

*Sygn. akt I ACa 793/11*

*Sygn. akt I ACa 793/11*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 8 stycznia 2013 r.**

**Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:**

**Przewodniczący – Sędzia SA – Beata Kozłowska /spr./**

**Sędzia SA – Małgorzata Rybicka - Pakuła**

**Sędzia SO del. – Beata Byszevska**

**Protokolant – st. sekr. sąd. Katarzyna Foltak**

po rozpoznaniu w dniu 8 stycznia 2013 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa(...) W.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 6 kwietnia 2011 r. sygn. akt I C 330/10

**1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że oddala powództwo i zasądza od (...) W. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 7.200 (siedem tysięcy dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;**

**2. zasądza od(...) W. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 35.775 (trzydzieści pięć tysięcy siedemset siedemdziesiąt pięć) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

**I ACa 793/11**

**Uzasadnienie:**

**Powód(...)** W. wniosło o zasądzenie od (...) sp. z o.o. w W. kwoty 607 499 zł tytułem kar umownych za opóźnienie w wykonaniu robót budowlanych. W uzasadnieniu swego żądania powód wskazał, że strony łączyła umowa o roboty budowlane, która przewidywała karę umowną, do której zapłaty obowiązany był wykonawca w przypadku opóźnienia w wykonaniu robót oraz karę umowną należną zamawiającemu w przypadku odstąpienia przez niego od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Pozwana nie dotrzymała terminu realizacji robót, w związku z tym powód odstąpił od umowy. W niniejszym postępowaniu powód dochodzi jedynie kar umownych z tytułu opóźnienia w wykonaniu robót.

**Pozwany (...) sp. z o.o. w W.** wniósł o oddalenie powództwa w całości. Wskazał, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożone przez powoda jest nieważne, wobec wcześniejszego odstąpienia od umowy przez wykonawcę z uwagi

na brak współpracy powoda w wykonaniu umowy. Pozwany wskazał, że przyczyny niedotrzymania terminu realizacji robót leżały po stronie powoda.

**Wyrokiem z dnia 23 marca 2011 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od (...) sp. z o.o. w W. na rzecz (...) W. kwotę 607 499 zł z odsetkami ustawowymi od 30 marca 2010 r. do dnia zapłaty oraz kwotę 100 028 zł z odsetkami ustawowymi od 30 marca 2010 r. do dnia zapłaty, w pozostałej części oddalił powództwo i zasądził od (...) sp. z o.o. w W. na rzecz (...) W. kwotę 37 575 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania.**

Sąd Okręgowy ustalił, że dnia 30 marca 2007 r. strony zawarły umowę o rozbudowę budynku w parku A. na cele kulturalno-społeczne i opiekuńcze. Zakończenie budowy miało nastąpić w terminie 11 miesięcy od dnia przekazania wykonawcy placu budowy.

W umowie strony uzgodniły, że w przypadku, gdy bieżące kontrole postępu robót wykażą, że nie ma możliwości technicznych wykonania przedmiotu umowy w terminie umownym, a szacowane przez zamawiającego opóźnienie zakończenia choćby jednego z elementów przedmiotu umowy z winy wykonawcy przekracza 30 dni w stosunku do terminu ujętego w harmonogramie rzeczowo-finansowym, zamawiający może odstąpić od umowy z winy wykonawcy i żądać zapłaty kar umownych w wysokości 0,3 % wartości wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia.

Bezspornym w sprawie jest, że ustalony w umowie termin wykonania robót nie został dotrzymany. Sąd Okręgowy ustalił, iż przyczyny niedotrzymania tego terminu leżały po stronie wykonawcy. Do niedotrzymania terminu realizacji robót doszło pomimo tego, że powód wielokrotnie zwracał się do wykonawcy o zniwelowanie opóźnień na budowie. W związku z zaistniałym opóźnieniem w realizacji robót powód dnia 4 lipca 2008 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od łączącej go z pozwaną spółką umowy. Sąd Okręgowy uznał, że do naliczenia kar umownych uprawniało powoda samo opóźnienie, zatem strona pozwana broniąc się przed żądaniem zapłaty kar umownych winna wykazać, iż do opóźnienia doszło bez jej winy, ale temu nie podołała. Powód wykazał istnienie zawinięcia po stronie wykonawcy, czyli pozwanej spółki w niedotrzymaniu terminu realizacji robót.

Sąd Okręgowy wskazał, że strona pozwana nie zakwestionowała niezrealizowania wskazanego przez powoda zakresu robót, tj. jedynie prowizorycznego połączenia instalacji elektrycznej na parterze, braku osprzętu elektrycznego, niewykonania pomiarów instalacji elektrycznej, braku instalacji na piętrze budynku, niewykonania instalacji elektrycznej zgodnej z projektem, tj. o przekroju 2,5 mm<sup>2</sup>, niewykonania drożnej instalacji kanalizacyjnej. Co prawda, zwalczając żądanie pozwu, pozwana spółka wskazywała, że przyczyny opóźnień leżały po stronie powoda, lecz te twierdzenia nie zostały w toku postępowania udowodnione. Nie zostało bowiem wykazane, aby zmiany w rozwiązaniach instalacji kanalizacyjnej lub konstrukcji dachowej wpłynęły na opóźnienie prac. Nie została wykazana niezgodność szczegółowej dokumentacji z dokumentacją przetargową, ani zakres opóźnienia w dostarczeniu decyzji (...), czy uzgodnień w Zespole Uzgodnień Dokumentacji na całościowe wykonanie inwestycji. Stąd też, zdaniem Sądu Okręgowego, dokonane przez powoda naliczenie kar umownych za opóźnienie w realizacji robót w świetle § 10 zawartej przez strony umowy należało uznać za uzasadnione.

