

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 kwietnia 2018 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Agnieszka Sołtyka (spr.)
Sędziowie:	SSA Dariusz Rystał SSA Agnieszka Bednarek – Moraś
Protokolant:	sekr. sądowy Emilia Startek

po rozpoznaniu w dniu 12 kwietnia 2018 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa Skarbu Państwa - Komendanta Powiatowego Państwowej Straży Pożarnej w W.

przeciwko Z. B.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie

z dnia 30 czerwca 2015 roku, sygn. akt I C 291/11

I. zmienia zaskarżony wyrok:

1. w punkcie I w ten sposób, że zasądza od pozwanego Z. B. na rzecz powoda Skarbu Państwa – Komendanta Powiatowego Państwowej Straży Pożarnej w W. kwotę 327.431,32 zł (trzysta dwadzieścia siedem tysięcy czterysta trzydzieści jeden złotych i trzydzieści dwa grosze) z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 10 maja 2011 roku do dnia zapłaty i oddala powództwo w pozostałej części,

2. w punkcie trzecim w ten sposób, że ustala, że powód wygrał proces w 17,25%, a pozwany w 82,75% i pozostawia szczegółowe wyliczenie kosztów referendarzowi sądowemu,

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. ustala, że powód wygrał postępowanie apelacyjne w 83%, a pozwany w 17% i pozostawia szczegółowe wyliczenie kosztów referendarzowi sądowemu.

Agnieszka Bednarek – Moraś Agnieszka Sołtyka Dariusz Rystał

UZASADNIENIE

Powód Skarb Państwa – Komendant Powiatowej Państwowej Straży Pożarnej w W. wniósł pozew przeciwko Z. B. o zapłatę kwoty 1.898.306,48 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia powództwa do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania.

W uzasadnieniu wskazał, że strony łączyły dwie umowy – jedna z 16 lipca 2008r. na wykonanie zadania inwestycyjnego pn. „(...)” oraz z dnia 27 sierpnia 2009 r. na wykonanie zadania inwestycyjnego pn. „(...)”.

W związku z odstąpieniem od niewykonanej części umowy z dnia 27 sierpnia 2009 r. (...) (etap III) Zamawiający, zgodnie z §19 ust. 2 pkt 3 umowy, naliczył karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto. Kara ta wynosi 48.673,03 zł. Niezależnie od powyższego Wykonawcy naliczono karę za nieterminowe wykonanie umowy nr (...) z dnia 27 sierpnia 2009 r. w wysokości 36.177,26 zł. oraz 146.019,00 zł., co razem daje kwotę 176 196,26 zł. Zgodnie z powyższymi obliczeniami Wykonawca, z tytułu kar umownych wynikających z postanowień umowy nr (...) z dnia 27 sierpnia 2009 r., powinien zapłacić Zamawiającemu kwotę 224 869,29 zł. (48.673,03 + 176 196,26 zł. = 224 869,29 zł).

Z uwagi na odstąpienie od umowy nr (...) z dnia 27 sierpnia 2009 r. przeprowadzono inwentaryzację wykonanych robót w ramach tej umowy oraz dokonano finansowego rozliczenia etapu III inwestycji. Z rozliczenia wynika, iż z tytułu wykonania części umowy Zamawiający winien zapłacić Wykonawcy kwotę 24.871,12 zł. Kwota ta została potrącona z wierzytelnościami Zamawiającego należnymi od Wykonawcy m. in. z tytułu zużytego gazu, wody, energii elektrycznej. Wniesione przez Wykonawcę zabezpieczenie należytego wykonania umowy w kwocie 14.601,91 zł., na postawie §19 ust. 3 zawartej umowy, zostało potrącone z należnymi Zamawiającemu karami umownymi z tytułu odstąpienia od umowy (48.673,03 zł.). Po potrąceniu - z kary umownej za odstąpienie od umowy, pozostała do zapłaty kwota 34.071,12 (48.673,03 - 14.601,91 = 34.071,12 zł).

Po zbilansowaniu dokonanej kompensaty i niezapłaconych kar Wykonawca winien jest Zamawiającemu, z tytułu kar umownych za niewykonanie umowy w terminie i odstąpienie od umowy z dnia 27 sierpnia 2009 r. nr (...) (etap III) kwotę 210.267,38 zł. na którą składają się:

1. 176 196,26 zł. - kary za przekroczenie terminu realizacji umowy oraz
2. 34.071,12 zł. - kary za odstąpienie od umowy.

W związku z odstąpieniem od niewykonanej części umowy z dnia 16 lipca 2008 r. nr (...) (etap I) Zamawiający naliczył karę umowną w kwocie 361.616,70 zł.

Niezależnie od powyższego zamawiający naliczył karę za przekroczenie terminu wykonania robót w kwocie 1.084 849,50 zł. oraz w kwocie 224 202,23 zł., co razem stanowi kwotę 1.309 051,73 zł. Kary umowne z tytułu przekroczenia terminu wykonania umowy (1.309 051,73 zł.) zostały pomniejszone o kwotę 11.319,40 zł., skompensowaną zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego z dnia 25 listopada 2010 r. (nr pisma (...)). Kary te po ich potrąceniu wynoszą 1.297 732,33 zł.

Po zbilansowaniu dokonanych potrąceń i niezapłaconych kar Wykonawca winien jest Zamawiającemu, z tytułu kar umownych za niewykonanie umowy w terminie i odstąpienie od umowy z dnia 16 lipca 2008 r. nr (...) (etap I) kwotę 1.659.349,03 zł., na którą składają się:

1. 1.297 732,33 zł. - kary za przekroczenie terminu realizacji umowy oraz
2. 361 616,70 zł. - kary za odstąpienie od umowy.

Ponadto Wykonawca jest winien Zamawiającemu odsetki ustawowe od niezapłaconych w terminie not obciążeniowych w łącznej wysokości 28.690,07 zł. (k. 2-10).

7 czerwca 2011r. został wydany nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym uwzględniający w całości roszczenie powoda.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty, pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów postępowania.

Zgłosił on zarzut przedwczesności roszczenia lub odrzucenia pozwu z uwagi na niewyczerpanie umownego postępowania reklamacyjnego, powołując się na § 22 każdej z umów zawartych między stronami. Odnosząc się merytorycznie do zgłoszonego powództwa, pozwany przyznał, że roboty budowlane objęte w/w umowami nie zostały zakończone w przewidzianych w nich terminach, a w konsekwencji powód złożył pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy pismami z dnia 24 czerwca 2010r. (dot. umowy nr (...) z dnia 27 sierpnia 2009r. - III etap) oraz z dnia 1 lipca 2010r. (dot. umowy nr (...) z dnia 16 lipca 2008r. - I etap). W jego ocenie jednak nieterminowe wykonywanie i zakończenie robót budowlanych objętych w/w umowami nie nastąpiło z jego winy. Było spowodowane przede wszystkim koniecznością wykonywania na zlecenie powodowego inwestora robót dodatkowych i zamiennych, występowaniem niesprzyjających warunków atmosferycznych.

Pozwany zaprzeczył również twierdzeniom powoda, jakoby wykonywane przez niego roboty posiadały wady.

Pozwany dodał też, że roboty wykonywane były zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, w tym dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót oraz pozwoleniem na budowę. Wskazał, że wykonał zobowiązania z każdej z umów w całości. Pozwany zaprzeczył przy tym, by na dzień odstąpienia od umowy nie wykonał całości zakresu rzeczowego zleconych robót. Pozwany zakwestionował również w/w rozliczenia, bowiem nie było podstaw do obniżenia jego wynagrodzenia w przypadku umowy nr (...) z 27 sierpnia 2009r. (III etap) o kwotę 13.664,00 zł brutto.

Niezależnie od powyższego, pozwany stwierdził, że wynikiem odstąpienia przez powoda od zawartych z pozwanym umów był zniweczenie skutku zawarcia umowy, a zatem zniesienie wszystkich obowiązków stron wynikających z tych umów, za wyjątkiem obowiązku zapłaty kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie pozwanego. Zarzucił, że żądanie przez powoda zapłaty zarówno kar za zwłokę w wykonaniu robót, jak i kar umownych za odstąpienie od umowy jest niedopuszczalne.

Z ostrożności procesowej pozwany podniósł, że skoro żądanie kary umownej za odstąpienie od umowy jest możliwe tylko w przypadku zwłoki w wykonaniu umowy, a zatem zawinione go działania wykonawcy, to z uwagi na fakt, że wykonawca nie ponosi winy za brak terminowości zakończenia prac, żądanie od niego zapłaty tej kary jest nieuzasadnione. W jego ocenie, opóźnienie powstało wskutek zachowania powodowego Inwestora, który w sposób rażąco odbiegający od reguł należytej staranności współpracował z pozwanym przy realizacji umowy i w konsekwencji to on ponosi winę za powstałe opóźnienia. Ponadto na wydłużenie czasu realizacji robót wpłynęły niesprzyjające warunki atmosferyczne (k. 96-140).

Wyrokiem z dnia 30 czerwca 2015 r. Sąd Okręgowy w Koszalinie zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 395.687,82 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 10 maja 2011 r. do dnia zapłaty; oddalił powództwo w pozostałej części oraz ustalił, że powód ponosi koszty procesu w 79,16%, a pozwany w 20,84% i pozostawił ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Komendant Powiatowej Państwowej Straży Pożarnej w W., jako zamawiający, przeprowadził dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych w ramach

zadania (...) - etap I (nr ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - (...)) i etap III (nr ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - (...))".

W powyższych postępowaniach najkorzystniejszą ofertę złożył Z. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład (...). W konsekwencji złożenia najkorzystniejszej oferty przetargowej, z pozwanym, jako wykonawcą, zawarto dwie umowy:

1.umowę nr (...) z dnia 16 lipca 2008 r. na wykonanie zadania inwestycyjnego pn. (...) – Etap I. Termin zakończenia robót zastrzeżono na dzień 30 października 2009r. i odbioru końcowego robót na dzień 30 listopada 2009r., a wynagrodzenie ustalono jako ryczałtowe na kwotę 3.616.166,95 zł brutto;

2.umowę nr (...) z dnia 27 sierpnia 2009 r. na wykonanie zadania inwestycyjnego pn. „(...) - Etap III. Termin zakończenia robót zastrzeżono na dzień 20 listopada 2009 r. i odbioru końcowego na dzień 20 grudnia 2009r., a wynagrodzenie ustalono ryczałtowe na kwotę 486.730,28 zł brutto.

