia rzeczywistej roli w procesie budowy elementów linii w tym w szczególności prażarki L. M. (1) , który nie tylko był pracownikiem powódki ale także członkiem jej zarządu , w wobec tego tym bardziej był uprawniony do koordynacji wykonawstwa wszystkich urządzeń tworzących ciąg technologiczny ,

- chybionego uznania przez Sąd I instancji , że zaistniały podstawy faktyczne do uwzględnienia żądania zasądzenia świadczenia z tytułu kary umownej , mino oświadczenia prezesa zarządu powódki z daty 11 czerwca 2007r o tym ,że podstaw faktycznych do takiego naliczenia brak,

- dokonania ustaleń na podstawie opinii Instytutu (...) w K. mimo istnienia okoliczności powodujących wyłączenie pracowników tej jednostki od opiniowania,

2. Przepisu art. 227 kpc wobec pominięcia albo też oddalenia wniosków dowodowych pozwanego zawartych w jego pismach procesowych z 5 i 20 stycznia 2010r , 2 marca 2010 r , 12 września 2011 oraz 8 i 24 listopada 2012r [ponownie wskazanych w ramach tego zarzutu] , których dopuszczenie prowadziłyby do ustaleń uzasadniających wnioski prawny o tym ,że przekroczenie terminu umownego zakończenia prac nastąpiło z przyczyn niezależnych od apelującego wykonawcy.

Wnioski o przeprowadzenie tych dowodów zostały ponownie zgłoszone w postępowaniu apelacyjnym.

3. Normy art. 100 kpc wobec nie obciążenia powódki obowiązkiem zwrotu pozwanemu wszystkich kosztów mimo , iż uległ on tylko w bardzo nieznacznej części żądania, wynoszącej 2 % ogólnej wartości przedmiotu sporu.

B. Naruszenia prawa materialnego , tj.

a/ art. 483 §1 i 484 §1 kc w zw z art. 471 i 362 kc wobec nieprawidłowego zastosowania tych norm i obciążenia L. Ł. (1) karą umowną za opóźnienie nie w terminowym wykonaniu obu umów mimo , że zdecydowały o tym przekroczeniu przyczyny niezależne od wykonawcy,

b/ art. 484 §2 w zw z art. 471 i 362 kc wobec ich nie zastosowanie i nie dokonania przez Sąd Okręgowy miarkowania świadczenia z tytułu kary umownej,

c/ normy art. 455 w zw z art. 481 §1 kc poprzez jej nieprawidłowe zastosowanie i wyrażenie oceny , iż początkową datą płatności odsetek od świadczeń uznanych za zasadnie dochodzone od dnia wskazanego w żądaniu , bez uwzględnienia , iż przed wszczęciem sporu sądowego powódka domagała się świadczenia z tytułu kary umownej nie za niewłaściwe wykonanie, jak wskazywała w pozwie , a za niewykonanie umowy,

d/ normy art. 483 §1 kc i art. 484 §1 kc w zw z art. 111 §1 i 2 kc wobec ich wadliwego zastosowania poprzez nietrafne określenie ilości dni opóźnienia w wykonaniu obowiązków umownych przez apelującego. Prawidłowe ich określenie , przy przyjętych przez Sąd datach granicznych 20 stycznia – 26 marca 2007r winno prowadzić do ustalenia tego okresu na 65 dni , a w konsekwencji do ograniczenia świadczenia przyznanego powódce w wyroku o kwotę 11 388, 40 złotego.

e/ art. 627 kc wobec nietrafnej interpretacji tej normy i uznania , że obydwie umowy zawarte przez strony były umowami o dzieło.

L. Ł. (1) złożył apelację także od wyroku Sądu Okręgowego z dnia 14 lutego 2013r w sprawie o sygnaturze VII GC 44/09 , którym w całości oddalone zostało jego żądanie zasądzenia od spółki (...) kwoty 528 675 złotych wraz z odsetkami z tytułu części wynagrodzenia za wykonane roboty w ramach umów nr (...), które dotąd nie zostało zapłacone.

Obejmując zakresem środka odwoławczego całość orzeczenia Sądu I instancji apelujący domagał się w jego wniosku zgłoszonym w pierwszej kolejności zreformowania tego orzeczenia i uwzględnienia żądania pozwu w całości , oraz obciążenia pozwanej (...)kosztami sporu za obydwie instancje.

Jako wniosek ewentualny sformułował żądanie uchylenia wyroku Sądu Okręgowego i przekazania mu sprawy do ponownego rozpoznania.

Apelacja została oparta na następujących zarzutach :

I . naruszenia prawa materialnego poprzez :

- niewłaściwego zastosowania art. 498 §1 i 2 oraz 499 kc i w konsekwencji nietrafnego przyjęcia , iż skutecznym było oświadczenie pozwanej z dnia 20 grudnia 2007r , o potrąceniu z wierzytelnością powoda z tytułu części niezapłaconego dotąd wynagrodzenia z wierzytelnością wzajemną pozwanej z tytułu kar umownych , prowadzące do wzajemnego umorzenia ich w pełnym wymiarze ilościowym pretensji L. Ł. dochodzonej pozwem,

- przeprowadzenie błędnej wykładni i nieprawidłowego zastosowania art. 483 §1 i 484 §1 kc w zw z art. 471 i 362 kc i w ich wyniku zasądzenia od L. Ł. świadczenia z tytułu kary umownej za nieterminowe wykonanie obowiązków z umowy nr (...) mimo , że nie dochowanie terminu nastąpiło z przyczyn od wykonawcy niezależnych,

- naruszenia art. 484 §2 w zw z art. 471 i 362 kc wobec ich nie zastosowania i nie dokonania miarkowania tego świadczenia mimo istnienia ku temu podstaw w ustalonych w sprawie faktach,

- art. 455 kc w zw z art. 481 §1 kc w następstwie nie uwzględnienia tych przepisów i zasądzenia świadczeń na rzecz spółki (...) z odsetkami , których początkowy termin naliczania został przez Sąd ustalony zgodnie jej żądaniem tj od 10 stycznia 2008r bez wzięcia pod uwagę , że przed wytoczeniem powództwa w sprawie VII GC zamawiająca formułowała wobec wykonawcy żądanie zapłaty kar umownych nie za nienależyte wykonanie umowy, a za jej niewykonanie,

- art. 483 §1 i 484 §1 kc w zw z art. 111 §1 i 2 kc wobec nieprawidłowego ich zastosowania i błędnego określenia okresu opóźnienia L. Ł. (1) w wykonaniu obowiązków umownych, który , prawidłowo obliczony , winien wynosić nie 66 a 65 dni.

II. Naruszenia prawa procesowego , w sposób mający istotny wpływ na wynik sprawy w odniesieniu do :

- normy art. 233 §1 kpc w zw z art. 316 §1 kpc i 328 §2 kpc wobec nie wskazania w motywach orzeczenia przyczyn dla których powództwo L. Ł. zostało w całości oddalone mimo , że zarzut potrącenia złożony przez pozwaną odnosił się tylko do kwoty tegoż w zakresie sumy 525 625 złotych,

- art. 233 §1 kpc w zw z art. 316 kpc jako następstwa wyrażenia przez Sąd I instancji oceny prawnej , że powód odpowiada za przyczyny , które zdecydowały o przekroczeniu terminu w jakim obydwie umowy miały zostać zrealizowane, mimo , że przyczyny te można przypisać wyłącznie stronie przeciwnej .

Zarzut ten jest trafny , zdaniem apelującego także wobec tego , że Sąd wadliwie ustalił ostateczny termin zakończenia wykonywania obowiązków umownych przez niego [26 marca 2007r] mimo , że data prawidłową jest dzień 28 lutego 200r , kiedy nastąpiła ostatnia dostawa i montaż urządzeń przez niego wykonanych. To zrodziło następstwo w postaci nieprawidłowego ustalenia wysokości świadczenia zasądzonego z tytułu kary umownej , prowadząc także do nietrafnego określenia tej należności po uwzględnieniu przez Sąd zarzutu potrącenia wierzytelności wzajemnej wykonawcy z tytułu części nie zapłaconego dotąd wynagrodzenia.

Zdaniem apelującego zarzut ten jest zasadny również wobec nie wzięcia przez Sąd I instancji pod rozwagę oświadczenia prezesa zarządu (...) z 11 czerwca 2007r z którego wynikało , iż spółka nie widziała naówczas podstaw do naliczania kar umownych wobec L. Ł..