W związku z tym, Sąd Okręgowy uznał również, że odstąpienie od umowy dokonane przez pozwanego dnia 3 lipca 2008 r. było nieskuteczne. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy dokonane przez pozwaną spółkę w oparciu o art. 491 k.c. wskazywało na brak współpracy w realizacji umowy przez drugą stronę. Zdaniem Sądu Okręgowego nie zaistniały przyczyny, dla których dokonano tego odstąpienia. Zostało ono złożone w okresie, w którym inwestor wskazywał na znaczne opóźnienie skutkujące naliczaniem kar umownych i w ocenie Sądu Okręgowego miało na celu jedynie udaremnienie możliwości złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy przez inwestora. Wykonawca nie sygnalizował wcześniej zamiaru odstąpienia ani braku współpracy w takim zakresie, który uniemożliwiałby realizację zobowiązania. Dodatkowo taką ocenę uzasadnia fakt, iż pismem z 21 maja 2008 r. wykonawca wezwał zamawiającego do współpracy odpowiadając na wezwanie do zapłaty kar umownych. Nadto w wezwaniu tym określił termin 10 dni na wywiązanie się z zadań spoczywających na zamawiającym, określając te zadania jako obowiązek odbioru częściowego robót, dostosowanie dokumentacji do decyzji zarządu Dróg Miejskich, wystąpienie do Zakładu (...) w W.

o zgodę na prowadzenie robót ziemnych oraz o deklarację o niewyłączeniu z gwarancji fragmentu ulicy, wystąpienie o pozwolenie na budowę lub zgłoszenie budowy albo wykonania robót budowlanych, a także uzgodnienie z (...) projektu budowlanego lub urządzenia, wystąpienie do (...) o zezwolenie na zajęcie pasa ruchu drogowego, o zezwolenie na umieszczenie w pasie drogowym urządzenia lub obiektu. Rozległość żądań zawartych w piśmie świadczy o założeniu niemożliwości ich spełnienia w terminie od otrzymania pisma (21.05.08) do upływu zakreślonego w piśmie terminu, tj. do 31 maja 2008 r.

Wykonawca w kolejnym piśmie, które wpłynęło do zamawiającego 1 lipca 2008 r. określił termin spełnienia jego oczekiwań jako niezwłoczny, jednak nie później niż do 2 lipca 2008 r.

Wyżej wskazane terminy uzasadniają twierdzenie, w ocenie Sądu Okręgowego, że nie były terminami „odpowiednimi” w rozumieniu art. 491 § 1 k.c. i ich wskazanie miało jedynie na celu uprawdopodobnienie uzasadnienia dokonanego już w dniu 3 lipca 2008 r. odstąpienia.

Z tego powodu Sąd Okręgowy uznał złożone przez pozwaną spółkę oświadczenie o odstąpieniu od umowy jako nieuzasadnione, zatem nie wywołujące skutków prawnych.

Sąd Okręgowy, uznając za zasadne naliczenie kar umownych i uwzględniając żądanie w tym zakresie miał na względzie, iż strona pozwana nie kwestionowała ich wysokości, ani sposobu ich wyliczenia.

Sąd Okręgowy nie podzielił również argumentacji strony pozwanej o nadużyciu prawa w naliczaniu kary umownej z uwagi na znaczący stopień wykonania prac, jak również wniosku o miarkowanie wysokości tej kary. Takie stanowisko Sądu Okręgowego wynikało z uwzględnienia represyjno-zabezpieczającej funkcji kary umownej przewidzianej w umowie stron. Nie można bowiem uznać zastrzeżonej kary umownej jako rażąco wygórowanej. Strony umowy, jako profesjonaliści, umówiły się o taką wysokość kary działając z należytym rozeznaniem zarówno co do przedmiotu umowy, jak i realiów rynku budowlanego. Do opóźnienia w realizacji inwestycji nie doszło z nadzwyczajnych przyczyn, których strony nie były w stanie przewidzieć przy zawieraniu umowy. Nie można też pominąć społecznego celu umowy, a także publicznego charakteru środków wydatkowanych na ten cel przy wartości kontraktu 2.623 000 zł, którego prawidłowe wykonanie kara umowna miała zabezpieczać. Sąd wziął przy tym pod uwagę, iż świadkowie wskazywali na wykonanie umowy w około 90-95 %, jednakże zakres braków w realizacji inwestycji (brak altanki śmietnikowej, całkowitej instalacji elektrycznej, kanalizacyjnej i gazowej, prowizoryczne podłączenie instalacji elektrycznej na parterze, brak osprzętu elektrycznego, niewykonane pomiary instalacji elektrycznej, brak instalacji elektrycznej na piętrze budynku, niewykonanie instalacji elektrycznej zgodnej z projektem, niewykonanie drożnej instalacji kanalizacyjnej, niezakończenie konstrukcji dachu, montażu stolarki okiennej, drzwiowej, niewykonane roboty w kotłowni) nakazywały uznać żądanie zapłaty kary umownej za uzasadnione w całości.

Pismem z 3 lipca 2008 r. wykonawca złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy na podstawie art. 491 k.c.

W odpowiedzi na pismo z 3 lipca 2008 r. dotyczące odstąpienia przez spółkę od umowy (...) W. uznało bezskuteczność tego odstąpienia i jednocześnie złożyło własne oświadczenie o odstąpieniu od umowy z uwagi na opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy.

Pismem z 9 października 2008 r. powód wezwał spółkę do zapłaty kwoty 605.913 zł tytułem kar umownych z tytułu opóźnienia w realizacji robót.

Sąd Okręgowy uznał, że powództwo zasługuje na uwzględnienie do kwoty 607.499 zł z odsetkami ustawowymi od 30 marca 2010 r. do dnia zapłaty oraz 100 028 zł z odsetkami ustawowymi od 30 marca 2010 r. do dnia zapłaty.

W dniu 23 lipca 2008 r. spółka prosiła o przybycie przedstawiciela miasta w celu uczestniczenia w inwentaryzacji na budowie, na spotkaniu 25 lipca 2008 r. przedstawiciel miasta sporządził notatkę wskazując na nieprzygotowanie prezesa spółki do dokonania inwentaryzacji.

W dniu 31 lipca 2008 r. nastąpiło częściowe przekazanie budynku, przekazano klucze do obiektu, komisja ustaliła że teren placu budowy zostanie przekazany 4 sierpnia 2008 r. oddzielnym protokołem.