Powyższe umowy zawierają postanowienia dotyczące kar umownych. Zgodnie z § 19 ust. 2 pkt 1 i 3 każdej z wymienionych umów, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zapłaty kar umownych:

a) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki,

b) za odstąpienie przez Zamawiającego od umowy w całości lub w części z przyczyn zależnych od Wykonawcy, w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto.

Strony postanowiły ponadto, że Zamawiający może potrącić należne kary umowne określone w ust. 2 z wynagrodzenia Wykonawcy i wniesionego zabezpieczenia (§19 ust. 3 każdej z Umów) oraz kara umowna powinna być zapłacona w terminie 10 dni od dnia wystąpienia Zamawiającego z żądaniem zapłaty (§19 ust. 4 każdej z Umów).

Stosownie do § 21 każdej z Umów Zamawiającemu oraz Wykonawcy w wypadkach wskazanych w Umowie przysługiwało prawo odstąpienia od Umowy w całości lub w części. Zgodnie z § 21 ust. 1 pkt 5 i 6 każdej z Umów, Zamawiającemu przysługiwało prawo odstąpienia od umowy w całości lub w części w następujących przypadkach:

1. jeżeli pomimo uprzednich pisemnych (dwukrotnych) zastrzeżeń inspektora nadzoru inwestorskiego Wykonawca uporczywie nie wykonuje robót zgodnie z warunkami umowy lub w rażący sposób zaniedbuje zobowiązania umowne,

2. w przypadku niewykonywania robót zgodnie z harmonogramem realizacji robót lub stwierdzenia, że jakość wykonywania robót nie odpowiada obowiązującym normom i warunkom technicznym wykonania i odbioru robót budowlanych.

Strony w trakcie realizacji Umów, na bieżąco ustalały plany związane z realizacją umów, ewentualne rozwiązania techniczne związane z napotykanymi problemami projektowymi, uzgadniały dobór materiałów, jakie miały być zastosowane w budowie, jak również konieczność wykonywania robót dodatkowych i zamiennych. W tym celu powód organizował cotygodniowe spotkania komisji techniczno – budowlanej, na których obecny był Komendant Powiatowej Straży Pożarnej w W. K. M., pozwany oraz inni uczestnicy procesu budowlanego, w tym kierownicy budowy i inspektor nadzoru budowlanego. Na spotkaniach tych omawiane były powyższe kwestie, a nadto powód dodatkowo zwracał uwagę wykonawcy na sposób jego pracy, ewentualne błędy czy to w wykonywaniu robót, czy w organizacji pracy. Nieprawidłowości w sposobie wykonywania przez pozwanego robót odnotowywano również w dzienniku budowy.

Początkowo realizacja obu umów przebiegała zgodnie z harmonogramem robót. Na początku roku 2009r. zaczęły jednak następować opóźnienia w realizacji robót, które z czasem coraz bardziej się nawarstwiały. Pod koniec lipca 2009r. powód skierował pismo do wykonawcy, zwracając mu uwagę na opieszałość robót w zakresie realizacji prac etapu I oraz niewłaściwą jakość wykonanych robót. W kolejnych pismach kierowanych do pozwanego powód zwracał mu uwagę na niską jakość wykonania robót, nie odpowiadającą obowiązującym normom technicznym wykonania

i odbioru robót budowlanych, wskazywał na opóźnienia w realizacji robót, niewykorzystanie rezerw czasowych. Zamawiający wzywał wykonawcę do zwiększenia tempa robót określonych harmonogramem rzeczowo - finansowym i podjęcia działań organizacyjno-technicznych zmierzających do terminowego wykonania inwestycji. Te ponaglenia wynikały z przeprowadzonych przez zamawiającego wizji lokalnych, które wskazywały na niewłaściwy standard i technologię robót wykończeniowych.

Nadto, w trakcie realizacji Umów, strony zawierały kilkakrotnie umowy na roboty dodatkowe, których konieczność wykonania wyniknęła na etapie prowadzenia robót przez pozwanego. Dotyczyły one między innymi wykonania adaptacji przestrzeni piwnicznej, wykonania obmurówki stropodachu w celu prawidłowego zamocowania obróbek blacharskich, wymiany gruntu rodzimego na podsypkę z kruszywa w wykopach zewnętrznych instalacji wodno – kanalizacyjnych, wykonania odwodnienia studni wodomierzowej według zaleceń inspektora nadzoru branży instalacyjnej, wykonania instalacji klimatyzacyjnej w sali sztabowej (...), wykonania podwyższenia komina czy wykonania wewnętrznej i zewnętrznej instalacji wodno – kanalizacyjnej budynku B. Pozwany przy zawieraniu tych umów, deklarował posiadanie odpowiedniej liczby pracowników i sprzętu, aby roboty te wykonać bez zagrożenia realizacji umów głównych w terminie. Roboty dodatkowe wykonywane przez pozwanego zostały przez powoda odebrane i rozliczone.

W trakcie realizacji budowy dochodziło także do wykonywania robót zamiennych lub odstępstw od rozwiązań projektowych. Wykonawca dostosowywał swoje prace do wskazówek Komendanta PSP i nie wskazywał, by wykonywanie tych prac wpłynie na terminowość wykonania zobowiązania.

Pismem z 14 kwietnia 2009r., pozwany zwrócił się do powoda z informacją, że w czasie realizacji umowy stwierdzona została znacząca rozbieżność pomiędzy ilością stali zbrojeniowej ujętej w projekcie budowlanym, a kosztorysem tzw. „ślepy”, co powoduje poniesienie kosztów w tym zakresie w wysokości 19.118,31 zł. Dodał przy tym, że wykonanie tych robót nie będzie miało wpływu na realizację umowy podstawowej. W odpowiedzi, inspektor nadzoru stwierdził, że wykonawca, przygotowując ofertę, miał obowiązek uwzględnić w niej wszystkie roboty zawarte w dokumentacji projektowej. Powód natomiast, w piśmie z 6 maja 2009r. stwierdził, że ilość i rodzaj stali były określone z projekcie budowlano – wykonawczym konstrukcji budynku A, a wykonawca, po zapoznaniu się z dokumentacją budowlaną, miał prawo zmieniać pozycje kosztorysowe według własnych kalkulacji. Skoro tego nie uczynił, nie ma obecnie możliwości zapłaty za stal, która nie była ujęta w przedmiarze robót.

Pozwany nie wywiązał się z przyjętych w Umowach terminów zakończenia robót. Roboty budowlane wynikające z powyższych umów nie były realizowane zgodnie z przyjętym harmonogramem. W związku z niedotrzymaniem ustalonego w umowie nr (...) z dnia 16 lipca 2008 r. na dzień 31 października 2009 r. ostatecznego terminu wykonania robót budowlanych w zadaniu inwestycyjnym „(...) - Etap I, zamawiający wzywał wykonawcę do wskazania terminu wykonania zaległych robót.

19 listopada 2009r. doszło do wizji lokalnej na terenie budowy przy udziale przedstawicieli zamawiającego i inspektora nadzoru. Przedstawiciele wykonawcy nie zgłosili swojego udziału. Po zapoznaniu się ze stanem zaawansowania robót, stwierdzono między innymi stan robót etapu I:

a) branża budowlana:

- nie zakończone roboty przygotowawczo – wykończeniowe (posadzki, podłogi, ściany, schody, balustrady schodów, ułożenie płytek glazurowanych i ceramicznych, osadzenie stolarki drzwiowej, obróbki drzwi do garażu i PSK, wykończenia obróbek kominów), na poziomie piwnic, parteru, I piętra i II piętra i na dachu;
- nie uporządkowany teren budowy.

b) branża sanitarna:

- nie zakończone roboty w zakresie instalacji wentylacyjnych, sanitarnych, centralnego ogrzewania, w tym kotłowni i węzła cieplnego, klimatyzacji;

c) branża elektryczna:

- w ogólnym stanie nie stwierdzono uchybień;

d) branża specjalistycznych urządzeń i instalacji:

- w ogólnym stanie nie stwierdzono uchybień.

Pismem z 19 listopada 2009r. pozwany zwrócił się do powoda o przedłużenie terminu wykonania zadania w postaci wentylacji mechanicznej, do 15 grudnia 2009r. W odpowiedzi, pismem z 15 stycznia 2010r., powód przesłał pozwanemu interpretację sposobu zabudowy kanałów wentylacji mechanicznej, przedstawioną przez (...) – Pracownię projektową architekt M. A. (1).

Dalej, pismem z 27 listopada 2009r. pozwany zwrócił się do powoda o zmianę terminu zakończenia robót, z uwagi na wystąpienie okoliczności „nie zawsze przewidzianych wcześniej przez zleceniodawcę, a w późniejszym czasie przez wykonawcę”. Jednocześnie wskazał, że przewiduje zakończenie robót realizowanych w budynku „A” w dniu 15 grudnia 2009r., natomiast na obiekcie „B” w dniu 20 grudnia 2009r. W odpowiedzi, powód, pismem z 8 grudnia 2009r., poinformował pozwanego, że nie zaistniały okoliczności umożliwiające zmianę terminu zakończenia robót budowlanych określonych w umowie z 16 lipca 2008r., przy czym w uzasadnieniu podkreślono, że w umowach zawieranych na wykonanie robót dodatkowych i zamiennych, wykonawca każdorazowo oświadczał, że dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania robót w terminie, który został określony w tych umowach.

Pismem z 15 grudnia 2009r., powód poinformował pozwanego, że podczas wizji lokalnej przeprowadzonej w dniu 10 grudnia 2009r. z inspektorami nadzoru inwestorskiego, zweryfikowano technologię i jakość wykonanych robót. W konsekwencji uznano, że wykonane roboty odbiegają od standardu i technologii, co prowadzi do naruszenia podstawowych standardów jakościowych powierzchni, powoduje uszkodzenia elementów osprzętu nie zdementowanego podczas obróbki i ostatecznie skutkuje koniecznością wymiany osprzętu, dodatkowymi pracami związanymi z usuwaniem usterek powodującymi opóźnienia w realizacji robót oraz zwiększeniem kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Wskazano między innymi na szlifowanie i malowanie powierzchni bez demontażu opraw oświetleniowych, wentylacyjnych, nagłośnieniowych, wentylacyjnych, pożarowych, niedbałe wykonanie i wykończenie glazury łazienek i kuchni czy wykonywanie obróbek ścian po wykonaniu powierzchni podłóg, posadzek i schodów bez należytego ich zabezpieczenia.