Apelacja powoda od wyroku w sprawie o sygnaturze VII GC 44/09 , została połączona do wspólnego rozpoznania z apelacjami stron od wyroku w sprawie o sygnaturze VII GC 2/09 , na podstawie zarządzenia z dnia 7 listopada 2013r / k.1091 akt I ACa 1421/13/

Ocenę apelacji stron Sąd Apelacyjny rozpocznie od tych , które zostały złożone zarówno przez powódkę jak i L. Ł. (1) od orzeczenia Sądu I instancji rozstrzygającego sprawę oznaczona sygnaturą VII GC 2/09.

Ponieważ apelacja spółki (...) ma, zważywszy na wartość przedmiotu zaskarżenia , szerszy zakres niż środek odwoławczy jej przeciwnika procesowego , zostanie oceniona w pierwszej kolejności.

Apelacja powódki jest uzasadniona jedynie w części.

Jako nietrafny należy ocenić zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy normy art. 233 §1 kpc.

Analiza uzasadnienia jakie zostało powołane przez powódkę dla jego poparcia usprawiedliwia wnioszek , że powołując go nie podważa ona sposobu przeprowadzenia przez Sąd Okręgowy oceny zgromadzonych dowodów ale zwalcza

oparte na tych ustaleniach wnioski prawne zgodnie z którymi nie podołała ona udowodnieniu tego, iż poniosła dalszych, [poza ocenionymi przez Sąd jako wykazane], innych kosztów naprawy przenośników kubelkowych 7/26 i 10-67, kosztów wykonania zastępczego naprawy chłodnika gipsu oraz wierzytelności z tytułu utraconych korzyści.

W sposób szczególny jest to widoczne w odniesieniu do argumentacji dotyczącej chłodnika oraz wierzytelności identyfikowanej z *lucrum cessans*, w odniesieniu do których pozwana wprost wskazuje na nietrafną, jej zdaniem, ocenę prawną ustalonych faktów świadczących, że w pierwszym przypadku wady urządzenia były usuwane nie przez wykonawcę a podmiot trzeci, a w drugim pozwalały one, na przypisanie L. Ł. odpowiedzialności odszkodowawczej

Tego rodzaju argumentacja nie może przekonywać o tym, iż omawiany zarzut jest uzasadniony.

Zgodnie bowiem z utrwalanym stanowiskiem judykatury Sądu Najwyższego, ukształtowanym na tle wykładni normy art. 233 §1 kpc, skuteczne odwołanie się przez stronę do zarzutu jej naruszenia wymaga, by wykazała w przedstawionych motywach przyczyny dla których, konkretnie określone przez nią dowody uznaje ona za ocenione przez Sąd w sposób nieprawidłowy [dowolny] Innymi słowy ma wykazać, że ocena, każdego ze wskazanych dowodów nie da się pogodzić z zasadami doświadczenia życiowego, regułami logicznego rozumowania czy też z treścią zebranego w sprawie materiału procesowego, w jego całokształcie.

Nie sprostanie temu obowiązkowi czyni wskazany zarzut chybionym, a stanowisko apelującej jedynie dowolną polemiką z oceną dowodów przeprowadzoną przez Sąd.

Z podanych wyżej przyczyn omawianego zarzutu nie można uznać za trafny.

Odeprzeć należy zarzut procesowy naruszenia art. 217 §2 w zw z art. 227kpc, mający być zrealizowanym w sposób wskazany w motywach środka odwoławczego.

Prowadzenie bowiem dowodów z opinii ekspertów wskazanych w tym zarzucie nie prowadziłyby do poczynienia ustaleń doniosłych dla rozstrzygnięcia.

Fakty ustalone w sprawie potwierdzają, że strona powodowa począwszy od 26 marca 2007r przystąpiła do prób rozruchu ciągu technologicznego, a od 4 marca 2008r linia ta pracuje w sposób ciągły. W takiej sytuacji już w chwili decyzji o przystąpieniu do rozruchu „na gorąco”, powódka musiała uznawać, że linia odpowiada wymaganiom konstrukcji tego rodzaju urządzenia oraz gwarantuje bezpieczną dla obsługi, jego eksploatację.

Prowadzenie dowodu z opinii geodety było zbędne albowiem fakty, które miała ona zweryfikować, w sytuacji gdy to przedstawiciele powódki decydowali o sposobie budowy elementów prażarki w tym koryt i ślimaków oraz podejmowali decyzje o ich dalszych korektach technicznych, już po zamontowaniu w ramach linii prażenia, były prawnie irrelevantna dla oceny roszczeń jakie (...)sformułowała wobec L. Ł. (1).

Nie ma racji apelująca także gdy zarzuca brak bezpośredniości w prowadzeniu dowodów, upatrując realizacji tej wady w uczynieniu podstawą ustaleń planu przedsięwzięcia dla zadania inwestycyjnego pn. Rozbudowa zakładu produkcyjnego (...) w F. .

Stanowisko to jest nietrafne dlatego, iż powódka nie dowiodła jaki wpływ na wynik sprawy miało tak identyfikowane naruszenie tej zasady przez Sąd I instancji.

Chybiony jest także zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych przez Sąd Okręgowy jako podstawa faktyczna wydanego orzeczenia.

Na wstępie należy zauważyć, że część uchybień Sądu wytkniętych przez powódkę w ramach tego zarzutu, podobnie jak w przypadku zarzutu omówionego wyżej, w istocie sprowadza się do negacji oceny prawnej okoliczności uznanych przez Sąd jako podstawa faktyczna ocenianego instancyjnie rozstrzygnięcia, a nie tego, że w ramach tych ustaleń został popełniony błąd.

Odnosi się to do tej części argumentacji wykorzystanej w uzasadnieniu tego zarzutu w której (...)zarzuca , że Sąd nietrafnie nie przyjął odpowiedzialności wykonawcy za wady pieca do kalcynacji gipsu [prażarki].

Opisana nieprawidłowość powoduje , że nie może ona być uznana za taką , która może skutecznie wspierać ocenę o trafności tego zarzutu.

Nie można uznać za trafne także i te oceny powódki , które wprost odnosząc się do stawianego zarzutu błędu w ustaleniach , znalazły się w jego uzasadnieniu.

Bliższa analiza tych motywów prowadzi do wniosku , iż wady tej upatruje (...)w niezgodności ustaleń faktycznych z tymi faktami , które w ocenie apelującej odpowiadały rzeczywistemu stanowi rzeczy ,który da się zrekonstruować na podstawie treści zgromadzonych dowodów.

Powołując się na twierdzoną przez siebie niezgodność zupełnie pomija jednak powódka okoliczności faktyczne ustalone przez Sąd I instancji , które pozostając sprzecznymi z powołanymi przezeń w ramach zarzutu okolicznościami , decydują o tym , że zarzut ten należy odeprzeć.

Z ustaleń tych wynika , że powódka, począwszy od 26 marca 2007r, samodzielnie o tym decydując , przystąpiła do próby rozruchu całej skompletowanej linii do prażenia i suszenia gipsu. Czyniła to za pośrednictwem swoich pracowników, informując jedynie wykonawcę o ich kolejnych terminach i prosząc o udział w nich jego przedstawicieli / por. str 52 uzasadnienia wyroku /

Ustalenia te potwierdzają także , iż dokumentacja powykonawcza była zamawiającej spółce dostarczana przez pozwanego partiami , w tym jej ostatnia część po wcześniejszym stwierdzeniu przez (...)jej braków , została przekazana dokumentem datowanym na 8 marca 2007r /por. k.342 akt VII GC 2/09 i str. 50 uzasadnienia wyroku /

Gdy do tego dodać fakty , które wynikają z treści zgromadzonych dowodów osobowych o jakie należy uzupełnić fakty ustalone przez Sąd I instancji [o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia] , a dotyczące tego , iż w czasie kiedy były wykonywane poszczególne urządzenia , późniejszej linii technologicznej pracownicy powódki byli przy nich obecni , mając możliwość zapoznania się z ich przyszłym funkcjonowaniem , stwierdzić trzeba , iż nietrafnie (...)buduje omawiany zarzut na podważaniu ustalenia Sądu meriti o tym ,że do dnia 26 marca 2007r obowiązki umowne zostały przez L. Ł. wykonane.

Decyzja o podjęciu prób uruchomienia linii jako całości – „ na gorąco „ świadczy o tym, że w ocenie powódki już wówczas jej pracownicy byli dostatecznie przeszkoleni by nadzorować jej funkcjonowanie , a dokumentacja techniczna jest kompletna, umożliwiając rozruch.

