

Sygn. akt. I ACa 249/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 października 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Rzeszowie Wydział I Cywilny w składzie:

<u>Przewodniczący</u>	<b>SSA Anna Gawelko (spraw)</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SA Grażyna Demko</b> <b>SA Marek Klimczak</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>st. sekr. sądowy Aleksandra Szubert</b>

po rozpoznaniu w dniu 11 października 2012 r. na rozprawie sprawy  
z powództwa (...) **T. W., Z. (...) Spółki jawnej w R.**

przeciwko (...) **R." Spółce z o. o. w R.**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego-Sądu Gospodarczego w Rzeszowie

z dnia 17 lutego 2012 r., sygn. akt VI GC 112/09

I. **o d d a l a** apelację,

II. **z a s ą d z a** od powoda na rzecz pozwanego kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy

czterysta) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

### UZASADNIENIE

Powód (...) T. W., Z. (...) Spółka Jawna w R. domagała się zapłaty kwoty 622.554 zł tytułem kar umownych za 114 dni opóźnienia w oddaniu przedmiotu umowy o roboty budowlane .

Pozwany (...) Spółka z o.o w R. wniósł oddalenie powództwa. Zarzucił , że powód nie przekazał pozwanemu wykonawcy pełnej dokumentacji projektowej, a dostarczana w terminie posiadała wady, których wykonawca nie mógł dostrzec przed rozpoczęciem robót, a nie miał obowiązku szczegółowego sprawdzania dostarczonego projektu . Pozwany zarzucił też, że zapis w umowie o karach umownych – „za każdy dzień opóźnienia” nie powoduje absolutnej odpowiedzialności gwarancyjnej za terminowe wykonanie przedmiotu umowy bez względu na zachowanie powoda, który wydłużył realizację robót z przyczyn od siebie zależnych .

Wyrokiem z dnia 17 lutego 2012 r Sąd Okręgowy Sąd Gospodarczy oddalił powództwo i orzekł o kosztach procesu .

Powyższy wyrok Sąd oparł na następujących ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych :

W dniu 14 stycznia 2008 r strony zawarły umowę o wykonanie robót budowlanych p.n. Wykonanie robót stanu surowego otwartego wraz z wykonaniem pokrycia dachowego, wykonaniem ścian działowych, wykonaniem kominów budynku mieszkalnego wielorodzinnego z częścią usługową i garażem podziemnym zlokalizowanym w R. przy ul. (...).

Zgodnie z umową rozpoczęcie robót miało nastąpić 15 stycznia 2008 r, a zakończenie 10 miesięcy od daty przekazania placu budowy .

Wynagrodzenie ustalono ryczałtowo. W § 14 umowy strony określiły wysokość i okoliczności uzasadniające naliczenie kar umownych . W § 14 pkt. 1 strony ustaliły, że wykonawca (pozwany ) zobowiązuje się , że za każdy dzień opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy, zapłaci zamawiającemu (powodowi) karę umowną w wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego netto (10.950.000 zł ).

W trakcie realizacji umowy strony zawierały aneksy, w tym aneks nr (...) (k. 36), na mocy którego zmieniono pierwotny termin zakończenia umowy (15.11.2008 r) i ustalono nowy termin – na dzień 5.01.2009 r. Aneks wydłużający termin realizacji umowy był związany z faktem zmiany posadowienia budynku z bezpośredniego na pośrednie na kolumnach żelbetowych. Przedmiot umowy został odebrany przez powoda od pozwanego protokołem z dnia 6 maja 2009 r.

Na podstawie zeznań świadków Sąd ustalił, że w trakcie budowy występowały różne problemy w realizacji budynku. Niektóre niejasności dokumentacji usuwane były przez wpisy do dziennika budowy, a w niektórych przypadkach dostarczana była nowa stosowna dokumentacja projektowa. Wykonywano różne roboty zastępcze oraz wykonywano roboty budowlane inną technologią w celu skrócenia czasu budowy .

Z uwagi na zarzuty podnoszone przez pozwanego – Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego na okoliczność możliwości wykonania umowy zawartej między stronami, kompletności i jakości dostarczonej dokumentacji projektowej oraz przyczyn niedotrzymania terminu zakończenia robót.

Biegły J. P. stwierdził, że dostarczona przez powoda dokumentacja zawierała niewłaściwości, które jednak nie miały wpływu dla wykonania przedmiotu inwestycji. W ocenie biegłego istotny wpływ na sposób i termin wykonania przedmiotu umowy miała zmiana konstrukcyjna na posadowienie budynku. Zdaniem biegłego – winę za to ponosi wykonawca (pozwany), który niepotrzebnie dokonał zmiany posadowienia budynku .

