Sygn. akt VII AGa 53/18

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 stycznia 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSA Marek Kolasiński

Sędziowie: SA Ewa Zalewska (spr.)

SO del. Aneta Łazarska

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Mikiciuk

po rozpoznaniu w dniu 24 stycznia 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 26 stycznia 2016 r., sygn. akt XXVI GC 264/13

I. ***zmienia zaskarżony wyrok nadając mu następującą treść:***

„1. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.:

a) ***kwotę 59.432,91 zł (pięćdziesiąt dziewięć tysięcy czterysta trzydzieści dwa złote i dziewięćdziesiąt jeden groszy) z ustawowymi odsetkami od dnia 19 września 2011 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;***

b) ***kwotę 26.637,34 zł (dwadzieścia sześć tysięcy sześćset trzydzieści siedem złotych trzydzieści cztery grosze) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 10 grudnia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;***

2. ***oddala powództwo w pozostałej części;***

3. ***ustala, że koszty procesu w 33% ponosi (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., a w 67% (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., pozostawiając szczegółowe ich wyliczenie referendarzowi sądowemu.”;***

II. ***oddala apelację pozwanego w pozostałej części;***

III. ***zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. kwotę 3.203,60 zł (trzy tysiące dwieście trzy złote i sześćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.***

Sygn. akt VII AGa 53/18

UZASADNIENIE

Powód M. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe (...) (poprzednik prawny (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.; dalej: (...) sp. z o.o.) wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. jako członka konsorcjum będącego generalnym wykonawcą (dalej: (...) sp. z o.o.) kwoty 123.709,17 zł wraz z odsetkami ustawowymi od następujących kwot:

- 59.432,91 zł od dnia 18 września 2011 r. do dnia zapłaty,

- 64.276,26 zł od dnia 1 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty.

Jednocześnie powód wniósł o zasądzenie na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, że zawarł z pozwanym (...) sp. z o.o. oraz z (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. (dalej: (...) sp. z o.o.) - jako konsorcjantami - umowę podwykonawczą nr (...), zgodnie z którą zobowiązany był do wykonania prac budowlanych na inwestycji o nazwie „Przebudowa ul. (...) w P. (DW (...)) na odcinku od planowanego skrzyżowania z III ramą komunikacyjną (ul. (...)) do granicy miasta oraz usług związanych z wykonywanymi robotami budowlanymi". Powód wywodził, iż z uwagi na obmiarowy charakter wynagrodzenia strony ustaliły szacunkowe wynagrodzenie podwykonawcy na kwotę 2.590.000 zł, a szczegółowy harmonogram realizacji robót obejmował załącznik nr 2 do umowy z dnia 16 listopada 2009 r. Powód argumentował jednocześnie, że w dniu 22 marca 2010 r. aneksem nr (...) do umowy z dnia 16 listopada 2009 r. strony ograniczyły przedmiot umowy o zakres „Roboty instalacyjne - roboty teletechniczne", zmniejszając wynagrodzenie szacunkowe podwykonawcy do kwoty 1.240.000 zł. Ponowna zmiana zakresu robót nastąpiła na mocy aneksu nr (...) z dnia 16 listopada 2009 r., a wartość zleconych w nim prac uzgodniono na kwotę 22.710 zł netto. Powód podniósł przy tym, iż zgodnie z łączącą strony umową miał on obciążyć (...) sp. z o.o. fakturami za 51 % wykonanych prac, a pozostałe 49 % miało zostać każdorazowo fakturowane na (...) sp. z o.o., jako drugiego z członków konsorcjum. Powód wskazał również, że pismem z dnia 17 czerwca 2011 r. pozwana spółka poinformowała powoda oraz pozostałych podwykonawców, że z uwagi na konieczność wykonania robót dodatkowych, termin zakończenia prac ulega przesunięciu o 60 dni, tj. do 30 lipca 2011 r. Niemniej jednak - jak podniósł powód - (...) sp. z o.o. odmówił sporządzenia pisemnego aneksu, zmieniającego termin zakończenia prac powierzonych M. B. oraz podpisania karty obmiaru robót. Powód podniósł, że z tytułu prawidłowo i terminowo wykonanych prac wystawił on (...) sp. z o.o. odpowiednio fakturę VAT nr (...) z dnia 18 sierpnia 2011 r. na kwotę 280.493,25 zł oraz fakturę VAT nr (...) z dnia 31 października 2011 r. na kwotę 64.276,26 zł. Obie faktury zostały zdaniem powoda przyjęte i zaakceptowane przez pozwanego bez zastrzeżeń. Pozwany jednak - jak wywodził powód - nie zapłacił kwot z nich wynikających, przesyłając jednocześnie w dniu 22 sierpnia 2011 r. powodowi certyfikat płatności oraz naliczoną - tytułem kosztów wykonania zastępczego przez W. I. (1) - fakturę VAT nr (...) z dnia 14 października 2011 r. na kwotę 59.432,91 zł. Powód wskazał, że odmówił on przyjęcia ww. faktury VAT, podnosząc, że zakres zleconych jemu prac nie obejmował robót wykonanych przez wykonawcę zastępczego - W. I. (1). Powód wskazał, że niezależnie od powyższej faktury VAT z tytułu prac zastępczych, pismem z dnia 25 czerwca 2012 r. pozwany poinformował powoda o obciążeniu go kwotą 372.499,45 zł tytułem kary umownej za przekroczenie terminu wykonania prac. Powód podniósł, iż nie uznał on ww. noty obciążeniowej nr (...) i wezwał (...) sp. z o.o. do jej anulowania. Pozwany jednak odmówił zarówno anulowania noty obciążeniowej, jak i zapłaty powodowi wynagrodzenia za wykonane prace. Konkludując, powód wskazał, iż ponowne

wezwanie pozwanego pismem z dnia 14 maja 2012 r. do zapłaty kwoty 124.054,23 zł okazało się bezskuteczne i stąd wystąpił z niniejszym pozwem o zapłatę.

Nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 5 listopada 2012 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu uwzględnił w całości żądanie pozwu.

Pozwany (...) sp. z o.o. wniósł w terminie sprzeciw od ww. nakazu zapłaty, żądając oddalenia powództwa w całości oraz zasądzenia od powoda na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych (k. 305).

Odnosząc się merytorycznie do zgłoszonego żądania pozwu, pozwana spółka wniosła o jego oddalenie w całości z uwagi na to, że wierzytelności powoda dochodzone pozwem wygasły na skutek potrąceń dokonanych przez pozwanego. Pozwany wskazał mianowicie, że wierzytelność przysługującą mu z tytułu zastępczego wykonania robót w kwocie 59.432,91 zł potrącił z wierzytelnością powoda udokumentowaną fakturą VAT nr (...) na kwotę 59.432,91 zł. Z kolei wierzytelność z tytułu kary umownej za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy w wysokości 372.499,45 zł pozwana spółka potrąciła z wierzytelnością powoda udokumentowaną fakturą VAT nr (...), co doprowadziło zdaniem pozwanego do wygaśnięcia wierzytelności powoda w wysokości 64.276,26 zł. Tym samym (...) sp. z o.o. zakwestionował powództwo zarówno co do samej zasady, jak i wysokości, wskazując po pierwsze, że powód nie wykonał przedmiotu umowy w ustalonym terminie, a po drugie, że nie reagował na ponaglenia pozwanego, aby zwiększyć stan załogi i zintensyfikować prowadzone roboty przez co popadł w opóźnienie. Ponadto, pozwany wyjaśnił, że M. B. nie wykonał całego zakresu zleconych robót, a w oddanych przez niego instalacjach występowały liczne usterki, wymagające poprawek, których powód nigdy się nie podjął, pomimo obowiązującej gwarancji należytego wykonania prac. Wobec powyższego - jak wskazał pozwany - był on zmuszony zatrudnić wykonawcę zastępczego, W. I. (1), który na rachunek i ryzyko M. B. dokończył prace. Pozwany zaprzeczył również, aby opóźnienia w realizacji robót miały w jakikolwiek sposób wpływ na możliwość prowadzenia prac przez powoda, wskazując, że inwestor przedłużył (...) sp. z o.o. termin realizacji robót o 60 dni z uwagi na konieczność wykonania dodatkowych robót w zakresie wymiany kanalizacji deszczowej przy ul. (...), której jednak nie dotyczył zakres prac zleconych powodowi. Tym samym pozwany, powołując dodatkowo na treść art. 77 k.c. oraz treść § 10 ust. 4 umowy, stanowiącego, że wszelkie zmiany do umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności zaprzeczył, aby doszło zmiany terminu zakończenia robót objętych przedmiotem umowy zawartej z powodem. Podkreślił, że treść harmonogramu realizacji robót, jako załącznika nr 2 do umowy, także podlegała tej zasadzie jako integralna jej część. Wskazał, że strony nigdy nie zawarły aneksu do umowy, który zmieniłby termin jej wykonania i wbrew twierdzeniom powoda wystosowanie do powoda pisma z dnia 17 czerwca 2011 r., w którym pozwany zgodnie z § 5 ust. 14 umowy wezwał jedynie powoda do zmiany ważności złożonego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, pozostawało bez wpływu na termin realizacji robót przez powoda. Pozwany podniósł ponadto, że powód nie wykonał całości robót objętych umową, w zakres których wchodziło m.in. wykonanie prac polegających na zamontowaniu po 6 kamer wideodetektora z konstrukcją wsporczą, (a nie jak błędnie twierdzi powód po 4 kamery) z odpowiednimi szafami sterowniczymi, zgodnie z pozycjami nr 2 i 19 w czterech kosztorysach na 4 skrzyżowaniach, tymczasem powód nie zamontował z powyższego zakresu 8 kamer systemów wiedodetekcji (po dwóch na każdym z czterech skrzyżowań) i nie uczynił tego, pomimo wezwań ze strony pozwanego, co spowodowało konieczność skorzystania przez pozwanego z wykonawstwa zastępczego w powyższym zakresie. Pozwany wskazał, że w związku z przekroczeniem końcowego terminu realizacji przedmiotu umowy pozwany naliczył powodowi karę umowną za 60-dniową zwłokę w wysokości 372.499,45 zł i wezwał powoda do zapłaty powyższej kwoty, a następnie pismem z dnia 23 maja 2012 r. złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu powyższej wierzytelności w części przypadającej na S. z wierzytelnością powoda udokumentowaną fakturą VAT z 31 października 2011 r. (nota obciążeniowa z 28 listopada 2011 r. Wskazał, że powyższe potrącenie doprowadziło do wygaśnięcia wierzytelności powoda w wysokości 64.276,25 zł. Pozwany wskazał, że dokumentację powykonawcza powód złożył dopiero w dniu 12 października 2011 r.

Pozwany podniósł także, że terminy płatności faktur objętych pozwem to 18 września 2011 r. i 9 grudnia 2011 r. zgodnie z § 5 ust. 9 umowy, a tym samym z ostrożności procesowej wskazał, że żądanie powoda zasądzenia odsetek w zakresie kwoty 64.276,26 zł od dnia 1 grudnia 2011 r. było nieuzasadnione.

Pozwany wniósł o dopuszczenie m. in. dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczność ustalenia, że roboty polegające na zamontowaniu 8 spornych kamer były ujęte w zakresie umowy łączącej strony, w tym w dokumentacji technicznej stanowiącej część umowy.

W odpowiedzi na sprzeciw powód podtrzymał żądanie pozwu. Powód zaprzeczył jednocześnie, aby w niniejszej sprawie doszło do skutecznego potrącenia wzajemnych wierzytelności stron procesu. Zdaniem powoda pozwana spółka bezzasadnie obciążyła go kwotą 59.432,91 zł, wynikającą z faktury obciążeniowej nr (...) z dnia 4 października 2011 r., odnoszącej się do wykonania zastępczego. Powód podkreślił, że kwota wskazana przez W. I. (1), tj. 59.432,91 zł, stanowi należne jemu wynagrodzenie z tytułu zawartej z pozwanym (...) sp. z o.o. umowy nr (...) na wykonanie prac nieobjętych zakresem robót zleconych powodowi. Ponadto, powód zarzucił stronie pozwanej, że niesłusznie naliczyła mu karę umowną za opóźnienie w wykonaniu robót, wskazując że doszło do skutecznego przesunięcia terminu zakończenia prac powierzonych powodowi o 60 dni.

Pismem procesowym datowanym na dzień 26 września 2013 r. pozwana spółka podtrzymała dotychczas prezentowane stanowisko w sprawie. Zaprzeczyła ona jednocześnie, aby kiedykolwiek doszło do skutecznej zmiany terminu zakończenia zleconych powodowi robót, wskazując, że zgodnie z umową z dnia 18 listopada 2011 r. wszelkie zmiany jej postanowień wymagały zawarcia aneksu w formie pisemnej. Pozwany podniósł również, że pisemna informacja o zmianie obowiązującego terminu dotyczyła wyłącznie zmian terminu realizacji kontraktu uzgodnionego przez pozwanego i zamawiającego (inwestora), a w żaden sposób nie dotyczyła zakresu robót zleconych powodowi.

W dalszym toku postępowania strony podtrzymały uprzednio zaprezentowane stanowiska w sprawie, przy czym w piśmie procesowym datowanym na dzień 14 grudnia 2015 r. powód wniósł o miarkowanie kary umownej, nałożonej na niego przez pozwaną spółkę podnosząc, że jest ona rażąco wygórowana zarówno z uwagi na zachwianie proporcji pomiędzy wysokością wynagrodzenia umownego, a wysokością naliczonej kary, a także z uwagi na zachwianie stosunku wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości poniesionej szkody. Powód podniósł, że wobec przedłużenia terminu do odbioru zleconych robót, pozwany nie opóźnił się z wykonaniem zobowiązania względem inwestora i nie poniósł z tego powodu szkody, zwłaszcza w postaci konieczności zapłaty kary umownej. Naliczenie kary umownej w wysokości 30% wynagrodzenia umownego prowadziłoby zatem zdaniem powoda do nieuzasadnionego wzbogacenia pozwanego, a tym samym do nieuzasadnionego nadmiernego obniżenia wynagrodzenia powoda za wykonane roboty. Wobec powyższego, na wypadek uwzględnienia zarzutów podniesionych przez pozwanego, powód wniósł o ustalenie kary umownej na kwotę 1 zł.

Strony w dalszym toku procesu podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Wyrokiem z dnia 26 stycznia 2016 r. Sąd Okręgowy w Warszawie w punkcie pierwszym sentencji zasądził od pozwanego na rzecz (...) sp. z o.o. z siedzibą w P.: kwotę 64.275,26 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 10 grudnia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty oraz odsetki ustawowe od kwoty 59.432,91 zł od dnia 19 września 2011 r. do dnia 14 października 2011 r.; w punkcie drugim sentencji oddalił powództwo w pozostałym zakresie; zaś w punkcie trzecim sentencji ustalił, że koszty procesu w 48% ponosi (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., a w 52% pozwany, przy czym szczegółowe ich wyliczenie pozostawił referendarzowi sądowemu.

Powyższe rozstrzygnięcia Sąd Okręgowy w Warszawie oparł na następujących ustaleniach faktycznych.

W dniu 16 listopada 2009 r. powód M. B., prowadzący wówczas działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe (...) zawarł z (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. oraz (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., działającymi w ramach konsorcjum, umowę podwykonawczą nr (...), której integralną część stanowiły także załączniki w

postaci kosztorysu - załącznik nr 1, harmonogramu - załącznik nr 2, warunków kontraktu generalnych wykonawców z zamawiającym - załącznik nr 3, specyfikacji technicznych - załącznik nr 4, dokumentacji przetargowej oraz dokumentacji projektowej kontraktu.