Zupełnie przy tym dowolnym jest twierdzenie , że do chwili obecnej dokumentacja ta nie jest pełna , gdy skonfrontować je ze stanowiskiem prezesa zarządu (...), który na rozprawie apelacyjnej nie zaprzeczył twierdzeniu pozwanego ,że powódka uzyskała decyzję zezwalającą na użytkowanie linii w roku 2010 / k. 3986 v akt VII GC 2/09 Braki dokumentacji uniemożliwiły by jej otrzymanie.

Omawiany zarzut , wbrew stanowisku apelującej, nie jest także zrealizowany poprzez przypisanie w ustaleniach poczynionych przez Sąd I instancji dokonywania przez powódkę zmian konstrukcji prażarki , w tym w zakresie zmiany cyrkulacji [kierunku przepływów] powietrza wewnątrz pieca.

Twierdzenie przeciwne wyrażane przez apelującą , wiążące te zmiany z działaniem pozwanego albo też jego podwykonawcy spółki (...) z siedzibą w R. , jest nietrafne dlatego ,iż pomija w zupełności to, co Sąd I instancji ustalił m . in na podstawie wniosków opinii biegłych z Politechniki (...) zgodnie z którymi piec był wykonywany na podstawie projektu dostarczonego przez ALpol Gips , projektem autorskim pracownika spółki (...) , będąc urządzeniem prototypowym.

Ponadto z ustaleń tych wynika , że cały proces budowy prażarki był na bieżąco kontrolowany przez autora projektu i innych przedstawicieli powódki na miejscu w R. , którzy korygowali założenia projektowe, modyfikując konstrukcję urządzenia , będącego sercem całego systemu , także po jego zamontowaniu jako elementu ciągu technologicznego.

W tej sytuacji nie sposób zasadnie mówić o tym , że twierdzone przez powódkę wady były wynikiem błędów wykonawczych bądź wynikających z braku koordynacji prac , w relacji L. Ł. jego podwykonawca

Nie może go uzasadniać także ocena powódki o tym , iż nietrafna jest konstatacja faktyczna Sądu I instancji , że po zmianach obu umów dokonanych aneksami pozwany nie zobowiązywał się do tego , iż złożony z elementów przez niego wytworzonych ciąg technologiczny pozwoli na osiągnięcie wydajności 14 ton wyprażonego gipsu na godzinę .

Podważając to ustalenie apelująca pomija w zupełności to , że zgodnie z tymi ustaleniami , na podstawie aneksu nr (...) z dnia 23 października 2006r do umowy nr (...)r pozwany miał jedynie uczestniczyć w rozruchu linii kalcynacji . Wcześniej , przed tą zmianą , był odpowiedzialny za jej uruchomienie w sposób określony przez strony jako ciągłą , 72 godzinną pracę linii z nominalną wydajnością / por. k. 44 i 174 akt VII GC 44/09 /. Co więcej z harmonogramu rzeczowo finansowego , stanowiącego integralną część umowy nr (...) , po jego zmianie wprowadzonej tym aneksem wynika , że zadanie w postaci przeprowadzenia skutecznego rozruchu linii , przy zachowaniu parametrów zakładanej wydajności nie obciążało już , w odróżnieniu od stanu sprzed zmian , wykonawcy. / por. k. 44 i 63 oraz k. 74 i 176 wskazanych akt/.

Niezasadnie odwołuje się w ramach tej argumentacji powódka do brzmienia umowy nr (...)r , która mimo jej zmiany aneksem nr (...) z dnia 23 października 2006r, miała nadal zobowiązywać jej zdaniem L. Ł. do przeprowadzenia rozruchu całej linii z zakładaną pierwotnie wydajnością. Pomija w niej apelująca po pierwsze to , że umowa nr (...)r obejmowała jedynie wykonanie urządzeń i ich montaż w obiekcie nr 10 czyli magazynie wyprażonego gipsu , który dla samej linii nie miał takiego znaczenia jak obiekty 6 i a w szczególności 7 , obejmujący samą linię prażenia. Trudno zatem uznawać by z obowiązków umownych dotyczących tylko obiektu 10 mogły wynikać dla wykonawcy obowiązki szersze , dotyczące także innych obiektów , objętych nadto odrębną umową stron [[nr (...)] Ale przede wszystkim (...)pomija to , że w harmonogramie rzeczowo - finansowym stanowiącym integralną część umowy nr (...) , po zmianach dokonanych wskazanym aneksem brak jest po stronie pozwanego zadania przeprowadzenia rozruchu linii jako takiej, a nawet tych urządzeń , które wchodziły w skład obiektu nr (...) / por. k. 188-200 akt VII GC 44/09 /

Nie bierze apelująca w swoim stanowisku także pod uwagę tego , co dla ustaleń wynika z treści opinii Politechniki (...) , która wskazała , że zakładana wydajność nie była oparta na jakichkolwiek wyliczeniach autora projektu , a przyjęte założenia projektowe pieca , korygowane systematycznie przez pracowników powódki dodatkowo tę wydajność ograniczyły, oraz tego , że / co między stronami niesporne / , mimo , iż linia pracuje nieprzerwanie pod 4 marca 2008r dotąd takiej , a nawet zbliżonej do niej, wydajności nie osiągnęła.

Niezasadność zarzutów apelacyjnych powódki podważających sposób zarówno przeprowadzenia przez Sąd I instancji oceny dowodów jak i trafności poczynionych na ich podstawie ustaleń faktycznych powoduje , że ustalenia te, jako poprawne Sąd II instancji przyjmuje za własne.

Wymagają one jednak uzupełnienia o fakty , które bądź są pomiędzy stronami niesporne lub mogą być uznane jako przyznane.

Uzupełnienie to przedstawia się następująco :

Poza L. Ł. (1) na placu budowy w F. w trakcie realizacji umów zawartych przez strony pracowali także równocześnie inni wykonawcy, realizujący roboty ściśle budowlane , związane z zapewnieniem zasilania eklektycznego czy automatyki do linii kalcynacji.

Koordynatorem robót była powódka , koordynacja odbywała się poprzez organizowanie wspólnych narad z wykonawcami.

Pomiędzy stronami nigdy nie doszło do formalnego podpisania protokołu końcowego odbioru robót.

/ okoliczności niesporne/

Decyzję o pozwoleniu na użytkowanie linii (...)otrzymała w roku 2010r

/ okoliczność przyznana na rozprawie apelacyjnej przez prezesa zarządu powódki W. G. k.3986 v akt VII GC 2/09

Jak wskazano już wyżej pozostałe zarzuty , gdy zważyć na ich powołane ich motywy , mimo , że w części powoływane są w ramach oceny o naruszeniu czy to normy art. 233 §1 kpc czy to błędu w dokonanych przez Sąd niższej instancji ustaleniach faktycznych są w istocie takimi , za pośrednictwem których (...)podważa sposób w jaki zostały wyłożone i zastosowane normy prawa materialnego.

Zarzuty te są usprawiedliwione jedynie części.

Nietrafnie upatruje powódka naruszenia art. 65 §2 kc w uznaniu przez Sąd , że strony , w drodze aneksów do umów nr (...) wyłączyły z zakresu obowiązków umownych pozwanego przeprowadzenie skutecznego rozruchu całej linii do prażenia gipsu , a w konsekwencji , iż wadliwie określony został termin w którym obowiązki umowne wykonawcy zostały przezeń zrealizowane , a co za tym idzie Sąd wadliwie oznaczył wysokość świadczenia powódki z tytułu kar umownych za nieterminowe wykonanie umów przez L. Ł. (1).

Jak już wskazywano wyżej , oparte na analizie tekstu obu umów z uwzględnieniem zmian dokonanych w ich brzmieniu aneksami nr (...), a w szczególności nr 2 do umowy (...) do umowy nr (...) ustalenie , iż termin w jakim należy uznać , że wykonawca zakończył realizację swoich obowiązków należy wiązać z datą 26 marca 2007r , kiedy powódka zdecydowała po podjęciu pierwszej próby uruchomienia ciągu technologicznego prażenia gipsu „ na gorąco „ jest ustaleniem prawidłowym.

Ta też data jest tą datą graniczną , która wyznacza czasokres ramy którego określają czas opóźnienia po stronie pozwanego za które po myśli § 12 ust.2 lit/ b umowy nr (...) , należne jest spółce (...) świadczenie z tytułu kary umownej , które wbrew omawianemu zarzutowi , zasadnie zostało określone przez Sąd I instancji na kwotę 751 634, 40 zł. Nie ma racji apelująca , gdy upatruje wadliwej wykładni tej normy w tym , że wykonawca nie zbadał dokumentacji projektowej i nie dostrzegając jej wad odpowiada za jej konsekwencje w postaci niemożności korzystania w sposób właściwy przez apelującą z wytworzonych na jej podstawie urządzeń.