Na wniosek pozwanego, który kwestionował opinię biegłego J. P. Sąd dopuścił dowód z opinii kolejnego biegłego D. L. na te same okoliczności .

Biegły D. L. stwierdził, że dokumentacja techniczna dołączona do umowy była niepełna i niekompletna , gdyż nie uwzględniała zapisu § 1 ust. 4 umowy, który przewidywał możliwość zmiany posadowienia obiektu .

Zapisy w dzienniku budowy także potwierdzają , że dokumentacja była nieprawidłowa. Fakt przekazywania do realizacji dokumentacji technicznej z opóźnieniem skutkował – przy założeniu harmonogramowego tempa wykonywania robót – oczywistym brakiem możliwości ukończenia inwestycji w terminie określonym aneksem nr (...) tj. do 5 stycznia 2009 r.

Skala opóźnień była tak duża, że choć część robót mogła być wykonana szybciej z tytułu wprowadzenia zmian w sposobie realizacji stropów i schodów – nie było szans na realizację obiektu w terminie. Biegły stwierdził, że dostarczanie etapami dokumentacji powodowało opóźnienie robót wynikających z harmonogramu i uniemożliwiało realizację poszczególnych etapów w okresach czasu przewidywanego dla wykonania danego etapu pracy .

W świetle wyżej przedstawionych ustaleń - Sąd uznał, że powództwo jest nieuzasadnione .

W pierwszej kolejności Sąd wskazał, że nietrafne jest stanowisko powoda oparte na art. 473 § 1 kc, iż zapis umowy dotyczący kar umownych , w którym pozwany przyjął na siebie odpowiedzialność za opóźnienie w oddaniu

przedmiotu umowy – skutkuje odpowiedzialnością pozwanego za każde nieterminowe zakończenie robót, bez względu na przyczyny jego powstania . Z treści zapisu nie wynika, aby pozwany wykonawca przyjął na siebie odpowiedzialność za skutki wynikłe z działania powodowego inwestora .

Sąd ustalił, że z treści zebranego materiału dowodowego, zwłaszcza opinii biegłego D. L. wynika, że winę za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy ponosi powód. Dlatego żądanie zasądzenia kar umownych – w świetle art. 483 § 1 kc jest nieuzasadnione .

Apelację od tego wyroku złożył powód. Wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie zgodnie z żądaniem pozwu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania .

Skarżący zarzucił :

I. naruszenie przepisów postępowania :

1. art. 227 kpc i 290 kpc poprzez oddalenie wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii instytutu w sytuacji, gdy opinie biegłych J. P. i D. L. były skrajnie odmienne,
2. art. 233 § 1 kpc poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów w odniesieniu do zeznań świadków i do opinii biegłych oraz poprzez dokonanie dowolnej oceny materiału faktycznego i nie uwzględnienie opinii biegłych w odniesieniu do zagadnień wymagających wiadomości specjalnych ,
3. art. 328 § 2 kpc – poprzez nie wskazanie w uzasadnieniu wyroku, na jakiej podstawie Sąd uznał, że winę za opóźnienie ponosi powód, jak też nie wskazanie dlaczego część dochodów nie została przez Sąd uwzględniona przy ustaleniach faktycznych oraz poprzez niewskazanie, na jakiej podstawie Sąd dokonał samodzielnych , sprzecznych z opinią biegłych ustaleń faktycznych wymagających wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 278 kpc .
4. art. 386 § 4 kpc poprzez nierozpoznanie istoty sprawy poprzez brak ustaleń odnośnie odpowiedzi na pytania, których udzielenie było przedmiotem opinii biegłych .

II. naruszenie przepisów prawa materialnego :

1. art. 65 § 1 i 2 kc poprzez błędną wykładnię § 1 ust. 4 umowy stron,
2. art. 476 kc poprzez jego nieuwzględnienie, że pozwany ponosi odpowiedzialność za opóźnienie w wykonaniu swojego świadczenia ,
3. art. 483 kc – poprzez nieuwzględnienie roszczenia o zapłatę kary umownej mimo nienależytego wykonania umowy przez pozwanego,
4. art. 649 kc – poprzez nieuwzględnienie , że zgodnie z tym przepisem wykonawca był zobowiązany do wykonania obiektu zgodnie z otrzymanym projektem , a wszelkie zmiany w technologii wykonania budynku dokonane na wniosek wykonawcy, nawet po uzyskaniu zgody inwestora, wykonawca dokonał na własne ryzyko ,
5. art. 651 kc – poprzez uznanie, że wykonawca nie miał obowiązku zawiadomić inwestora o ewentualnych brakach w dokumentacji projektowej, a skoro takiej informacji pozwany nie przekazał powodowi to świadczy o zupełności dokumentacji .