W kolejnym piśmie z 8 stycznia 2010r., powód ponownie zwrócił uwagę pozwanemu, że w wyniku przeprowadzonej w dniu 6 stycznia 2010r. wizji lokalnej, nadal stwierdza się wiele nieprawidłowości, a między innymi brak zachowania kątów w narożnikach w łazienkach i kuchni, nierówne położenie glazury, wykonanie fugowania narożników silikonem, widoczne uszkodzenia i wyszczerbienia oraz ubytki w położonej glazurze oraz nierówności na ścianach – widoczne krzywizny, brak zachowania odpowiednich kątów w pomieszczeniach, nierówno zamontowane w ścianach skrzyneczki.

Pozwany, pismem z 25 stycznia 2010r., po raz kolejny zwrócił się do powoda o przesunięcie terminu realizacji Umów wskazując, że opóźnienia wynikają z konieczności zachowania rygorów projektowych obiektów, w tym długim terminem realizacji zamówień materiałowych z przelomu 2009 i 2010r., a szczególnie elementów pokryciowych budynku garażowego, stolarki drzwiowej nietypowej budynku „A”. Dodatkowo, jako element niesprzyjający wykonywaniu umów w odpowiednim tempie, wskazał powód niesprzyjającą w ostatnim okresie aurę pogodową.

Jedną z istotnych okoliczności, które miały wpływ na opóźnienie w wykonaniu prac przez pozwanego był problem w uzyskaniu przez niego pokrycia dachowego budynku wymaganego w dokumentacji projektowej. Pozwany, w listopadzie 2009 r., zwrócił się w hurtowni budowlanej z zapytaniem dotyczącym zamówienia pokrycia wykonanego

przez producenta wskazanego w dokumentacji projektowej – (...). Uzyskał informację, że termin realizacji dostawy tego pokrycia wynosi kilka miesięcy. W związku z powyższym, pozwany zwrócił się do powoda o możliwość zastosowania pokrycia o podobnych parametrach wykonanego przez innego producenta. Powód, po konsultacji z projektantem – M. A. (1), nie wyraził zgody na zastosowanie pokrycia innego producenta, gdyż to zamienne pokrycie nie spełniało wymogów projektowych. W piśmie z 4 grudnia 2009 r., projektant wyraził zgodę jedynie na zamianę blachy pokryciowej (...) profil T40 gr 0.6 mm na (...) profil T40 z powłoką (...); jako materiał nośny należy zastosować blachę (...) 55 gr 0.75 mm. Pozwany zamówił pokrycie (...) 17 stycznia 2010 r.. W kwietniu 2010 r. blacha została dostarczona a montaż pokrycia został dokonany w czerwcu 2010 r.

Z powodu niedotrzymania ustalonych terminów wykonania zadań inwestycyjnych obejmujących etap I i III, zamawiający poinformował wykonawcę, pismami z dnia 28 grudnia 2009r. i 1 lutego 2010r., że:

a) z powodu niezachowania końcowego terminu wykonania umowy nr (...) z dnia 16 lipca 2008 r. na dzień 30 listopada 2009 r., z dniem 1 grudnia 2009 r. nastąpiło - zgodnie z § 19 powyższej umowy, naliczanie kar umownych w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki,

b) z powodu niezachowania końcowego terminu wykonania umowy nr (...) dnia 27 sierpnia 2009 r. na dzień 20 grudnia 2009 r., z dniem 21 grudnia 2009 r. nastąpiło – zgodnie z § 19 powyższej umowy, naliczanie kar umownych w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki.

Zamawiający poinformował wykonawcę, że w konsekwencji niedotrzymania warunków wykonania ww. umów nastąpi sukcesywne naliczanie kar umownych i wezwanie do zapłaty stosowną notą obciążeniową.

W odpowiedzi, pozwany zwrócił się do powoda o nienaliczanie dalszych kar umownych, z uwagi na zastosowanie niektórych materiałów, które wymagają wydłużonego terminu dostawy. Między stronami doszło do wymiany korespondencji na tle realizacji umowy.

26 lutego 2010r. doszło do spotkania między przedstawicielami powoda a pozwanym, podczas którego pozwany określił termin wykonania robót – dla etapu I: do 31 marca 2010r. i dla etapu III: do 15 marca 2010r.

W związku z brakiem realizacji umów: nr (...) z dnia 16 lipca 2008 r. i nr (...) z dnia 27 sierpnia 2009 r., zamawiający, pismem z dnia 3 marca 2010 r., wezwał wykonawcę do zakończenia robót i wyznaczył dodatkowy termin do dnia 30 marca 2010 r. pod rygorem odstąpienia od zawartych umów z przyczyn zależnych od wykonawcy.

Mimo ponagleń inwestora, prace budowlane nie postępowały w odpowiednim tempie. Na budowie z biegiem czasu pracowało coraz mniej pracowników. Nadto, w wykonywanych pracach stwierdzano nieprawidłowości, o których informowano pozwanego. W dniu 11 marca 2010r. sporządzono notatkę na tę okoliczność, natomiast pismem z 16 marca 2010r., wezwano pozwanego do uzupełnienia uchybień w zakresie ułożenia pianki kompensacyjnej w budowanym ciepłociągu wysokiego ciśnienia, obejmującym odcinek od kryzy do wymiennika ciepła w budynku A. W tym samym dniu, przedstawiciele strony powodowej, po zakończeniu wykonania węzła cieplnego, dokonali oceny postępu robót budowlanych. Stwierdzono brak ogólnego postępu robót wykończeniowych obejmujących zakres etapu I, na dachu budynku – luźne podpórki utrzymujące przewody uziemienia, w niektórych miejscach - nie przyklejoną papę do podłoża dachowego, nie zakonserwowane daszki kominowe, poodrywaną wykładzinę podłogową w narożnikach pomieszczenia sali konferencyjnej, nierówno ułożoną glazurę w pomieszczeniu kuchni, nierówno osadzone drzwi do węzła cieplnego, niezgodne z projektem drzwi do kotłowni, brak wykończenia glazurą przy drzwiach w kotłowni oraz pęknięte płytki pod elementami utrzymującymi rury gazowe, zabrudzone sanitariaty.

W dniu 8 kwietnia 2010r. sporządzono kolejną notatkę, w której stwierdzono poprawki, które należy wykonać. W kolejnej notatce z 22 kwietnia 2010r., sporządzonej na skutek zawiadomienia pozwanego o gotowości do obioru prac, stwierdzono, że na ten dzień budynek B nie jest przygotowany do odbioru z uwagi na niewykonanie wszystkich prac, natomiast w budynku A w dalszym ciągu wykonywane są roboty poprawkowe.

W dniu 27 kwietnia 2010r., M. K., z polecenia Komendanta, przeprowadził wizję lokalną, podczas której stwierdził, że na poziomie parteru, prace wykończeniowe ścian wykonywało trzech pracowników pozwanego, a na poziomie I piętra glazurę w łazienkach kładło dwóch pracowników podwykonawcy. Brak było natomiast osoby, która wykonywałaby jakiegokolwiek prace budowlane w zakresie etapu III obejmującego budynek B. Nie było również w tym dniu kierownika nadzoru, kierownika budowy oraz osób odpowiedzialnych za prawidłowe wykonanie prac w poszczególnych branżach.

W notatce z 29 kwietnia 2010r. stwierdzono, że w tym dniu w budynku B wykonawca uzupełnia zgłoszone wcześniej uwagi, natomiast w budynku A prace poprawkowe trwają tylko na I piętrze. Ponownie zgłoszono nieprawidłowości w wykonywaniu niektórych prac, w tym wskazano, że żadnych prac nie wykonuje się w piwnicy, na parterze oraz na II piętrze.

W dniu 4 i 5 maja 2010r., podczas kolejnej wizji lokalnej, stwierdzono brak robotników na budowie budynku B, a także brak realizacji robót przekazanych przez inspektora nadzoru inwestorskiego. W dniu 6 maja 2010r. stwierdzono brak pracowników na budowie budynku B.

Pomimo wyznaczenia dodatkowego terminu na wywiązanie się z zobowiązań wobec powoda, pozwany nie zakończył prac budowlanych w terminie. Pismem z 24 czerwca 2010 r., powód zawiadomił wykonawcę o odstąpieniu- na podstawie § 21 ust. 5 i 6 umowy tj. z przyczyn leżących po stronie wykonawcy- z dniem 25 czerwca 2010 r. od umowy nr (...) (III etap) z dnia 27 sierpnia 2009 r., a pismem z dnia 1 lipca 2010 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę o odstąpieniu, na podstawie § 21 ust. 5 i 6 umowy tj. z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, z dniem 5 lipca 2010 r., od umowy nr (...) z 16 lipca 2008r. (I etap).

W odpowiedzi, pozwany, pismem z 30 czerwca 2010r., zwrócił się do powoda o wydłużenie terminu do dokończenia robót o około pięć dni roboczych, z uwagi na problem w dostarczeniu blachy na obróbki blacharskiej wokół świetlików dachowych.

W dniu 1 lipca 2010r. komisja, w skład, której weszli przedstawiciele powoda i inspektor nadzoru, przeprowadziła inwentaryzację robót w toku etapu III, w wyniku której stwierdzono niewykonanie, między innymi, izolacji pionowej ścian fundamentowych wewnątrznych powłoką bitumiczną grubowarstwową (12,0 m²), nie wykonanie izolacji poziomej z papy zgrzewanej na ścianach fundamentowych, poza usytuowaniem ścian nośnych i działowych wewnątrz budynku – 8m², nie wykonanie przegrody z drzwiami o konstrukcji stalowej ażurowej, nie wykonanie wyburzenia wykonanej niezgodnie z projektem części ściany fundamentowej pod ściany szczytowe od strony tylnej budynku B, wielokrotne wgniecenia blachy trapezowej w warstwie spodniej pokrycia dachu, a także brak dokumentacji powykonawczej oraz wady wykonania – posadowienia budynku, odchylenia płaszczyzn ścian od pionu i płaskości, oraz stwierdzono obniżoną szacunkowo wartość wykonanego nienależycie dachu o 25% uszkodzonej powierzchni wewnętrznej pokrycia dachu, tj. o kwotę 13.664 zł.