Ponownie odwołując się do faktów ustalonych w sprawie wskazać trzeba , że z przyczyn leżących po stronie powódki założenia te , szczególnie w odniesieniu do podstawowego elementu linii , a to pieca do prażenia gipsu założenia te były wielokrotnie korygowane przez przedstawicieli spółki , nawet wówczas , gdy poszczególne urządzenia tworzące linię były już gotowe. Nie sposób zatem mówić o wadach dokumentacji , których w porę nie dostrzegł L. Ł. (1).

W związku z kolejnym zarzutem formułowanym w kontekście wadliwego określenia wysokości świadczenia z tego tytułu powiedzieć należy , iż zasadnie apelująca zauważa , że Sąd Okręgowy nie zwrócił uwagi na zapis ust. 3 §12 umowy (...) uprawniający powódkę do otrzymania świadczenia o tym źródle w podwojonej wysokości wówczas gdy okres opóźnienia jest dłuższy niż 14 dni.

Konsekwencjom tego postanowienia umownego dla jego wysokości Sąd nie poświęcił , w motywach orzeczenia , żadnej uwagi.

Tym nie mniej nie decyduje to ostatecznie o jego trafności i konieczności zwiększenia wysokości świadczenia na rzecz (...), w następstwie podzielenia wniosku środka odwoławczego.

Oto bowiem , w ocenie Sądu II instancji trafny był sformułowany przez pozwanego w trakcie postępowania rozpoznawczego zarzut miarkowania kary umownej , w zakresie , który usprawiedliwia nie podwojenie wysokości świadczenia z tego tytułu na podstawie wskazanego wyżej zapisu.

Odwołując się do wskazanych w art. 484 §2 kc ustawowych kryteriów w oparciu o które można świadczenie z tytułu kary umownej zmniejszyć, powiedziec należy, iż w okolicznościach faktycznych sprawy jego dwukrotne zwiększenie czyniłoby go nadmiernym. Gdy do tego dodać, że zobowiązanie pozwanego zostało w całości wykonane, w okresie nieodległym od dnia 20 stycznia 2007r, ustalonym umownie, dokonanie jego ograniczenia poprzez nie uwzględnienie tego zwiększenia jest uzasadnione.

Formułując zarzut następny dotyczący sposobu wykładni i zastosowania prawa materialnego, kwestionując ustalenie rozmiaru tego świadczenia spółka z F. upatruje jego realizacji w wyrażeniu przez Sąd Okręgowy oceny prawnej, iż nie mogą być podstawą do jego przyznania zapisy o karze umownej zawarte w umowie nr (...).

Stanowisko to nie jest trafne wobec niewadliwego ustalenia faktycznego dotyczącego okresu opóźnienia pozywanego w wykonaniu obowiązków umownych skonfrontowanego z podstawą faktyczną tej części żądania na jaką powoływała się powódka. Skoro, określając to żądanie na sumę łączną 331 040 zł podawała, że dochodzi jej za okres opóźnienia wykonawcy począwszy od 15 kwietnia 2007r, a przy tym nie określiła jego terminu końcowego i można jedynie domniemać, iż jest nim data 4 marca 2008r, kiedy linia zaczęła pracować w sposób ciągły, to należy podzielić zapatrywanie prawne Sądu meriti zgodnie z którym tak identyfikowane świadczenie nie jest powódce należne.

Oto bowiem w dacie od jakiej uznawała ona wykonawcę za pozostającego w opóźnieniu w wykonaniu obowiązków z umowy (...) w takim opóźnieniu L. Ł. już nie był, wobec czego żądanie kary umownej oparte na tak skonstruowanej podstawie faktycznej żądania jest niezasadne.

Nietrafne jest również, sformułowane wadliwie, w ramach zarzutu naruszenia art. 233 §1 kpc, podważanie przez apelującą (...) stanowiska prawnego Sądu Okręgowego, iż wykazała ona wymienionych w art. 471 kc przesłanek odpowiedzialności pozwanego za szkodę w postaci utraconych korzyści, co miało być konsekwencją nie osiągnięcia w odpowiednim, ustalonym umownie czasie, pełnej wydajności ciągu technologicznego.

Po pierwsze jeszcze raz zauważyć należy, że po dokonanych aneksami do obu umów ich postanowień L. Ł. (1) nie był obowiązany do przeprowadzenia rozruchu linii zapewniającego także zakładaną jej wydajność 14 ton materiału na godzinę, a takie założenie znajduje się u podstaw wyliczenia szkody, wyrównania której domaga się, za okres oznaczony w żądaniu, (...)

Po wtóre z ustaleń faktycznych wynika, że takie założenie w projekcie miało charakter tylko teoretyczny i nie było poparte żadnymi dającymi się zweryfikować [potwierdzić] obliczeniami. Po trzecie nawet w okresie ciągłej pracy linii taka wydajność nie została, jak dotąd, osiągnięta.

Gdy do tego dodać, że zasadnicze dla funkcjonowania całości ciągu technologicznego urządzenie prażarki było prototypowe, którego cechy techniczne były systematycznie zmieniane przez przedstawicieli powódki w tym w sposób, jak wskazują biegli z Politechniki (...), który miał wpływ na obniżenie wydajności pieca to wbrew omawianemu zarzutowi należy podzielić stanowisko Sądu Okręgowego o braku podstaw do przypisania wykonawcy odpowiedzialności za szkodę którą, zgodnie z jej twierdzeniami, miała ponieść powódka.

Jako chybiony należy ocenić zarzut powodowej spółki, za pośrednictwem którego kwestionuje ona pogląd prawny Sądu niższej instancji na podstawie którego uznał on za uzasadnione żądanie odszkodowania za poniesione przez nią, w ramach uprawnienia do wykonania zastępczego, koszty naprawy przenośników kubelkowych nr 7/26 i 10-67 jednie części, a mianowicie w kwotach odpowiednio 1207, 80 zł i 2526, 25 zł, które to koszty zostały wykazane złożonymi do akt dokumentami faktur zakupu części niezbędnych do tych napraw. W pozostałym zakresie żądanie to zasadnie zostało ocenione przez Sąd I instancji jako nie wykazane. Naprawy tych urządzeń przeprowadzone przez zamawiającą we własnym zakresie, w części dotyczącej robocizny odparte były jedynie na kalkulacjach powódki, które w zakresie przyjętych stawek i czasu pracy nie zostały, mimo obowiązku dowodowego po jej stronie, innymi źródłami dowodowymi pozytywnie zweryfikowane.

Należy natomiast podzielić postawiony przez powódkę zarzut naruszenia art. 483 §1 kc i art. 484 kc §1 kc za pomocą którego podważa ona stanowisko prawne Sądu meriti uznające , iż (...)nie może skutecznie dochodzić od pozwanego kary umownej o ile wysokość należnego z tego tytułu świadczenia przewyższałaby rozmiar doznanej przez powódkę szkody.

Prowadzi to do częściowego uwzględnienia dalszej części żądania powódki niż wynika to z treści wyroku objętego kontrolą instancyjną o ile ma ono swoje źródło w karze umownej za opóźnienie w naprawie przez wykonawcę chłodnika do gipsu który okazał się być urządzeniem wadliwym.

Stanowisko to ma następujące podstawy :

Z ustaleń faktycznych poczynionych w sprawie wynika , że chłodnik był elementem linii do prażenia gipsu który pozwany wykonywał na podstawie własnych założeń projektowych. Jego wada, mająca charakter konstrukcyjny została zgłoszona pozwanemu przez zamawiającą w dniu 23 kwietnia 2008r. Ostatecznie L. Ł. nie przystąpił do jej usuwania, nie akceptując warunków jakie dla naprawy określiła strona pozwana. Z dalszych ustaleń wynika , że naprawę wykonał podmiot trzeci.

Zgodnie z postanowieniem §12 ust. 2 lit d / umowy (...) w ramach której chłodnik miał być wykonany , wchodząc w skład obiektu nr 7, tego rodzaju opóźnienie uprawniało zamawiającą spółkę do naliczenia kary umownej według zasad wskazanych w tym zapisie.

Na podstawie ust. 5 tego paragrafu umowy kara ta miała charakter zaliczalny co oznaczało , że (...)miała prawo do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego w sytuacji , gdyby opóźnienie w usunięciu wad rodziło po jej stronie uszczerbek przewyższający świadczenie z tytułu należnej kary. Taka kwalifikacja umowna kary ma ten skutek , że jej wysokość jest niezależna od tego czy , a o ile tak to w jakiej wysokości wierzyciel doznał szkody , jak również i ten, iż w sytuacji gdyby dochodził on odszkodowania na jego poczet świadczenie z tytułu kary podlega zaliczeniu , skutkując tym , że z tytułu wyrównania szkoda należna jest jedynie suma je przewyższająca.