W dniu 4 sierpnia 2008 r. został sporządzony protokół z kontynuacji przejęcia budynku w którym wyszczególniono szereg usterek oraz niewykonanych prac zewnętrznych, nieprzekazanie dokumentacji. Do protokołu wykonawca zgłosił uwagi, strony ustaliły, że ostateczne przejęcie placu budowy nastąpi 12 sierpnia 2008 r.

Na dzień 12 sierpnia 2008 r. teren budowy nie był uporządkowany, wykonawca przedłożył wyniki badań zagęszczenia podłoża gruntowego, braki w dokumentacji technicznej wyszczególnione w protokole z 4 sierpnia 2008 r. nie zostały uzupełnione.

Pismem z 18 sierpnia 2008 r. spółka została wezwana do usunięcia pozostawionego na placu budowy sprzętu.

Pismem z 9 października 2008 r. miasto wezwało spółkę do zapłaty kwoty

605 913 zł tytułem kar umownych.

W dniu 24 listopada 2008 r.(...)W. obciążyło spółkę notą księgową z tytułu kar umownych za 119 dni opóźnienia w wykonaniu robót na kwotę

606499 zł. W tym samym dniu wezwało spółkę do wydania dokumentacji dźwigu zainstalowanego w budynku umożliwiającej rejestrację urządzenia w (...).

W dniu 3 grudnia 2008 r. w budynku doszło do zalania spowodowanego spiętrzeniem ścieków w niedrożnej instalacji kanalizacyjnej. Po rozebraniu posadzki stwierdzono niedrożność rurociągu, wyrwanie odcinka rury i jego położenie w poprzek trasy, popękanie. W innym miejscu stwierdzono częściowe strzaskanie rurociągu. Brak szczelności i ciągłości rurociągu stwierdzono na odcinku dwóch metrów.

Pismem z 10 grudnia 2008 r. miasto wezwało spółkę do usunięcia wady w poziomie kanalizacji sanitarnej polegającej na ułożeniu wyrwanej, popękanej rury leżącej w poprzek trasy oraz drugiej rury popękanej i poszarpanej, co powodowało zalewanie budynku.

Pismem z 20 stycznia 2009 r. spółka przedstawiła wyliczenie niezafakturowanych robót na łączną kwotę 604 000 zł.

Pismem z 6 lutego 2009 r.(...)W. nie uznało przedstawionego przez pozwaną spółkę zakresu rzeczowo-finansowego robót, jako wykonanych zgodnie z umową i mogących stanowić podstawę do zapłaty. W piśmie wskazano, że obsługa geodezyjna zawierała wykonanie powykonawczej dokumentacji geodezyjnej, czego pozwana spółka nie wykonała, a nadto w harmonogramie pozycja ta została oszacowana na 5 000 zł a nie jak spółka wskazała w piśmie z 20 stycznia 2009 r. na kwotę 7 000 zł. Miasto wskazało również na niewykonanie przez pozwanego likwidacji zaplecza budowy oraz niewykonanie w całości zakresu robót przedstawionych w piśmie pozwanego z 20 stycznia 2009 r., ich niewykonanie lub niedokończenie.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że stan faktyczny ustalił na podstawie niekwestionowanych przez strony dokumentów oraz zeznań wskazanych w uzasadnieniu wyroku świadków. Zeznania świadków pokrywały się częściowo ze złożonymi dokumentami, jak również korelowały ze sobą wzajemnie. Oceniając pozytywnie ich wiarygodność Sąd Okręgowy wziął pod uwagę, iż zeznający w większości pozostają w stosunku zależności służbowej od strony powodowej. Jednakże w zeznaniach tych nie doszło do sprzeczności podważającej ich wiarygodność, szczególnie w konfrontacji z korespondencją stron, która powieliała rozmowy dotyczące opóźnień w robotach ze wskazaniem przyczyn tkwiących po stronie wykonawcy.

Sąd Okręgowy uznał zeznania świadka J. F. za nieprzydatne do ustalenia stanu faktycznego, bowiem swoje twierdzenia o faktach świadek ten opierał o przypuszczenia i oceny, a nie o wiedzę zaczerpniętą z realizacji procesu inwestycyjnego, czego nie krył w swoich zeznaniach.

Sąd Okręgowy nie dał wiary zeznaniom S. J. w zakresie właściwego nadzoru nad przebiegiem inwestycji. W pismach wymienianych pomiędzy stronami strona pozwana nie kwestionowała zarzutów dotyczących ciągłego braku kadry na budowie, zmian lub nieobecności kierownika budowy. Prezes zarządu potwierdził w swoich zeznaniach zmiany dotyczące rozwiązań instalacji kanalizacyjnej i sposobu jej wykonania. W pozostałym zakresie zeznania nie znalazły potwierdzenia w pozostałym materiale dowodowym.

Sąd Okręgowy uznał, że powództwo zasługiwało na uwzględnienie w znacznej części. Sąd Okręgowy uznał za zasadne naliczenie kar umownych za opóźnienie w realizacji inwestycji. Sąd ustalił, iż odstąpienie od umowy dokonane przez powoda znajdowało w pełni oparcie w stopniu realizacji budowy. Powód wielokrotnie zwracał się do wykonawcy o zniwelowanie opóźnień na budowie, wskazując na uprawnienie do naliczenia kar umownych. Świadkowie potwierdzili stwierdzone przez nich opóźnienia oraz fakt sygnalizowania ich prezesowi pozwanej spółki oraz wskazywania na przyczyny tego stanu rzeczy. Do naliczenia kar umownych uprawniało powoda samo opóźnienie. Strona pozwana broniąc się przed żądaniem winna wykazać, iż do opóźnienia doszło bez jej winy, czemu nie podołała. Powód wykazał istnienie zawinienia po stronie pozwanej w nieterminowej realizacji prac. W złożonej dokumentacji, korespondencji prowadzonej przez strony, zostały wymienione usterki lub braki w wykonaniu prac, których strona pozwana nie zakwestionowała. Dotyczyły to w szczególności braku wykonania altanki śmietnikowej, instalacji elektrycznej, kanalizacyjnej i gazowej.