W dniu 8 lipca 2010r., podczas pobytu na placu budowy, stwierdzono błąd w posadowieniu budynku B o 8 cm, który został spowodowany przez pozwanego, jako wykonawcę etapu III robót.

W dniach od 5 do 12 lipca 2010r. przeprowadzono inwentaryzację robót w toku. W protokole zawarto licznie stwierdzone usterki, wady, uszkodzenia i niewykonane roboty etapu I budowy.

Oba protokoły inwentaryzacji doręczono pozwanemu.

W związku z odstąpieniem od niewykonanej części umowy z dnia 27 sierpnia 2009 r. (...) (etap III), powód naliczył karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto (wartość umowy brutto w kwocie 486.730,28 zł.). Kara ta wyniosła 48.673.03 zł., którą zawarto w wystawionej nocie obciążeniowej nr (...) z 2 listopada 2010r. Niezależnie od powyższego powód naliczył karę za nieterminowe wykonanie powyższej umowy w wysokości 36.177,26 zł. oraz 146.019 zł., co razem daje kwotę 176 196,26 zł, co zawarł w notach obciążeniowych nr (...) i nr (...).

Z uwagi na odstąpienie od umowy nr (...) z dnia 27 sierpnia 2009 r. przeprowadzono inwentaryzację wykonanych robót w ramach tej umowy oraz dokonano finansowego rozliczenia etapu III inwestycji, które zawarto w piśmie skierowanym do pozwanego w dnia 4 października 2010r. Z jego treści wynika, iż z tytułu wykonania części umowy zamawiający winien zapłacić Wykonawcy kwotę 24.871,12 zł. Kwota ta, na podstawie oświadczenia powoda o kompensacie wierzytelności z 25 listopada 2010r., została potrącona z wierzytelnościami zamawiającego należnymi od wykonawcy m. in. z tytułu zużytego gazu, wody, energii elektrycznej.

Wniesione przez wykonawcę zabezpieczenie należytego wykonania umowy w kwocie 14.601,91 zł., powód potrącił z należnymi mu karami umownymi z tytułu odstąpienia od umowy (48.673,03 zł.), o czym poinformował pozwanego pismem z 3 listopada 2010r.

W związku z odstąpieniem od niewykonanej części umowy z dnia 16 lipca 2008 r. nr (...) (etap I), powód naliczył pozwanemu karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto (wartość umowy brutto kwota 3.616.166,95 zł.). Karę tę wyliczył na kwotę 361.616,70 zł., o czym poinformował pozwanego pismem z 2 listopada 2010r.

Niezależnie od powyższego, powód naliczył karę za przekroczenie terminu wykonania robót ustalonego na dzień 30 listopada 2009 r. w powyższej umowie w kwocie 1.084 849,50 zł oraz w kwocie 224 202,23 zł., co zawarł w notach obciążeniowych nr (...) i nr (...). Kary umowne z tytułu przekroczenia terminu wykonania umowy (1.309 051,73 zł) zostały pomniejszone o kwotę 11.319,40 zł., skompensowaną zgodnie z oświadczeniem zamawiającego z dnia 25 listopada 2010 r.

Ponadto powód wystawił noty obciążeniowe nr (...) z 2 listopada 2010r. i nr (...) z 31 grudnia 2010r. z tytułu odsetek ustawowych od niezapłaconych w terminie not obciążeniowych w łącznej wysokości 28.690,07 zł.

Pismami z 15 listopada 2010r., powód wezwał pozwanego do zapłaty na jego rzecz kwoty 1.895.537,72 zł z tytułu kar umownych wraz z odsetkami. Pozwany nie zareagował na to żądanie.

Dopiero pismem z 20 czerwca 2011r. ustosunkował się do żądań powoda i stwierdził, że naliczanie kar umownych jest bezzasadne, gdyż nie dopuścił się zwłoki w wykonaniu umowy. Dodał, że nieterminowe zakończenie robót budowlanych objętych zawartymi umowami spowodowane było okolicznościami obciążającymi zamawiającego, w szczególności zlecaniem robót dodatkowych, wprowadzaniu odstępstw i zmian od dokumentacji technicznej wyznaczającej zakres rzeczowy robót. Kolejnym pismem z 21 czerwca 2011r., skierowanym do powoda, pozwany stwierdził, że odstąpienie przez powoda od umowy z 16 lipca 2008r. i 27 sierpnia 2008r., z przyczyn leżących pod stronę wykonawcy, uważa za bezpodstawne i tym samym bezskuteczne. Dalej, w piśmie z 22 czerwca 2011r. pozwany stwierdził, że niezasadne jest potrącenie należnej mu kwoty 14.601,91 zł z tytułu wniesionego zabezpieczenia finansowego oraz pismem z 24 czerwca 2011r. odmówił zapłaty na rzecz powoda należności wynikających z naliczonych kar umownych.

W trakcie realizacji przez pozwanego zawartych między stronami umów, dokonywano częściowych odbiorów wykonanych przez pozwanego robót, co zostało potwierdzone protokołami odbioru wykonanych robót. Za roboty te powód uiszczał wynagrodzenie. Z umowy nr (...) z dnia 16 lipca 2008r. - I etap - wartość wynagrodzenia pozwanego przewidziana w tej umowie wynosiła brutto: 3.616.166,95 zł. Pozwany zafakturował zapłacone roboty na kwotę 3.577.038,41 zł. Z umowy nr (...) z dnia 27 sierpnia 2009r. - III etap - wartość wynagrodzenia pozwanego wynosiła brutto: 486.730,28 zł. Powód zafakturował zapłacone na jego rzecz wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane kwotę 440.514,96 zł.

Niektóre z prac wykonanych przez pozwanego zostały wykonane na tyle wadliwie, że po zakończeniu współpracy stron, powód musiał powierzyć ich ponowne wykonanie lub poprawienie przez nowych wykonawców. Między innymi, pozwany nieprawidłowo wykonał instalacje zewnętrzne i wewnętrzne wodno – kanalizacyjne oraz prace budowlane w zakresie prac murowych.

23 czerwca 2010r. sporządzono protokół szkód i zniszczeń w budynku A na I piętrze, wynikających z wykonywanych przez pozwanego prac. Stwierdzono, między innymi, zanieczyszczenie okien zaprawami, farbą lub pisakiem, na większości okien widoczne były pozostałości zwulkanizowanej folii ochronnej, większość klamek posiadała zabrudzenia od pianki montażowej, na większości szyb zespolonych można było dostrzec drobne rysy, wszystkie okna posiadały rysy na ościeżach lub skrzydłach, większość parapetów wewnętrznych posiadała rysy na powierzchni. Uszkodzenia te obniżyły wartość zamontowanej stolarki okiennej o co najmniej 50% wartości początkowej.

Nadto, opóźnienia w pracach będących przedmiotem umów z 16 lipca i 27 sierpnia 2008r., spowodowały, że inni wykonawcy nie mogli realizować prac związanych z zakresem rzeczowym robót stanowiącym przedmiot umów przez nich zawartych. Między innymi, Przedsiębiorstwo (...), zwróciło się do powoda o przedłużenie terminu zakończenia prac, z uwagi na ciągle realizowanie prac budowlanych i wykończeniowych I etapu budowy, co uniemożliwia montowanie urządzeń specjalistycznych i elektrycznych w tych pomieszczeniach.

Z uwagi na nieterminowe zakończenie robót, powód musiał zawrzeć umowę najmu z Powiatem (...), celem prowadzenia działalności Komendy Powiatowej PSP, albowiem w remontowanych budynkach nie była możliwa pełna jej działalność.

Po dokonaniu takich ustaleń Sąd Okręgowy stwierdził, że roszczenie powoda jest uzasadnione w części, a strony łączyły umowy o roboty budowlane (art. 647 k.c.).

Sąd wskazał, że bezspornie doszło odstąpienia przez powoda od obu Umów zawartych przez strony, co nastąpiło z dniem 25 czerwca 2010 r. wobec umowy nr (...) (III etap) z dnia 27 sierpnia 2009 r., a z dniem 5 lipca 2010 r., wobec umowy nr (...) z 16 lipca 2008r. (I etap). Przyczyną odstąpienia od Umów przez powoda było niezakończenie robót w ustalonym terminie, a także negatywna ocena realizacji tych robót, brak deklaracji ostatecznego zakończenia zadania oraz niewłaściwa jakość wykonanych prac, odbiegająca od norm i warunków technicznych.

Sąd wskazał, że w wyniku takiego sposobu zakończenia współpracy między stronami, strona powodowa domagała się zasądzenia na jej rzecz, naliczonych wobec wykonawcy – pozwanego, kar umownych. Swoje roszczenie uzasadniła regulacjami zawartymi w obu Umowach, które przewidywały naliczenie takich kar zarówno na skutek odstąpienia od umowy (§21 ust. 1 pkt. 5 i 6 Umów), jak i z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy (§19 ust. 2 pkt. 1 i 3 Umów).

Zarzut pozwanego odnośnie niewyczerpania przez powoda umownego postępowania reklamacyjnego był w ocenie sądu meriti nieuzasadniony.

Sąd zauważył, że bezspornym między stronami był fakt, że pozwany nie wykonał przedmiotu obu Umów w terminach w nich określonych, co było jedną z głównych przyczyn odstąpienia powoda od Umów. Pozwany jednak, w toku postępowania starał się wykazywać, że brak dotrzymania terminów Umów wynikał z okoliczności, za które nie ponosił odpowiedzialności, zarzucając, że to wyłącznie strona powodowa – swoim zachowaniem – doprowadziła do wydłużenia realizacji umów, a zatem bezpodstawnym było z jej strony zarówno odstąpienie od Umów – a tym samym naliczanie kar umownych z tego tytułu, jak i naliczanie kar umownych z tytułu zwłoki w wykonaniu Umów. Dodatkowo pozwany zgłosił zarzut niedopuszczalności kumulacji tak naliczonych kar umownych.