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje :**

W pierwszej kolejności należało odnieść się do zarzutów naruszenia postępowania podniesionych w apelacji – art. 227 kpc, 290 kpc, 233 § 1 kp, 328 § 2 kpc oraz art. 386 § 4 kpc.

Zarzut naruszenia art. 233 § 1 kpc dotyczy przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów w odniesieniu do wskazanych świadków w pkt. 2 lit. b i c apelacji w kwestii prawidłowości pierwotnego projektu i możliwości wykonania posadowienia bezpośredniego oraz opinii biegłych przez brak rzetelnego ich porównania, nieuwzględnienia, że pozwany zaoszczędził 201 dni wskutek wprowadzonych zmian, na co wskazał biegły J. P. .

Jest okolicznością bezsporną, że już po zawarciu umowy z dnia 15.01.2008 r określającej termin zakończenia umowy (10 miesięcy od daty przekazania placu budowy) - w związku ze zmianą sposobu posadowienia budynku – strony zawarły aneks nr (...) do umowy, w którym przedłużyły termin jej realizacji do dnia 5 stycznia 2009 r. Tym samym przez obie strony usankcjonowany został zarówno sam fakt zmiany posadowienia budynku, jak i skutki tej zmiany w zakresie terminu realizacji inwestycji .

Z tego też powodu za bezprzedmiotowy należy uznać zarzut skarżącego naruszenia art. 233 § 1 kpc w zakresie oceny zeznań świadków w części odnoszącej się do pierwotnego projektu przewidującego posadowienie bezpośrednie budynku, oceny stanowiska Sądu I instancji, który uznał, że zmiana posadowienia była konieczna .

Dokonywanie ustaleń z czyjej inicjatywy doszło do zmiany posadowienia budynku i czy była ona celowa, jaki miało to wpływ na zakończenie inwestycji, wyrażanie oceny – czy w związku z tym – przedłożona przez powoda dokumentacja przy zawieraniu umowy była kompletna i właściwa – było zbędne .

Sam zresztą skarżący – podsumowując w uzasadnieniu swej apelacji obszernie rozważania dotyczące zarzutów związanych ze zmianą sposobu posadowienia budynku ( k. 943) – dochodzi do konkluzji, że okoliczność zmiany posadowienia budynku i wpływu tej zmiany na terminowość realizacji inwestycji – w ogóle nie powinna znaleźć się w zasięgu zainteresowania Sądu . Okoliczność ta była całkowicie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia procesu .

Stanowisko to jest słuszne, Sąd Apelacyjny w pełni je podziela i dlatego przyjmuje, że zarzuty powoda dotyczące kwestii zmiany posadowienia budynku dla rozstrzygnięcia sporu – w okolicznościach niniejszej sprawy – są bezprzedmiotowe i jako takie – nie wymagają ich rozważenia . Dotyczy to zarówno zarzutów naruszenia przepisów postępowania ( o czym mowa wyżej, jak i podniesionych zarzutów naruszenia prawa materialnego art. 65 § 1 i 2 kc, art. 649 kc i art. 651 kc, gdyż –jak wynika z ich uzasadnienia wiążą się one z kwestią zmiany posadowienia budynku .

Trafnie zauważa skarżący, że kluczowe znaczenie dla oceny jego roszczenia miało ustalenie zakresu i przyczyn zmian dokumentacji po dniu 23 czerwca 2008 r, tj. po dacie zawarcia aneksu nr (...). Formułując takie stanowisko w apelacji – powód sam przyznaje, że w tym czasie doszło do zmian dokumentacji .

Przedmiotem oceny Sądu winno być zatem określenie rodzaju zmian i skali tych zmian oraz ich wpływu na terminowość realizacji inwestycji . Taka konieczność i taki kierunek postępowania dowodowego narzucało stanowisko pozwanego w sprawie. Pozwany wnosząc o oddalenie powództwa, nie negował wprawdzie zapisu umowy § 14 ust.1, gdzie zobowiązywał się do zapłaty na rzecz powoda kary umownej za każdy dzień opóźnienia, to jednak podnosił, że ten zapis umowy nie uzasadnia jego absolutnej odpowiedzialności gwarancyjnej za terminowe wykonanie przedmiotu umowy – bez względu na zachowanie powoda .