Strona pozwana nie zakwestionowała braków w realizacji tego zakresu robót polegających na prowizorycznym połączeniu instalacji elektrycznej na parterze, braku osprzęty elektrycznego, niewykonanych pomiarach instalacji elektrycznej, braku instalacji na piętrze budynku, niewykonaniu instalacji elektrycznej zgodnej z projektem, tj. o przekroju 2,5 mm<sup>2</sup>, niewykonaniem drożnej instalacji kanalizacyjnej. Strona pozwana nie zaprzeczyła twierdzeniom pozwu o niezakończeniu konstrukcji dachu, montażu stolarki okiennej, drzwiowej, niewykonanych robotach w kotłowni.

Zwalczając żądanie pozwu pozwany wskazywał również na inne przyczyny opóźnienia, które nie zostały potwierdzone przez powoda. Nie zostało wykazane, aby zmiany w rozwiązaniach instalacji kanalizacyjnej lub konstrukcji dachowej wpłynęły na opóźnienie prac oraz w jakim zakresie. Nie został przeprowadzony jakikolwiek dowód w tym zakresie. Nie została wykazana niezgodność szczegółowej dokumentacji z dokumentacją przetargową, ani zakres opóźnienia w dostarczeniu decyzji (...) czy uzgodnień w Zespole Uzgodnień Dokumentacji na całościowe wykonanie inwestycji. Stąd też naliczenie kar umownych za opóźnienie w realizacji robót dokonane przez powoda należało uznać za w pełni uzasadnione w świetle § 10 umowy stron.

Sąd nie uznał za skuteczne odstąpienie od umowy dokonanego przez pozwanego. Jako przyczyna tego odstąpienia został wskazany art. 491 k.c. ze wskazaniem na brak współpracy drugiej strony umowy. Zdaniem Sądu Okręgowego nie zaistniały przyczyny, dla których dokonano tego odstąpienia. Zostało ono złożone w okresie, w którym inwestor wskazywał na znaczne opóźnienie skutkujące naliczaniem kar umownych i w ocenie Sądu Okręgowego miało na celu jedynie udaremnienie możliwości złożenia odstąpienia od umowy przez inwestora. Wykonawca nie sygnalizował wcześniej zamiaru odstąpienia ani braku współpracy w takim zakresie, który uniemożliwiałby realizację zobowiązania. Dodatkowo taką ocenę uzasadnia fakt, iż pismem z 21 maja 2008 r. wykonawca wezwał zamawiającego do współpracy odpowiadając na wezwanie do zapłaty kar umownych. Nadto w wezwaniu tym zakreślił termin 10 dni na wywiązanie się z zadań spoczywających na zamawiającym, określając te zadania jako obowiązek odbioru częściowego robót, dostosowanie dokumentacji do decyzji zarządu Dróg Miejskich, wystąpienie do Zakładu (...) w W. o zgodę na prowadzenie robót ziemnych oraz o deklarację o niewyłączeniu z gwarancji fragmentu ulicy, wystąpienie o pozwolenie na budowę lub zgłoszenie budowy albo wykonania robót budowlanych, a także uzgodnienie z (...) projektu budowlanego lub urządzenia, wystąpienie do (...) o zezwolenie na zajęcie pasa ruchu drogowego, o zezwolenie na umieszczenie w pasie drogowym urządzenia lub obiektu. Rozległość żądań zawartych w piśmie świadczy o założeniu niemożliwości ich spełnienia w terminie od otrzymania pisma (21.05.08r.) do upływu zakreślonego w piśmie terminu, tj. do 31 maja 2008 r.

Wykonawca w kolejnym piśmie, które wpłynęło do zamawiającego 1 lipca 2008 r. określił termin spełnienia jego oczekiwań jako niezwłoczny, jednak nie później niż do 2 lipca 2008 r.

Wyżej wskazane terminy uzasadniają twierdzenie, iż wyznaczone przez odstępującego terminy nie były terminami „odpowiednimi”, do którego to pojęcia odwołuje się przepis art. 491 § 1 k.c. i ich wskazanie miało jedynie na celu uprawdopodobnienie uzasadnienia dokonanego już w dniu 3 lipca 2008 r. odstąpienia.

Skutkowało to uznaniem dokonanego odstąpienia jako nieuzasadnionego i nie mogącego wywołać skutków prawnych w świetle powołanego przepisu.

Sąd Okręgowy, uznając za zasadne naliczenie kar umownych i uwzględniając żądanie w tym zakresie miał na względzie, iż strona pozwana nie kwestionowała ich wysokości ani sposobu wyliczenia. Sąd nie podzielił również argumentacji strony pozwanej o nadużyciu prawa w naliczaniu kary umownej przy znaczącym stopniu wykonania prac, jak również wniosku o miarkowanie wysokości tej kary. Takie stanowisko Sądu Okręgowego wynikało z uwzględnienia represyjno-zabezpieczającej funkcji kary umownej przewidzianej w umowie stron. Nie można bowiem uznać zastrzeżonej kary umownej jako rażąco wygórowanej. Strony umowy, jako profesjonalści, umówiły się o taką wysokość kary działając z należyтым rozeznaniem zarówno co do przedmiotu umowy, jak i realiów rynku budowlanego. Do opóźnienia w realizacji inwestycji nie doszło z nadzwyczajnych przyczyn, których strony nie były w stanie przewidzieć przy zawieraniu umowy. Nie można też pominąć społecznego celu umowy, a także publicznego charakteru środków wydatkowanych na ten cel przy wartości kontraktu 2 623 000 zł, którego prawidłowe wykonanie kara umowna miała zabezpieczać. Sąd wziął przy tym pod uwagę, iż świadkowie wskazywali na wykonanie umowy w około 90-95 %, jednakże zakres braków w realizacji inwestycji (brak altanki śmietnikowej, całkowitej instalacji elektrycznej, kanalizacyjnej i gazowej, prowizoryczne podłączenie instalacji elektrycznej na parterze, braku osprzętu elektrycznego, niewykonane pomiary instalacji elektrycznej, brak instalacji elektrycznej na piętrze budynku, niewykonanie instalacji elektrycznej zgodnej z projektem, niewykonanie drożnej instalacji kanalizacyjnej, niezakończenie konstrukcji dachu, montażu stolarki okiennej, drzwiowej, niewykonane robotach w kotłowni nakazywały uznać żądanie zapłaty kary umownej za uzasadnione w całości.