Z tytułu wad chłodnika powódka dochodziła zarówno kary umownej za opóźnienie w usunięciu usterek jak i odszkodowania.

Z pierwszej z wymienionych podstaw domagała się zasądzenia kwoty 59 789, 109 zł za okres opóźnienia pomiędzy 23 kwietnia do 26 maja 2008r.

Z drugiej domagała się kwoty 30 500 złotych jako wyrównania kosztów wykonania zastępczego - usunięcia wad przez podmiot trzeci na jej zlecenie.

Przy braku kwestionowania przez pozwanego okoliczności związanych z wadami urządzenia oraz tych związanych z procesem ich usuwania powódka może skutecznie dochodzić świadczenia z tytułu kary umownej. Wyklucza to natomiast zasadność domagania się przez nią odszkodowania to bowiem byłoby możliwe, gdyby odszkodowanie miało być wyższe od kary wymiar.

Przeciwna sytuacja miała miejsce w przypadku świadczenia z tytułu kary oraz kumulatywnie z nią dochodzonego przez (...)odszkodowania w związku z wadami łańcuchowego przenośnika kubelkowego nr 7/21

W przypadku tego urządzenia powódka dochodziła z tytułu kary, opartej na tej samej jak w przypadku chłodnika podstawie umownej , kwoty 74 024, 60 zł za okres opóźnienia pomiędzy 10 grudnia 2007r i 25 lutego 2008r.

Z tytułu odszkodowania , które odpowiadało kosztom wykonania zastępczego przez spółkę z o. o. (...) w O. domagała się przyznania 77 143, 07 zł.

W takiej sytuacji należne jest powódce właśnie to świadczenie które łącznie wyrównuje doznany przez nią uszczerbek przy zastosowaniu mechanizmu zaliczenia świadczenia dochodzonego z tytułu kary [74 024, 60 zł] oraz odszkodowania , którego wysokość uzupełnia je do granicy rzeczywiście poniesionej i udowodnionej w sporze szkody.

Taką też kwotę 77 143, 07zł przyznał powódce Sąd I instancji, przy przyjęciu odmiennej , niepoprawnej, oceny obowiązku jej świadczenia przez pozwanego , co jednak nie daje podstaw do jej dalszego zwiększenia, postulowanego przez apelującą formułującą omawiany zarzut.

Zatem uznając , że tylko we wskazanym wyżej zakresie , środek odwoławczy powódki jest usprawiedliwiony , w pozostałej części Sąd Apelacyjny oddalił go.

Także apelacja L. Ł. (1) jest uzasadniona jedynie w części.

Analizując motywy jaki posłużył się pozwany by uzasadnić stawiane orzeczeniu objętemu kontrolą instancyjną zarzuty naruszenia prawa procesowego , a to normy art. 233 § 1 kpc w zw z art. 316 §1 kpc pierwszej kolejności zauważyć należy , że pozwany dokonał jego utożsamienia z zarzutem sprzeczności istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału procesowego.

Po wtóre motywy te wskazują , że część argumentacji wspierającej ten zarzut, a właściwie wskazane wyżej dwa zarzuty zmierza w istocie nie do tego by podważyć samą ocenę dowodów przeprowadzoną przez Sąd I instancji czy poprawność dokonanych na ich podstawie ustaleń faktycznych ile wnioski prawne jakie sformułował w oparciu o nie dla określenia podstaw normatywnych odpowiedzialności wykonawcy wobec powódki i jej zakresu z punktu widzenia żądań zawartych w pozwie.

Ocena ta dotyczy argumentów apelującego zawartych –według przyjętych przez niego oznaczeń wewnętrznych w punktach II A , C , D, E, i G środka odwoławczego.

Z przyczyn wskazanych już przy omawianiu zarzutu naruszenia przepisu art. 233 §1 kpc , sformułowanego także w apelacji spółki (...), konstrukcja motywacji którego była podobna, także i ten zarzut stawiany przez L. Ł. (1) należy uznać za nietrafny.

Bardzo rozbudowane uzasadnienie tego zarzutu nie zawiera jednak rzeczowej polemiki ze sposobem w jaki Sąd I instancji przeprowadził ocenę dowodów , polemiki odnoszącej się do ściśle oznaczonych źródeł dowodowych z punktu widzenia kryteriów wskazanych normie art. 233 §1 kpc z określeniem dlaczego kryteria te zostały przez Sąd naruszone. Tego rodzaju krytykę , której przeprowadzenie jest wymagane dla uznania tego zarzutu za usprawiedliwiony , pozwany zastąpił przedstawieniem własnej wersji zdarzeń , które będąc odmiennymi od tych jakie ustalił Sąd , miały budować podstawy do oceny prawnej zgodnie z którą L. Ł. nie jest odpowiedzialny za opóźnienie w wykonaniu obowiązków umownych wobec czego roszczenia powódki , nawet w takim wymiarze w jakim Sąd I instancji uznał za usprawiedliwione nie są zasadne.

Z tych powodów zarzut jako nietrafny nie może zostać uwzględniony.

Nietrafnie także pozwany podważa ustalenia poczynione przez Sąd Okręgowy, zarzucając ich wadliwość.

Negując konstatację faktyczną dotyczącą określenia okresu w jakim pozwany opóźnił się w wykonaniu obowiązków umownych i twierdząc , że dniem kończącym ten okres był 28 lutego 2007r , kiedy doszło do dostawy i montażu ostatniej partii urządzeń , pomija on okoliczność , że poza wykonaniem i montażem urządzeń w poszczególnych obiektach przyjął na siebie także inne obowiązki by wymienić jedynie wydanie zamawiającej dokumentacji technicznej zrealizowanych przez siebie elementów linii prądu gipsu.

Obowiązków tych nie zrealizował do daty przez siebie wskazywanej o czym świadczy chociażby dokument protokołu zdawczo - odbiorczego dokumentacji techniczno - rozruchowej [DTR] oraz instrukcji obsługi urządzeń tam

wskazanych , który podpisany przez pozwanego jako przekazującego, nosi datę 8 marca 2007r / k. 342 akt VII GC 2/09 /

Niezasadnie opiera omawiany zarzut L. Ł. na negacji ustalenia Sądu o roli jaką przy projektowaniu prażarki oraz dalszych etapach jej budowy oraz wdrażania do przemysłowego użycia odegrał przesłuchany w sprawie w charakterze świadka L. M. (1). Zgodnie z ustaleniami dokonanymi przez Sąd I instancji był on autorem projektu pieca , którego rozwiązania techniczne były prototypowe . Uczestniczył bezpośrednio w procesie wytwarzania tego urządzenia przez podwykonawcę pozwanego , ingerując weń i decydując , wraz z innymi przedstawicielami (...)o zmianach technicznych nawet już po wykonaniu i zamontowaniu urządzenia.

Przy takich ustaleniach nie stwierdzenie w ich ramach jaką funkcje pełnił L. M. w ramach struktury wewnętrznej podmiotu korporacyjnego nie decyduje o wadliwości ustaleń, pozostając nie doniosłym dla rozstrzygnięcia.

Nie można podzielić także stanowiska pozwanego , zgodnie z którym Sąd nie mógł oprzeć poczynionych przez siebie ustaleń na treści przeprowadzonego w sprawie dowodu z opinii Instytutu (...) w K..

Kwestionując tę ich podstawę , w ramach zarzutu procesowego naruszenia art. 233§ 1 kpc w zw z art. 281 i 49 kpc , apelujący wskazał istnienie podstaw do wyłączenia z czynności opiniodawcy osoby dr H. S. (1) , dyrektora oddziału Instytutu , który zatwierdził treść wykonanej przez ten podmiot opinii. Wskazywał , że podstawą żądania wyłączenia jakie pozwany złożyła w toku postępowania była wątpliwość do bezstronności , w sytuacji gdy w przedłożonym rachunku za sporządzenie opinii znalazła się pozycja kosztów związanych z wyjazdem H. S. do siedziby powódki , mającego mieć miejsce przed zleceniem Instytutowi przez Sąd wykonania opinii. Ponadto apelujący zarzucał , że opinia ta w istocie nie była opinią Instytutu , a biegłego w osobie dr hab. inż. R. L. (1) , który ją przygotował.

Tak umotywowany zarzut nie może zostać podzielony jako usprawiedliwiony.