Sąd Okręgowy w tym zakresie dopuścił dowód z opinii biegłego J. P., a następnie, wobec licznych zarzutów pozwanego do tej opinii – dowód z opinii biegłego D. L. . Najważniejszą kwestią, która Sąd zlecił biegłym było określenie wpływu dokonywanych zmian od miesiąca czerwca 2008 r, tj. od zawarcia aneksu nr (...) do umowy, w którym ustalono termin zakończenia na dzień 5 stycznia 2009 r oraz określenie, czy była możliwość zakończenia robót w tym terminie, w przypadku braku zmian dokumentacji po 23 czerwca 2009 r.

Z ustaleń Sądu Okręgowego zawartych w uzasadnieniu wyroku wynika, że Sąd – w oparciu o opinię biegłego D. L. ustalił, że winę za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy ponosi powód. Biegły ten stwierdził, że brak

kompletnej i poprawnej dokumentacji skutkowało brakiem możliwości realizacji przedsięwzięcia w sposób rytmiczny oraz zaplanowany, zgodnie z harmonogramem .

Apelacja taką ocenę kwestionuje, zarzuca naruszenie art. 233 § 1 , 328 § 2 kpc, 227 kpc i 290 kpc.

Rację trzeba przyznać powodowi , że uzasadnienie wyroku sporządzone przez Sąd I instancji nie w pełni odpowiada przesłankom określonym w art. 328 § 2 kpc.

Wymaga to uzupełnienia i pogłębienia przez Sąd Apelacyjny oceny przeprowadzonych dowodów.

Jak już wyżej wskazano istota sporu sprowadza się do oceny zdarzeń dotyczących zmian dokumentacji i sposobu wprowadzania tych zmian – po dniu zawarcia aneksu nr (...) przedłużającego termin zakończenia inwestycji .

Ocena ta musi też uwzględniać treść pisma powoda skierowanego do pozwanego z dnia 3 czerwca 2008 r (k. 159 ) , w którym powód – inwestor oświadcza wykonawcy, że „dokumentacja wykonawcza konstrukcji przekazana przez Inwestora Wykonawcy jako załącznik do umowy wraz z rysunkami zamiennymi (...) jest dokumentacją pełną .

Inwestor nie przewiduje wprowadzenia do istniejącej dokumentacji konstrukcji żadnych zmian, a co za tym idzie nowych rysunków zamiennych”. Oświadczenie tej treści było złożone przed podpisaniem aneksu, co niewątpliwie brał pod uwagę pozwany ustalając z powodem datę zakończenia umowy w aneksie nr (...) .

Wbrew treści oświadczenia powoda wyżej cytowanego – w procesie realizacji inwestycji – także po dniu zawarcia aneksu nr (...) doszło do zmian projektu i wprowadzono w związku z tym rysunki zamienne i architektoniczne . Biegły D. L. wyjaśnia to w opinii na stronie 16 – 18

(k.703 – 705).

W celu ustalenia wpływu dokonywanych zmian w dokumentacji technicznej w trakcie realizacji inwestycji na terminowość wykonania robót - za punkt odniesienia biegły ten przyjął harmonogram rzeczowo finansowy określający czas trwania poszczególnych etapów prac ( uwzględniający pierwotnie ustalony okres trwania inwestycji). Biegły jednoznacznie stwierdził, że fakt przekazywania „do realizacji” dokumentacji technicznej z opóźnieniem - skutkowało oczywistym brakiem możliwości ukończenia inwestycji do dnia 5.01.2009 r .

Z uwagi na to, że skala opóźnienia w dostarczaniu dokumentacji była tak duża , to nawet przy uwzględnieniu, iż część robót mogła być wykonana szybciej i była wykonana szybciej – nie było szans na realizację inwestycji w terminie .

Biegły wyraził także ocenę, że jeżeli nie byłoby zmian dokumentacji po 23 czerwca 2008 r ( data aneksu nr (...)) oraz przy założeniu właściwej organizacji inwestycji i braku wystąpienia nieprzewidzianych ekstremalnych zdarzeń atmosferycznych – zakończenie robót przed dniem 5.01.2009 r było możliwe .

Powyzsze wnioski biegłego , uzasadnione dokonanyimi w opinii ustaleniami dotyczącymi przebiegu realizacji inwestycji wynikającymi ze zgromadzonych w sprawie dowodów – w ocenie Sądu Apelacyjnego – dają podstawę do stanowczego ustalenia, że nieterminowość w zakończeniu inwestycji jest skutkiem zachowań powoda.