Zgodnie z postanowieniami wyżej wspomnianej umowy, wykonawca zobowiązany był do realizacji inwestycji o nazwie „Przebudowa ul. (...) w P. (DW 307) na odcinku od planowanego skrzyżowania z III ramą komunikacyjną (ul. (...)) do granicy miasta oraz usługi związane z wykonywanymi robotami budowlanymi", której inwestorem był Zarząd Dróg Miejskich w P. (§ 1 pkt 1 umowy). Szacunkowe wynagrodzenie podwykonawcy ustalono w umowie na kwotę 2.590.000 zł, a jego ostateczna wartość miała zostać wyliczona w oparciu o obmiar wykonanych i odebranych robót (§ 1 pkt 2 umowy). Płatności za wykonane roboty miały być dokonywane w oparciu o faktury częściowe VAT, wystawione przez podwykonawcę, na podstawie certyfikatu płatności faktury generalnego wykonawcy. Certyfikaty były wystawiane na podstawie obmiaru robót wykonanych w danym okresie rozliczeniowym oraz po każdorazowym dokonaniu przez inwestora odbioru częściowego prac. Certyfikat płatności miał stanowić podstawę do wystawienia dwóch oddzielnych faktur VAT, obciążających (...) sp. z o.o. w wysokości 51% wartości wykonanych robót, a w pozostałej części, tj. 49% obciążeniu podlegał drugi z członków konsorcjum - (...) sp. z o.o. (§ 5 ust. 2-3 umowy).

Zgodnie z przewidzianą w umowie hierarchią dokumentów, stanowiących źródło praw i obowiązków stron umowy podwykonawczej, w razie wątpliwości lub jakichkolwiek sprzeczności strony przyjęły, że w pierwszej kolejności o treści zobowiązania decydować będzie umowa, a następnie kosztorys - załącznik nr 1, harmonogram - załącznik nr 2, warunki kontraktu generalnych wykonawców z zamawiającym - załącznik nr 3, specyfikacje techniczne- załącznik nr 4, dokumentacja przetargowa oraz dokumentacja projektowa kontraktu - udostępnione wykonawcy w biurze budowy generalnych wykonawców. W przypadku zaś niezgodności lub rozbieżności pomiędzy postanowieniami poszczególnych dokumentów, wymienionych powyżej, rozstrzygająca miała być kolejność ich wymienienia (§ 1 pkt 3 i 4 umowy). M. B. złożył oświadczenie, że zapoznał się z całością dokumentacji, a także, że uwzględnił wszystkie warunki miejscowe i okoliczności mające wpływ na ceny wykonania, w związku z czym nie będzie żądał ich zwiększenia. Jednocześnie strony postanowiły, że w razie wystąpienia konieczności wykonania robót dodatkowych, nieujętych w umownych cenach jednostkowych, podwykonawca uzyska pisemne polecenie generalnego wykonawcy i przedstawi wstępny kosztorys. Koszty wykonania prac dodatkowych obciążały podwykonawcę, a generalny wykonawca miał je pokrywać jedynie w proporcjonalnym stosunku do roszczenia zaakceptowanego przez inwestora i potwierdzonego stosownym aneksem do umowy między nimi zawartym (§ 2 pkt 3 i 4 umowy). Ponadto, strony postanowiły, że wszelkie roszczenia M. B., wynikające z umowy, w szczególności roszczenia o przesunięcie terminu wykonania robót oraz roszczenia finansowe uwarunkowane są powiadomieniem generalnych wykonawców o okolicznościach uzasadniających żądanie tychże roszczeń w terminie 7 dni od wystąpienia oraz przekazaniem w tym terminie do wykonawców pisemnego roszczenia w sposób zgodny z kontraktem, pod rygorem utraty prawa do żądania spełnienia tych roszczeń (§ 3 pkt 5 umowy).

W zakresie kary umownej strony ustaliły, że w przypadku wystąpienia opóźnień w ukończeniu któregokolwiek z etapów lub całości robót w stosunku do terminów przedstawionych w załączniku nr 2, podwykonawca zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz (...) sp. z o.o. kary umownej wynoszącej 0,5% wartości umowy, określonej w § 1 ust. 2, za każdy dzień opóźnienia. Przy czym za datę ukończenia prac budowlanych uznano datę zatwierdzenia prac przez zamawiającego, z zastrzeżeniem, że zatwierdzenie może mieć charakter wstępny. Umowa przewidywała również karę umowną za opóźnienie w usuwaniu wad lub usterek w okresie gwarancji w stosunku do terminu wyznaczonego na ich usunięcie w wymiarze 5% wartości umowy, określonej w § 1 ust. 2, za każdy dzień opóźnienia (§ 4 ust. 2 umowy).

Na zabezpieczenie roszczeń generalnych wykonawców podwykonawca zobowiązał się do ustanowienia bezwarunkowej, nieodwołalnej i płatnej na pierwsze żądanie bankowej lub ubezpieczeniowej gwarancji dobrego wykonania umowy, opiewającej na kwotę 10% wartości brutto umowy (§ 5 ust. 14 umowy). M. B. zobowiązał się do usunięcia na żądanie generalnego wykonawcy wszelkich wad, które zaistnieją w okresie gwarancji i rękojmi na swój koszt. W razie zaś nieusunięcia wad wskazanych jemu pisemnie przez (...) sp. z o.o. lub inwestora, w terminie wskazanym przez inwestora, (...) sp. z o.o. zyskiwał uprawnienie do usunięcia lub zlecenia ich usunięcia stronie trzeciej na koszt podwykonawcy. Jednocześnie podwykonawca udzielił generalnemu wykonawcy gwarancji jakości w

rozumieniu art. 577 i nast. k.c. oraz rękojmi w rozumieniu art. 556 k.c. (§ 3 ust 9 umowy). Ponadto, strony umowy uzgodniły, że (...) sp. z o.o. będzie uprawniony do powierzenia osobom trzecim wykonawstwa zastępczego zobowiązań wynikających z umowy, których podwykonawca nie wykonuje, wykonuje nienależycie lub nie wykonuje w terminie, na koszt i ryzyko podwykonawcy, z zachowaniem prawa do żądania odszkodowania (§ 4 ust. 4 umowy). Zgodnie z § 10 pkt 4 umowy wszelkie zmiany do niej wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności. Szczegółowy zakres robót, zlecanych M. B., został umieszczony w załączniku nr 1 do umowy podwykonawczej nr (...) z dnia 16 listopada 2009 r. Kosztorys obejmował roboty branżowe (instalacje i roboty teletechniczne) o wartości 1.350.000 zł netto oraz roboty elektryczne w postaci montażu sygnalizacji świetlnej o wartości 1.240.000 zł netto.

Aneksem nr (...) z dnia 22 marca 2010 r. do umowy podwykonawczej nr (...) z dnia 16 listopada 2009 r. strony ograniczyły przedmiot umowy o następujący zakres prac: „Roboty instalacyjne - roboty teletechniczne", wskazane w specyfikacji technicznej w poz. D-01.03.04, określonych w kosztorysie stanowiącym załącznik nr 1 do umowy podwykonawczej jako pozycja 31. Ponadto, przedmiotowym aneksem strony zmniejszyły wartość szacunkową wynagrodzenia powoda do kwoty 1.240.000 zł. Z kolei aneksem nr (...) z dnia 18 października 2010 r. do umowy podwykonawczej z 16 listopada 2009 r. generalny wykonawca udzielił podwykonawcy zamówienia uzupełniającego, powiększając je o zakres robót budowlanych, obejmujących wykonanie kanalizacji rurami pod drogami oraz montażu masztów sygnalizacji ulicznej, określone w kosztorysie stanowiącym załącznik nr 1 do aneksu, za wykonanie których powód miał otrzymać wynagrodzenie obmiarowe w wysokości 22.710 zł. Termin do wykonania dodatkowych prac został określony na 31 maja 2011 r., a finalna wartość przedmiotu umowy, po uwzględnieniu zmian wprowadzonych aneksem nr (...), wynosiła 1.262.710 zł.

Zgodnie z kosztorysem, stanowiącym załącznik do umowy z dnia 16 listopada 2009 r., M. B. był zobowiązany m.in. do zainstalowania po 6 kamer wideodetektora wraz z konstrukcją wsporczą na skrzyżowaniach ulicy (...) z ulicami: Kopciuszka (poz. 19 kosztorysu), Leśnych S. (poz. 19 kosztorysu), S. (poz. 19 kosztorysu) oraz (...) (poz. 19 kosztorysu). Podwykonawca zainstalował po 4 kamery na każdym ze skrzyżowań, a tym samym o 8 kamer za mało.

Aneksem nr (...) do umowy nr (...) z dnia 10 listopada 2009 r. inwestor - Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w P. przedłużył generalnym wykonawcom, tj. (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. termin realizacji robót objętych kontraktem o 60 dni, tj. w zakresie zakończenia robót budowlanych do 30 lipca 2011 r. i w zakresie zakończenia przedmiotu umowy do dnia 29 sierpnia 2011 r., co było uwarunkowane koniecznością wykonania prac kanalizacyjnych przy ul. (...). W związku z koniecznością wykonania robót dodatkowych na kontrakcie oraz przesunięciem przez inwestora końcowego terminu zakończenia prac na budowie o 60 dni, pismem z dnia 17 czerwca 2011 r. (...) sp. z o.o. wystąpił do M. B. o odpowiednią zmianę terminów ważności złożonego zabezpieczenia wykonania umowy (gwarancji). (...) sp. z o.o. wskazał, że zgodnie z aktualnymi terminami kontraktowymi, wymaganym terminem ważności gwarancji należytego wykonania umowy podwykonawczej jest data 30 października 2015 r., przy czym określona w tej umowie redukcja zabezpieczenia przewidziana jest na 30 października 2011 r. W tym też czasie pracownicy (...) sp. z o.o., wykonujący swe obowiązki na placu budowy, m.in. w czasie rad budowy, zapewniali podwykonawców o odpowiednim przedłużeniu terminów do wykonania robót, wzywając jednak do niezwłocznej aktualizacji harmonogramów robót. W tej sytuacji M. B. wystąpił do (...) sp. z o.o. o sporządzenie aneksu uwzględniającego zmianę terminu na wykonanie robót, jednakże (...) sp. z o.o. takiego dokumentu nigdy nie przygotował. Tym samym, ani (...) sp. z o.o., ani (...) sp. z o.o. nie wyrazili zgody na zmianę terminu wykonania prac powierzonych M. B., a jednocześnie wezwali go do zintensyfikowania powierzonych prac.

W okresie czerwiec - lipiec 2011 r. przedstawiciele inwestora, generalnych wykonawców i podwykonawcy dokonali odbiorów technicznych poszczególnych etapów robót wykonanych przez powoda. Pierwszy z protokołów technicznego odbioru robót został sporządzony 21 czerwca 2011 r., a ostatni 29 lipca 2011 r. W protokołach znajdowały się uwagi dotyczące drobnych braków i usterek, niemniej jednak nie wpływały one na ogólną ocenę prac powierzonych podwykonawcy, co skutkowało tym, że zostały one odebrane i dopuszczone do użytkowania, a ich jakość została określona jako dobra. W toku czynności odbiorczych komisja stwierdziła niezgodność projektu budowlanego

z kosztorysem, a przedstawiciel inwestora zażądał zamontowania kamer wideodetekcji zgodnie ze złożonym przedmiarem robót.

W dniu 29 lipca 2011 r. doszło do spotkania przedstawicieli podwykonawcy M. J. G., (...) sp. z o.o. - (...) sp. z o.o. - P. T. jako generalnych wykonawców oraz inwestora - Zarządu Dróg Miejskich w P. B., w trakcie którego ustalono, że M. B. uzupełni wykonane prace o brakujące elementy, tj. zamontuje brakujące kamery na elementach wsporczych (z zasilaniem i uruchomieniem) na skrzyżowaniach ul. (...) z ulicami (...) (razem 8 kompletów), doposaży sterowniki, dostarczy protokoły pomiarowe, wykona poprawki, usunie usterki opisane w protokołach odbioru technicznego poszczególnych skrzyżowań, a także rozliczy się ze zdemontowanych i niezamontowanych urządzeń i materiałów do dnia 9 sierpnia 2011 r. W korespondencji mailowej z dnia 1 sierpnia 2011 r. przedstawiciel (...) sp. z o.o. - J. F. (1) zwrócił się do podwykonawców o potwierdzenie zakończenia robót oraz ich akceptacji przez inspektorów nadzoru wraz z protokołami odbiorów oraz poszczególnych użytkowników.

Pismami datowanymi na dzień 3, 4 i 18 sierpnia 2011 r. (...) sp. z o.o. wezwał M. B. do usunięcia uchybień wskazanych w notatce ze spotkania z dnia 29 lipca 2011 r., w tym do montażu 8 brakujących kamer, które winien był zamontować zgodnie z umową i załączonym do niej kosztorysem, a także zgodnie ze specyfikacjami technicznymi. M. B. nie wywiązał się z zobowiązania podjętego na spotkaniu z generalnym wykonawcą i inwestorem, w związku z czym (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. zlecili zamontowanie brakujących kamer oraz usunięcie pozostałych usterek W. I. (1), prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą (...) z siedzibą w C. w formie aneksu do łączącej strony umowy podwykonawczej nr (...) z dnia 12 sierpnia 2011 r. Na mocy przedmiotowego aneksu, w ramach „wykonania zastępczego", W. I. (1) zobowiązał się wykonać roboty w zakresie zamontowania brakujących 8 kamer na elementach wsporczych (z zasilaniem i uruchomieniem) - po dwie kamery na skrzyżowaniach ul. (...) z ulicami (...), określonych w załączniku nr 1 do przedmiotowego aneksu.

Pismem z dnia 22 sierpnia 2011 r. generalny wykonawca poinformował M. B. o zleceniu wykonawstwa zastępczego W. I. (1), wskazując przy tym, że roboty te zostaną wykonane na koszt i ryzyko powoda, zaś koszt wykonawstwa zastępczego może zostać potrącony z wynagrodzenia powoda. M. B. oponował stanowisku (...) sp. z o.o.

Prace powierzone W. I. (1) zostały przez niego wykonane, a ich odbiór został potwierdzony protokołem technicznym odbioru robót z dnia 6 października 2011 r. W związku z powyższym W. I. (1) wystawił (...) sp. z o.o. fakturę VAT nr (...) z dnia 6 października 2011 r. na kwotę 59.432,91 zł tytułem wynagrodzenia za prace wykonane na podstawie aneksu nr (...) z dnia 12 sierpnia 2011 r. do umowy podwykonawczej nr (...) z dnia 12 sierpnia 2011 r.

Z tytułu wykonanych przez siebie prac M. B. wystawił (...) sp. z o.o. następujące faktury VAT nr:

- (...)-01 z dnia 18 sierpnia 2011 r. na kwotę 280.493,25 zł z tytułu przebudowy ul. (...) w P. na odcinku od planowanego skrzyżowania z III ramą komunikacyjną (ul. (...)) do granicy miasta,

- (...)-01 z dnia 31 października 2011 r. na kwotę 64.621,32 zł z tytułu przebudowy ul. (...) w P. na odcinku od planowanego skrzyżowania z III ramą komunikacyjną (ul. (...)) do granicy miasta.

Wobec zlecenia wykonania montażu brakujących kamer W. I. (1) pismem z 14 października 2011 r. (...) sp. z o.o. poinformował M. B. o obciążeniu go kosztami prac wykonanych przez niego w ramach prac zastępczych w kwocie 59.432, 91 zł, dołączając do pisma obciążającego fakturę VAT nr (...) z dnia 14 października 2011 r. Jednocześnie spółka wskazała, że dokonała potrącenia wierzytelności wynikającej z załączonej faktury w kwocie 59.432,91 zł z wierzytelnością M. B., przysługującą jemu wobec (...) sp. z o.o., a wynikającą z faktury VAT nr (...) z dnia 18 sierpnia 2011 r. Zaznaczono przy tym, że wskutek dokonanego potrącenia obie wierzytelności umorzyły się do wysokości wierzytelności niższej, tj. do kwoty 59.432,91 zł. Ponadto, przekazano podwykonawcy powykonawczą dokumentację projektową.

M. B. przekazał (...) sp. z o.o. dokumentację powykonawczą, a także odmówił uznania wierzytelności, zgłoszonej przez (...) sp. z o.o. i zaksięgowania przesłanej mu faktury, wskazując jednocześnie, że została ona wystawiona

niezgodnie z postanowieniami umowy podwykonawczej, skoro do faktury nie załączono wymaganych dokumentów, w szczególności zatwierdzonego przejściowego świadectwa płatności, zatwierdzenia przez inspektora nadzoru dokonanych zmian, czy też protokołu odbiorowego wykonanych prac. M. B. zastrzegł także, że ponowne przesyłanie mu ww. faktury spowoduje niezwłoczne powiadomienie prokuratora o próbie popełnienia przestępstwa.