W pierwszej kolejności, Sąd I instancji zajął się więc problematyką kumulacji kar umownych. Analizując orzecznictwo Sądu Najwyższego sąd meriti stanął na stanowisku, że powód nie może dochodzić zapłaty jednocześnie kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy oraz z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy. Wskazał, że w momencie, gdy doszło do odstąpienia od umów zawartych z pozwanym, powód podjął decyzję o rozwiązaniu stosunku prawnego łączącego go z pozwanym, a tym samym dokonał wyboru pomiędzy należnym mu odszkodowaniem za niewykonanie przez pozwanego umowy a odszkodowaniem za nienależyte wykonanie umowy.

Skoro zatem powód odstąpił od umowy, należało w ocenie sądu ocenić, czy było ono skuteczne w świetle zapisów Umów, na które powód się powołał, tj. § 21 ust. 1 pkt 5 i 6 każdej z Umów. W tym kontekście sąd I instancji przywołał również art. 656 §1 k.c., art. 636 §1 k.c. i art. 637 §1 k.c. (obowiązujący do 24 grudnia 2014 r). Powołane zapisy

umowne § 21 Umów Sąd uznał za dopuszczalne w świetle powołanych przepisów oraz zasady swobody kontraktowania wyrażonej w art. 353¹ k.c.. Wskazał też, że w tym zakresie strony nie formułowały zarzutów.

Odnosząc się do podnoszonych przez pozwanego zarzutów dotyczących niemożliwości realizacji umowy w terminie przez wykonawcę, które to okoliczności wywołane były bądź przez stronę powodową, bądź przez zdarzenia, którym zapobiec nie mogła Sąd stwierdził, że o ile jednak w sprzeciwie i dalszych pismach procesowych pozwany z całą stanowczością wskazywał, że główną przyczyną niedochowania terminów realizacji Umów była konieczność wykonania przez pozwanego robót dodatkowych i zamiennych, o tyle, na rozprawie, w trakcie składania zeznań w charakterze strony pozwany jednoznacznie stwierdził, że wykonywanie tych prac nie miało żadnego wpływu na niedochowanie przez niego terminów umownych, gdyż posiadał on odpowiednią ilość pracowników i sprzętu, aby roboty te wykonać bez zagrożenia realizacji umów podstawowych w terminie. W ocenie pozwanego, przyczyną opóźnienia był w zasadzie jedynie upór strony powodowej odnośnie zastosowania jako pokrycia dachowego blachy tylko jednego producenta – (...) co powodowało trudności, gdyż termin realizacji dostawy tego materiału był długi – wynosił kilka miesięcy.

W ocenie Sądu, stanowisko pozwanego w tym zakresie nie było uzasadnione. Wprawdzie Sąd zgodził się z pozwanym, że projekt budowlany dopuszczał zastosowanie pokrycia dachowego innego producenta niż (...) (k. 750), jednakże twierdzenia pozwanego, jakoby zaproponowany przez niego zamiennik spełniał parametry określone w projekcie i by został zaakceptowany przez projektanta sąd uznał za odosobnione i niewiarygodne. Sąd podkreślił, że brak zgody projektanta w tym zakresie został wyrażony w piśmie z dnia 4 grudnia 2009 r., kierowanym do powoda. Podkreślił Sąd, że pozwany zamówił pokrycie (...) 17 stycznia 2010 r.. Dodał też, że okoliczność długiego terminu dostawy blachy (...) nie może ekskulpować pozwanego, zwłaszcza, że dopiero w listopadzie 2009 r., zwrócił się on w hurtowni budowlanej z zapytaniem dotyczącym zamówienia pokrycia wykonanego przez producenta zalecanego w dokumentacji projektowej – (...) i uzyskał informację, że termin realizacji dostawy tego pokrycia wynosi kilka miesięcy. Należy zwrócić Sąd uwagę, że termin zakończenia robót został określony w umowie stron z dnia 27 sierpnia 2009 r. – na 20 listopada 2009 r., a więc kierowanie zapytania materiałowego w tym miesiącu przez pozwanego było w ocenie Sądu I instancji stanowczo spóźnione. Podkreślił przy tym Sąd, że pozwany jest przedsiębiorcą budowlanym z wieloletnim, kilkudziesięcioletnim stażem i powinien był liczyć się z tym, że kierując zapytanie w tym zakresie dopiero w listopadzie, nie zdoła wykonać zadania w umówionym terminie, zważywszy, że do czasu dostawy należy doliczyć jeszcze niezbędny czas montażu. Zauważył także sąd, że pozwany wskazał, iż blacha (...) została dostarczona na plac budowy dopiero w kwietniu 2010 r. a montaż pokrycia został dokonany w czerwcu 2010 r. W świetle powyższych okoliczności, opóźnienie w omawianym zakresie Sąd potraktował jako zawinione przez pozwanego – zwłokę.

Sąd I instancji wskazał także, że z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy wynika, że strony, w trakcie wykonywania przez pozwanego umów z 16 lipca 2008r. i 27 sierpnia 2009r., zawierały umowy o roboty dodatkowe, które dotyczyły wykonania adaptacji przestrzeni piwnicznej, wykonania obmurówki stropodachu w celu prawidłowego zamocowania obróbek blacharskich, wymiany gruntu rodzimego na podsypkę z kruszywa w wykopach zewnętrznych instalacji wodno – kanalizacyjnych, wykonania odwodnienia studni wodomierzowej według zaleceń inspektora nadzoru branży instalacyjnej, wykonania instalacji klimatyzacyjnej w sali sztabowej (...), wykonania podwyższenia komina czy wykonania wewnętrznej i zewnętrznej instalacji wodno – kanalizacyjnej budynku B. Bezsprzeczne było, że roboty te zostały przez pozwanego wykonane i rozliczone. Podniósł Sąd, że w treści każdej z tych umów wskazano, że: „wykonawca dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia” (§2 ust. 2 pkt.2), że „znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia” (§2 ust. 2 pkt. 3) oraz, że „otrzymał od zamawiającego odpowiedzi na pytania mogące mieć wpływ na ryzyko i okoliczności realizacji umowy i nie będzie rościł z tego tytułu żadnych pretensji wobec zamawiającego (§2 ust. 2 pkt.4). Sąd podkreślił, że pozwany jest przedsiębiorcą a przystępując do przetargu organizowanego w ramach zamówienia publicznego, musiał zdawać sobie sprawę z rygoru obowiązującego w tego rodzaju inwestycjach, w tym związanego z zachowaniem terminu wykonania umowy. Sąd dodał, że zgodnie z postanowieniami §4 każdej Umowy, wykonawca miał prawo do żądania zmian terminu umownego, jeżeli niedotrzymanie terminu stanowi konsekwencję okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu zawarcia umowy (ust. 1), oraz, że zmiana terminu zostanie wprowadzona pisemnym aneksem do umowy,

pod rygorem nieważności (ust. 2). Jeśli więc, pozwany chciał powołać się – wobec konieczności wykonywania robót dodatkowych – na §14 Umów, to w ocenie sądu winien był każdorazowo, przy zawieraniu robót dodatkowych, ustalić z inwestorem przedłużenie terminu wykonania zawartych umów podstawowych.

Skoro jednak pozwany nie domagał się wydłużenia terminu wykonania umów podstawowych, a jednocześnie podejmował się wykonania robót dodatkowych, to Sąd uznał, że pozwany nie widział zagrożenia w wykonaniu spornych umów w terminie, posiadając wystarczającą siłę roboczą do jednoczesnego wykonywania zakresu prac, jakich podjął się w ramach tych umów, jak i w ramach umów o roboty dodatkowe. Jako istotną okoliczność Sąd podkreślił, że pozwany dopiero pismem z 19 listopada 2009r. zwrócił się do powoda o przedłużenie terminu wykonania zadania w postaci wentylacji mechanicznej do 15 grudnia 2009r, natomiast pismem z 27 listopada 2009r. pozwany zwrócił się do powoda o zmianę terminu zakończenia robót realizowanych w budynku „A” do dnia 15 grudnia 2009r., natomiast na obiekcie „B” do dnia 20 grudnia 2009r., podczas gdy termin zakończenia robót I etapu zastrzeżono na dzień 30 października 2009r. i odbioru końcowego robót na dzień 30 listopada 2009r., natomiast III etapu na dzień 20 listopada 2009 r. i odbioru końcowego na dzień 20 grudnia 2009r. Z zestawienia tych dat Sąd wyciągnął wnioski, że wykonywane przez pozwanego do tej pory roboty dodatkowe, w żaden sposób nie kolidowały z robotami dotyczącymi umów podstawowych, skoro nie występował on o wydłużenie terminu realizacji umów z 16 lipca 2008r. i 27 sierpnia 2009r. wcześniej.

Za istotne uznał Sąd, że strona powodowa nie wyraziła zgody na wydłużenie terminu realizacji umowy wskazując, że wykonawca każdorazowo zapewniał inwestora, iż posiada odpowiednie przygotowanie do realizacji całego zakresu prac, jakich się podjął. Pozwany nie zakwestionował tej okoliczności. Sąd podniósł też, że pozwany zaczął podejmować działania celem wydłużenia terminów wykonania Umów dopiero wówczas, gdy kiedy terminy te zostały już przez niego przekroczone.

W ocenie Sądu I instancji, brak inicjatywy pozwanego w zawarciu aneksu do umów z 16 lipca i 27 sierpnia 2009r. w zakresie zmiany terminu wykonania przedmiotu tych umów, a jednocześnie podejmowanie się robót dodatkowych bez żadnych zastrzeżeń, musiało skutkować przyjęciem, że podejmowanie się przez niego wykonania robót dodatkowych, nie miało wpływu na realizację umów podstawowych, a przynajmniej pozwany tego nie wykazał.