Biegły J. P. sporządzający opinię na te same okoliczności, sformułował wnioski, które nie zawierają uzasadnienia. Opinia tego biegłego w znacznej części to opis zdarzeń procesu inwestycyjnego przedstawionych w dzienniku budowy oraz korespondencji stron związanej z budową obiektu.

Odpowiadając w przedmiocie wpływu zmian w dokumentacji technicznej na terminowość wykonania, zwłaszcza w okresie od dnia zawarcia aneksu nr (...) (str. 14 opinii , k.605) biegły J. P. stwierdza, że zmiana funkcji na poziomie parteru i I piętra nie miała wpływu na terminowość wykonania robót, bo w tym czasie wykonawca kończył wykonywanie kondygnacji poziomu – 1 oraz rozpoczynał wykonywanie słupów i ścian na poziomie parteru . Zmiana biegów schodów i stropów spowodowały przyspieszenie robót. Drobne zmiany w zbrojeniu były wyjaśniane na bieżąco

i nie miały wpływu na ustalony termin zakończenia robót. Powyższych wniosków biegły nie poprzedził żadną analizą, ani też nie przedstawił uzasadnienia tych wniosków.

Odpowiedź na pytanie o możliwość zakończenia robót przed dniem 5 stycznia 2009 r w przypadku braku zmian w dokumentacji po 23 czerwca 2008 r składa się z jednego zdania : „w przypadku braku zmian w dokumentacji po 23 czerwca 2008 r termin 5 stycznia 2009 r był nierealny do zakończenia robót”. Brak jakiegokolwiek uzasadnienia tego stanowiska, brak jakiegokolwiek analizy dokumentacji w sprawie .

Biegły J. P. uzupełniająco przesłuchany na rozprawie (k.813/II – 814) podtrzymał swoją opinię, aczkolwiek nie pogłębił argumentacji dla uzasadnienia zawartych w opinii wniosków. Wskazał, że rysunki zamiennie nie miały istotnych zmian i jednocześnie przyznał, że bez rysunków zamiennych nie można kontynuować prac . Wykonawca powinien mieć rysunki na miesiąc przed realizacją .

Na marginesie należy zauważyć, że biegły J. P. w wydanej opinii koncentrował się na kwestiach dotyczących zmiany posadowienia budynku, rozważał celowość tej zamiany .

Ocena tej części opinii – jak już wyżej zaznaczono jest bezprzedmiotowa.

Jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy oparł się na opinii biegłego J. P. w części, która odnosiła się do zmiany posadowienia budynku stwierdzając, że daje biegłemu wiarę co do istotnego wpływu tej zmiany na termin zakończenia robót, ale nie daje wiary co do ustalenia winy pozwanego .

Stanowiska Sądu Okręgowego co do oceny dowodu z opinii biegłego - nie da się podzielić . Dowód z opinii biegłego jest dowodem szczególnym, gdyż nie służy pozyskaniu wiedzy Sądu o faktach mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, lecz pozyskania wiedzy specjalnej do oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie .

Dowód z opinii biegłego nie podlega zatem weryfikacji jak dowód na stwierdzenie faktów w oparciu o kryterium prawdy i fałszu ( danie wiary bądź odmowy dania wiary). Sąd dokonuje oceny biegłego na podstawie kryterium zgodności z zasadami logiki, a także sposobu motywowania oraz stopnia stanowczości wyrażonej w niej wniosków. Opinia powinna być wyczerpująca , odnosić się do wszystkich kwestii zawartych w tezie dowodowej postanowienia Sądu oraz zawierać uzasadnienie sformułowane w sposób przystępny i zrozumiały także dla osób nie posiadających wiadomości specjalnych.

Niewątpliwie wnioski w opiniach obu biegłych różnią się od siebie .Nie ma jednak racji skarżący, że Sąd Okręgowy naruszył art. 227 i art. 290 kpc oddalając wniosek dowodowy powoda o przeprowadzenie dowodu z opinii instytutu na okoliczność kompletności i prawidłowości dokumentacji projektowej ,wpływu dokonywanych zmian w dokumentacji w toku realizacji inwestycji oraz możliwości wykonania budowy w terminie umownym .