W dniu 28 listopada 2011 r. (...) sp. z o.o. wystawił na rzecz M. B. notę obciążeniową nr (...)/P./ (...) na kwotę 372.499,45 zł tytułem kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy nr (...) z dnia 16 listopada 2009 r. Na jej podstawie powód został zobowiązany do przekazania kwoty kary umownej w 51% jej wysokości (tj. kwoty 189.974,72 zł) na rachunek (...) sp. z o.o. M. B. odmówił uznania roszczenia (...) sp. z o.o., kwestionując zasadność obciążania go karą umowną i podnosząc, że opóźnienia na budowie wynikały z niedotrzymywania terminów prac wykonywanych przez (...) sp. z o.o. oraz pozostającą z nim w konsorcjum (...) sp. z o.o., a więc z przyczyn niezależnych od podwykonawcy, lecz kontrahent nie podzielił jego stanowiska.

Z kolei pismem z dnia 14 maja 2012 r. M. B. wezwał (...) sp. z o.o. do zapłaty kwoty 124.054,23 zł wynikającej z następujących faktur VAT nr:

- (...)-01 z dnia 18 sierpnia 2011 r. o wartości 280.493,25 zł, z której do zapłaty pozostało 59.432,91 zł;

- (...)-01 z dnia 31 października 2011 r. o wartości 64.621,32 zł, która nie została zapłacona w żadnym zakresie.

W odpowiedzi na wezwanie (...) sp. z o.o. odmówił zapłaty kwoty 124.054,23 zł, informując swojego kontrahenta o tym, że ww. kwota została uregulowana poprzez potrącenie:

- kwoty 59.432,91 zł z faktury VAT nr (...) z dnia 18 sierpnia 2011 r. z wierzytelnością M. B., wynikającą z faktury VAT nr (...) z dnia 14 października 2011 r.;

- kwoty 64.621,32 zł z faktury VAT nr (...) z dnia 31 października 2011 r. z wierzytelnością (...) sp. z o.o., wynikającą z faktury VAT nr (...) z dnia 27 października 2011 r. w wysokości 345,07 zł oraz z należnością wynikającą z noty obciążeniowej nr 1410/P./ (...) z dnia 28 listopada 2011 r. z tytułu kary umownej, naliczonej w wysokości 64.276,25 zł.

(...) sp. z o.o. wezwał M. B. do uregulowania pozostałej po potrąceniu należnej mu kwoty, wskazanej w ww. nocie obciążeniowej, jako kara umowna.

W toku niniejszego procesu doszło do przekształcenia po stronie powodowej, ponieważ M. B., prowadzący jako osoba fizyczna działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe (...) na mocy oświadczenia z dnia 28 lutego 2013 r. został przekształcony w trybie art. 584^9 k.s.h. w spółkę prawa handlowego - (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P..

Powyższy stan faktyczny Sąd pierwszej instancji ustalił w oparciu o wiarygodne w jego ocenie dokumenty prywatne złożone do akt sprawy, w szczególności: uwierzytelnione odpisy protokołów, umowy o roboty wraz z załączoną do nich dokumentacją, aneksy, notatki ze spotkań oraz zaakceptowane przez strony kosztorysy i korespondencję, których prawdziwość nie była kwestionowana przez żadną ze stron.

Sąd Okręgowy zważył przy tym, iż powód poddawał co prawda w wątpliwość datę sporządzenia umowy i aneksu do umowy z dnia 12 sierpnia 2011 r., zawartej pomiędzy pozwanym, a W. I. (2), jednakże – jak wskazał Sąd - nie podjął żadnych czynności zmierzających ku wyjaśnieniu wątpliwości związanych z okolicznościami sporządzenia tego dokumentu, a zatem nie wzruszył domniemania ustanowionego w art. 245 k.p.c.

Jednocześnie Sąd pierwszej instancji podniósł, że poczynił ustalenia faktyczne w sprawie w oparciu o wydruki, w tym wydruki z korespondencji mailowej, które na podstawie art. 309 k.p.c. w zw. z art. 308 § 1 k.p.c. potraktował jako inne środki dowodowe, utrwalone uprzednio w wersji elektronicznej (będące dowodem audialnym, do oceny którego stosuje się odpowiednio przepisy o dowodzie z oględzin i z dokumentu).

Sąd Okręgowy zważył również, że składane do akt sprawy protokoły przesłuchania świadków w sprawie, toczącej się przed Sądem Apelacyjnym w Poznaniu, sygn. akt IX GC 711/12, czy też opinia biegłego sądowego, sporządzona na potrzeby tamtego postępowania, stanowiły - w świetle obowiązującej w ramach procedury cywilnej zasady bezpośredniości - jedynie informację odnośnie przebiegu innego procesu.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji dla ustalenia stanu faktycznego niniejszej sprawy przydatne okazały się również zeznania świadków: M. M. (1), P. T., L. G., K. B., A. N., P. C., J. F. (1), J. G. oraz P. O.. W ocenie Sądu Okręgowego świadkowie ci w sposób zbieżny prezentowali przebieg procesu budowlanego. Sąd uznał za prawdziwe, spójne i logiczne zeznania świadków A. N., L. G. oraz K. B., którzy zgodnie podali, że nie byli informowani o opóźnieniach w realizacji przedmiotu umowy. Sąd Okręgowy podkreślił jednocześnie, iż świadek L. G., który w czasie wykonywania przez M. B. robót związanych z sygnalizacją świetlną, pracował u zamawiającego, na posiedzeniu 17 września 2014 r. zeznał, że dopiero w trakcie odbiorów prac powoda okazało się, że projekt pierwotny różni się od dokumentacji złożonej na placu budowy. Inwestor zaakceptował pierwotny projekt, na podstawie którego M. B. wykonał roboty budowlane, a rozbieżność pomiędzy projektami wynikała z nieprawidłowego wykonania pierwotnej wersji dokumentacji. Poprawiony projekt pozwany otrzymał na odbiorze końcowym i zainstalował brakujące kamery. Sąd Okręgowy zważył również, iż świadek L. G. zeznał, że choć roboty wykonane przez powoda posiadały usterki, to spełniały warunki bezpieczeństwa dla ruchu drogowego i można z nich było prawidłowo korzystać. Zdaniem Sądu pierwszej instancji z zeznaniami świadka L. G. korespondowały przy tym zeznania świadka A. N., który potwierdził, że w trakcie odbiorów stwierdzono usterki, niemniej jednak nie miały one istotnego znaczenia, a sygnalizacja została dopuszczona do użytkowania. Z kolei świadek K. B. – jak wskazał Sąd Okręgowy - potwierdził, że dopiero po odbiorach częściowych dostarczył wykonawcy zaktualizowane rysunki, zawierające dodatkowe kamery wideodetekcji, a ponadto, wskazał, że jako inspektor nadzoru robót elektrycznych z ramienia inwestora brał on udział w odbiorach częściowych odbiorów technicznych robót wykonanych przez powoda, w których stwierdzono usterki, odebrano je jednak, zakreślając podwykonawcy termin do ich usunięcia. Odnośnie zeznań świadka J. F. (1) Sąd Okręgowy podkreślił, iż świadek ten wprost wskazał na źródło niewykonania przez powoda części kamer jako rozbieżność w zapisach kosztorysu i projektu budowlanego.

Odnosząc się z kolei do depozycji świadków M. M. (1), P. O. oraz P. T. Sąd pierwszej instancji wskazał, że okazały się one przydatne jedynie w części. Sąd Okręgowy zważył, iż świadkowie ci składali nacechowane ocennie zeznania na okoliczność ustalenia, czy na budowie doszło do opóźnień oraz jakie były ich przyczyny. Świadek M. M. (1), będąc kierownikiem robót z ramienia (...) wyjaśnił, że na radach budowy przedstawiciel (...) sp. z o.o. poinformował, że w z związku z opóźnieniami na wielu odcinkach budowy i licznymi prośbami podwykonawców, wystąpił do zamawiającego o przedłużenie terminu do wykonania inwestycji o 60 dni. Zamawiający przychylił się do wniosku (...) sp. z o.o., głównie z uwagi na konieczność zawarcia z konsorcjum aneksu rozszerzającego zakres zleconych prac. Jednocześnie z zeznań ww. świadka wynikało, że informację o przedłużeniu terminu na wykonanie prac miał przekazać kierownik budowy z ramienia konsorcjum (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. - P. O., wzywając równocześnie do przedłożenia przedłużonych gwarancji oraz zaktualizowania harmonogramów prac. Sąd pierwszej instancji miał na uwadze, że świadek M. wprost zeznał, iż P. O. zapewnił wszystkich podwykonawców, że wobec przedłużenia pozwanemu terminu do wykonania robót, przedłużeniu o 60 dni ulegają również terminy zakreślone dla podwykonawców. Natomiast zeznania świadka M. w zakresie, w jakim stwierdzał on, że wyłączną winę za opóźnienia powoda w realizacji umowy ponosi konsorcjum (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o., zdaniem Sądu Okręgowego, w zestawieniu z pozostałym materiałem dowodowym, należało uznać za częściowo nieprawdziwe. Sąd pierwszej instancji zważył, iż ze zgodnych w tym zakresie zeznań świadków P. C., P. O. oraz P. T. wynikało, że zmniejszenie zakresu pierwotnie zleconych powodowi prac nastąpiło z uwagi na ich nierozpoczęcie. Jednocześnie - jak wskazał Sąd - w korespondencji stron oraz protokołach z rad budowy, brak jest jakichkolwiek zastrzeżeń powoda co do ewentualnego braku przygotowania frontu robót. Za niewiarygodne w tym zakresie w ocenie Sądu pierwszej instancji należało uznać zeznania świadków P. T. oraz P. O., którzy stwierdzili, że poinformowali wszystkich podwykonawców o przedłużeniu przez zamawiającego terminu do wykonania kontraktu, z zaznaczeniem, że wydłużenie terminu na wykonanie zleconych prac nastąpi jedynie z wybranymi podwykonawcami. Sąd Okręgowy podniósł, iż świadkowie P. O. i P. T. nie potrafili podać kryterium, jakim kierował się pozwany (...) sp. z o.o., decydując o prolongowaniu terminu wykonania prac jedynie niektórym

podwykonawcom, pomimo wezwania wszystkich do przedłużenia obowiązywania gwarancji należytego wykonania robót. Co więcej - jak wskazał Sąd - świadek P. T. nie potrafił wskazać żadnego z podwykonawców, z którym konsorcjum podpisało aneks wydłużający termin do ukończenia robót, chociaż w notatkach z rad budowy z 26 czerwca 2011 r. brak jest jakichkolwiek uwag o opóźnieniu któregokolwiek z podwykonawców; istnieje natomiast adnotacja o zgodności prac z przyjętym harmonogramem. Zeznania świadka P. T., pracownika spółki (...) sp. z o.o., partnera (...) sp. z o.o. w ramach konsorcjum, należało zdaniem Sądu Okręgowego uznać za częściowo niewiarygodne również w zakresie, w jakim świadek zeznawał na okoliczności opóźnień prac na budowie. Sąd pierwszej instancji miał tu na uwadze, że świadek P. T. posiadał szczegółową wiedzę na temat nieprawidłowości w robotach zleconych powodowi, nie wiedział natomiast, jakie roboty powód wykonał i skutecznie przedstawił do odbioru. Sąd pierwszej instancji podniósł również, że świadek zapewniał, iż żaden z podwykonawców, oprócz powoda, nie miał opóźnień na budowie, jednocześnie zaś przyznał, że korespondencją z podwykonawcami oraz kwestiami formalnymi związanymi z realizacją umowy zajmował się wyłącznie (...) sp. z o.o., a (...) sp. z o.o. nie miał do niej wglądu. Wobec powyższego w ocenie Sądu pierwszej instancji dziwić mogła kategoryczność wypowiedzi świadka na temat terminowości prac wszystkich podwykonawców, a także częściowo niespójne z nimi stwierdzenie, że opóźnienia na budowie (których wszak nie było) powodował właśnie powód. W tym zakresie depozycje świadka należało zdaniem Sądu pierwszej instancji uznać jedynie za opinię, a nie oświadczenie wiedzy oparte na faktach.

Ustalając stan faktyczny, Sąd pierwszej instancji jedynie w części wziął pod uwagę opinię biegłego sądowego W. S., który miał odpowiedzieć na pytanie, czy powód wykonał cały zakres zleconych jemu prac oraz, czy w ramach umowy łączącej strony był zobowiązany do zamontowania 6 dodatkowych kamer. Zdaniem Sądu Okręgowego złożona do akt sprawy opinia z 19 czerwca 2015 r. oraz ustne wyjaśnienia, złożone przez biegłego na rozprawie z 3 marca 2016 r., okazały się przydatne do rozstrzygnięcia spornego zagadnienia jedynie w części. W cenie Sądu pierwszej instancji stanowisko biegłego w obu przypadkach było bowiem niespójne. Sąd Okręgowy zważył w tym zakresie, iż pomimo złożonego na rozprawie w dniu 3 marca 2015 r. oświadczenia o podtrzymaniu kategorycznej opinii z 19 czerwca 2015 r., zgodnie z którą - w ocenie biegłego - powód wykonał 100% powierzonych jemu prac, w oparciu o dokumentację powykonawczą złożoną do akt sprawy po dacie sporządzenia pierwszej opinii, na rozprawie 3 marca 2016 r. biegły zweryfikował swoją opinię. Zgodnie z końcowym stanowiskiem biegłego, zajętym na rozprawie, powód nie zamontował odpowiedniej ilości kamer wideodetekcji, a zatem nie wykonał całego zakresu robót wynikającego z kosztorysu. W tej zaś sytuacji, w ocenie Sądu Okręgowego, opinia biegłego sądowego W. S., w zakresie, w jakim potwierdziła okoliczność wykonania przez powoda robót, których zakres ujawniono w protokołach odbiorów technicznych, była spójna i logiczna, dotyczyła jednak okoliczności, które w zasadzie były między stronami bezsporne. Natomiast z wyjaśnień złożonych na rozprawie 3 marca 2016 r. wynikało, że w zakresie odpowiedzi na pytanie, czy powód był zobowiązany do wykonania dodatkowych kamer na spornych skrzyżowaniach, wnioski biegłego nie spełniały zdaniem Sądu pierwszej instancji wymogów przejrzystości i logicznego uporządkowania. Z tych też przyczyn w tym zakresie zostały one przez Sąd pominięte. W ocenie Sądu Okręgowego pierwotne wnioski biegłego co do faktycznego wykonania przez powoda wszystkich zleconych prac w zakresie montażu kamer wideodetekcji były także sprzeczne z treścią dokumentacji, złożonej do akt sprawy, a dokładniej z zapisami poz. 19 kosztorysu (k. 216, 221, 230 i 235), stanowiącego załącznik do umowy z dnia 16 listopada 2009 r., które wskazują z podaniem liczb, że M. B. był zobowiązany m.in. do zainstalowania po 6 kamer wideodetektora wraz z konstrukcją wsporczą na skrzyżowaniach ulicy (...) z ulicami: Kopciuszka (poz. 19 kosztorysu, k. 216), Leśnych S. (poz. 19 kosztorysu, k. 221), S. (poz. 19 kosztorysu, k. 230) oraz (...) (poz. 19 kosztorysu, k. 235).

Oceniając dowód z przesłuchania reprezentanta strony powodowej - wprost zainteresowanego konkretnym i korzystnym dla siebie rozstrzygnięciem - Sąd Okręgowy uwzględnił w pierwszej kolejności subsydiarność tego dowodu, określoną w art. 299 k.p.c. Jednocześnie zdaniem Sądu pierwszej instancji ww. dowód należało ocenić co do zasady jako wiarygodny. Sąd Okręgowy zważył, iż zeznania M. B. w dużej mierze wyjaśniły sporne kwestie, aczkolwiek Sąd miał tu również na uwadze, że zeznania te były zabarwione emocjonalnie i prezentowały powtarzaną w pismach procesowych argumentację.

W oparciu o powyższe ustalenia faktyczne zdaniem Sądu pierwszej instancji powództwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. (jako następcy prawnego M. B.) o zapłatę kwoty 123.709,17 zł, skierowane przeciwko (...) sp. z o.o. zasługiwało na uwzględnienie w części, a mianowicie w zakresie żądania zapłaty kwoty 64.275,26 zł wraz z odsetkami za opóźnienie od dnia 10 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty i odsetek ustawowych od kwoty 59.432,91 zł od dnia 19 września 2011 r. do dnia 14 października 2011 r.