Sąd Okręgowy oddalił część żądania w zakresie skapitalizowanych odsetek, uznając iż doszło do nieprawidłowej ich kapitalizacji. Powód dokonując kapitalizacji odsetek przyjął początek terminu na dzień 12 sierpnia 2008 r., podczas gdy terminy zapłaty wskazane w notach księgowych i znajdujące uzasadnienie w zapisie § 10 pkt 3 umowy to odpowiednio 8 lipca 2008 r., 10 lipca 2008 r., 19 grudnia 2008 r. Przy przeliczeniu na nowo uwzględnwszy wyżej wskazane terminy zapłaty kar umownych, odsetki od zaległych odsetek wyniosły 100 028 zł.

Sąd Okręgowy uznał pozwaną spółkę za stronę przegrywającą spór niemal w całości, stąd zasadne było nałożenie na nią obowiązku zwrotu kosztów postępowania powodowi stosownie do reguły z art. 98 k.p.c.

### ***Apelację od tego wyroku wniósł pozwany.***

Zaskarżając wyrok w zakresie pkt I i III, skarżący zarzucił:

I. naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegające na bezpodstawnym uznaniu zeznań świadka J. F. za nieprzydatne do ustalenia stanu faktycznego, wobec uznania przez Sąd, iż twierdzenia o faktach świadek opierał o przypuszczenia i ceny, a nie wiedzę zaczerpniętą z realizacji procesu inwestycyjnego, podczas, gdy z zeznań tego świadka wynika, iż znał inwestycję i problemy związane z jej realizacją, wizytował inwestycję, był świadkiem procesu inwestycyjnego i doradzał w tym zakresie pozwanemu, wskazywał na fakty znane mu z procesu inwestycyjnego, a jego zeznania są logiczne i spójne i korelują z zeznaniami pozwanego i z materiałem dowodowym w aktach sprawy;

2)przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegające na bezpodstawnej

odmowie wiary zeznaniom S. J. w zakresie właściwego nadzoru nad przebiegiem inwestycji i uznaniu, iż zeznania pozwanego nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym, w związku z tym, iż w pismach między stronami strona pozwana nie kwestionowała zarzutów ciągłego braku kadry na budowie, zmian lub nieobecności kierownika budowy, podczas gdy z materiału dowodowego zebranego w sprawie nie wynika, iż zmiany kierownika budowy były ciągłe, wynika, iż liczba pracowników była wystarczająca, ponadto powyższe nie miało wpływu na właściwy nadzór nad przebiegiem inwestycji, gdyż właściwy nadzór zależy od zorganizowania się, a roboty były realizowane zgodnie ze sztuką budowlaną, a zeznania znajdują potwierdzenie w pismach znajdujące się w aktach sprawy;

3) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegające na bezkrytycznym daniu wiary zeznaniom świadków powoda, podczas gdy świadkowie ci pozostają w relacji służbowej w stosunku do powoda, a z doświadczenia i zasad logiki wynika, iż pracownicy nie będą chcieli zeznawać na niekorzyść pracodawcy, a uznanie Sądu, iż można uznać je mimo wszystko za wiarygodne tylko na podstawie tego że nie są między sobą sprzeczne i znajdują oparcie w materiale dowodowym nie jest wystarczające, skoro wszyscy pozostają w podległości służbowej i będąc w takiej relacji sporządzali pisma, ponadto zeznania te są sprzeczne między sobą i korespondencją stron i z zeznaniami świadków strony pozwanej;

4) sprzeczność ustaleń Sądu z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym polegająca na uznaniu za zasadne naliczanie kar umownych oraz uznanie, iż do opóźnienia w realizacji inwestycji doszło z winy pozwanego, podczas gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż opóźnienia powstały z winy powoda i że powód przyczynił się do ich powstania;

5) sprzeczność ustaleń Sądu z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym polegającą na uznaniu, iż strona pozwana nie kwestionowała usterek lub braków w wykonaniu prac w szczególności dotyczących wykonania altanki śmietnikowej, instalacji elektrycznej, kanalizacyjnej i gazowej, dotyczących konstrukcji dachu, niewykonanych robót w kotłowni, podczas gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego i twierdzeń pozwanego wynika, iż pozwany kwestionował powyższe i wskazywał na przyczyny ich powstania leżące po stronie powoda, ponadto Sąd ustalając stan faktyczny uznał, iż pozwany potwierdził w zeznaniach zmiany dotyczące instalacji kanalizacyjnej i sposobu jej wykonania;

6) poprzez uznanie, iż pozwany nie wykazał, iż zmiany w rozwiązaniach instalacji kanalizacyjnej lub konstrukcji dachowej wpłynęły na opóźnienie prac i że nie został przeprowadzony jakikolwiek dowód w tym zakresie, podczas gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, iż pozwany wykazał powyższe, co wynika z pism znajdujących się w aktach sprawy, zeznań S. J. i zeznań świadka F., zeznań świadków powoda;

7) poprzez uznanie, wbrew zebranemu w sprawie materiałowi dowodowemu, iż nie było niezgodności szczegółowej dokumentacji z dokumentacją przetargową i opóźnienia w dostarczeniu decyzji (...) czy uzgodnień w Zespole Uzgodnień Dokumentacji;

8) poprzez uznanie za bezskuteczne odstąpienia od umowy przez pozwanego i uznanie, iż wykonawca nie sygnalizował wcześniej możliwości odstąpienia od umowy ani braku współpracy w tym zakresie, który uniemożliwiłby realizację zobowiązania i że nie zaistniały przyczyny dla tego odstąpienia, a odstąpienie od umowy złożone przez pozwanego miało na celu udaremnienie możliwości odstąpienia przez powoda, podczas gdy z pism Wykonawcy wynika, iż sygnalizował możliwość odstąpienia od umowy i brak współpracy w tym zakresie;

9) poprzez dokonanie oceny dowodów, bez wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, w tym zeznań świadków strony pozwanej i powodowej, z pominięciem pisma pozwanego z dnia 12 grudnia 2007 r.;

II naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. poprzez uznanie, iż odstąpienie od umowy przez pozwanego miało na celu udaremnienie odstąpienia przez powoda, co nie znajduje odzwierciedlenia w materiale dowodowym i powyższe z niego nie wynika;

III naruszenie przepisu art. 321 k.p.c. poprzez uznanie za bezskuteczne odstąpienia od umowy przez pozwanego, podczas gdy powyższe nie było objęte żądaniem powoda;

IV naruszenie przepisów postępowania tj. art. 328 § 2 k.p.c. poprzez:

- niewskazanie na podstawie jakich dowodów Sąd uznał, iż powód wykazał istnienie zawinienia po stronie pozwanej w nieterminowej realizacji prac,

- poprzez niewykazanie na jakiej podstawie Sąd uznał, iż nie zaistniały przyczyny dla odstąpienia przez pozwanego od umowy a odstąpienie od umowy złożone przez pozwanego miało na celu udaremnienie możliwości odstąpienia przez powoda,

- poprzez niewskazanie na podstawie jakich dowodów przy stwierdzeniu możliwości miarkowania kary umownej, Sąd określił, zakres braków w realizacji inwestycji;

V naruszenie art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. poprzez ich zastosowanie, przez uznanie za zasadne naliczania kar umownych za opóźnienie w realizacji inwestycji, podczas gdy niewykonanie zobowiązania nie wynika z winy pozwanego;

VI naruszenie art. 484 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie, uznając, iż nie ma podstaw do zmniejszenia kary umownej, w tym z uwagi na zakres braków w inwestycji, podczas gdy, przesłanką miarkowania kary umownej nie jest zakres braków w inwestycji, ale ilość wykonanej umowy i poprzez uznanie, iż kara nie jest rażąco wygórowana, uznając, iż strony umówiły się na takie kary, podczas gdy, z materiału dowodowego wynika, iż warunki te były odgórnie narzucone i zaistniały przesłanki do miarkowania kary umownej.

Podnosząc te zarzuty, pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt I i III poprzez oddalenia powództwa i zasądzenie na rzecz pozwanego kosztów procesu, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

#### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja pozwanej spółki zasługuje na uwzględnienie, aczkolwiek nie z powodów, które zostały podniesione w ramach zarzutów apelacji.

Sąd Apelacyjny uznał, iż kwestia prawidłowej wykładni i prawidłowego zastosowania przepisów prawa materialnego, stanowiących podstawę roszczeń dochodzonych w niniejszym postępowaniu, podlega badaniu przez sąd z urzędu, niezależnie od tego czy w ogóle i w jakim aspekcie, została podniesiona w apelacji. Sąd drugiej instancji zarówno dokonuje ustaleń własnych, jak i ma obowiązek ustalenia podstawy prawnej rozstrzygnięcia, czyli niezależnie od stanowiska stron i zarzutów apelacji, powinien zastosować właściwe przepisy prawa materialnego. Nakaz rozpoznania apelacji „w granicach apelacji” oznacza zatem rozpoznanie jej zarówno w granicach zaskarżenia, jak i w granicach zarzutów prawa procesowego, ale nie oznacza związania sądu drugiej instancji zarzutami prawa materialnego. Ten brak związania dotyczy również strony wnoszącej apelację, która może przytaczać zarzuty aż do zamknięcia rozprawy (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008/6/55, wyroki Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2010 r., V CSK 296/09 (niepubl.), z dnia 10 grudnia 2009 r., III UK 54/09 (niepubl.), z dnia 23 lutego 2010 r., II UK 194/09 (niepubl.), z dnia 13 maja 2010 r., II PK 346/09 (niepubl.), postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2010 r. III CSK 129/09, (niepubl.).

W niniejszej sprawie powód dochodzi kary umownej z tytułu opóźnienia w realizacji praw, przy czym wskazał również, że odstąpił od wiążącej strony umowy, a w związku z odstąpieniem od umowy zastrzeżona została w zawartej przez strony umowie kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy.



Analizując zatem możliwą do przyjęcia podstawę prawną roszczeń powoda, Sąd Apelacyjny uznał, że zachodzi w sprawie następujące zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości, które zostało przedstawione do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu na podstawie art. 390 § 1 k.p.c.:

Czy odstąpienie od umowy wzajemnej pozbawia stronę dokonującą takiego odstąpienia roszczenia o zapłatę przez drugą stronę kary umownej, zastrzeżonej na wypadek zwłoki lub opóźnienia za okres poprzedzający odstąpienie od umowy, jeśli strony w umowie nie zastrzegły prawa dochodzenia tej kary również w przypadku odstąpienia od umowy, zastrzegły natomiast karę umowną przysługującą z tytułu odstąpienia od umowy?

Sąd Najwyższy uchwałą z dnia 18 lipca 2012 r. III CZP 39/12 wyjaśnił, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy.

Oznacza to, że w przypadku skuteczności odstąpienia od umowy, powód byłby uprawniony do domagania się od pozwanej spółki kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy, a nie kar umownych z tytułu opóźnienia w realizacji robót będących przedmiotem umowy, a tym samym jego roszczenia byłyby niezasadne. Pomimo zatem wielkości zarzutów apelacji, odniesienia wymaga jedynie kwestia skuteczności odstąpienia od umowy dokonanego przez stronę powodową, bowiem stanowisko Sądu Okręgowego, iż powód był uprawniony do odstąpienia od umowy jest kwestionowane w apelacji strony pozwanej.

Sąd Okręgowy stwierdził, że „odstąpienie od umowy znajdowało w pełni oparcie w stopniu realizacji budowy”. Z tego stwierdzenia można jedynie domniemywać, iż odstąpienie od umowy dokonane przez powoda Sąd Okręgowy uznał za skuteczne. Tym niemniej Sąd Okręgowy nie wyjaśnił czy odstąpienie to uznał za skuteczne na gruncie postanowień umowy, w których prawo odstąpienia od umowy zostało zastrzeżone na rzecz powoda, czy też w grę wchodzi przesłanki odstąpienia od umowy, o których mowa w art. 491 k.c., czy też art. 635 k.c.