Odnośnie natomiast poszczególnych prac, jakie pozwany wykonywał w trakcie realizacji Umów, a jakie miały mieć, w ocenie pozwanego, wpływ na wydłużenie czasu ich wykonania, Sąd zważył, co następuje:

I.W przypadku umowy nr (...) z 16 lipca 2008r.:

1.Co do ponadnormatywnego wbudowania około pięciu ton stali zbrojeniowej – więcej niż przewidziano w dokumentacji projektowej przy pracach zbrojarskich poszczególnych stropów, na ustne zalecenie inspektora nadzoru inwestorskiego J. K. (1). W tym zakresie w ocenie sądu, strony porozumiewały się na etapie realizacji prac, a pozwany wskazał, że wykonanie robót w postaci zamontowania stali zbrojeniowej w większym zakresie nie będzie miało wpływu na realizację umowy podstawowej;

2.Co do konieczności wybudowania na zlecenie inwestora studzienki licznikowej pomiaru wody o większych rozmiarach, niż przewidywał projekt budowlany oraz montażu dodatkowych urządzeń w studziencie, wymagających zamówienia niestandardowej studzienki pomiarowej- sąd wskazał, że ostatecznie wykonawca zamontował mniejszą,

3. co do nieprzewidzianego w dokumentacji projektowej i przetargowej prostowania powierzchni ścian i posadzek w starym budynku A w celu prawidłowego połączenia z dobudowaną częścią budynku na ustne zlecenie inspektora nadzoru inwestorskiego J. K. (1) – sąd stwierdził, że brak jest jakiegokolwiek dokumentu świadczącego o tym, że pozwany informuje powoda o tym, że prace te nie były objęte zakresem rzeczowym robót, a ich wykonanie może wiązać się z wydłużeniem realizacji inwestycji. Sąd dodał też, że prace te ostatecznie zostały wykonane wadliwie, a inwestor musiał zatrudnić kolejnego wykonawcę, aby wykonać te prace ponownie;

4.co do dodatkowego docieplenia stropu I piętra istniejącego budynku strażnicy, nie objętego zakresem robót objętych umową – sąd stwierdził, że tych prac pozwany nie zgłaszał, jako wydłużających termin realizacji inwestycji;

5.co do powiększenia na życzenie inwestora, istniejącego otworu drzwiowego, a tym samym zmiana wielkości drzwi z 1-skrzydłowych na 1,5 skrzydła (klatka schodowa zaplecza). Sąd stwierdził, że otwór drzwiowy nie był tu poszerzany, gdyż w istniejący już otwór wykonawca wbudował zamiennie drzwi - 1,5 skrzydła, spełniające projektowane wymagania oddzielenia pożarowego;

6.co do zmiany otuliny przeznaczonej do wygłuszenia instalacji wentylacyjnej z projektowanej na otulinę z powłoką srebrzystą na zalecenie inwestora ze względów estetycznych- sąd wskazał, że realizacja tego zakresu robót przebiegała bardzo opieszale, co uwidacznia treść notatki z narady koordynacyjnej z 20 sierpnia 2009r. (k. 835) i 5 października 2009r. (k. 837), zatem nie może pozwany powoływać się na tę okoliczność, jako usprawiedliwiającą wydłużenie terminu wykonania tego zadania;

7.co do wykonania okładziny ścian i posadzek pomieszczeń sanitarnych i kuchni oraz okładziny schodów wewnętrznych z opóźnieniem spowodowanym oczekiwaniem na akceptacje indywidualnego projektu aranżacji przez powoda oraz nagminne zmiany w bieżących ustaleniach i rozwiązaniach (w tym wprowadzenia dodatkowych dekorów i lusterek) - sąd stwierdził, że świadkowie nie wskazywali, aby był problem ze strony inwestora co do podjęcia decyzji w zakresie wyboru rodzaju i koloru glazury, natomiast problemem okazało się wadliwe ułożenie płytek przez wykonawcę. Ponadto sąd stwierdził, że brak jest dokumentu, aby pozwany zgłaszał te aktualnie podnoszone w procesie okoliczności, jako przyczynę niedotrzymania terminu realizacji inwestycji;

8.co do zalecenia powoda, aby pozwany w istniejącym budynku strażnicy „chowal” istniejące rury instalacji wewnętrznych (w szczególności co.) w ściany budynku A, co nie wchodziło w zakres robót objętych umową- sąd stwierdził, że brak jest na tę okoliczność jakichkolwiek dowodów;

9.co do adaptacji instalacji odsysania spalin w pomieszczeniu garażowym dobudowanej części budynku A.- sąd stwierdził, że powyższe zostało wykonane bez kosztów i bez nakładów robocizny po stronie wykonawcy, wskutek niezależnych uzgodnień inwestora z podwykonawcą – Firmą (...) S.A. w G., a zmiana w tym zakresie nie powodowała żadnych utrudnień i być może przedłużyła montaż tego urządzenia o godzinę;

10.co do zwiększenia ilości umywalk w sanitariatach i armatury w stosunku do ilości przewidzianej w dokumentacji projektowanej (zamontowano i obudowano dodatkowo 2 umywalki)- uznając, że dotyczyło to tylko dwóch umywalk Sąd stwierdził, że trudno przyjąć istotne opóźnienia w tym zakresie;

11.co do konieczności ujednolicenia kolorów i struktury stolarki drzwiowej z zastosowaniem drzwi na indywidualne zamówienie (niestandardowych) – sąd stwierdził, że z notatek z porad koordynacyjnych w dniach 25 czerwca 2009r. oraz z 2 lipca 2009r. wynika, że wybór drzwi nastąpił ze znacznym wyprzedzeniem przed planowanym montażem. Ponadto sąd stwierdził, że pozwany dokonywał montażu drzwi bez zachowania właściwej technologii, a także niektóre drzwi nie spełniały wymogów przeciwpożarowych, co musiało skutkować wymianą dwóch drzwi i podejmowaniem prób poprawiania wad, co mogło w sposób oczywisty wpływać na opóźnienia wykonawcy;

12.co do wykonania dodatkowego pomieszczenia zaplecza gospodarczego przy schodach piwnic (nad zejściem do piwnicy) w istniejącym budynku A na ustne polecenie komendanta- sąd stwierdził, że jest to wynik prac zamiennych.

13.co do wykonania robót glazurniczych w pomieszczeniach piwnicznych na zlecenie inwestora, które nie były objęte zakresem robót objętych umową - Sąd zważył, że skoro pozwany zdecydował się na wykonanie tego rodzaju prac bez zawarcia umowy o roboty dodatkowe – które przecież zawierał z inwestorem – to znaczy, że dobrowolnie zgodził się na wykonanie tych prac zamiennych. Sąd stwierdził też, że prace wykonane w tym zakresie przez pozwanego okazały się wadliwe i skutkowały koniecznością zlecenia prac poprawkowych;

14.co do zmiany projektu aranżacji instalacji oświetleniowej w sali konferencyjnej i gabinecie komendanta w budynku A- sąd stwierdził, że okoliczności powyższe nie zostały jednak powołane przez pozwanego w toku inwestycji, jako wydłużające termin realizacji umowy, natomiast odmienne stanowiska stron w tym zakresie i inny punkt widzenia, nie pozwalały na jednoznaczne stwierdzenie, jaki wpływ mają powyższe okoliczności na zachowanie terminu realizacji umowy, 15.co do braku w dokumentacji projektowej rozwiązań dotyczących sposobu zamocowania grzejników w gabinecie komendanta i pokoju gościnnym znajdującym się w dobudowanej części budynku A – Sąd uznał, że brak jest dowodów wskazujących na to, że wykonanie tych prac miało powodować szczególne trudności, a rozwiązanie zaproponowane przez wykonawcę w kwestii zamontowania grzejników nie stanowiło przedmiotu robót dodatkowych, jak również nie było zgłaszane jako prace ponadstandardowe;

16.co do dwukrotnego montażu wewnętrznych parapetów okiennych- sąd stwierdził, że rzeczywiście musiała nastąpić wymiana parapetów i to na wniosek inspektora branży sanitarnej, lecz mimo tej wymiany i tak nie jest zachowana właściwa efektywność systemu ogrzewania oraz wygląd pomieszczenia od strony sali konferencyjnej.

17.co do dodatkowego obłożenia główki komina głównego blachą w budynku A, a wszystkich innych kanałów wentylacyjnych - płytkami klinkierowymi na wysokości stropodachu (ustne zalecenia inwestora)- Sąd stwierdził, że taki sposób wykonania tych prac nie miał żadnego wpływu na terminowe zakończenie inwestycji;

18.co do dodatkowego wykonania prefabrykowanych ścianek w kabinach natryskowych w budynku A w piwnicy na ustne zalecenie powoda- Sąd uznał, że prace te nawet wpłynęły na skrócenie czasokresu prac;

19.co do dodatkowego wyłożenia narożników sali konferencyjnej w budynku A płytkami klinkierowymi wg. indywidualnej wizualizacji K. M.- sąd stwierdził, że w rzeczywistości powierzchnia ułożonych płytek klinkierowych była znacznie mniejsza, niż zakładano, a odstępianie od pełnego ułożenia płytek rekompensował inne roboty zamienne i niewątpliwie zmniejszyło zakres prac;

20.co do zmian harmonogramu robót narzucanych przez powoda z uwagi na limity środków finansowych na realizację inwestycji- Sąd uznał, że pozwany nie wykazał, aby po stronie powodowej brak było środków finansowych na inwestycję będącą przedmiotem zawartych między stronami umów, a także aby dochodziło do zmiany harmonogramu prac skutkujących nieterminową realizacją robót przez pozwanego;

21. co do występowania niesprzyjających warunków atmosferycznych w okresie wykonywanych robót, w szczególności w okresach jesienno-zimowych. Sąd stwierdził, że warunki pogodowe panujące podczas realizacji umowy nie stanowiły anomalii pogodowych, a nadto wykonawca powinien w taki sposób ustalić harmonogram prac, aby gorsze warunki atmosferyczne go nie zaskoczyły.

II.W przypadku umowy nr (...) z 27 sierpnia 2009r.