Sąd Okręgowy przyjął bowiem, że zasadne było obciążenie powoda zarówno kosztami wykonania prac zastępczych w zakresie 8 kamer wideodetekcji, jak i obciążenie go karą umowną na opóźnienie w wykonaniu powierzonych prac, niemniej jednak Sąd przyjął jednocześnie, że karę umowną należy w tym przypadku miarkować do kwoty 1 zł.

Analizując okoliczności niniejszej sprawy w pierwszej kolejności Sąd Okręgowy zważył, że powód (...) sp. z o.o. dochodził od pozwanego (...) sp. z o.o. zapłaty jedynie części, przewidzianego umową podwykonawczą wynagrodzenia, ponieważ zgodnie z postanowieniami umowy z dnia 16 listopada 2009 r., podwykonawca miał wystawiać (...) sp. z o.o. faktury w wysokości 51% wartości wykonanych robót, a w pozostałej części, tj. 49% obciążeniu podlegał drugi z członków konsorcjum - (...) sp. z o.o. (§ 5 ust. 2-3 umowy). W konsekwencji zaś powyższych ustaleń, zapłaty pozostałej części wynagrodzenia powód domagał się od (...) sp. z o.o. w ramach postępowania sądowego, toczącego się przed Sądem Okręgowym w Poznaniu w sprawie o sygn. akt IX GC 711/12, które zakończyło się wyrokiem sądu pierwszej instancji z dnia 17 grudnia 2014 r., a następnie prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 2 października 2015 r., sygn. akt I ACa 438/15. Sąd pierwszej instancji miał na uwadze, że mocą tego wyroku Sąd Apelacyjny w Poznaniu zasądził od (...) sp. z o.o. na rzecz (...) sp. z o.o. kwotę 25.314,12 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 25.314,12 zł od dnia 1 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty, a także odsetki ustawowe od kwoty 57.102,21 zł za okres od 18 września 2011 r. do 29 listopada 2011 r., oddalając powództwo wzajemne (...) sp. z o.o. skierowane przeciwko (...) sp. z o.o. o zapłatę kwoty 120.705,47 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 11 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty i orzekł o kosztach procesu stosownie do jego wyniku. Sąd pierwszej instancji zważył, iż odpis wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 2 października 2015 r., sygn. akt I ACa 438/15, wraz z uzasadnieniem został złożony do akt sprawy przez stronę pozwaną w załączniku do protokołu rozprawy z dnia 12 stycznia 2016 r.

Dokonując analizy prawnej zgłoszonego w pozwie roszczenia Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, iż źródła roszczenia powoda należy upatrywać w zawartej umowie o roboty budowlane. Sąd pierwszej instancji nie miał wątpliwości, iż strony procesu łączyła umowa o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c., skoro wykonanie tych prac wymagało korzystania z opracowanej dokumentacji technicznej i stanowiło o wykonaniu budowli o znacznych rozmiarach (rozbudowy skrzyżowania). Ponadto, Sąd Okręgowy podniósł, iż umowa ta różniła się od umowy o dzieło profesjonalnym w praktyce charakterem bezpośredniego wykonawcy robót, bardzo obszernym, odrębnym uregulowaniem problematyki budowlanej w przepisach prawa administracyjnego oraz tym, że przedmiotem niepieniężnego świadczenia wykonawcy jest zawsze obiekt, który powstaje na podstawie projektu w wyniku robót budowlanych, podlegających przepisom prawa budowlanego, a nadto, że występuje szczególna postać współdziałania inwestora z wykonawcą w zakresie przygotowania i wykonania przedmiotu świadczenia, przejawiająca się w dostarczeniu projektu i przekazaniu terenu. Sąd pierwszej instancji zważył, iż przedmiotem umowy z dnia 16 listopada 2009 r., zawartej pomiędzy M. B. (jako podwykonawcą), a działającymi w ramach konsorcjum generalnymi wykonawcami - (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. było wykonanie inwestycji o nazwie „Przebudowa ul. (...) w P. (DW 307) na odcinku od planowanego skrzyżowania z III ramą komunikacyjną (ul. (...)) do granicy miasta oraz usługi związane z wykonywanymi robotami budowlanymi". Sąd pierwszej instancji wskazał, że zgodnie z zapisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2013 r., poz. 1409 ze zm.) budowa drogi stanowi roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c., ponieważ dotyczy obiektu, którego pojęcie zostało zdefiniowane w prawie budowlanym. Stosownie bowiem do treści art. 3 pkt 1b tejże ustawy obiektem budowlanym w rozumieniu tej ustawy jest m. in. budowla, przez którą rozumie się także drogi (art. 3 pkt 3). Tak więc także do budowy drogi stosuje się odpowiednio przepisy art. 647 - 658 k.c., dotyczące umów o roboty budowlane. Sąd pierwszej instancji zważył jednocześnie, iż w ramach umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. inwestor (w tym wypadku Zarząd Dróg Miejskich w P.), zgodnie z art. 647^1 § 2 k.c., ma kompetencję do wyrażenia zgody na zawarcie przez generalnego wykonawcę (w tym wypadku (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o.) umowy z podwykonawcą (w tym wypadku poprzednikiem prawnym

(...) sp. z o.o. - M. B.), przy czym - jak zaznaczył Sąd I instancji - chodzi tutaj zarówno o osobę podwykonawcy, jak i o zakres konkretnych robót, jakie mają mu być powierzone. Zdaniem Sądu pierwszej instancji jakkolwiek może budzić wątpliwości, czy umowa z podwykonawcą jest umową o roboty budowlane, ponieważ podwykonawca nie zobowiązuje się do oddania obiektu, niemniej jednak podwykonawca jest uczestnikiem złożonej, trójstronnej sytuacji prawnej wprowadzonej przez art. 647^1 k.c., a związanej właśnie z umową o roboty budowlane i pozostaje w stosunku prawnym także wobec inwestora, dlatego też umowę łączącą strony procesu należało zdaniem Sądu poddać reżimowi umowy o roboty budowlane. Finalnie (na skutek podpisania dwóch aneksów do pierwotnej umowy) polegała ona na wykonaniu pierwotnego zamówienia pierwotnie pomniejszonego (aneks nr (...)), a ostatecznie powiększonego (aneks nr (...)) o wykonanie kanalizacji rurami pod drogami oraz montażu masztów sygnalizacji ulicznej za łączną wartość 1.262.710 zł, gdzie termin do wykonania prac został określony na 31 maja 2011 r. Sąd pierwszej instancji wskazał, iż również między stronami procesu było bezspornym, że strony łączyła umowa o roboty budowlane, która różni się od umowy o dzieło profesjonalnym w praktyce charakterem bezpośredniego wykonawcy robót, bardzo obszernym, odrębnym uregulowaniem problematyki budowlanej w przepisach prawa administracyjnego oraz że przedmiotem niepieniężnego świadczenia wykonawcy jest zawsze obiekt o większych rozmiarach, który powstaje na podstawie projektu w wyniku robót budowlanych, podlegających przepisom prawa budowlanego, a nadto, że występuje szczególna postać współdziałania inwestora z wykonawcą w zakresie przygotowania i wykonania przedmiotu świadczenia, przejawiająca się w dostarczeniu projektu i przekazaniu terenu budowy. Wskazując na powyższe, Sąd pierwszej instancji powołał się na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2002 r., III CZP 63/01, OSNC 2002, nr 9, poz. 106. W związku z powyższym, zdaniem Sądu Okręgowego, strony miały wykonać roboty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, na podstawie dostarczonej przez zamawiającego kompletnej dokumentacji budowy. Sąd pierwszej instancji argumentował, że z mocy art. 647 k.c. obowiązki wykonawcy polegają przede wszystkim na wykonaniu obiektu zgodnie z umową i normami prawa budowlanego, zabezpieczeniu placu budowy oraz na oddaniu zdatnego do użytku wybudowanego obiektu budowlanego, natomiast obowiązki inwestora podzielić można w myśl przepisu art. 647 k.c. na trzy grupy, a mianowicie: na obowiązki związane z przygotowaniem robót budowlanych, z ich wykonaniem oraz z zapłatą wynagrodzenia. Sąd Okręgowy zwrócił jednocześnie uwagę, że wynagrodzenie wykonawcy musi być dokładnie ustalone w umowie albo jako wynagrodzenie ryczałtowe, w postaci z góry ustalonej kwoty, albo wynagrodzenie kosztorysowe, przez wskazanie podstaw i reguł jego ustalenia, i którego wysokość zostanie obliczona po ukończeniu robót, według ustalonych w umowie zasad.

W kontekście powyższego zdaniem Sądu Okręgowego nie budziło wątpliwości, że w umowie nr (...) z dnia 16 listopada 2009 r. strony, będące przedsiębiorcami, kompleksowo uregulowały łączący je stosunek prawny, działając zgodnie z wyrażoną w art. 353^1 k.c. zasadą swobody zawierania umów. Rozważania odnoszące się do zgłoszonego żądania zapłaty kwoty wskazanej w pozwie w niniejszej sprawie należało zdaniem Sądu rozpocząć od stwierdzenia, że pozwany (...) sp. z o.o. nie kwestionował zasadności wystawienia przez powoda faktur VAT nr (...) z dnia 18 sierpnia 2011 r. oraz (...)-01 z dnia 31 października 2011 r. na łączną kwotę 123.709,17 zł, przyznając tym samym, że powód wykonał zakres prac odpowiadający powyższej wartości. Sąd pierwszej instancji zważył, iż pozwany skorzystał jednak z uprawnienia wynikającego z art. 498 k.c. i potrącił wierzytelność zgłoszoną przez powoda ze swoimi wierzytelnościami, tj. z tytułu wykonawstwa zastępczego (prace W. I. (1)) oraz z tytułu kary umownej za opóźnienie w wykonaniu powierzonych prac w wymiarze 60 dni. W konsekwencji - jak wskazał Sąd pierwszej instancji - spór między stronami dotyczył kwestii oceny, po pierwsze tego, czy powód wykonał wszystkie przewidziane w umowie kamery wideodetekcji, a tym samym, czy pozwany był uprawniony do obciążenia powoda kosztami wykonawstwa zastępczego, a po drugie, czy doszło do zmiany umowy w zakresie terminu końcowego do wykonania robót, a tym samym, czy powód wykonał powierzone prace w terminie. Pozwany stał bowiem na stanowisku, że także zamontowanie spornych ośmiu kamer wideodetekcji było przewidziane w umowie łączącej strony procesu. Tymczasem bezspornie rzeczonych kamer powód nie wykonał, a prace te zostały ostatecznie wykonane przez osobę trzecią - W. I. (1), którego wynagrodzenia - jako adekwatnego do zakresu i wartości powierzonych prac - powód nie kwestionował. Sąd Okręgowy zważył, iż w drugiej kolejności spór pomiędzy stronami ogniskował się wokół zasadności obciążenia M. B. karą umowną za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy. Niemniej jednak Sąd pierwszej instancji miał na uwadze, że powód nie przeczył, iż w zawartej umowie strony przewidziały termin zakończenia prac na koniec maja 2011 r. i że zlecone jemu prace wykonane zostały

dopiero 29 lipca 2011 r. Podniósł jednak, że pierwotnie ustalony termin został przedłużony o 60 dni i upływał 31 lipca 2011 r. Tymczasem pozwana spółka twierdziła, że termin wykonania prac został przedłużony jedynie w relacji inwestor - generalni wykonawcy, co jednak nie wywołało żądanego przez powoda skutku wobec niego jako podwykonawcy, gdyż strony nigdy nie podpisały aneksu do umowy z listopada 2009 r., mocą którego termin ten uległby zmianie, a zgodnie z umową podwykonawczą wszelkie zmiany umowy wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii zasadności obciążenia powoda kosztami wykonawstwa zastępczego, Sąd pierwszej instancji zważył, iż zgodnie z postanowieniami umowy podwykonawczej, źródłem obowiązków jej stron, oprócz umowy, są również załączone i wymienione w § 1 dokumenty, w tym kosztorys, stanowiący załącznik nr 1 oraz projekt techniczny wraz z rysunkami, wymieniony na ostatnim, piątym miejscu (§ 1 pkt 3 i 4). Sąd Okręgowy podniósł, iż w przypadku niezgodności lub rozbieżności pomiędzy postanowieniami poszczególnych dokumentów, wymienionych w § 1 ust. 3, rozstrzygać miała kolejność ich wymienienia, co w sposób nie budzący wątpliwości kształtowało zdaniem Sądu I instancji hierarchię źródeł zobowiązania łączącego strony w przypadku rozbieżności w treści dokumentacji. Sąd pierwszej instancji nie miał również wątpliwości, że na gruncie niniejszego postępowania, w przypadku rozbieżności zapisów kosztorysu i projektu technicznego, powód był związany brzmieniem ustalonym w tym pierwszym dokumencie, a więc kosztorysie, nie zaś w projekcie technicznym. Rozstrzygnięcie w odniesieniu do zakresu prac powierzonych M. B. wymagało zatem zdaniem Sądu Okręgowego nie tylko analizy samego tekstu umowy, ale także odniesienia się do dalszej dokumentacji, skoro w samym tekście umowy z dnia 16 listopada 2009 r. nie ujęto szczegółowo robót, które powód miał wykonać. W oparciu o treść przedłożonego do akt sprawy kosztorysu, będącego - zgodnie z wolą stron - wyżej w hierarchii dokumentacji wykonawczej, niż dokumentacja projektowa, w tym rysunki, nie budziło zdaniem Sądu Okręgowego wątpliwości, że na spornych skrzyżowaniach ul. (...) z ulicami: Kopciuszka, Leśnych S., S. oraz (...), podwykonawca powinien zainstalować po 6 kamer wideodetekcji. Uważna analiza pozycji 19 kosztorysu (k. 216, 221,230 i 235), stanowiącego załącznik do umowy z dnia 16 listopada 2009 r., jednoznacznie zdaniem Sądu pierwszej instancji wskazywała, że M. B. winien był zainstalować po 6 kamer wideodetektora wraz z konstrukcją wsporczą na skrzyżowaniach ulicy (...) z ulicami: r Kopciuszka (poz. 19 kosztorysu, k. 216), Leśnych S. (poz. 19 kosztorysu, k. 221), S. (poz. 19 kosztorysu, k. 230) oraz (...) (poz. 19 kosztorysu, k. 235). W tej zaś sytuacji nieuprawnionym było w ocenie Sądu Okręgowego stanowisko powoda, że doszło do zwiększenia ilości kamer, podlegających zamontowaniu już w trakcie wykonywania umowy i w związku z tym ich wykonanie nie obejmowało pierwotnie ustalonego kontraktu. W konsekwencji zaś powyższego fakt, że na rysunku znajdującym się w dokumentacji projektowej omyłkowo (jak wyjaśnił świadek J. F. (1)) zaznaczono mniejszą liczbę kamer, zdaniem Sądu pierwszej instancji pozostawało bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, skoro rysunek ma w stosunku do części opisowej projektu jedynie znaczenie drugorzędne, bowiem strony w łączącej ich umowie zgodnie przewidziały, że decydujące są zapisy kosztorysu, wymienionego w drugiej kolejności (§ 1 pkt 3 i 4 umowy z 16 listopada 2009 r.). Skoro zaś dla interpretacji postanowień umowy decydujące znaczenia miała mieć zgodnie z § 1 pkt 4 umowy ich hierarchia przyjęta w ramach łączącego strony kontraktu, to słusznym było tym samym zdaniem Sądu pierwszej instancji stanowisko pozwanego (...) sp. z o.o., że zapisy, zawarte w kosztorysie, mają decydujące znaczenie dla określenia ilości kamer, podlegających zamontowaniu przez powoda. Prezentowane zaś w tym zakresie w toku procesu stanowiska świadków i reprezentanta powoda w składanych przez nich zeznaniach, stanowiły zdaniem Sądu jedynie dowolną i subiektywną interpretację jednoznacznych zapisów umowy z dnia 16 listopada 2009 r. Sąd Okręgowy zważył, iż powód, opierając się na nieprawidłowo sporządzonym projekcie technicznym (rysunku), zainstalował jedynie po 4 kamery wideodetekcji na każdym z 4 skrzyżowań i dlatego też do wykonania całego zakresu robót brakowało jeszcze 8 kamer. Powód stanął na stanowisku, że zamontowanie brakujących urządzeń będzie uzależnione od zawarcia aneksu, przewidującego dodatkowe wynagrodzenie z tytułu wykonania prac dodatkowych. Tymczasem - jak wskazał Sąd pierwszej instancji - zgodnie z § 2 umowy podwykonawczej z dnia 18 listopada 2009 r. koszty wykonania prac dodatkowych obciążały podwykonawcę, a generalny wykonawca pokrywał je jedynie w proporcjonalnym stosunku do roszczenia zaakceptowanego przez inwestora i potwierdzonego stosownym aneksem do umowy między nimi zawartym. Sąd Okręgowy zważył, iż postanowienie umowy koresponduje w tym zakresie z treścią art. 649 k.c., nie można go więc było w tej sytuacji uznać za sprzeczne z ustawą lub w inny sposób wyłączyć jego stosowania. Wreszcie, Sąd pierwszej instancji miał na uwadze, że w notatce ze spotkania z dnia 29 lipca 2011 r., która została sporządzona po spotkaniu przedstawicieli podwykonawcy M. J. G., (...)