Powód w niniejszym postępowaniu nie wykazał, by wyznaczał pozwanej spółce odpowiedni dodatkowy termin do wykonania umowy z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Wszelkie wezwania do zrealizowania umowy były kierowane pod rygorem naliczenia kar umownych. Zatem przesłanki z art. 491 k.c. nie zostały spełnione.

Jeśli natomiast chodzi o postanowienia umowy, to w jej § 9 strony postanowiły, że w przypadku, gdy bieżące kontrole postępu robót, w oparciu o wpisy do dziennika budowy oraz protokoły odbioru elementów robót wykażą, że nie ma możliwości technicznych wykonania przedmiotu umowy w terminie umówionym, a szacowane przez zamawiającego opóźnienie zakończenia chociażby jednego z elementów przedmiotu umowy z winy wykonawcy przekracza 30 dni w stosunku do terminu ujętego w harmonogramie rzeczowo-finansowym budowy, zamawiający może odstąpić od umowy z winy wykonawcy z konsekwencjami wymienionymi w § 10 ust. 1.3 i ust. 2 umowy, czyli prawem żądania kary umownej należnej w związku z odstąpieniem od umowy. Stanowiący załącznik do umowy harmonogram rzeczowo-finansowy rozbudowy budynku wskazywał szczegółowo terminy realizacji poszczególnych etapów prac.

Z pewnością zapis § 9 umowy nie może być uznany za spełniający wynikające z art. 395 k.c. wymogi umownego prawa odstąpienia, bowiem nie wyznacza on terminu odstąpienia i to ze skutkiem ad quem. Prawo do odstąpienia od umowy nie zostało uzależnione od zdarzenia prawnego, które nastąpi w przyszłości.

Tym niemniej, w ocenie Sądu Apelacyjnego, klauzulę umowną z § 9 umowy należałoby zakwalifikować jako *lex commissoria* w rozumieniu art. 492 k.c. W myśl art. 492 k.c. wierzyciel może bez wyznaczania dodatkowego terminu, jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego. Nie chodzi w tym przypadku o wyznaczanie terminu ad quem do złożenia oświadczenia woli o odstąpieniu do umowy, lecz o wyznaczenie ściśle określonego terminu do spełnienia świadczenia, z upływem którego powstaje (a quo) prawo wierzyciela do odstąpienia od umowy. Ujęte w § 9 umowy postanowienie ma cechy

prawne legis commissoriae w przedstawionym wyżej znaczeniu. Zawarta przez strony umowa była umową wzajemną. Klauzula umowna z § 9 zastrzegła prawo odstąpienia od umowy w razie niewykonania zobowiązania polegającego na niewykonaniu określonego etapu robót. Termin wykonania tych robót został ściśle oznaczony w harmonogramie rzeczowo-finansowym rozbudowy budynku. W treści § 9 umowy nie zostało przewidziane automatyczne odstąpienie od umowy z upływem terminów realizacji robót wskazanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym, lecz wymóg złożenia stosownego oświadczenia woli przez zamawiającego wykonawcę, czyli stronie niewykonującej zobowiązania.

W tym stanie rzeczy dokonane przez powoda dnia 4 lipca 2008 r. odstąpienie od umowy można oceniać na gruncie art. 492 k.c.

Co więcej, za podstawę prawną odstąpienia od umowy dokonanego przez powoda uznać można również art. 635 k.c. Co prawda przepis ten nie został przytoczony przez powoda jako podstawa odstąpienia, tym niemniej, fakt ten sam przez się nie wyklucza oceny skuteczności dokonanego przez powoda odstąpienia od umowy na gruncie tego właśnie przepisu, mającego zastosowanie do umowy o roboty budowlane z mocy art. 656 k.c.

Przepis art. 635 k.c. stanowi, że jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła. Oznacza to, że w przypadku umowy o roboty budowlane samo opóźnienie w realizacji robót, a więc niedotrzymanie terminu realizacji robót nawet z przyczyn przez wykonawcę niezawinionych, upoważnia do odstąpienia od umowy i to bez konieczności wyznaczenia terminu dodatkowego. Jak przy tym wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 stycznia 2012 r. IV CSK 182/11 na podstawie art. 635 k.c. dopuszczalne jest odstąpienie przez zamawiającego od umowy o dzieło także po upływie terminu do wykonania dzieła. Pozwany, wbrew zarzutom apelacji, nie wykazał, że przyczyny niedotrzymania terminu realizacji prac leżały wyłącznie po stronie powoda, bowiem tylko taka sytuacja pozbawiałaby powoda prawa odstąpienia od umowy.

Sąd Okręgowy głównie w oparciu o zeznania świadków i dowody z dokumentów ustalił, że odstąpienie od umowy dokonane przez powoda znajdowało w pełni oparcie w stopniu realizacji budowy. Powód wielokrotnie zwracał się do wykonawcy o zniwelowanie opóźnień na budowie, wskazując na uprawnienie do naliczenia kar umownych. Świadczenie potwierdzili stwierdzone przez nich opóźnienia oraz fakt sygnalizowania ich prezesowi pozwanej spółki oraz wskazywania na przyczyny tego stanu rzeczy. Sąd Apelacyjny te ustalenia uznaje za trafne.

Sąd Okręgowy wskazał, że strona pozwana, broniąc się przed żądaniem, winna wykazać, iż do opóźnienia doszło bez jej winy, czemu nie podołała. Również z tym stwierdzeniem Sądu Okręgowego należy się zgodzić. Powód wykazał istnienie zawinienia po stronie pozwanej w nieterminowej realizacji prac. W złożonej dokumentacji, korespondencji prowadzonej przez strony, zostały wymienione usterki lub braki w wykonaniu prac, których strona pozwana nie zakwestionowała. Dotyczyło to w szczególności braku wykonania altanki śmietnikowej, instalacji elektrycznej, kanalizacyjnej i gazowej. Strona pozwana nie zakwestionowała braków w realizacji robót polegających na prowizorycznym połączeniu instalacji elektrycznej na parterze, braku osprzętu elektrycznego, niewykonanych pomiarach instalacji elektrycznej, braku instalacji na piętrze budynku, niewykonaniu instalacji elektrycznej zgodnej z projektem, tj. o przekroju 2,5 mm<sup>2</sup>, niewykonaniem drożnej instalacji kanalizacyjnej. Strona pozwana nie zaprzeczyła twierdzeniom pozwu o niezakończeniu konstrukcji dachu, montażu stolarki okiennej, drzwiowej, niewykonanych robotach w kotłowni.