1.co do przerwy w realizacji płatności za wykonane prace – w ocenie Sądu, pozwany okoliczności tej nie wykazał, a nadto przyznał, że otrzymał płatność za całą umowę, mimo, iż w pełni jej nie wykonał;

2.co do utrzymania w mocy decyzji o zastosowaniu do wykonania pokrycia dachowego budynku blachy (...)- sąd uznał, że okoliczność ta nie uzasadnia opóźnienia;

3.co do konieczności oczekiwania wykonawcy na rozwiązania projektowe dotyczące mocowań tzw. świetlików dachowych- sąd stwierdził, że pozwany wykonał świetliki dachowe we własnym zakresie i ostatecznie wykonał te prace z wadami, a dodatkowo opieszale;

4.co do zmiany w konstrukcji gzymsu nad bramami wjazdowymi do garaży- sąd stwierdził, że wykonawca zaproponował inne rozwiązanie niż przewidziane w projekcie, które jednak nie spełniło wymagań estetycznych. Oprócz tego, prace te zostały wykonane niedbale;

5.co do opóźnienia w płatnościach przez powoda faktur za odebrane roboty- sąd stwierdził, że często zdarzało się tak, że zgłaszany był przez wykonawcę szerszy zakres prac do odbioru, niż faktycznie wykonany, ponadto inspektorzy nadzoru czasami pomniejszali zakres zatwierdzonych robót wykonanych i tylko za te prace otrzymywał wykonawca wynagrodzenie;

6. co do występowania niesprzyjających warunków atmosferycznych w okresie wykonywanych robót, w szczególności w okresach jesienno-zimowych.- sąd uznał, że okoliczność ta została już omówiona i nie uzasadnia opóźnienia;

7.co do czasu oczekiwania na zamówione materiały oraz oczekiwania na akceptację powoda co do materiałów przewidzianych do zastosowania (wbudowania)- Sąd podtrzymał dotychczasowe stanowisko w tym przedmiocie;

Konkludując Sąd I instancji stwierdził, że strona pozwana nie zdołała wykazać, aby po jej stronie nie zachodziły okoliczności, które wywoływały opóźnienia w realizacji przez nią robót lub by były to okoliczności przez nią niezawinione. Sąd podkreślił, że z obszernej dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy wynika wprost, że pozwany był upominany, co do opieszłości w wykonywanych pracach, co do braku właściwej organizacji pracy, a także co do wad występujących w wykonanych robotach i to nie tylko w licznie kierowanych do niego pismach, ale także na cotygodniowych naradach koordynacyjnych. Zwracano mu często uwagę na zbyt małą liczbę pracowników pracujących na budowie, a także na niewłaściwą jakość wykonywanych robót, których konieczność poprawienia musiała też wiązać się opóźnieniami na dalszych etapach.

Zauważył przy tym Sąd, że mimo znacznego opóźnienia w robotach budowlanych, powód zwracał się do pozwanego o określenie terminu zakończenia prac, a i sam wyznaczył ten termin na 30 marca 2010r., zanim złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Sąd uznał, biorąc pod uwagę okoliczność, że wykonawca wcześniej deklarował zakończenie prac do końca grudnia 2009r., że termin 30 marca 2010r. był dla pozwanego bardzo korzystny. Pomimo tego, pozwany terminu tego nie zachował. Sąd dodał, że o ile pozwany w listopadzie 2009r. domagał się wydłużenia terminu wykonania prac określonego w zawartych umowach, tak sam w rzeczywistości realnego terminu nie podał a prac – do wypowiedzenia mu Umów przez powoda – ostatecznie nie zakończył. Za istotne w sprawie sąd meriti uznał, że z notatek sporządzanych przez przedstawicieli powoda wynika, że postęp prac objętych spornymi umowami, był znikomy. Na budowie pozostało tylko kilku pracowników pozwanego, a zdarzały się dni, że niektóre prace w ogóle nie były wykonywane.

Zatem to właśnie zbyt mała liczba pracowników, jak i zła organizacja pracy, powodowały opóźnienia w realizacji robót. Dodatkowo Sąd uznał, że postępowanie dowodowe wykazało liczne błędy, jakie pracownicy wykonawcy popełniali przy wykonywaniu prac, np. postawienie ściany w miejscu, gdzie miały być drzwi, czy wybudowanie kancelarii tajnej nie z tych materiałów, jakie przewidywał projekt, jak również zniszczenia wykładzin, czy okien.

Sąd dodał też, że z ostatecznej inwentaryzacji robót wykonanych przez pozwanego wynika, że wiele prac wykonanych przez pozwanego zostało wykonanych wadliwie co wymagało zatrudnienia innych podmiotów celem wykonania tych robót jeszcze raz. Nadto sąd zważył, że wykonawca jeszcze w trakcie realizacji robót usuwał usterki i wady, a poprawki te i tak nie zawsze dawały dobrego rezultatu.

Wszystkie powyższe okoliczności świadczyły w ocenie sądu meriti o tym, że powód miał prawo odstąpić od umów zawartych z pozwanym w dniu 16 lipca 2008r. i 29 sierpnia 2009r., z przyczyn leżących po stronie pozwanego, a tym samym miał prawo do naliczenia kar umownych na podstawie § 19 ust. 2 pkt. 3 obu umów. W szczególności w ocenie sądu powód wykazał, że zaistniały w sprawie przesłanki do odstąpienia do odstąpienia od Umów na podstawie § 21 ust. 1 pkt. 5 i 6 obu Umów. Sąd stwierdził, że były wobec pozwanego kierowane pisemne zastrzeżenia do wykonywania przez niego prac zgodnie z warunkami umowy, które nie były przez pozwanego częstokroć uwzględniane a część prac wykonano wadliwie. Pozwany nie wykonywał też robót zgodnie z harmonogramem realizacji robót. Co istotne, w dacie odstąpienia od Umów przez powoda, zwłoka pozwanego w realizacji Umów przekroczyła pół roku.

Ponadto, w ocenie sądu I instancji powód był uprawniony do odstąpienia od Umów także na podstawie art. 491 § 1 zdanie pierwsze k.c. Pismem z 3 marca 2010 r. powód wezwał bowiem pozwanego do zakończenia robót i wyznaczył dodatkowy termin – do 30 marca 2010 r. – pod rygorem odstąpienia od Umów z przyczyn zależnych od wykonawcy. W tym dodatkowym terminie, pozwany nie wykonał robót, a brak wykonania prac w umówionym terminie nie był zwykłym opóźnieniem, a zwłoką w rozumieniu art. 476 k.c.

Sąd Okręgowy stwierdził, pozwany nie wykazał, że opóźnienie którego się dopuścił nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi on odpowiedzialności, czyli, w omawianym zakresie, że zastrzeżenia powoda co do jakości wykonywanych robót były nieuzasadnione a roboty zostały wykonane zgodnie z Umowami, niewadliwie. W szczególności w ocenie sądu, pozwany na te okoliczności nie zgłosił wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa.

Sąd dostrzegł, że wprawdzie w sprzeciwie od nakazu zapłaty, wniósł o powołanie biegłego, jednakże uczynił to jedynie na okoliczność „zakresu rzeczowego robót wykonanych przez pozwanego w ramach I i III etapu inwestycji, w tym robót podstawowych, dodatkowych i zamiennych oraz w celu ustalenia ilości dni opóźnienia spowodowanego koniecznością ich wykonania” (k. 106, pkt. V). Przeprowadzenie tego dowodu na tak sformułowane okoliczności, w ocenie sądu, nie miałyby jednak istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Sąd wskazał też, że na rozprawie w dniu 12 marca 2015 r. pełnomocnik pozwanego rozszerzył tezę dowodową opinii biegłego wnosząc, by biegły wypowiedział się również na okoliczność szkody, jaką poniósł powód wskutek niewykonania zobowiązania przez pozwanego oraz stanu zaawansowania robót na dzień odstąpienia od Umów przez powoda, jednakże, mając na względzie, że pozew w sprawie został wniesiony w maju 2011 r. i że pozwany w toku procesu był reprezentowany przez kilku profesjonalnych pełnomocników, Sąd potraktował zmodyfikowanie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, jako działanie dla zwłoki (art. 217 § 3 k.p.c.).

Ponadto w ocenie sądu, również kwestia wysokości szkody powoda oraz stanu zaawansowania robót na dzień odstąpienia od Umów nie miała znaczenia z punktu widzenia oceny zasadności odstąpienia od Umów przez powoda, skoro główną przyczyną odstąpienia było pozostawanie pozwanego w zwłoce, mimo wyznaczenia dodatkowego terminu, nienależyta jakość wykonywanych prac i wykonywanie prac niezgodnie z harmonogramem. Z powyższych przyczyn wniosek pozwanego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego Sąd oddalił.

Sąd, mając na uwadze przytoczone w uzasadnieniu okoliczności, w pkt. 1 wyroku, zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 395.687,82 zł, na którą składa się 10% wartości brutto umowy z 16 lipca 2008r. (3.616.166,95 x 10% czyli 361.616,70 zł) oraz 10% wartości brutto umowy z 27 sierpnia 2009r. (486.730,28 x 10% czyli 48.673,03 zł, którą Sąd pomniejszył o kwotę 14.601,91 zł wniesioną przez pozwanego, jako wykonawcę tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy (§18 Umowy), a co do której powód złożył oświadczenie o potrąceniu (por. oświadczenie z 3 listopada 2010r. k. 77). W pozostałym zakresie, tj. odnośnie kar umownych za zwłokę w wykonaniu Umów, Sąd powództwo oddalił (pkt. 2 sentencji), uznając, jak już wskazano, że powód nie może dochodzić jednocześnie kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy oraz z tytułu zwłoki w wykonaniu Umów.

Żądanie zasądzenia skapitalizowanych odsetek dochodzone w pozwie jako bezzasadne w ocenie sądu zostało oddalone w całości. Odsetki ustawowe od zasądzonej w pkt. 1 sentencji kwoty (nieskapitalizowane) Sąd zasądził, zgodnie z żądaniem, od dnia wniesienia pozwu, na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c.