sp. z o.o. - (...) sp. z o.o. - P. T., jako generalnych wykonawców oraz inwestora - Zarządu Dróg Miejskich w P. B., powód podjął się uzupełnienia wykonanych prac o brakujące elementy, tj. zamontowania brakujących kamer na elementach wsporczych (z zasilaniem i uruchomieniem) na skrzyżowaniach ul. (...) z ulicami (...) (razem 8 kompletów), doposażenia sterowników, dostarczenia protokołów pomiarowych, wykonania poprawki, usunięcia usterek opisanych w protokołach odbioru technicznego poszczególnych skrzyżowań a także rozliczenia się ze zdemontowanych i niezamontowanych urządzeń i materiałów do dnia 9 sierpnia 2011 r. (notatka k. 474). Powyższe zatem, w ocenie Sądu Okręgowego wskazywało, że podwykonawca był zobowiązany do wykonania całego zakresu prac, wynikającego z załączonego do umowy kosztorysu, bez prawa żądania dodatkowego wynagrodzenia. Skoro jednak powód nie wykonał pełnego zakresu powierzonych prac i pomimo pisemnych wezwań odmówił uzupełnienia prac, pozwany mógł w ocenie Sądu pierwszej instancji, zgodnie z upoważnieniem zawartym w § 4 pkt 4 umowy z dnia 18 listopada 2009 r., zlecić montaż brakujących 8 kamer w ramach wykonawstwa zastępczego, W. I. (3), na koszt i ryzyko podwykonawcy. Sąd Okręgowy zważył, iż zapis § 4 pkt 4 umowy, mający swe źródło w zasadzie swobody kontraktowania, pozwalał zatem (...) sp. z o.o. na podjęcie działań zmierzających do wykonania zastępczego bez uprzedniej zgody sądu. Takie postanowienie umowne nie było w ocenie Sądu pierwszej instancji sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego, ustawą ani zasadami współżycia społecznego (art. 353^1 k.c.), a w realiach niniejszej sprawy znajdowało swe uzasadnienie także w całokształcie skomplikowanej sytuacji faktycznej i prawnej, w jakiej znajdowali się także generalni wykonawcy, którzy związani byli kontraktem z inwestorem, obwarowanym rygorami terminowości wykonania prac, a zatem nie mogli pozwolić sobie na długotrwałe oczekiwanie na podjęcie, czy dokończenie prac ze strony swoich podwykonawców (także po przeprowadzeniu postępowania sądowego), ponieważ w ten sposób narażaliby się na odpowiedzialność finansową wobec Zarządu Dróg Miejskich w P.. Z kolei powód, jako przedsiębiorca, a więc podmiot profesjonalnie funkcjonujący na rynku, winien był zdaniem Sądu pierwszej instancji zdawać sobie sprawę ze skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, w tym w szczególności z tego, że generalny wykonawca powierzy zlecone jemu pierwotnie prace osobie trzeciej bez potrzeby uzyskania w tym zakresie zgody sądu (art. 480 k.c.). Sąd Okręgowy podniósł jednocześnie, iż bezspornie W. I. (2) wykonał zakres prac zleconych jemu aneksem nr (...) z 12 sierpnia 2011 r. do umowy nr (...) z 11 lipca 2011 r., z tytułu czego następnie wystawił fakturę z dnia 6 października 2011 r. o nr (...) na kwotę 59.432,91 zł, którą to pozwany refakturował na powoda notą obciążeniową nr (...) z dnia 14 października 2011 r. i potrącił z jego wymagalnymi wierzytelnościami o zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane. Bez znaczenia dla odpowiedzialności powoda pozostawała przy tym zdaniem Sądu pierwszej instancji okoliczność, że po tym jak zlecone prace wykonał W. I. (2), na polecenie Zarządu Dróg Miejskich, zdemontowano część kamer, bowiem okoliczność ta dotyczyła następczej decyzji inwestora, pozostającej poza pierwotnymi postanowieniami umów, w tym także umowy podwykonawczej, zawartej z powodem. I tylko na marginesie przywołanej argumentacji, Sąd pierwszej instancji po raz kolejny powtórzył, że z przyczyn podanych powyżej Sąd ten uznał za nieprzydatne dla poczynienia ustaleń faktycznych pierwotne wnioski biegłego sądowego W. S. co do pełnego zakresu wykonania przez powoda powierzonych jemu prac.

Z uwagi na powyższe, zdaniem Sądu pierwszej instancji należało uznać, że pozwany (...) sp. z o.o. dokonał skutecznego potrącenia wierzytelności z tytułu kosztów wykonania zastępczego na kwotę 59.432,91 zł z wierzytelnością powoda o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane w wysokości 123.709,17 zł, skutkiem czego obie wierzytelności umorzyły się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej.

Odnosząc się z kolei do drugiego ze spornych pomiędzy stronami procesu zagadnień, a mianowicie - zasadności obciążenia powoda karą umowną za opóźnienie w wykonaniu powierzonych jemu prac, Sąd Okręgowy zważył, iż w pierwszej kolejności należało ustalić, czy w istocie powód przekroczył termin zakreślony na wykonanie robót budowlanych. Również jednak i w tym przypadku należało zdaniem Sądu pierwszej instancji odnotować, że w samym tekście umowy strony nie określiły terminu wykonania robót. Sąd Okręgowy podniósł, iż zgodnie z harmonogramem, stanowiącym załącznik nr 2 do umowy, powód zobligowany był ukończyć roboty budowlane do końca maja 2011 r. (k. 260), a zgodnie z § 10 pkt 4 umowy podwykonawczej z 16 listopada 2009 r., wszelkie zmiany jej postanowień będą dokonywane w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Tym samym dla skuteczności zmiany terminu wykonania prac koniecznym było zdaniem Sądu pierwszej instancji sporządzenie w tym zakresie analogicznego do aneksu nr (...) dokumentu, podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentowania stron niniejszego procesu.

Tymczasem – jak wskazał Sąd Okręgowy - w toku postępowania dowodowego ustalono, że strony nigdy nie zawarły aneksu zmieniającego określony w harmonogramie termin zakończenia prac następujący po 31 maja 2011 r., bowiem taki dokument do akt sprawy nie został przedłożony, a przecież w odniesieniu do umowy z 16 listopada 2009 r. dwukrotnie podpisywane były aneksy i gdyby faktycznie intencją pozwanego było przedłużenie podwykonawcy terminu do wykonania prac, to z pewnością i w tym wypadku aneks taki zostałby zdaniem Sądu podpisany. Co prawda - jak wskazał Sąd pierwszej instancji - w § 4 pkt 4 zd. 2 umowy z 16 listopada 2009 r. przewidziano, że w sytuacji gdy zmawiający (inwestor) zaktualizuje harmonogram robót lub gdy będzie to konieczne ze względu na prawidłową realizację kontraktu, generalny wykonawca uprawniony będzie do aktualizacji harmonogramu realizacji robót w sposób wiążący dla podwykonawcy, to jednak w oparciu o materiał dowodowym zgromadzony w sprawie nie sposób było zdaniem Sądu Okręgowego przyjąć, aby (...) sp. z o.o. z takiej możliwości skorzystał. W ocenie Sądu pierwszej instancji nie można było zgodzić się w twierdzeniem powoda, że dowodem wydłużenia terminu o 60 dni jest korespondencja pozwanego kierowana do wszystkich podwykonawców z 17 czerwca 2011 r., w której jego pracownik informuje, że wobec wydłużenia generalnemu wykonawcy terminu do wykonania prac o 60 dni, podwykonawcy są zobowiązani do przedłużenia terminów ważności złożonego zabezpieczenia (k. 110). Sąd pierwszej instancji zważył, iż z treści powoływanego pisma w żadnym bowiem wypadku nie wynika, aby odpowiedniemu wydłużeniu uległy również terminy zakreślone podwykonawcom, a jego wysłanie związane było wyłączenie z treścią powołanego w nim § 5 pkt 14 umowy podwykonawczej, odnoszącego się do udzielonej przez powoda generalnemu wykonawcy gwarancji dobrego wykonania. Skoro zaś okres udzielonej przez powoda gwarancji dobrego wykonania jest zależny od okresu gwarancji, przewidzianej w umowie generalnego wykonawcy z zamawiającym, to oczywistą była zdaniem Sądu implikacja, że w sytuacji zmiany terminu realizacji robót w kontrakcie, powód na mocy § 5 pkt 14 umowy łączącej strony, zobowiązany był do stosownego przedłużenia okresu udzielonej przez siebie gwarancji. Pismo to zatem zdaniem Sądu pierwszej instancji stanowiło jedynie odzwierciedlenie faktu skorzystania z uprawnienia do żądania od powoda wydłużenia okresu gwarancji z uwagi na zmianę terminu realizacji robót, objętych umową i dlatego nie mógł w ocenie Sądu stanowić dowodu na przedłużenie powodowi terminu do wykonania zleconych prac. Analogicznie należało zdaniem Sądu Okręgowego interpretować maila J. F. (1) - pracownika (...) sp. z o.o. (k. 108), w którym jedynie wzywa on podwykonawców do potwierdzenia zakończenia robót, a nie składa w imieniu pozwanej spółki oświadczenia o udzieleniu dodatkowego terminu do ich dokończenia. Podobnie, zdaniem Sądu Okręgowego, dowodem na przesunięcie terminu wykonania prac nie mogły być też protokoły z rad budowy (k. 120-184), które w istocie musiały się odbywać z uwagi na skomplikowany i obszerny zakres inwestycji powierzonej generalnym wykonawcom. Spotkania te zdaniem Sądu pierwszej instancji miały charakter stricte roboczy (techniczny) i stanowiły forum dla omawiania bieżących problemów, dotyczących realizacji inwestycji, ale nie zawierały stwierdzeń, czy konkretny podwykonawca przekroczył termin zakończenia prac. Okoliczność zaś, że nie brały w nich udziału osoby uprawnione do reprezentowania pozwanej spółki w odniesieniu do modyfikowania postanowień zawartych uprzednio kontraktów, musiała zdaniem Sądu prowadzić także do konkluzji o tym, że w ramach tychże narad nie mogły być składane oświadczenia woli, odnoszące się do przesunięcia terminu realizacji robót. Sąd Okręgowy miał przy tym na uwadze, że adnotacja o postępie prac zgodnie z harmonogramem mogła dotyczyć zarówno harmonogramu kontraktu konsorcjum z inwestorem, jak i harmonogramów z podwykonawcami. Podsumowując, z uwagi na zawarte w umowie zastrzeżenie, że wszelkie zmiany jej treści będą następować na piśmie, oświadczenia przedstawicieli pozwanego wygłaszane na radach budowy nie mogły zdaniem Sądu pierwszej instancji stanowić podstawy dla przyjęcia przez powoda, że termin został skutecznie zmieniony. Jednocześnie Sąd pierwszej instancji zważył, że nie sposób przyjąć odmiennej interpretacji chociażby z uwagi na brzmienie art. 246 k.p.c., zgodnie z którym, jeżeli ustawa lub umowa stron wymaga dla czynności prawnej zachowania formy pisemnej, dowód ze świadków lub z przesłuchania stron w sprawie między uczestnikami tej czynności na fakt jej dokonania jest dopuszczalny jedynie w wypadku, gdy dokument obejmujący czynność został zagubiony, zniszczony lub zabrany przez osobę trzecią, a takie okoliczności zdaniem Sądu w niniejszej sprawie nie zaszły. Wreszcie, Sąd pierwszej instancji podniósł, że z mocy § 3 pkt 5 umowy podwykonawczej wszelkie roszczenia powoda, wynikające z umowy, w tym w szczególności roszczenia o przesunięcie terminu wykonania robót podwykonawcy, uwarunkowane były powiadomieniem generalnego wykonawcy o okolicznościach, uzasadniających żądanie roszczeń w ciągu 7 dni, licząc od daty ich wystąpienia oraz przekazaniem w tym terminie do generalnego wykonawcy pisemnego roszczenia w sposób zgody z kontraktem pod rygorem utraty prawa do żądania

spełnienia tych roszczeń. Tymczasem - jak wskazał Sąd Okręgowy - powód ani nie twierdził, ani tym bardziej nie udowodnił, aby skorzystał z takiej możliwości, a co więcej, okoliczności tej w toku procesu nawet nie podniósł.

Wobec powyższego, Sąd pierwszej instancji nie miał wątpliwości, że w realiach niniejszej sprawy nie doszło do skutecznej zmiany umowy w zakresie terminu zakończenia prac, analogicznie do przesunięcia terminu w relacji inwestor - generalni wykonawcy, który upłynął powodowi wraz z upływem 31 maja 2011 r. Tym samym Sąd pierwszej instancji uznał, że protokoły odbiorów technicznych zostały sporządzone do 29 lipca 2011 r., a zatem 60 dni po umownym terminie zakończenia prac. W tej zaś sytuacji zdaniem Sądu pierwszej instancji pozwany był zatem uprawniony do naliczenia kary umownej, której wysokość regulował § 4 pkt 2 umowy podwykonawczej z 16 listopada 2009 r. Sąd Okręgowy zważył, iż zgodnie z postanowieniami umowy, generalny wykonawca był uprawniony do naliczenia podwykonawcy kary umownej w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego za każdy dzień opóźnienia. Na podstawie powyższego zapisu pozwany obciążył powoda karą umowną w wysokości 372.499,45 zł, stanowiącej 30% wynagrodzenia umownego, jako że w aneksie nr (...) do umowy z 16 listopada 2009 r. strony przewidziały ostateczną wartość umowy na kwotę 1.262.710 zł netto (k. 185-186), przy czym, z uwagi na łączącą pozwanego (...) sp. z o.o. z (...) sp. z o.o. umowę, a dokładniej rzecz ujmując § 5 pkt 3 umowy, na (...) sp. z o.o. przypada 51% naliczonej kary umownej, tj. kwota 189.974,72 zł (nota obciążeniowa z 28 listopada 2011 r. k. 34). Niemniej jednak, Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że w realiach niniejszej sprawy zaistniały przesłanki do miarkowania kary umownej, nałożonej przez (...) sp. z o.o. na powoda.

Analizując ten aspekt Sąd pierwszej instancji zważył, iż zgodnie z definicją ustawową, kara umowna jest zastrzeżeniem umownym, zgodnie z którym strony umawiające się postanawiają, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (art. 483 § 1 k.c.). Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Skłania ona tym samym stronę zobowiązaną, może nawet silniej niż jakiekolwiek inne środki, do ścisłego wypełnienia zobowiązania. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję jego wykonania. Jednocześnie Sąd pierwszej instancji podniósł, że treścią zastrzeżenia kary umownej jest zobowiązanie się dłużnika do zapłaty wierzycielowi określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. Przez karę umowną, zwaną także odszkodowaniem umownym albo karą konwencjonalną, strony ustalają z góry wielkość odszkodowania. Sąd Okręgowy stwierdził przy tym, iż utożsamianie kary umownej z odszkodowaniem umownym nie jest poprawne, ponieważ karę umowną należy traktować jako surogat odszkodowania. Stanowi ona techniczno-prawne określenie oznaczonego świadczenia pieniężnego, do którego wykonania dłużnik zobowiązuje się tytułem naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, jako świadczenia głównego. Strony, zastrzegając karę umowną, w ten sposób uniezależniają się od konieczności toczenia przed sądem sporu o wysokość i zapłatę odszkodowania. Eliminują tym samym niepewność, jaka zawsze towarzyszy procesowi przed sądem, z uwagi na zbędne wykazywanie szkody czy jej wysokości. Zastrzeżenie kary umownej ułatwia i upraszcza dochodzenie odszkodowania.