Pozwana spółka zakwestionowała też ustalenia Sądu Okręgowego, iż niedotrzymanie terminu realizacji prac nastąpiło z przyczyn zawinionych przez stronę pozwaną, zarzucając bezkrytyczne danie wiary świadkom powoda, co zdaniem pozwanego, nie powinno mieć miejsca, bo świadkowie pozostają w relacji służbowej z powodem. Zdaniem Sądu Apelacyjnego sam fakt, iż świadkowie pozostają w relacjach służbowych z powodem nie uzasadnia automatycznie uznania zeznań tych świadków za niewiarygodne. Pozwany nie wykazał ani sprzeczności zeznań świadków ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, ani nieścisłości w tych zeznaniach.

Strona pozwana wskazała w swej apelacji na przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegające na bezpodstawnym uznaniu zeznań świadka J. F. za nieprzydatne do ustalenia stanu faktycznego, wobec uznania przez Sąd Okręgowy, iż twierdzenia o faktach świadek opierał o przypuszczenia i ceny, a nie wiedzę zaczerpniętą z realizacji procesu inwestycyjnego, podczas, gdy z zeznań tego świadka wynika, iż znał inwestycję i problemy związane z jej realizacją, wizytował inwestycję, był świadkiem procesu inwestycyjnego i doradzał w tym zakresie pozwanemu, wskazywał na fakty znane mu z procesu inwestycyjnego, a jego zeznania są logiczne i spójne i korelują z zeznaniami pozwanego i z materiałem dowodowym w aktach sprawy. W pewnym aspekcie należy zgodzić się z zarzutem apelacji, iż brak było podstaw do odmowy wiarygodności zeznań tego świadka z tego powodu, że twierdzenia o faktach świadek opierał o przypuszczenia i ceny, a nie wiedzę zaczerpniętą z realizacji procesu inwestycyjnego, bowiem, jak stwierdził sam świadek, inwestycja realizowana przez stronę pozwaną znana mu była stąd, że wizytował ją w ramach współpracy ze stroną pozwaną. Tym niemniej zgodzić się należy generalnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego, iż zeznania świadka nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do czynienia w sprawie ustaleń faktycznych. Po pierwsze, zeznania tego świadka są stosunkowo ogólnikowe. Świadek ten nie miał pewności w zakresie przyłączy kanalizacyjnych, nie potrafił powiedzieć na czym polegały zmiany w przebiegu tej kanalizacji. O problemach we współpracy stron świadek wiedział ze skarg wykonawcy. Wskazał co prawda na brak rysunków wykonawczych elementów konstrukcyjnych dachów, ale w oparciu o tak ogólne stwierdzenie nie można w żadnej mierze przyjąć, by ten brak powodował opóźnienie, a jeśli tak, to w jakim zakresie.

Jeśli natomiast chodzi o zarzut przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów polegającego na bezpodstawnej odmowie wiary zeznaniom S. J. w zakresie właściwego nadzoru nad przebiegiem inwestycji, to w tym zakresie w pełni należy zgodzić się z oceną Sądu Okręgowego, iż twierdzenia świadka o tym, że nadzór ze strony wykonawcy był prawidłowy, nie zasługują na wiarę, bowiem pozostają one w sprzeczności z zeznaniami pozostałych świadków oraz treścią korespondencji prowadzonej przez strony, w której powód wielokrotnie sygnalizował tę kwestię. Dla oceny czy roszczenie powoda w zakresie kar umownych jest uzasadnione nie ma większego znaczenia, czy nadzór był prawidłowy – nawet jeśli był, to przy bezspornym fakcie niedotrzymania terminu, to rzeczą pozwanego jest wykazanie, że niedotrzymanie terminu nastąpiło z przyczyn w żadnej mierze przez niego niezawinionych. Uznając zatem, iż strona pozwana nie wykazała, że niedotrzymanie terminu realizacji umowy nastąpiło z przyczyn leżących przez pozwanego, odstąpienie od umowy dokonane przez powoda uznać należy za skuteczne.

Oznacza to, że powód mógł dochodzić od pozwanego jedynie kar umownych, które strony zastrzegły w § 9 ust. 1 i § 10 ust. 1.3 umowy związku z odstąpieniem od umowy w wysokości 20 % wartości wynagrodzenia umownego brutto. Co istotne, z niezakwestionowanych przez powoda twierdzeń pozwanego, ta ostatnia kara umowna została od pozwanego już wyegzekwowana. Bezzasadne jest natomiast żądanie zasądzenia kar umownych zastrzeżonych w umowie w związku z opóźnieniem realizacji robót. Jak bowiem wyjaśnił Sąd Najwyższy w podjętej w niniejszej sprawie uchwale, roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy.

Zbędnym jest tym samym odnoszenie się do pozostałych zarzutów apelacji pozwanego.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny w oparciu o art. 381 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok i powództwo oddalił. W związku z tym, iż to powoda uznać należy za stronę przegrywającą proces, Sąd Apelacyjny zmienił również rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów procesu w sposób, iż od powoda na rzecz pozwanego zasądzona została kwota 7200 zł tytułem zwrotu kosztów procesu. Kwota ta obejmuje wynagrodzenie pełnomocnika pozwanego ustalone w oparciu o § 2, § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163 poz. 1349 z późn. zm.).

W oparciu o art. 98 k.p.c. od powoda na rzecz pozwanego zasądzona została kwota 35 775 zł tytułem zwrotu kosztów procesu postępowania apelacyjnego. Na kwotę tę składa się wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 5400 zł ustalone w oparciu o § 2, § 6 pkt 7 i § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez

radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163 poz. 1349 z późn. zm.) oraz uiszczona przez pozwanego opłata od apelacji 30 375 zł.