Po pierwsze dlatego , że pozwany przynajmniej nie uprawdopodobnił , że wyjazd służbowy dyrektora S. miał jakikolwiek związek ze sposobem w jaki później Instytut wykonywał opinię a w szczególności tego , że treść jej wniosków była pochodną , sugerowanych przezeń wzajemnych kontaktów dyrektora z przedstawicielami powódki , mającymi mieć miejsce przed opiniowaniem.

Po wtóre nie zostało wykazane jak twierdzona przezeń nieprawidłowość wpłynęła na treść wydanego przez Sąd I instancji orzeczenia szczególnie w sytuacji gdy wnioski opinii Instytutu były w toku postępowania rozpoznawczego weryfikowane treścią opinii Politechniki (...) , która w zasadniczych swoich ocenach była zbieżna z nimi i obydwie m. in z uwagi na tę zbieżność i wzajemne uzupełnianie się treści obu opracowań , stały się podstawą ustaleń poczynionych przez Sąd I instancji.

Należy ten zarzut odeprzeć także o ile odwołuje się w nim pozwany do tego , że w istocie nie była to opinia Instytutu w rozumieniu art. 290 §1 kpc.

Także i w tym wypadku pozwany nie dowiódł związku pomiędzy stwierdzonym przez siebie naruszeniem procedury , a treścią kontrolowanego instancyjnie orzeczenia.

Ponadto to , że głównym autorem opracowania była jedna osoba [dr. hab. inż. R. L.], która odnosiła się do zarzutów stawianych opracowaniu przez strony nie decyduje o uznaniu , że w istocie była to opinia tego eksperta. Wszystkie bowiem czynności w ramach przyjętego przez Instytut zadania R. L. realizował w ramach jednostki badawczej i w charakterze pracownika tejże odnosił się do zarzutów stron. To , że dyrektor H. S. w imieniu Instytutu aprobował jej wnioski , działając właśnie jako jego szef tylko wspiera ocenę , że opracowanie wykonał I C i MB w K..

Rozważania dotyczące kolejnego zarzutu procesowego , naruszenia art. 100 kpc dla potrzeby zachowania pewnej konsekwencji i chronologii w ramach motywów orzeczenia Sądu II instancji przedstawione zostaną w dalszym ich fragmencie , w którym zostaną podane przyczyny uznania środka odwoławczego L. Ł. jako w części uzasadnionej.

Naruszenia przez Sąd Okręgowy normy art. 227 kpc upatruje apelujący w niedopuszczeniu dowodów, bliżej w tym zarzucie wskazanych.

Zarzut ten nie jest trafny dlatego , że okoliczności faktyczne , które na ich podstawie miały zostać dowiedzione albo były okolicznościami pomiędzy stronami niespornymi jak ta , że obok pozwanego inne prace realizowali na zlecenie powódki inni wykonawcy [roboty ściśle budowlane , realizujące prace elektryczne i związane z zapewnieniem automatyki linii , po ich wyłączeniu z zakresu obowiązków umownych obciążających pierwotnie L. Ł. , które miały potwierdzić dowody ujęte w pkt b/ , c/e/ , f/ , g/ konstrukcji wewnętrznej tego zarzutu; tych , które zostały ostatecznie przez powódkę przyznane jak otrzymanie przez (...)pozwolenia na użytkowanie linii , co miało nastąpić dopiero w roku 2010r ; pkt m/ czy też takich , które dla faktów doniosłych dla rozstrzygnięcia przy przyjętej przez Sąd I instancji ocenie prawnej roszczeń powódki w szczególności tego [korzystnego dla apelującego] o zapłatę świadczenia z tytułu nieosiągniętych korzyści z pracy linii kalcynacji gipsu; pkt h/ , i/ , j/ k/ , l/ m/ , n/ , o/ p/

Z podanych przyczyn Sąd II instancji , mimo wniosku apelującego , odmówił przeprowadzenia tych dowodów w ramach postępowania odwoławczego , która to decyzja procesowa nie spotkała się z zarzutem opartym na art. 162 kpc w zw z art. 391 §1 kpc. / por. k. akt /

Jak wskazano wyżej pozostałe argumenty powołane przez pozwanego, mające uzasadnić wnioski zawarte w jego środku odwoławczym jakkolwiek ich część zawarta została w motywach zarzutów naruszenia art. 233 §1 kpc oraz błędu w ustaleniach faktycznych w istocie ma wspierać zarzuty materialnoprawne wymierzone w orzeczenie poddane kontroli instancyjnej.

Mają one uzasadnić przede wszystkim generalną tezę L. Ł. (1) o tym , że przekroczenie przezeń terminu umownego w jakim miał on wykonać obowiązki z obu umów , a w szczególności umowy nr (...) , zostało spowodowane przyczynami za których powstanie nie odpowiada albowiem zostały one wywołane działaniem zamawiającej względnie wykonawców innych robót na placu budowy w F..

Stanowisko to nie jest uzasadnione z następujących przyczyn:

Zgodnie z postanowieniami §2 ust. 5 zarówno umowy nr (...) jak i (...) ustalone terminy zakończenia przez wykonawcę powierzonych mu prac mogły ulec zmianie tylko w przypadkach wskazanych w poszczególnych punktach tego paragrafu, w tym wobec wystąpienia okoliczności , których nie można było przewidzieć przy zawieraniu umów lub też jako konsekwencja zlecenia przez spółkę (...) robót dodatkowych.

W każdym takim wypadku ustalenie nowego terminu wymagało zmiany umowy w formie aneksu , tylko jednak wówczas gdy okoliczności te zostałyby ocenione jako mające realny [rzeczywisty] wpływ na możliwość powstania opóźnienia.

Z inicjatywą tego rodzaju zmiany miał , w formie umotywowanego wniosku wystąpić wykonawca [por. brzmienie ust 4 i 5 §2 obu umów k. 46 i 90-91 akt VII GC 44/09 /

Pomijając dokonane w tej formie zmiany pierwotnych terminów realizacji umów dokonanych aneksami nr (...) do umowy (...) do umowy (...) , o których zdecydowały wspólnie strony, w następstwie ograniczenia zakresu rzeczowego robót powierzonych pozwanemu jako konsekwencji właśnie takich, nieprzewidzianych okoliczności oraz zmienionych oczekiwań zamawiającego / por. treść preambuł kolejnych aneksów k. 165 , 173 i 188 wskazanych wyżej akt/, podkreślić należy , że wykonawca nigdy nie skorzystał z możliwości podjęcia w uzgodnionej formie , inicjatywy zmiany ich terminu końcowego w odwołaniu do przyczyn , które obecnie powołuje w apelacji , identyfikując je jako takie za które nie odpowiada , a prowadzące do wydłużenia czasu, w jakim swoje obowiązki mógł zrealizować.

W toku sporu L. Ł. (1) nie przedstawił dowodów na to , iż informował , że te , obecnie eksponowane przyczyny, jak panujący na placu budowy chaos wywołany brakiem koordynacji prac wykonywanych przez innych wykonawców zamawiającego , zajście katastrofy budowlanej w sierpniu 2006 w postaci upadku dźwigu na obiekt nr 7 , zmiany

dokonywane przez pracowników (...)a w szczególności L. M. (1) w założeniach projektowych prężarki jako urządzenia prototypowego z uwagi na zastosowanie do transportu wewnątrz pieca przenośników ślimakowych wpłyną na ostateczny termin wykonania umów w tym w szczególności umowy nr (...), uniemożliwiając ich zakończenie do odpowiednio 15 i 20 stycznia 2008r. Co więcej zmiany w założeniach technicznych elementów składowych linii, w porównaniu z tymi, które przewidywały ich projekty, rodzące konieczność zmian konstrukcji w samych urządzeniach skutkowały tym, że wykonawca, nie domagając się zmian w zakresie terminów końcowych, przystępował do wymuszonych tymi korektami prac modyfikacyjnych.

Ustalenia poczynione w sprawie potwierdzają także, że pozwany wykonywał prace dodatkowe i mimo tego także nie przedsięwziął kroków, by wobec ich realizacji domagać się modyfikacji ustalonych w umowach terminów.

Na pokreślenie zasługuje także to, iż nawet eksperci z Politechniki (...) wyrazili w swoim opracowaniu zdziwienie zaniechaniami wykonawcy w tym zakresie. Nie można także tracić z pola widzenia tego, że pozwany nie wykazał tego jakie znaczenie dla wydłużenia terminu realizacji umów miały poszczególne wymienione przez niego przyczyny oraz w jakim wymiarze czasowym każda z nich wpłynęła na to, że terminów tych nie dochował.