Sąd pierwszej instancji stwierdził, iż na końcowym etapie niniejszego postępowania powód wniósł o miarkowanie kary umownej, stosownie do art. 484 § 2 k.c. jako rażąco wygórowanej i ustalenie jej na kwotę 1 zł (k. 964-966). Sąd Okręgowy podniósł, iż art. 484 § 2 k.c. przewiduje możliwość zmniejszenia wysokości kary umownej (tzw. miarkowania), choć nie zupełnego jej zniesienia. Możliwe będzie to w razie wystąpienia jednej z dwóch przesłanek redukcji: gdy zobowiązanie, z którym powiązana jest kara, zostanie w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna będzie rażąco wygórowana. Sąd Okręgowy zważył, iż przepis ten statuuje wyjątek od zasady pacta sunt servanda i od art. 353^1 k.c., art. 354 § 1 k.c. oraz od sformułowanej w art. 484 § 1 k.c. zasady, że w razie wyrządzenia wierzycielowi szkody przysługuje mu kara umowna w zastrzeżonej wysokości, bez względu na wysokość tej szkody. Jednocześnie Sąd pierwszej instancji zważył, że art. 484 § 2 k.c. celowo nie definiuje pojęcia

rażącego wygórowania kary umownej, zapewniając możliwość elastycznego stosowania instytucji miarkowania kary umownej, opierającego się w dużym stopniu na uznaniu sędziowskim, uwzględniającym konkretne okoliczności sprawy. Miarkując karę umowną sąd powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczania jej wysokości, co zasadniczo ułatwia realizację dochodzonego uprawnienia. Sąd Okręgowy zważył również, że miarkowanie kary umownej jest przejawem prawa sądu do ingerencji w stosunki umowne równorzędnych podmiotów. Katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej jest otwarty, co zapewnia możliwość elastycznego orzekania w tym zakresie, pod warunkiem jednak, że takie żądanie zostanie przez dłużnika zgłoszone i wykazane. Istotnym kryterium miarkowana jest przy tym relacja kary umownej do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych, przyczyny opóźnienia, przyczynienie się wierzyciela, stopień winy dłużnika, relacja do należnego wynagrodzenia lub ocena stopnia naruszenia interesu wierzyciela wskutek opóźnionego wykonania robót. O rażącym wygórowaniu kary umownej mówić można zarówno wtedy, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania, a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy z uwzględnieniem okresu opóźnienia, jak i wtedy (co jest zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie) gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznanej szkody. Sąd pierwszej instancji podkreślił jednocześnie, iż ustawa nie uzależnia zapłaty kary umownej od wykazania przez wierzyciela wysokości szkody, co więcej, z treści art. 484 k.c. wynika, że kara umowna w wysokości zastrzeżonej w umowie należy się niezależnie od wysokości zaistniałej szkody, a zatem również wtedy gdy wierzyciel nie poniósł jej w ogóle lub też poniósł ją jedynie w stopniu znikomym. Wierzyciel jest zatem zwolniony z obowiązku wykazania szkody oraz odpowiedzialności kontraktowej dłużnika. Nie można jednak zapominać o społeczno-gospodarczym celu, jaki ma na celu zastrzeżenie kary umownej, w zamierzeniu ustawodawcy, pełniące funkcję środka dyscyplinującego i represyjnego wobec nierzetelnego dłużnika. Nie ulega bowiem wątpliwości - jak wskazał Sąd pierwszej instancji - że celem kary umownej nie jest zapewnienie korzyści materialnej zlecającemu świadczenie niepieniężne i w zasadzie nie powinno prowadzić do wzbogacenia zamawiającego kosztem wykonawcy.

W niniejszej sprawie powód, występując z wnioskiem o miarkowanie kary umownej i wskazując na jej rażące wygórowanie, wniósł o jej ustalenie do wysokości symbolicznej złotówki. Sąd Okręgowy podzielił zapatrywanie powoda w tym zakresie. W pierwszej kolejności Sąd I instancji wskazał, że miał tu na względzie to, że wobec wykonania przeważającej części zobowiązania, karę umowną naliczoną w wysokości aż 30% wynagrodzenia umownego, należało uznać za rażąco wygórowaną. Sąd Okręgowy stwierdził, że nie miał wątpliwości, co do tego, iż powód wykonał większość zleconych mu robót budowlanych, które pomimo stwierdzonych uprzednio usterek, zostały finalnie odebrane, a instalacje będące ich przedmiotem, uruchomiono i są użytkowane zgodnie z przeznaczeniem. Jakkolwiek przy tym powód nie zamontował spornych 8 kamer, to jednak nie można było zdaniem Sądu Okręgowego pominąć, że nie otrzymał też z tego tytułu wynagrodzenia, ponieważ generalny wykonawca zlecił wykonanie prac w tym zakresie podmiotowi trzeciemu, a następnie potrącił to wynagrodzenie z wynagrodzeniem przysługującym (...) sp. z o.o. Ponadto – jak zaznaczył Sąd Okręgowy - pomimo opóźnienia powoda pozwany nie poniósł żadnej szkody, gdyż termin do wykonania prac został mu przedłużony o 60 dni, a inwestor nie naliczył wobec niego żadnej kary umownej. Jednocześnie Sąd pierwszej instancji miał również na uwadze, że pozwany w toku procesu nie twierdził, aby na skutek opóźnienia powoda doznał jakiegokolwiek uszczerbku majątkowego. Co więcej, miarkowanie kary umownej do wysokości wnioskowanej przez powoda było zdaniem Sądu pierwszej instancji uzasadnione przede wszystkim względami słusznościowymi. Sąd Okręgowy powołał się w tym zakresie na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2006 r., V CSK 55/06, w którym stwierdzono, że w art. 484 § 2 k.c. nie podano w ogóle (nawet w sposób przykładowy, jak np. w art. 85 § 1 k.z.) możliwych kryteriów zredukowania kary umownej przez sąd. Katalog takich kryteriów jest zatem otwarty i należy do uznania sędziowskiego. To samo dotyczy ewentualnej kwestii odpowiedniej hierarchii takich kryteriów. W każdym razie muszą to być kryteria miarodajne do skonstatowania „rażącego wygórowania" kary umownej w jej aspekcie wartościowym. Rzecz jasna, mogą tu wchodzić w grę kryteria o charakterze wartości bezwzględnych (np. sama wysokość kary umownej), kryteria relatywizujące (np. ocena wysokości kary umownej do innych elementów, tj. wobec ogólnej wartości świadczenia, wysokości szkody

poniesionej przez uprawnionego do kary umownej lub rozmiaru przysługującego mu odszkodowania) lub inne jeszcze kryteria (m.in. o charakterze słusznościowym). Sąd Okręgowy wskazał, że za trafną należy oczywiście uznać myśl o powściągliwym korzystaniu przez sąd z instytucji redukcji kary umownej, skoro redukcja taka stanowi modyfikację treści zobowiązania określonego w umowie. Sąd Okręgowy kierując się powyższymi względami, uznał, że w niniejszej sprawie zaistniały tego rodzaju okoliczności, w tym te o charakterze słusznościowym, uzasadniające miarkowanie kary umownej za opóźnienie w wykonaniu prac przez podwykonawcę o 60 dni, w sytuacji gdy o ten sam czas inwestor przedłużył generalnym wykonawcom termin na dokończenie prac. Tym samym kara umowna, którą obciążony został powód nie spełniała zdaniem Sądu pierwszej instancji swej podstawowej funkcji stymulującej wykonanie zobowiązania, skoro generalny wykonawca nie jest już związany pierwotnym terminem wykonania prac, a korzysta z dobrodziejstwa jego przedłużenia o dalsze dwa miesiące. Z kolei - jak argumentował Sąd Okręgowy - w art. 354 k.c. ustawodawca nakłada na strony zobowiązania obowiązek lojalnej współpracy w jego wykonaniu, rozumianej również jako ścisłe współdziałanie, co w realiach niniejszej sprawy było zdaniem Sądu szczególnie istotne w kontekście wykonywania przez podwykonawcę robót budowlanych, gdzie bieżąca współpraca na linii zleceniodawca - zleceniobiorca warunkuje prawidłowość wykonania prac. Zdaniem Sądu Okręgowego, obciążenie powoda karą umowną z tytułu opóźnienia w wykonaniu prac, co do których inwestor udzielił generalnemu wykonawcy dodatkowego 60-dniowego terminu bez jakichkolwiek dodatkowych sankcji, stanowiło po stronie (...) sp. z o.o. jedynie wyraz woli poczynienia oszczędności w zakresie kosztów realizacji inwestycji kosztem powoda i jako taki nie zasługiwał na ochronę prawną. Sąd pierwszej instancji zważył, iż wbrew zeznaniom świadka P. T., pozostającym w jawnej sprzeczności z informacjami umieszczonymi w załączonych do akt protokołach z rad budowy, jeszcze na przełomie czerwca i lipca konsorcjum generalnego wykonawcy prowadziło prace, które nie były objęte zleceniem uzupełniającym inwestora, tj. wykonywano roboty drogowe na ulicy (...), wykorzystując przedłużony termin do nadrabiania opóźnień w stosunku do harmonogramu. Równolegle, gdy powód przedstawiał do odbioru poszczególne skrzyżowania, trwały prace wykonywane przez innych podwykonawców, związane m.in. z montażem ekranów dźwiękoszczelnych, położeniem chodnika, czy też sadzeniem zieleni. Zatem nic nie stało zdaniem Sądu pierwszej instancji na przeszkodzie, aby pozwany przedłużył powodowi termin do zakończenia pierwotnie powierzonych prac, skoro sam skorzystał z dobrodziejstwa dodatkowego terminu na oddanie obiektu inwestorowi. W tej zaś sytuacji, naliczenie przez pozwanego kary umownej za opóźnienie należało w przekonaniu Sądu Okręgowego uznać za celowe działanie, mające jedynie na celu przysporzenie majątkowe kosztem powoda, który rzetelnie wykonał powierzone jemu obowiązki, a przy tym od pracowników (...) sp. z o.o. otrzymywał np. na radach budowy sygnały odnośnie możliwości udzielenia dodatkowego terminu na wykonanie prac. Nie zasługiwał zdaniem Sądu pierwszej instancji w świetle brzmienia art. 5 k.c. na ochronę prawną kontrahent, który wykorzystując silniejszą pozycję na rynku, utrzymuje działającego w zaufaniu do swojego partnera handlowego w przekonaniu, że finalnie zmodyfikuje postanowienia umowy (w tym wypadku udzieli dodatkowego terminu), choćby tylko za pośrednictwem swoich pracowników, lecz ostatecznie odmawia wypłacenia części należnego wynagrodzenia, obciążając je o karę umowną w wysokości odpowiadającej aż 30% umówionego wynagrodzenia, sam korzystając zaś z ustępstw poczynionych przez inwestora. Sąd okręgowy podniósł, iż w tym wypadku odmiennej ocenie podlegały działania podejmowane przez obu konsorcjantów, tj. (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. Z tym pierwszym bowiem, zgodnie z postanowieniami umowy podwykonawczej (§ 2 pkt 2), podwykonawca miał obowiązek się kontaktować, a (...) sp. z o.o. miał składać oświadczenia woli w imieniu generalnych wykonawców. I to właśnie pracownicy pozwanej (...) sp. z o.o. budowali zdaniem Sądu pierwszej instancji u powoda fałszywe przekonanie o możliwości udzielenia dodatkowego terminu do wykonania prac w korelacji z decyzją inwestora, podjętą w tym zakresie wobec generalnych wykonawców. Działanie takie w ocenie Sądu Okręgowego nie zasługiwało na aprobatę, skoro pozwany skorzystał z dobrodziejstwa przedłużenia terminu wykonania prac, a sam fakt ten wykorzystał dla obciążenia powoda karą umowną. Wobec powyższego Sąd pierwszej instancji przychylił się do wniosku powoda i miarkował, zgodnie z art. 483 § 2 k.c., naliczoną karę umowną z kwoty 189.974,72 zł, przypadającej na (...) sp. z o.o. do wysokości 1 zł, o którą to kwotę pomniejszył wynagrodzenie należne powodowi, zasądzając od pozwanego na rzecz powoda kwotę 64.276,26 zł.

O odsetkach Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 481 k.c. Sąd pierwszej instancji zważył, iż po wykonaniu powierzonych powodowi prac, wystawił on pozwanemu dwie faktury VAT: nr (...) z dnia 18 sierpnia 2011 r. na kwotę 280.493,25 zł z datą wymagalności 17 września 2011 r., z której do zapłaty pozostała kwota 59.432,91 zł oraz

nr (...)-01 z dnia 31 października 2011 r. na kwotę 64.621,32 zł z datą wymagalności 30 listopada 2011 r., z której do zapłaty pozostała kwota 64.276,26 zł. W tym stanie rzeczy, wobec okoliczności, że wierzytelność pozwanego z tytułu wykonania prac zastępczych przez W. I. (2) stała się wymagalna dopiero dzień po wystawieniu faktury przez (...) sp. z o.o. z dnia 14 października 2011 r. na te prace (k. 94), Sąd pierwszej instancji stanął na stanowisku, że powodowi przysługują odsetki od kwoty 59.432,91 zł za okres od daty jej wymagalności, tj. od dnia 19 września 2011 r. do dnia kiedy wierzytelność z tytułu prac zastępczych stała się wymagalna, tj. do dnia 14 października 2011 r. Zdaniem Sądu Okręgowego słusznie bowiem podniósł pozwany, że stosownie do postanowień § 5 pkt 9 umowy podwykonawczej, pozwany zobowiązany był do zapłaty na rzecz powoda wynagrodzenia w terminie 30 dni od dnia doręczenia prawidłowo wystawionej faktury VAT, co - jak wynika z treści prezentaty - w odniesieniu do faktury VAT nr (...) miało miejsce w dniu 19 sierpnia 2011 r. (k. 276). Sąd Okręgowy zważył, iż w tym przypadku zastosowanie znalazł art. 481 § 2 k.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 grudnia 2015 r.

Z kolei w zakresie wierzytelności powoda, opiewającej na kwotę 64.275,26 zł, określonej w fakturze VAT nr (...) (k. 275), jako pozostała część nieuiszczonego wynagrodzenia po odjęciu kary umownej w wysokości 1 zł, Sąd pierwszej instancji zasądził na rzecz (...) sp. z o.o. odsetki ustawowe od następnego dnia po dacie jej wymagalności, tj. od dnia 10 grudnia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2015 r., zgodnie z art. 481 § 2 k.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz odsetki za czas opóźnienie od 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty w wysokości równej sumie stopy referencyjnej Narodowego Banku Polskiego i 5,5 punktów procentowych - zgodnie z art. 481 § 2 k.c. w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2016 r. Podobnie i w tym zakresie Sąd pierwszej instancji miał na względzie § 5 pkt 9 umowy podwykonawczej i fakt, że przywołana faktura została doręczona pozwanej spółce dopiero w dniu 9 listopada 2011 r.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 100 k.p.c., zgodnie z którym w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań koszty będą wzajemnie zniesione lub stosunkowo rozdzielone. Wobec faktu, że powód wygrał sprawę co do kwoty 64.275,26 zł, przegrał zaś co do 59.432,91 zł, Sąd pierwszej instancji obciążył go kosztami procesu w 48%, w pozostałym zaś zakresie obciążając pozwanego (52%). Szczegółowe wyliczenie kosztów procesu Sąd Okręgowy pozostawił przy tym referendarzowi sądowemu.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód, zaskarżając go w części, tj. w zakresie punktu drugiego i trzeciego.