Art. 290 § 1 zd. pierwsze kpc pozostawia Sądowi ocenę, czy w sprawie zachodzi potrzeba zasięgnięcia opinii instytutu. Dopuszczenie dowodu z opinii instytutu jest celowe i konieczne wówczas, gdy zachodzi potrzeba skomplikowanych badań specjalistycznych oraz wtedy, gdy nie da się usunąć w inny sposób sprzeczności w dostępnych opiniach . Natomiast ocena strony niezadowolonej z opinii biegłych nie usprawiedliwia zarzutu naruszenia wskazanego przepisu .

W ocenie Sądu Apelacyjnego – o ile opinia opracowana przez biegłego D. L. poddaje się ocenie według kryteriów wyżej opisanych w uzasadnieniu, zawiera wnioski umotywowane w sposób przekonujący, logiczny i zrozumiały, to nie można tego o opinii biegłego J. P., a przynajmniej o tej jej części, która jest istotna dla rozstrzygnięcia sprawy . Biegły ten popada w sprzeczności – twierdząc np. , że rysunki zamiennie nie miały istotnych zmian, ale dodaje równocześnie, że bez rysunków zamiennych nie można kontynuować prac (k. 814/II). Brak uzasadnienia sformułowanych wniosków powoduje, że opinia staje się nieweryfikowalna i nie może stanowić podstawy do orzekania .

Sam więc fakt, że wnioski w opiniach biegłych różnią się w istotny sposób, nie uzasadniał wniosku o powołanie dowodu z opinii instytutu. W sprawie bowiem mamy w istocie jedną prawidłowo sporządzoną opinię (opinia biegłego D. L.).

Druga opinia (biegłego J. P.) nie poddaje się weryfikacji (w części mającej znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy).

Okoliczność, że opinia D. L. jest dla powoda niekorzystna nie daje podstaw do domagania się dopuszczenia dowodu z opinii instytutu.

Zarzut naruszenia art. 227 i 290 kpc jest więc niezasadny.

Niezrozumiały jest zarzut naruszenia art. 386 § 4 kpc, skoro

przepis ten dotyczy postępowania przed Sądem odwoławczym, a nie w postępowaniu przed Sądem I instancji.

Z końcowej części uzasadnienia apelacji (k. 943) zdaje się wynikać, że zdaniem skarżącego, Sąd I instancji nie rozpoznał istoty sprawy. Skarżący twierdzi, że Sąd I instancji powinien rozważyć, czy termin 10 miesięcy na wykonanie umowy był realny, czy po dniu 23 czerwca 2008 r. doszło do zmiany dokumentacji, z czyjej inicjatywy te zmiany były wykonywane i czy były to zmiany istotne czy też nie, oraz czy zmiany dokumentacji po 23 czerwca 2008 r. przyspieszyły realizację inwestycji tzn. skracają termin wykonania umowy i o jaki czas.

Odnosząc się do tych zarzutów, należy stwierdzić, że ustalenie, czy termin 10 – miesięczny na wykonanie umowy był realny, jest bezprzedmiotowe, zbędne dla rozstrzygnięcia sporu.

Pozytywne bądź negatywne rozstrzygnięcie tej kwestii pozostaje bez wpływu na wynik procesu o zapłatę kary umownej za opóźnienie terminu wykonania umowy zmienionego aneksem przez strony w następstwie uzgodnienia przez strony zmiany sposobu posadowienia budynku.

Podobnie bez znaczenia była kwestia, na ile zmiany w zakresie sposobu wykonania biegów schodów i stropów zaproponowane przez wykonawcę wpłynęły na przyspieszenie realizacji umowy, gdyż spór dotyczył opóźnienia wykonania robót i ustalenia przyczyn opóźnienia.

Kwestia zmian dokumentacji po dniu 23 czerwca 2008 r. była przedmiotem oceny biegłego D. L., o czym mowa wyżej w uzasadnieniu niniejszego wyroku.

Pozostają do oceny zarzuty naruszenia art. 483 kc i art. 476 kc.

Skarżący podnosi, że Sąd naruszył art. 483 kc, bowiem mimo nienależytego wykonania umowy przez pozwanego Sąd nie uwzględnił roszczenia o zapłatę kary umownej zastrzeżonej w umowie stron za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy przez pozwanego.

Skarżący podnosi, że Sąd naruszył art. 476 kc, bo nie uwzględnił, że pozwany ponosi odpowiedzialność za opóźnienie w wykonaniu swojego świadczenia.

Rozstrzygnięcie tej kwestii wymaga rozważenia, czy zastrzeżenie kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy (a nie zwłoki) prowadzi do przyjęcia odpowiedzialności wykonawcy za obiektywny fakt nieterminowego zakończenia prac budowlanych bez względu na wystąpienie, czy też brak wystąpienia po jego stronie zawinienia.