Skoro tak to nie może pozwany skutecznie na etapie postępowania odwoławczego powołując, opisane wyżej przyczyny, budować zasadnie oceny prawnej, iż obciążenie go świadczeniem z tytułu kary umownej za niedochowanie terminu zakończenia umowy nr (...) stanowi o naruszeniu przez Sąd Okręgowy powołanych przez apelującego norm prawa materialnego.

Nie ma także racji L. Ł. (1) gdy twierdzi, że nie było podstaw do tego by odciążać go obowiązkiem spełnienia na rzecz powódki świadczenia z tytułu odszkodowania odpowiadającego kosztom naprawy przenośników kubelkowych nr 7/21, 7/26 i 10-67 które poniosła powódka zlecając ostatecznie naprawę pierwszego z nich podmiotowi trzeciemu lub samodzielnie naprawiając, w zastępstwie pozwanego, dwa pozostałe. Nietrafnie także neguje obowiązek zapłaty świadczenia z tytułu naprawy chłodnika gipsu.

Zgodnie z postanowieniami umownymi prawidłowe wykonanie tych urządzeń obciążało pozwanego. W sytuacji gdy okazały się one przy kolejnych próbach rozruchu linii kalcynacji wadliwe L. Ł. (1) nie odmawiał z przyczyn eksponowanych w motywach omawianych zarzutów materialnoprawnych, usuwania stwierdzonych wad, które gdyby przyjąć ich zasadność, winny go były zwalnia z tego obowiązku. Co więcej w przypadku wad łańcuchowego przenośnika kubelkowego nr 7/21 wady którego w sposób szczególny są wskazywane w motywach apelacji, jako powstałe na skutek zmian technicznych wprowadzanych przez powódkę dla osiągnięcia jego większej prędkości, która miała zapewnić wyższą wydajność samego urządzenia oraz linii jako takiej, naprawy te [mimo twierdzonych zmian] były przezeń podejmowane wielokrotnie bez osiągnięcia zadawalającego rezultatu, a ostatecznie pozwany odmówił, na spotkaniu w dniu 9 stycznia 2008r ich ponawiania.

W odniesieniu natomiast do wad chłodnika gipsu pozwany w korespondencji reklamacyjnej z zamawiającą nie twierdził, że urządzenie wad tych o charakterze konstrukcyjnym za które odpowiada nie ma, a tylko nie przystał na warunki na jakich (...)chciała ich usunięcia.

To zaniechanie w świetle obowiązków umownych jakie pozwany na siebie przyjął, w zakresie usuwania wad uprawniało powódkę do domagania się z przyczyn wskazanych już uprzednio, w ramach oceny apelacji (...), albo to odszkodowania lub kary umownej opartej na postawieniu § 12 ust. 2 lit d/ umowy nr (...).

Niezasadnie apelujący pozwany upatruje naruszenia prawa materialnego w obciążeniu go świadczeniem z tytułu kary umownej za opóźnienie w tym, że Sąd I instancji nie wziął pod uwagę oświadczenia prezesa zarządu (...)W. G. z dnia 11 czerwca 2007r o braku podstaw do naliczania przez zamawiającą wobec niego tych kar.

Oświadczenie to, będąc oświadczeniem wiedzy, mogło być w każdym czasie przez pozwaną zmodyfikowane, co też się stało w okresie późniejszym, a zatem pozostaje ono pozbawionym znaczenia dla oceny możliwości dochodzenia przez powódkę roszczenia z tego tytułu.

Nie jest doniosły z punktu widzenia rozstrzygnięcia zarzut apelacji kwestionujący dokonaną przez Sąd Okręgowy kwalifikację prawną umów zawartych przez strony jako umów o dzieło.

W uzasadnieniu wyroku Sąd bliżej oceny tej nie uzasadnił ale z drugiej strony w motywach tego zarzutu brak jest wskazania jak przyjęcie kwalifikacji odmiennej, postulowanej przez autora apelacji jako umowy dostawy z elementami świadczenia usług, mogłoby i rzeczywiście wpłynęło na treść ocenianego rozstrzygnięcia.

Należy natomiast podzielić zarzuty materialnoprawne pozwanego o ile podważają one sposób ustalenia wysokości kary umownej za opóźnienie negując określenie terminu przyjętego przez Sąd meriti opóźnienia w wykonaniu obowiązków wykonawcy z umowy nr (...), termin określenia należności odsetkowej od tego świadczenia oraz nie zastosowania przez Sąd I instancji, mimo zarzutu L. Ł. (1) instytucji miarkowania jego wysokości.

Niewadliwie poczynione w sprawie ustalenia faktyczne uzasadniają wniosek, iż okres opóźnienia w wykonaniu umowy zamykał się w okresie pomiędzy 20 stycznia 2007 r a 26 marca 2007r, kiedy powódka przystąpiła do pierwszej próby rozruchu linii.

W związku z tym o opóźnieniu L. Ł. (1) można mówić nie od 20 stycznia 2007r, który był ostatnim dniem w którym obowiązki swoje miał wykonać, a od 21 stycznia 2007r. Okres ten nie kończył się w dacie przyjętej przez Sąd jako wyznaczający jego koniec ale dzień poprzedni tj. 25 marca 2007r, skoro w dniu następnym w opóźnieniu pozwany już nie pozostawał.

W konsekwencji okres za jaki powódce należy się świadczenie z tytułu kary umownej wynosi 64 dni [21 stycznia – 31 stycznia, 1 lutego – 28 lutego i 1 marca – 25 marca 2007r.

Ma to ten skutek, że kwota należna (...)z tego tytułu wynosi 728 857, 60 zł; według wyliczenia [5 694 200 zł x 0,2 % x64 dni]

Po dokonanych potrąceniu wierzytelności wzajemnej pozwanego z tytułu części wynagrodzenia dochodzonego w sprawie o sygnaturze VII GC 44/09 528 675 zł oraz z tytułu zatrzymanej przez zamawiającą, na podstawie uprawnienia umownego, którego L. Ł. nie kwestionował, w kwocie łącznej 134 574 zł, sumę należną (...)z tego źródła wyraża kwota 65 608, 60 złotego.

Wynika ona z wyliczenia [728 857, 60 zł – { 528 675 zł + 134 574 zł }]

Ma także w części rację wykonawca, gdy neguje ocenę prawną Sądu niższej instancji, który początkową datę naliczenia odsetek należnych od tego świadczenia określił na 10 stycznia 2008r.

W bardzo obszernych motywach orzeczenia Sądu brak jest wskazania jakichkolwiek argumentów na podstawie których początek naliczania świadczenia akcesoryjnego został w ten sposób oznaczony.

Zdaniem Sądu II instancji datą tą jest dzień 30 lipca 2008r, będący pierwszym po upływie terminu jaki na spełnienie świadczenia z tytułu kary umownej za opóźnienie wyznaczyła wykonawca (...)w skierowanym do niego wezwaniu z dnia 14 lipca 2008 r / k. 617- 622 i 623 akt VII GC 2/09

Trafny jest zarzut pozwanego dotyczący nie uwzględnienia przez Sąd zarzutu miarkowania kary umownej.

Z przyczyn wskazanych przy omawianiu apelacji powódki i w zakresie tam opisanym domaganie się ograniczenia za pośrednictwem mechanizmu miarkowania świadczenia należnego (...)było uzasadnione.

Ma też rację L. Ł. (1) zarzucając naruszenie przez Sąd Okręgowy w ramach rozstrzygnięcia o kosztach procesu normy art. 100 kpc i w konsekwencji nietrafne dokonanie na jej podstawie ich wzajemnego rozdzielenia pomiędzy stronami.

W sytuacji gdy powódka wykazała swoje roszczenie jedynie w zakresie 2 % ogólnej wartości dochodzonych roszczeń brak było dostatecznych podstaw do oparcia orzeczenia na tym przepisie. Prawidłowym było obciążenie nimi w całości strony powodowej .

Dlatego też , w ramach zreformowania orzeczenia przez Sąd Apelacyjny , kwota celowo poniesionych przez pozwanego kosztów w wysokości 116 680, 07 zł została mu n od przeciwniczki procesowej przyznana.

Reasumując ocenę obu środków odwoławczych , które we wskazanych w przedstawionych motywach zakresach były uzasadnione ,wskazać należy ,że prowadziły one do zmiany zaskarżonego nimi wyroku z dnia 14 lutego 2013r w sprawie o sygnaturze VII GC 2/09 w sposób wskazany w pkt 1 sentencji orzeczenia Sądu Odwoławczego.