Przedmiotowemu orzeczeniu skarżący zarzucił:

1. błąd w ustaleniach faktycznych, mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, poprzez uznanie, że kwota 59.432,91 zł wskazana na fakturze wystawionej przez W. I. nr 01/10/2011 stanowi wynagrodzenie za montaż spornych 8 kamer; błędne uznanie, że pozwany wykazał koszt wykonania zastępczego 8 kamer wideodetekcji; błędne uznanie, że do zakresu umowy, jaką posiadał powód zaliczał się również obowiązek montażu 8 szt. dodatkowych kamer;

2. naruszenie przepisów prawa procesowego, mających wpływ na wynik sprawy, tj. przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i nierozważenie całego zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz ocenę materiału dowodowego z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów poprzez błędne ustalenie, że kwota 59.432,91 zł wskazana na fakturze wystawionej przez W. I. nr 01/10/2011 stanowi wynagrodzenie za montaż spornych 8 kamer; błędne uznanie, że pozwany wykazał koszt wykonania zastępczego 8 kamer wideodetekcji, wobec treści pisma pozwanego z dnia 10 listopada 2011 r., w którym to pozwany sam przyznał, że prace wykonywane przez W. I. w ramach umowy (...) i aneksu do tej umowy z dnia 11 lipca 2011 r. dotyczą zupełnie innego zakresu robót, aniżeli zakres prac powoda; pominięcie treści oświadczenia pozwanego z dnia 12 grudnia 2011 r., w którym to oświadczeniu pozwany wprost przyznał, że prace wykonane przez W. I. na podstawie aneksu do umowy z dnia 11 lipca 2011 r. nie dotyczą zakresu prac powoda; pominięcie dowodów z dokumentów kosztorysów wykonanych przez powoda, z których jednoznacznie wynika, że koszt montażu 6 kamer wideodetekcji z konstrukcją wsporczą to kwota 2.662,06 zł, co stanowiło niepodważalny dowód na to, że kwota 59.432,91 zł wskazana na fakturze wystawionej na rzecz pozwanego W. I. dotyczyła zupełnie innego zakresu robót i nie dotyczyła robót zastępczych, tj. montażu 8 kamer wideodetekcji;

pominięcie dowodu z opinii biegłego sądowego, który w swojej opinii wprost wskazywał, że powód w całości wykonał przedmiot umowy, co zostało potwierdzone przez pozwanego w protokołach technicznych odbioru robót oraz w świadectwach płatności wystawianych przez samego pozwanego;

3. naruszenie przepisu art. 245 k.p.c. poprzez pominięcie dokumentów prywatnych w postaci oświadczeń pozwanego z dnia 10 listopada 2011 r. i 12 grudnia 2011 r. oraz kosztorysów sporządzonych przez powoda - co doprowadziło do błędnego uznania, że kwota 59.432,91 zł stanowi wartość prac zastępczych, tj. montażu 8 kamer wideodetekcji, skoro jak wynika z niekwestionowanego przez żadną ze stron kosztorysu wykonania robót - sporządzonego przez powoda, koszt montażu 6 kamer wideodetekcji wraz ze wspornikami wynosił 2.662,06 zł, a nie 59.432,91 zł. Powyższe dokumenty stanowią niepodważalny dowód na to, że kwota 59.432,91 zł wskazana na fakturze VAT wystawionej przez W.lllmana nie dotyczy montażu przez niego 8 kamer wideodetekcji, a zupełnie innych prac;

4. naruszenie przepisu art. 6 k.c. poprzez uznanie, że pozwany udowodnił, że koszt prac zastępczych w postaci montażu przez W. I. 8 dodatkowych kamer wideodetekcji wynosił 59.432,91 zł;

5. naruszenie przepisu art. 647 k.c. poprzez uznanie, że to powód bez dodatkowego wynagrodzenia był zobowiązany do zamontowania dodatkowych 8 kamer w sytuacji, w której projekt dostarczony powodowi przez pozwanego nie przewidywał montażu tych dodatkowych kamer. Stanowisko powoda potwierdza dodatkowo fakt, że część z dodatkowych kamer zamontowanych w efekcie końcowym przez W. I. została później zdemontowana przez inwestora - Zarząd Dróg Miejskich w P., a także - jak wynika z opinii biegłego przeprowadzonej na użytek niniejszego procesu - powód wykonał cały zakres robót wynikający z umowy, co zostało potwierdzone przez pozwanego w protokołach częściowych oraz w świadectwach płatności.

6. naruszenie przepisu art. 649 k.c. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy powód zamontował wszystkie kamery zgodnie z projektem. Montaż dodatkowych kamer przez W. I. nastąpił dopiero po zmianie tego projektu, co wynika wprost z zeznań świadków - pracowników Zarządu Dróg Miejskich w P.. Fakt, że powód zamontował wszystkie kamery zgodnie z umową potwierdza również opinia biegłego.

Wskazując na powyższe, powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie na jego rzecz dodatkowo kwoty 59.532,91 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 15 października 2011 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie na rzecz powoda całości kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych; ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd pierwszej instancji.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł również pozwany, zaskarżając ww. wyrok w części, tj. w zakresie punktu pierwszego i trzeciego.

Przedmiotowemu orzeczeniu skarżący zarzucił:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez:

a) niewłaściwe zastosowanie art. 484 § 2 k.c., polegające na dokonaniu przez Sąd pierwszej instancji nadmiernego miarkowania kary umownej, do kwoty 1 zł wartości kary umownej, co doprowadziło do niemal całkowitego uchylenia przez Sąd prawidłowo zastrzeżonej kary umownej, a w szczególności nie wzięcie pod uwagę przez Sąd pierwszej instancji przy miarkowaniu kary umownej jej funkcji dyscyplinującej i represyjnej, winy powoda w opóźnieniu oraz skutków opóźnienia się powoda;

b) niewłaściwe zastosowanie art. 484 § 2 k.c. poprzez zmiarkowanie kary umownej bez zaistnienia przesłanek do jej miarkowania, w szczególności błędne uznanie, że potrącona przez pozwanego kara umowna w wysokości 64.276, 26 zł w stosunku do wynagrodzenia umownego w wysokości 1.553.133, 30 zł jest rażąco wygórowana;

c) niezastosowanie art. 6 k.c. i błędne uznanie, że ciężar udowodnienia szkody w przypadku miarkowania kary umownej leży po stronie, która żąda zapłaty kary umownej;

2. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj.:

a) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wywiedzenie z materiału dowodowego nieprawidłowych wniosków na skutek przekroczenia swobodnej oceny dowodów, to jest uznanie, że „powód rzetelnie wykonywał powierzone jemu obowiązki (str. 33 uzasadnienia) oraz, że pozwany naliczył karę umowną w celu poczynienia oszczędności w zakresie kosztów realizacji inwestycji (str. 32 uzasadnienia)" co miało wpływ na wydane orzeczenie;

b) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie ustaleń sprzecznych z treścią materiału dowodowego i przyjęcie przez Sąd pierwszej instancji, że naliczona przez pozwanego kara umowna stanowi 30% wartości wynagrodzenia umownego, co w konsekwencji doprowadziło Sąd do błędnego ustalenia, że kara umowna jest rażąco wygórowana.

Wskazując na powyższe, pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na rzecz pozwanego całości kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd pierwszej instancji wraz z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów postępowania za obie instancje.

Powód w odpowiedzi na apelację pozwanego wniósł o jej oddalenie w całości oraz o zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda podlegała uwzględnieniu w całości, natomiast apelacja pozwanego była zasadna tylko częściowo. Sąd Apelacyjny podziela większość ustaleń Sądu Okręgowego i uznaje je za własne poza nielicznymi, o których będzie mowa poniżej.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zarzuty powoda dotyczące naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. były trafne. Słusznie skarżący podniósł, że Sąd Okręgowy z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów ocenił zebrany w sprawie materiał dowodowy i w oparciu o ten materiał ustalił mający istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy fakt, że kwota 59.432,91 zł wskazana na fakturze wystawionej przez W. I. (1) nr 01/10/2011 stanowi wynagrodzenie za montaż spornych 8 kamer. Powód od samego początku procesu kwestionował fakt, że faktura nr (...) z dnia 6.10.2011 r. (k.95) wystawiona przez W. I. (5) na kwotę 59.432,91 zł stanowiła wynagrodzenie, jakie pozwany zapłacił ww. osobie jako wykonawcy zastępczemu z tytułu, jak twierdził powód, rzekomego montażu 8 brakujących kamer wideodetekcji. Pozwany natomiast w ocenie Sądu Apelacyjnego do dnia zamknięcia rozprawy przed Sądem Okręgowym nie przedstawił przekonywujących dowodów na tę okoliczność. Z samej treści ww. faktury nie wynika to, że została ona wystawiona za wykonanie tego rodzaju robót. Jako nazwa usługi wskazane w jej treści zostało „Przebudowa ul. (...) w P., na odcinku od planowanego skrzyżowania z III ramą komunikacyjną (ul. (...)) do granicy miasta – aneks nr (...) do umowy nr (...) z dnia 11.07.2011 r." oraz wskazano ogólną wartość tej usługi 48.319,44 zł netto i 59.432,91 zł brutto. Nie sposób zatem na podstawie samej treści tego dokumentu nawet ustalić, że dotyczy on montażu 8 kamer. Wątpliwości co do tego są tym bardziej uzasadnione, że z dołączonego do pozwu kosztorysu robót stanowiącego załącznik nr 1 do umowy nr (...) pod poz. Nr 19 (k. 45 akt) wskazane zostało, że wartość montażu 6 sztuk kamer wideodetektora, jakich miał dokonać powód to kwota 2.662,06 zł (cena jednostkowa to 443,68 zł). Proste przeliczenie z uwzględnieniem wynagrodzenia za montaż jednej kamery, pozwala na przyjęcie, że wynagrodzenie za montaż 8 kamer powinno kształtować się na poziomie około kwoty łącznej 3.549,44 zł netto. Do ww. faktury pozwany nie dołączył świadectwa płatności, protokołu odbioru robót, nie wnosił o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka W. I. (1) na okoliczność tego, jakich konkretnie robót i za jaką kwotę wynagrodzenia dotyczyła sporna faktura. Z opinii

biegłego sądowego wynika, że przedmiotem aneksu nr (...) z 12.08.2011 r. zawartego do umowy podwykonawczej Nr (...) pomiędzy pozwanym a W. I. z dn. 11.07.2011r. było wykonanie prac zamontowania 8 kamer systemu videodetekcji, co wynika z aneksu k. 515 akt, jednakże biegły nie wskazuje, jaka była wartość tych prac, a ponadto dalej stwierdza, iż nie można potwierdzić jednoznacznie, czy zakres robót wskazanych w zał. nr 1 do aneksu (...) z dn. 12.08.2011 r. ww. umowy podwykonawczej nr (...) dotyczył dokładnie tych samych robót co wskazane w zał. nr 1 do umowy (...) zawartej przez pozwanego z powodem. Powyższe wątpliwości wzmacnia także fakt, że w ww. fakturze wystawionej przez W. I. mowa jest o aneksie nr (...) do umowy nr (...) z dnia 11.07.2011 r., tymczasem w aktach mamy aneks nr (...) do tej umowy z inną datą tj. datą 12.08.2011 r. i to do umowy z tej samej daty (k. 515). Ponadto jak wynika z akt sprawy (vide np. zeznania świadka J. F. k. 724) powód złożył ofertę wykonania 8 kamer za dodatkowym wynagrodzeniem i nielogicznym byłoby, aby pozwany nie przyjął tańszej oferty powoda i zlecił montaż tych kamer innemu wykonawcy za wielokrotnie wyższą cenę, nawet jeśli uważał, że wykonanie tych prac należało do obowiązków powoda. Niezależnie od powyższego w aktach sprawy nie ma dowodu, by pozwany dokonał zapłaty W. I. kwoty, którą potrącił z wynagrodzenia powoda z tytułu poniesionych kosztów wykonania zastępczego. Z tych wszystkich ww. wymienionych względów faktura VAT nr (...) wystawiona przez W. I. nie może być wiarygodnym dowodem na okoliczność tego, że osoba która ją wstawiła wykonała prace zastępcze w postaci 8 spornych kamer, a w szczególności by wartość tych robót wynosiła 59.432,91 zł i pozwany taką kwotę z tego tytułu wystawcy tej faktury zapłacił. Nie ma też dowodu w jakiej dacie i w jaki sposób pozwany to wynagrodzenie zapłacił (ma to znaczenie dla ustalenia daty wymagalności żądania zwrotu tych kosztów). Z tych względów zdaniem Sądu Apelacyjnego strona pozwana nie udowodniła, by przysługiwała jej w stosunku do powoda wymagalna wierzytelność w kwocie 59.432,91 zł, którą mogła potrącić skutecznie z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, którego dotyczyła faktura VAT nr (...) z dnia 18.08.2011 r. (k.276) wystawiona na kwotę 280.493,25 zł, z której powód domaga się w pozwie reszty należności w wysokości 59.432,91 zł.

W tych okolicznościach zbędne jest roztrząsanie zarzutu błędnego ustalenia przez Sąd Okręgowy tego, że do zakresu umowy, jaką posiadał powód zaliczał się również obowiązek montażu 8 szt. dodatkowych kamer oraz roztrząsanie zarzutów apelacji powoda dotyczącego naruszenia art. 647 k.c. i art. 649 k.c. Można jedynie stwierdzić, że zgodnie z art. 651 k.c. jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora. Wynika to z tego, że wykonanie umowy o roboty budowlane, podobnie jak umowy o dzieło (zob. art. 634 k.c.) jest możliwe przy współdziałaniu obu stron. Przepis ten rozwija zatem wspomniany obowiązek, nakładając na wykonawcę powinność niezwłocznego powiadomienia inwestora o okolicznościach, które związane są z wykonywaniem przezeń obowiązków wynikających z umowy, mogłyby przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót. Wykonawca niezmiennie powinien działać z należytą starannością (art. 355 k.c.) w celu wykonania zobowiązania z umowy o roboty budowlane. Z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób oczywiście wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania. Musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy powód winien zwrócić uwagę zamawiającemu na to, że ilość kamer wskazana w kosztorysie stanowiącym załącznik do umowy jest niezgodna z ilością kamer wynikającą z projektu - rysunków, w oparciu które powód wykonywał roboty, w szczególności, że umowa zawierała zapis, że w przypadku rozbieżności pomiędzy postanowieniami poszczególnych dokumentów stanowiących załączniki do umowy rozstrzygająca miała być kolejność ich wymienienia.