W ocenie powoda, który wprowadzie przyznaje, że regułą prawa cywilnego jest ponoszenie odpowiedzialności przez dłużnika za zawinione przez niego nienależyte wykonanie umowy, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby zakres tej odpowiedzialności rozszerzyć. Zgodnie z art. 473 § 1 kc dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy

odpowiedzialności nie ponosi . Skoro więc pozwany taką odpowiedzialność na siebie przyjął, zobowiązując się do zapłaty kar umownych za opóźnienie w realizacji umowy, nie może zasłaniać się brakiem winy po jego stronie .

Na poparcie zajmowanego w sprawie stanowiska – powód powołuje się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.06.2003 r, sygn. akt IV CKN 300/01, opublikowany, Legalis. Tezę wskazanego wyroku powód przytacza w uzasadnieniu pozwu – k. 6.

Pozwany – jak już wyżej zaznaczono prezentuje w procesie odmienne stanowisko (k. 87).

Pozwany zarzuca, że kary umowne należne byłyby powodowi tylko i wyłącznie jeżeli opóźnienie w oddaniu obiektu nastąpiłoby z przyczyn leżących po stronie pozwanego .

Art. 473 § 1 kc wskazuje, że umowa stron dla skuteczności rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika ( pozwanego w nin. sporze) musi zawierać wyraźne wskazanie okoliczności, za które dłużnik przejmuje odpowiedzialność mimo, że na mocy ustawy za okoliczności odpowiedzialności nie ponosi. Dłużnik musi być świadomy swej odpowiedzialności w zakresie szerszym niż to wynika z ustawy.

Zdaniem pozwanego – w umowie zawartej pomiędzy stronami, nie ma żadnego zapisu, w oparciu o który można by wywieść, że pozwany rozszerzył swoją odpowiedzialność za okoliczności, za które na mocy art. 471 kc nie ponosi odpowiedzialności .

Z treści umowy nie da się wywieść, że pozwany ponosi odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za terminowe wykonanie kontraktu. Taki wniosek nie wynika z literalnej treści umowy.

Na poparcie swojego stanowiska pozwany przytacza w odpowiedzi na pozew stanowiska reprezentowane w literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie, w tym w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2004 r, sygn. akt IV CK 583/03 i z dnia 29 listopada 2002 r , sygn. IV CKN 1553/00. Nadto pozwany zarzucił, że żądanie zapłaty kar umownych w sytuacji, gdy uchybienie terminu zostało zawinione przez powoda – stanowi nadużycie prawa – art. 5 kc .

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy uznał, że w tym zakresie rację ma pozwany. Nie wdając się w szersze rozważania – Sąd ten stwierdził, że z treści umowy łączącej strony ( § 14 ust. 1) nie wynika, aby pozwany wykonawca przyjął na siebie odpowiedzialność za skutki wynikłe z działania powodowego inwestora .

Sąd Apelacyjny w tym zakresie zważył, co następuje :

Należy podzielić stanowisko Sądu Okręgowego, iż treść umowy zawartej przez strony nie uzasadnia stanowiska, że pozwany ponosi odpowiedzialność o charakterze gwarancyjnym .

Zgodnie z art. 483 § 1 kc kara umowna stanowi umowne zastrzeżenie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego następuje przez zapłatę określonej sumy .

Stosownie do art. 471 kc przesłanką uzasadniającą zwolnienie dłużnika od obowiązku naprawienia szkody jest wykazanie przez niego, że niewykonanie bądź nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. W konsekwencji w razie kary umownej zastrzeżonej na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania, kara należy się jedynie , gdy dojdzie do zwłoki dłużnika ( art. 476). Dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 476 kc domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność .

Stosownie do art. 473 § 1 kc strony mogą w umowie rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika. Jeżeli strony zastrzegły kary umowne w każdym wypadku nienależytego wykonania zobowiązania, bez znaczenia dla obowiązku zapłaty kary umownej byłyby przyczyny , które spowodowałyby niedotrzymania przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania . Jednakże odpowiedzialność dłużnika w zakresie kary umownej bez względu na przyczynę nienależytego wykonania zobowiązania powinna być w umowie wyraźnie określona , nie ma bowiem podstaw do dorozumienia rozszerzonej



odpowiedzialności dłużnika . Wola stron w zakresie rozszerzenia odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązania musi wynikać z umowy w sposób niewątpliwy ( vide wyrok SN z dnia 6.10.2010 r II CSK 180/10, Lex nr 970 070).