Na kwotę należna spółce (...) od pozwanego złożyły się :

- świadczenie z tytułu kary umownej za opóźnienie w wykonaniu obowiązków wynikających w umowy nr (...) wysokości 65 608, 60 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 lipca 2008r , według wyliczenia wskazanego wyżej , uwzględniającego potrącenie wierzytelności wzajemnych L. Ł. (1) ,

- kwota 77 143, 04 zł z tytułu świadczenia z tytułu kary umownej za opóźnienie w usuwaniu usterek i uzupełniającego odszkodowania mającego swoje źródło w kosztach naprawy łańcuchowego przenośnika kubelkowego nr 7/21 z ustawowymi odsetkami od dnia 20 czerwca 2008r,

- kwota łączna 63 523, 15 zł stanowiąca sumę należności z tytułu kary umownej za opóźnienie w usuwaniu usterek chłodnika gipsu [59 789, 10 zł] oraz - w wykazanym przez powódkę rozmiarze , odpowiadających odszkodowaniu za poniesienie kosztów naprawy przez spółkę : przenośnika kubelkowego nr 7/26 - 1 207, 80 zł i nr 10-67 – 2 526, 25 zł, wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 5 sierpnia 2008r

Łącznie dało to kwotę 206 274, 79 zł [65 608, 60 zł + 77 143,04 zł + 63 523, 15 zł]

Zasądzone zostały także na rzecz pozwanego koszty sporu w wysokości 116 680, 07 zł.

Z podanych wyżej przyczyn, Sąd Apelacyjny orzekł jak w pkt 1 i 2 sentencji wyroku na podstawie art. 386 §1 i 385 kpc.

Rozstrzygając o kosztach w postępowaniu apelacyjnym, odnosząc je do sprawy o sygnaturze VII GC 2/09 Sąd II instancji uznając , zważywszy na zakresy zaskarżenia wskazane w obu środkach odwoławczych , że to pozwany wygrał spór , oparł je na normie art. 98 §1 kpc w zw z art. 108 §1 i 391 §1 kpc.

Kwota należna z tego tytułu L. Ł. (1) od spółki (...) została ustalona na podstawie n § 6 pkt 7 w zw z §12 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia MS w sprawie opłat za czynności radców prawnych [...] z dnia 28 września 2002r [jedn. tekst DzU z 2013 poz. 490]

Apelacja L. Ł. (1) od wyroku wydanego w dniu 14 lutego 2013r w sprawie o sygnaturze VII GC 44/09 nie jest niezasadna i podlega oddaleniu.

Analiza sformułowanych przez powoda zarzutów uzasadnia wniosek ,że środek odwoławczy został oparty w przeważającej większości na tych samych zarzutach , jakie przez wykonawcę zostały powołane w apelacji od orzeczenia wydanego w sprawie z powództwa spółki (...) przeciwko niemu w sprawie o sygnaturze VII GC 2/09. Zarzuty te zostały ocenione przez Sąd II instancji w powołanych wyżej motywach.

Poza nimi powód powołuje w obecnie ocenianej apelacji dodatkowo dwa zarzuty :

- naruszenia prawa materialnego wobec niewłaściwego zastosowania przez Sąd I instancji art. 498 §1 i 2 i 499 kc , który miałby być zrealizowany w następstwie nietrafnego przyjęcia , iż spółka (...) dokonała skutecznego potrącenia swojej wierzytelności z tytułu kar umownych za nieterminowe wykonanie przez wykonawcę jego obowiązków określonych

umowami zawartymi przez strony z wierzytelnością powoda z tytułu części wynagrodzenia za zrealizowane przez niego prace , którego wysokość określił w żądaniu pozwu na kwotę 528 675 złotych , oraz

- naruszenia art. 233 §1 kpc w zw z art. 316 §1 i 328 §2 kpc , którego realizacji upatrywał w tym , że Sąd poczynił nietrafne ustalenie , iż oświadczenie o potrąceniu dokonane przez zamawiającą spółkę było skuteczne oraz wobec tego , że nie wyjaśnił dlaczego uznał, oddalając powództwo , iż wierzytelność powoda z w/w tytułu uznał za umorzoną w całości mimo , że oświadczenie o potrąceniu dokonane ne w dniu 20 grudnia 2007r obejmowało jedynie kwotę 525 625 złotych.

Żaden z przedstawionych zarzutów nie jest uzasadniony.

Zważywszy na argumentację powoda , którą powołał on dla wsparcia zarzutu procesowego wskazać trzeba , że w istocie nie ma on charakteru samodzielnego w tym znaczeniu , iż sprowadza się on , podobnie jak zarzut drugi do podważania oceny prawnej wyrażonej przez Sąd I instancji, zgodnie z którym wierzytelność powoda z tytułu części nie uiszczanego wynagrodzenia stwierdzonego fakturami VAT nr (...) została w całości skutecznie potrącona przez pozwaną z wierzytelnością z tytułu kary umownej z tytułu przekroczenia terminu zakończenia umówionych prac. Dodatkowo powołuje się w nim powód na braki w konstrukcji wewnętrznej pisemnych motywów orzeczenia , odwołując się do normy art. 328 §2 kpc.

Ta ostatnio wymieniona wada nie decyduje o trafności tego zarzutu, gdy zaważyć , że zgodnie z utrwalonym stanowiskiem judykatury Sądu Najwyższego skuteczne odwołanie się do zarzutu naruszenia art. 328 §2 kpc wymaga wykazania , że na skutek twierdzonych uchybień w zakresie wewnętrznej konstrukcji uzasadnienia wyroku jego kontrola instancyjna nie jest możliwa.

Tego rodzaju nieprawidłowości o charakterze konstrukcyjnym pisemne motywy wyroku , odnoszące się łącznie do obu rozstrzygniętych w dniu 14 lutego 2013r spraw - nie zawierają .

Wprawdzie przyczyny uznania przez Sąd I instancji , że wierzytelność powoda wygasła w całości wobec skuteczności zarzutu potrącenia złożonego przez stronę przeciwną są w uzasadnieniu powołane zwięźle tym nie m mniej ta ich cecha nie uniemożliwia przeprowadzenia kontroli poprawności tego wniosku prawnego.

Wniosek ten jest , wbrew stanowisku powoda zawartym zarówno w motywach zarzutu procesowego jak i materialnoprawnego usprawiedliwiony.

Przyczyny , które zdecydowały o uznaniu , iż spółce (...) przysługuje wobec powoda wierzytelność z tytułu kary umownej za opóźnienie w wykonaniu umowy (...) w łącznej wysokości 728 857, 60 zł zostały wskazane wcześniej.

Natomiast z treści oświadczeń spółki (...) , zawartych w piśmie skierowanym do L. Ł. (1) z daty 20 grudnia 2007 r / k. 516-517 akt VII GC 2/09 w sposób jednoznaczny wynika , że zamiarem powódki było dokonanie potrącenia z tą wierzytelnością całości wierzytelności wzajemnej L. Ł. (1) z tytułu nie zaspokojonego dotąd na jego rzecz wynagrodzenia określonego wskazanymi wyżej fakturami VAT. Należy w szczególności zauważyć że już we wstępnej części tego pisma (...)jednoznacznie wskazywała, iż w jej ocenie obydwie umowy nie zostały wykonane w sposób właściwy w tym ze znacznym przekroczeniem uzgodnionych terminów ich zakończenia, który to fakt stanowi źródło powstania po stronie spółki wierzytelności , objętych oświadczeniem o potrąceniu. Cały kontekst treściowy tego dokumentu wskazuje , że powódka generalnie uznawała umowy za niewykonane prawidłowo wobec czego oceniała , iż należą się jej od wykonawcy kary umowne. Z treści tego dokumentu wynika także , że jej zamiarem było by z tymi wierzytelnościami potrącić w całości wierzytelność wzajemną L. Ł. z tytułu należnej mu części wynagrodzenia stwierdzonego wskazanymi wyżej fakturami [oraz tej z tytułu zatrzymanej przez zamawiającą kaucji gwarancyjnej]

Z podanych wyżej przyczyn , wobec niezasadności zarzutów na jakich opierała się apelacja powoda , Sąd Apelacyjny orzekł o jej oddaleniu na podstawie art. 385 kpc.

Konsekwencją tego rozstrzygnięcia było obciążenie go na rzecz strony pozwanej kosztami postępowania apelacyjnego , o czym Sąd II instancji orzekł na podstawie art. 98 §1 kpc w zw z art. 108 §1 i 391 §1 kpc

Kwota należna spółce (...) od przeciwnika procesowego została ustalona na podstawie §6 pkt6 w zw z §12 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia MS w sprawie opłat za czynności radców prawnych [...] z dnia 28 września 202r [jedn. tekst DzU z 2013r poz.490].