Odnosząc się do apelacji pozwanego stwierdzić należy, iż trafny był zawarty w niej zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 484 § 2 k.c., polegające na dokonaniu przez Sąd pierwszej

instancji nadmiernego miarkowania kary umownej do kwoty 1 zł wartości kary umownej. Uzasadniając powyższy pogląd należy na wstępie wskazać, że nie istnieją ogólne przewidziane prawem zasady, jak należy określić wysokość kary umownej – jakiej wysokości powinna być ustalona oraz w jakiej wysokości powinna być zasądzana przez sąd w razie powstania na tym tle sporu sądowego. Każdy przypadek sąd ma obowiązek zbadać indywidualnie, dlatego procedura miarkowania kary umownej odbywa się przed sądem, który poddaje kompleksowej ocenie sytuację, z którą powiązana jest zapłata kary umownej. Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy Sąd Apelacyjny w całości podziela ustalenia i rozważania prawne Sądu Okręgowego co do tego, że kara umowna naliczona przez pozwanego powinna zostać zmiarkowana w oparciu o treść art. 484 § 2 k.c. i nie ma w tej chwili potrzeby powtarzać tej argumentacji. Jednakże trafnie skarżący zarzucił w apelacji, że zmiarkowanie kary do 1 zł w istocie stanowiło niedopuszczalne obniżenie wartości kary umownej do zera. Ugruntowany jest bowiem obecnie w orzecznictwie i doktrynie pogląd, że dopuszczalność wykorzystania instytucji miarkowania do całkowitego uchylenia obowiązku zapłaty kary umownej należy zanegować, a odmienne zapatrywanie prowadziłoby do całkowitego pominięcia represyjnej funkcji kary umownej. Obwiązek świadczenia kary ma zaś stanowić dla dłużnika także sankcję za sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (por. System prawa prywatnego, t.5, Prawo zobowiązań – część ogólna, Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2006, str. 977). W tym stanie rzeczy oraz wobec tego, że Sąd Okręgowy nie zakwestionował ważności całego postanowienia dotyczącego kary umownej (nie tylko jej wysokości) w oparciu o treść art. 58 § 2 i 3 k.c., brak było podstaw do miarkowania kary umownej aż do 1 zł, czyli praktycznie do zera. W świetle powyższego Sąd Apelacyjny, podzielając pogląd Sądu Okręgowego co do tego, że w okolicznościach niniejszej sprawy kara umowna za 60 dni opóźnienia wynosząca łącznie (tj. naliczona przez pozwanego i (...) sp. z o. o.) aż 30% wynagrodzenia umownego powinna być uznana za rażąco wygórowaną, w szczególności, że pozwany mimo powyższego opóźnienia ze strony powoda, sam nie opóźnił się z tego powodu z wykonaniem robót swego własnego zobowiązania wobec inwestora i w konsekwencji nie poniósł z tego tyłu szkody, w szczególności nie był zobowiązany do zapłaty kar umownych zamawiającemu. W takiej sytuacji kara umowna nałożona powodowi prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia pozwanego i stanowi nadmierne, nieuzasadnione obniżenie wynagrodzenia powoda za wykonanie robot. Z tego też względu Sąd II instancji uznał, że właściwym będzie zmiarkowanie kary wynikającej z § 4 ust. 2 umowy za każdy dzień opóźnienia z 0,5% wartości umowy określonej w § 1 ust. 2 umowy do 0,1% umówionego wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia. Powyższe w konsekwencji oznacza, że 51% kary umownej za 60 dni opóźnienia liczonej od wynagrodzenia umownego 1.262.710 zł netto przypadającej pozwanemu w stosunku do powoda, a wynikającej z noty wynosić będzie zamiast kwoty 189.974,72 zł kwotę wyliczoną w następujący sposób 1.262.710 zł x 0,1% =1.262,71 zł za 1 dzień opóźnienia. Dalej 1.262,71 zł x 60 dni = 75.762,60 zł kary umownej za 60 dni opóźnienia. Z uwagi na to, że pozwany mógł obciążyć powoda tylko 51% tej kary, to wynosi ona 38.638,92 zł, zamiast potrąconej przez pozwanego z tego tytułu w nocie z dnia 28.11.2011 r. kwoty 64.276,25 zł. Z tego względu pozwany skutecznie dokonał potrącenia z wynagrodzenia powoda z faktury VAT nr (...) z dnia 31 października 20011 r. (...) z dnia 18.08.2011 r. kwoty 38.638, 92 zł, a tym sam pozostałą do zapłaty kwotę (nieobjętą skutecznym potrąceniem i po odjęciu potrąconej kwoty 345,07 zł wynikającej z faktury VAT nr (...) z dn. 27.10.2011r.) z tej faktury tytułem reszty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane należało zasądzić od pozwanego na rzecz powoda jak w punkcie I pkt 1 lit. b wyroku na podstawie art. 647 k.c. wraz z ustawowymi odsetkami na podstawie art. 481 § 2 k.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz odsetki za czas opóźnienie od 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty w wysokości równej sumie stopy referencyjnej Narodowego Banku Polskiego i 5,5 punktów procentowych - zgodnie z art. 481 § 2 k.c. w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2016 r.

Trzeba przy tym wskazać, że nietrafny był zarzut pozwanego naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie ustaleń sprzecznych z treścią materiału dowodowego i przyjęcie przez Sąd pierwszej instancji, że naliczona przez pozwanego kara umowna stanowi 30% wartości wynagrodzenia umownego, co w konsekwencji doprowadziło Sąd do błędnego ustalenia, że kara umowna jest rażąco wygórowana. Sąd Okręgowy poprawnie ustalił, że kara umowna liczona łącznie przez (...) sp. z o. o. i (...) sp. z o. o. od kwoty wartości umowy określonej w § 1 ust. 2 umowy z dnia 16.11.2009 r., zmienionej aneksem nr (...) i aneksem nr (...) z dnia 18.10.21 r., w którym ostatecznie wartość umowy wskazanej w § 1 ust. 2 ustalono na kwotę 1.262.710 zł netto, łącznie wynosiła 30% wartości umówionego wynagrodzenia (1,262,710 zł x 0,5% za 1 dzień x 60 dni = 378.813 zł czyli 30% kwoty 1.262.710 zł) i nie zmienia tej proporcji fakt, że każdy z ww. podmiotów mógł dochodzić od powoda tylko odpowiedniego procenta zastrzeżonej ogółem kary umownej (51% i

49%). Poza tym, skarżący bezpodstawnie w apelacji wskazuje na wysokość umownego wynagrodzenia brutto w kwocie 1.553.133,30 zł, w oparciu o którą to wysokość należy analizować procent kary umownej w stosunku do wartości umowy na potrzeby oceny tego, czy zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana, skoro z § 4 ust. 2 umowy jednoznacznie wynika, że kara umowna miała być liczona od wartości umowy określonej w § 1 ust. 2 umowy, a tam wskazana jest wartość umowy w kwocie netto. Tak też rozumiał to pozwany i (...) sp. z o. o., skoro kara umowna została ostatecznie naliczona od kwoty netto wartości umowy, a nie od jej kwoty brutto. Z tego też względu Sąd Okręgowy nie miał podstaw do analizy powyższego zagadnienia z uwzględnieniem kwoty brutto wartości umowy, a w każdym względzie apelacja nie zawiera na poparcie tego zarzutu jakiejkolwiek argumentacji.

Nie mógł także odnieść skutku zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 6 k.c. poprzez niezastosowanie art. 6 k.c. i błędne uznanie, że ciężar udowodnienia szkody w przypadku miarkowania kary umownej leży po stronie, która żąda zapłaty kary umownej. Naruszenie art. 6 k.c. polega na przyjęciu przez sąd, że ciężar udowodnienia określonego faktu spoczywa na innej osobie niż wskazana w tym przepisie, co może w konsekwencji prowadzić do wydania orzeczenia niekorzystnego dla osoby, której dowód w rzeczywistości nie obciążał (podobnie wyr. SN z 29.4.2011 r., I CSK 517/10, Legalis, oraz z 6.10.2010 r., II CNP 44/10, Legalis). Wbrew wywodom apelacji Sąd Okręgowy nie wywodził tego, że ciężar udowodnienia poniesienia szkody w przypadku żądania kary umownej leżał po stronie pozwanej. Takie sformułowanie nie pada w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Sąd I instancji w ogóle nie powołuje się w uzasadnieniu na treść art. 6 k.c., ani nie porusza kwestii związanych z ciężarem dowodu ww. okoliczności. Stąd powyższy zarzut jest niezrozumiały. Sąd Okręgowy wskazał jedynie to, że pozwany nie poniósł żadnej szkody, gdyż termin do wykonania prac został mu przedłużony o 60 dni, a inwestor nie naliczył wobec niego żadnej kary umownej. Jednocześnie Sąd dodał, że pozwany w toku procesu nie twierdził też, aby na skutek opóźnienia powoda doznał jakiegokolwiek uszczerbku majątkowego. W tej sytuacji Sąd Okręgowy miał podstawy uznać w z. z treścią art. 229 i 230 k.p.c., że jest to okoliczność niekwestionowana i niewymagająca dowodu.

Pozwany w apelacji nie podniósł zarzutu błędnej oceny konkretnych dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.) i w konsekwencji błędnego ustalenia przez Sąd Okręgowy tego, że nie doszło po stronie pozwanego powstania konkretnej szkody z powodu opóźnienia się przez powoda z wykonaniem robót, ani zarzutu naruszenia innych przepisów prawa procesowego, skutkiem czego mogło być ustalenie Sądu I instancji o braku szkody po stronie pozwanego (np. art. 217 w zw. z art. 227 k.p.c., czy art. 229 i 230 k.p.c.). W związku z tym Sąd Apelacyjny nie miał podstaw do zakwestionowania poprawności tego ustalenia. Trzeba w tym miejscu wskazać, że Sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego (w granicach zaskarżenia bierze tylko z urzędu pod uwagę nieważność postępowania por. uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Cywilna - zasada prawna z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07). W związku z tym dla postępowania apelacyjnego znaczenie wiążące mają tylko takie uchybienia prawu procesowemu, które zostały przedstawione w apelacji i nie są wyłączone spod jego kontroli na podstawie przepisu szczególnego. Potwierdzenie tej tezy można znaleźć w art. 380 k.p.c., przewidującym, że sąd drugiej instancji na wniosek strony – a więc nigdy z urzędu – rozpoznaje również te postanowienia sądu pierwszej instancji, które nie podlegają zaskarżeniu w drodze zażalenia, a miały wpływ na wynik sprawy. Konkludując, sąd drugiej instancji – bez podniesienia w apelacji lub w toku postępowania apelacyjnego odpowiedniego zarzutu – nie może wziąć z urzędu pod rozwagę uchybień prawu procesowemu, popełnionych przez sąd pierwszej instancji, choćby miały one wpływ na wynik spray. Ponadto pozwany w apelacji nie zaprzecza temu, że nie wskazywał w toku postępowania przed Sądem Okręgowym faktu poniesienia konkretnej szkody majątkowej i nie uczynił tego także w apelacji. Jedynie ogólnikowo wskazuje, że „powód nie wykonywał powierzonych mu robót w terminie doszło do zakłócenia pracy na całej budowie i dodatkowych kosztów spowodowanych dodatkową mobilizacją i koordynacją innych podmiotów" oraz że sam fakt nienależytego wykonania zobowiązania jest szkodą. W tej sytuacji nie może skarżący, dopiero na etapie postępowania odwoławczego, czynić Sądowi Okręgowemu zarzutu, iż ten uznał, że pozwany nie poniósł szkody rozumianej jako konkretny uszczerbek w majątku pozwanego, skoro sam pozwany nie twierdził, że do takiego konkretnego uszczerbku doszło z powodu opóźnienia się powoda z wykonaniem robót i nie powoływał się na konkretne fakty, z których ta szkoda by wynikała. Podobnie, z tych samych względów, nie może obecnie w tych okolicznościach pozwany wywodzić, że to powód powinien był powołać dowód z opinii biegłego

na okoliczność braku po stronie pozwanego szkody z powyższego tytułu. Nie kwestionując zatem tego, że ciężar udowodnienia przesłanek faktów prawoniweczących, w tym uzasadniających miarkowanie kary umownej, a zatem także faktu nie poniesienia szkody przez wierzyciela, obciąża - zgodnie z art. 6 k.c. – dłużnika (por. wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 15 września 1999 r., III CKN 337/98), to w okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób doszukać się naruszenia tej normy prawnej przez Sąd I instancji.

Nie mógł także odnieść jakiegokolwiek skutku zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wywiedzenie z materiału dowodowego nieprawidłowych wniosków na skutek przekroczenia swobodnej oceny dowodów, to jest uznanie, że „powód rzetelnie wykonywał powierzone jemu obowiązki (str. 33 uzasadnienia) oraz, że pozwany naliczył karę umowną w celu poczynienia oszczędności w zakresie kosztów realizacji inwestycji (str. 32 uzasadnienia)" , co zdaniem pozwanego miało wpływ na wydane orzeczenie. Po pierwsze skarżący w zwięzłych zarzutach, ani w uzasadnieniu apelacji nie wskazał w ogóle, które dowody i dlaczego Sąd I instancji błędnie jego zdaniem ocenił w dokonując powyższych ustaleń. Po drugie ugruntowane jest w orzecznictwie stanowisko, że jeśli z danego materiału dowodowego można by wysnuć także inną wersję zdarzeń to jest to za mało, aby apelacja mogła odnieść skutek. Trzeba w apelacji wykazać dlaczego rozumowanie Sądu jest błędne jeśli chodzi o ocenę konkretnych dowodów. Przepis art. 233 § 1 k.p.c. przyznaje sądowi swobodę w ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a zarzut naruszenia tego uprawnienia tylko wtedy może być uznany za usprawiedliwiony, jeżeli sąd zaprezentuje rozumowanie sprzeczne z regułami logiki bądź z doświadczeniem życiowym. Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza zatem samo stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył Sąd Okręgowy przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne im je przyznając (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2001 roku, IV CKN 970/00, Legalis), a tego rodzaju przekonywujących argumentów w apelacji zabrakło. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej, aniżeli przyjął sąd, wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmienna ocena, niż ocena sądu. W granicach swobodnej oceny dowodów rzeczą dopuszczalną, a nawet konieczną przy dowodach wzajemnie sprzecznych, jest danie wiary określonym dowodom i odmówienie wiarygodności innym, w wyniku czego ustalenia faktyczne czynione są jedynie na podstawie dowodów uznanych za miarodajne i wiarygodne, z pominięciem pozostałych. Takie postępowanie nie uzasadnia skutecznego zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zakresie dokonanej oceny wiarygodności poszczególnych dowodów, gdy jednocześnie apelujący nie wykaże - tak jak to ma miejsce na gruncie niniejszej sprawy - że zastosowane przez Sąd Okręgowy kryteria oceny wiarygodności były oczywiście błędne. W świetle powyższego powyższy zarzut może być uznany jedynie wyłącznie za polemikę z ustaleniami dokonanymi przez Sąd Okręgowy.

Z tych względów Sąd Apelacyjny zmienił częściowo zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 59.432,91 zł tytułem wynagrodzenia za roboty budowlane z faktury VAT nr (...) z dnia 18.08.2011 r. (k. 269) wraz należnymi odsetkami oraz kwotę 26.637,34 zł tytułem wynagrodzenia za roboty budowlane z faktury VAT nr (...) z dnia 31 października 2011 r. (k. 270) wraz z należnymi odsetkami na podstawie art. 647 k.c. i art. 481 k.c., a w pozostałej części powództwo oddalił.

Powyższa zmiana wyroku spowodowała także konieczność częściowej zmiany rozstrzygnięcia dotyczącego kosztów procesu w pierwszej instancji zawartego w punkcie III zaskarżonego wyroku poprzez jego zmianę w zakresie określenia, w jakim procencie każda ze stron wygrała (przegrała) proces w ten sposób, że oznaczono, iż powyższe koszty procesu w 33% ponosi (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., w 67% (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., pozostawiając szczegółowe ich wyliczenie referendarzowi sądowemu.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie I sentencji na podstawie art. 386 § 1 k.p.c., a w punkcie II sentencji na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postepowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. i art 100 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz art. 99 k.p.c., rozdzielając je stosunkowo, tj. rozkładając je między

stronami odpowiednio do wysokości, w jakiej zostały poniesione oraz stosownie do wyniku sprawy przed sądem odwoławczym tj. stopnia uwzględnienia i nieuwzględnienia żądań obu apelacji.

Koszty powoda w postępowaniu apelacyjnym to opłata od apelacji w wysokości 2.972 zł oraz koszty zastępstwa prawnego odpowiednie do wartości przedmiot zaskarżenia wynoszącej 59.433 zł czyli kwota 5.400 zł zgodnie z § 2 pkt 6 i 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie w jego wersji sprzed zmiany, jaka weszła w życie z dniem 27 października 2016 r. (Dz. U. 2015.1800) z uwagi na fakt wniesienia apelacji przez powoda w kwietniu 2016 r. Powyższe oznacza, że suma kosztów strony powodowej to kwota 8.372 zł. Koszty pozwanego w postępowaniu apelacyjnym to opłata od apelacji w wysokości 3.214 zł oraz koszty zastępstwa prawnego od wartości przedmiotu sporu 64.275 czyli także 5.400 zł w oparciu o przepisy ww. rozporządzenia, co razem daje kwotę 8.614 zł. Powód wygrał swoją apelację w całości, co oznacza, że pozwany powinien mu zwrócić 8.372 zł, jednakże pozwany także wygrywa częściowo swoją apelację tj. w ok. 60%, czyli powód winien mu zwrócić 60% kosztów procesu poniesionych w postępowaniu apelacyjnym, czyli 60% z kwoty 8.614 zł, co daje kwotę 5.168,40 zł. Różnica między kosztami obciążającymi powoda a kosztami obciążającymi pozwanego (8614 zł minus 5.168,40 zł), czyli kwota 3.203,60 zł to kwota, którą pozwany winien jest zwrócić powodowi tytułem częściowego zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym po ich stosunkowym rozdzieleniu.