W niniejszej sprawie - stosownie do art. 6 kc – obowiązek udowodnienia rozszerzonej odpowiedzialności pozwanego spoczywał na powodzie , skoro to powód wystąpił z żądaniem zapłaty kary umownej . Powód za podstawę swego żądania wskazał zapis § 14 ust. 1 umowy stron, gdzie pozwany zobowiązał się do zapłaty kary umownej za opóźnienie w wykonaniu inwestycji .

Już w odpowiedzi na pozew pozwany zarzucał, że nie przyjął na siebie absolutnej odpowiedzialności gwarancyjnej i przedstawił szeroko uzasadnienie swojego stanowiska w tym zakresie (k. 86 i in.) z powołaniem się na orzecznictwo i literaturę przedmiotu .

Powód nie podjął polemiki z pozwanym w tym zakresie , jak i też nie zgłosił w dalszym postępowaniu wniosku o przeprowadzenie dowodu np. z zeznań stron w celu dokonania wykładni umowy w części dotyczącej § 14 pkt. 1 w przedmiocie kar umownych za opóźnienie.

Powołanie się wyłącznie na literalne brzmienie zapisu umowy w § 14 pkt. 1 o karze umownej za opóźnienie, bez wykazania, że celem i zgodnym zamiarem stron było ustalenie absolutnej odpowiedzialności gwarancyjnej , czyli rozszerzenie odpowiedzialności pozwanego w oparciu o art. 473 § 1 kc – nie daje podstaw do uwzględnienia żądania pozwu – w sytuacji, gdy postępowanie dowodowe wykazało, że uchybienie terminu wykonania umowy nastąpiło z przyczyn obciążających powoda .

Odnosnie stanowiska powoda , iż żądanie zapłaty kary umownej za opóźnienie jest uzasadnione treścią umowy – Sąd Apelacyjny zauważa, że :

Przytoczona przez powoda teza orzeczenia Sądu Najwyższego z 27.06.2003 r IV CKN 300/01 lex nr251 i M.praw. 2007/10/573 została sformułowana na tle zupełnie innego stanu faktycznego ,nie przystającego do tego, którego dotyczy niniejszy spór.

Niezależnie od powyższego, opierając się na dosłownym brzmieniu postanowienia § 14 ust. 1 umowy stron zastrzegającego karę umowną za opóźnienie, przy niekwestionowanym fakcie uchybienia przez pozwanego terminu zakończenia realizacji inwestycji – żądanie zapisu kary umownej zgłoszone w niniejszej sprawie – w ocenie Sądu Apelacyjnego stanowi nadużycie prawa ( art.5 kc ) .Przeprowadzone postępowanie dowodowe, w tym przede wszystkim opinia biegłego D. L. potwierdziła, że przyczyny niezachowania terminu wynikły z zachowania powoda, który nie zadbał o dostarczanie w terminie, na bieżąco właściwej dokumentacji, rysunków zamiennych . Dopiero po doręczeniu tych rysunków z poleceniem inwestora „ do realizacji” pozwany mógł przystąpić do wykonywania poszczególnych fragmentów inwestycji .

Dla Sądu Apelacyjnego jest oczywiste, że norma art. 5 kc ma charakter wyjątkowy i można ją stosować tylko w takiej sytuacji, gdy w innej drodze nie można zabezpieczyć interesu osoby zagrożonej wykonaniem prawa podmiotowego drugiej strony .

Jest oczywiste także i to, że istotą prawa cywilnego jest strzeżenie praw podmiotowych. Odmowa udzielenia ochrony prawnej na podstawie art. 5 kc musi być więc uzasadniona istnieniem okoliczności rażących i nieakceptowanych w świetle zasad współżycia społecznego .

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, skoro uchybienie przez pozwanego terminu wykonania inwestycji nastąpiło z przyczyn obciążających powoda, to żądanie przez powoda kar umownych za opóźnienie pozwanego w wykonaniu tej inwestycji jest rażąco sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i poczuciem elementarnej sprawiedliwości .

Reasumując powyższe zarzuty naruszenia art. 483 i 476 kc w ocenie Sądu Apelacyjnego są nieuzasadnione z przyczyn wyżej opisanych.

Apelację powoda jako nietrafną Sąd Apelacyjny oddalił na podstawie art. 385 kpc .

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł na podstawie art. 98 kpc w związku z art. 391 § 1 kpc .