Końcowo zarzut pozwanego, że żądana przez powoda wysokość kary umownej jest rażąco wygórowana sąd meriti uznał za niezasadny. Sąd przywołał art. 484 § 2 k.c. i stwierdził, że zważywszy na sposób obliczenia tej kary przez stronę powodową, zarzut ten wydaje się być nieaktualny, skoro Sąd zasądził jedynie należność z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy. Ponadto, mając na względzie fakultatywność omawianego instrumentu oraz okoliczności sprawy, zwłaszcza rażące naruszenia przez pozwanego warunków umowy polegające już nie tylko na znacznej zwłoce, ale wadliwym wykonaniu przedmiotu umowy, wymagającym licznych poprawek i zatrudniania innych podmiotów w celu dokonania prac poprawkowych, Sąd stwierdził, że zarzut pozwanego w tym zakresie nie jest zasadny. Biorąc pod uwagę przywołane okoliczności, zastrzeżona i egzekwowana przez powoda kara umowna, w związku z odstąpieniem od Umów, w wysokości 10% wartości ich przedmiotu nie była w ocenie sądu meriti wygórowana, tym bardziej rażąco.

Podzielając pogląd pozwanego, że podstawą miarkowania kar umownych może być rażąca dysproporcja pomiędzy wysokością szkody, a wysokością należnej kary, Sąd wskazał, że pozwany nie wykazał wysokości szkody poniesionej przez powoda, a wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na tę okoliczność, jako spóźniony, został oddalony. Sąd dodał też, że z samych natomiast zeznań przedstawiciela strony powodowej, komendanta jednostki, K. M. wynika, że, abstrahując od jakości wykonania, pozwany wykonał około 98,5 zakresu prac zaś powód, w związku z wykonywaniem robót nienależycie, poniósł szkodę o wartości stanowiącej 8% ogólnej wartości prac określonej Umowami. Z powyższego wynikało, że nie zachodzi dysproporcja między wysokością szkody, a wysokością należnej kary, tym bardziej w stopniu rażącym.

O kosztach postępowania sąd orzekł na podstawie art. 108 §1 k.p.c. w zw. z art. 100 k.p.c. zgodnie z zasadą stosunkowego rozdzielenia kosztów. Sąd, korzystając z dyspozycji art. 108 § 1 zdanie drugie k.p.c., ustalił, mając na względzie wynik postępowania, że powód ponosi koszty procesu w 79,16 % (w takim zakresie jego powództwo zostało oddalone) a pozwany – w 20,84% (w takim zakresie powództwo zostało uwzględnione) i jednocześnie pozostawił szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu.

Z wyrokiem tym nie zgodził się pozwany, wnosząc apelację i zaskarżając wyrok

co do pkt 1 wyroku, tj. w części zasądzającej od pozwanego na rzecz powoda kwotę 395.687,82 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 10 maja 2011r. do dnia zapłaty;

Zaskarżonemu wyrokowi pozwany zarzucił:

1) naruszenia przepisów prawa materialnego przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, tj. naruszenie:

a) art. 484 § 2 k.c. — przez jego niezastosowanie mimo, że w niniejszej sprawie wystąpiły łącznie obie przesłanki miarkowania kar umownych, choć dla zastosowania tej instytucji wystarczy wystąpienie tylko jednej z tych przesłanek, tj. jak sam Sąd I inst. słusznie ustalił zobowiązanie pozwanego zostało wykonane w znacznej części, a dokładnie z umowy nr (...) z dnia 16 lipca 2008r. - I etap - pozwany wykonał roboty o wartości 3.577.038,41 zł brutto, podczas gdy wartość całości robót objętych tą umową wynosiła: 3.616.166,95 zł brutto, co oznacza, że pozwany wykonał swoje zobowiązanie w 98,92 %; natomiast z umowy nr (...) z dnia 27 sierpnia 2009r. - III etap - pozwany wykonał roboty o wartości 440.514,96 zł brutto, podczas gdy wartość całości robót objętych tą umową wynosiła: 486.730,28 zł brutto, co oznacza że pozwany zobowiązanie z tej umowy wykonał w 98,42 %; a nie może ulegać wątpliwości, że wykonanie zobowiązania w takiej części przesądza o tym, że „zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane” w rozumieniu art. 484 § 2 k.c.; nadto kara umowna jest rażąco wygórowaną, ponieważ z zeznań P. S. (1) wynika, że wartość robót poprawkowych po pozwanym wynosiła jedynie 10 tys złotych, a sam powód szkodę z tytułu wad wykonanych przez pozwanego robót w przypadku umowy na I etap szacował na kwotę 175.976,52 zł (zob. pismo powoda z dnia 2 października 2010r. zał. 23 do sprzeciwu) przy karze umownej za odstąpienie w kwocie 361.616,70 zł (kara przekracza 200% szkody), a w przypadku umowy III etap szkodę szacował na kwotę 13.664,00 zł (zob. pismo powoda z dnia 4 października 2010r. zał. do pozwu) przy karze umownej za odstąpienie w kwocie 48.673,03 zł (kara przekracza 350% szkody); poza tym wątpliwości budzi, czy oceniając karę umową za odstąpienie od umowy można uwzględnić ewentualną szkodę z tyt. wadliwości robót,

b) art. 5 k.c. — przez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy inwestor w sposób nienależyty przygotował inwestycję do realizacji i w sposób nienależyty współdziałał z pozwanym wykonawcą w realizacji robót, w sposób nieracjonalny podzielił ją na 7 etapów częściowo kolidujących ze sobą, co wpływało na tok prac realizowanych przez pozwanego, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, który spowodował konieczność uszczegóławiania robót pozostających do wykonania, częstych zmian koncepcji inwestora, stawiania przez inwestora oczekiwań co do sposobu wykonawstwa, które nie miały oparcia w umowie, dokumentacji projektowej, specyfikacji istotnych warunków zamówienia i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (np. wprowadzenie dekorów w okładzinach z płytek i glazury), konieczność wykonania szeregu robót dodatkowych, do czego pozwany nie był zobowiązany w

świetle treści zawartych umów; powyższe okoliczności uzasadniały zastosowanie przepisu art. 5 k.c. i co najmniej pomniejszenie kar umownych,

c) art. 354 § 2 k.c. - przez jego niezastosowanie i nie uwzględnienie okoliczności, że powód miał obowiązek współdziałać z pozwanym przy wykonaniu zobowiązania zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom, a powyższego obowiązku powód nie wykonał należycie, czym przyczynił się do opóźnienia w realizacji robót i co powinno zostać ocenione także z punktu widzenia art. 5 k.c.;

naruszenie przepisów postępowania, które mogło ono mieć wpływ na wynik sprawy, tj.:

a) art. 217 § 3 k.p.c. - przez jego zastosowanie i oddalenie na podstawie tego przepisu wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa, podczas gdy zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011 r. Nr 233, poz. 1381) przepis ten w ogólnie nie ma zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ została ona wszczęta przed jego wejściem w życie,

b) z ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby Sąd II instancji uznał, że mimo wskazania przez Sąd I inst. jako podstawy oddalenia wniosku o dowód z opinii biegłego art. 217 § 3 k.p.c, Sąd I inst. miał de facto na myśli art. 217 § 2 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym przed 03.05.2012r. w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2011r. Nr 233, poz. 1381) - zarzucono jego naruszenie przez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że rozszerzenie tezy dowodowej wniosku o dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa zostało zgłoszone na rozprawie w dniu 12 marca 2015r. jedynie dla zwłoki, podczas gdy po pierwsze strona powodowa wówczas jedynie uzupełniła tezę dowodową wniosku dowodowego zgłoszone już przy pierwszej czynności procesowej, tj. w sprzeciwie z dnia 27 czerwca 2011r. od nakazu zapłaty i to ewentualnie Sąd I inst. pozostawał od 4 lat w zwłoce z rozpoznaniem tego wniosku, wniosek dotyczył okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (w szczególności w zakresie żądania miarkowania kar umownych – wysokość szkody, oraz zasadności odstąpienia od umowy – przyczyna opóźnienia w wykonaniu robót), a zgodnie z orzecznictwem i poglądami doktryny art. 217 § 2 k.p.c. jest wyrazem nie tyle dążenia do koncentracji materiału procesowego, lecz zakazu obstrukcji procesowej, wbrew argumentom Sądu I inst. nie chodzi tu o takie twierdzenia i dowody, które strona powołuje z naruszeniem powinności wynikających z art. 6 § 2 k.p.c, ale o działania strony o nagannym charakterze mające na celu wprowadzanie do postępowania dowodów zbytecznych, nieadekwatnych z punktu widzenia istoty sprawy lub tezy dowodowej, których celem jest jedynie przewleczenie postępowania. Takiego działania stronie pozwanej nie sposób zarzucić, a Sąd I inst. zdaje się stosować w niniejszej sprawie aktualnie obowiązujące przepisy o prekluzji dowodowej, o czym świadczy wskazanie art. 217 § 3 k.p.c, który nie ma zastosowania w sprawie, o czym mowa w pkt 1 j/w;

-na podstawie art. 380 k.p.c. apelujący wniósł o rozpoznanie postanowienia Sądu I inst. o oddaleniu wniosku o dowód z opinii biegłego sądowego,

c) art. 278 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. – przez jego niezastosowanie i bezpodstawne oddalenie wniosku dowodowego pozwanego o dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa na okoliczność zakresu rzeczowego robót wykonanych przez pozwanego w ramach I i III etapu inwestycji, w tym robót podstawowych, dodatkowych i zamiennych oraz w celu ustalenia ilości dni opóźnienia spowodowanego koniecznością ich wykonania, a także na okoliczność szkody jaką poniósł powód wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanego oraz stanu zaawansowania robót na dzień odstąpienia od umów, podczas gdy okoliczności te miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, w szczególności w zakresie ustalenia przyczyn opóźnienia w realizacji robót i braku winy pozwanego w tym zakresie, a także w zakresie żądania miarkowania kar umownych, którego warunkiem uwzględnienia było ustalenie wielkości wykonanego przez pozwanego zobowiązania, a także ustalenie wartości szkody powoda może stanowić podstawę do oceny, czy kara umowna nie jest rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2

k.c., a także ocenę roszczeń powoda z punktu widzenia art. 5 k.c.; ustalenie tych okoliczności wymagało skorzystania przez Sąd I inst. z wiadomości specjalnych;

-na podstawie art. 380 k.p.c. apelujący wniósł o rozpoznanie postanowienia Sądu I inst. o oddaleniu wniosku o dowód z opinii biegłego sądowego,

a) art. 232 zdanie drugie k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. — przez ich niezastosowanie i nie przeprowadzenie z urzędu dowodu z opinii biegłego, skoro dowód ten był niezbędny dla miarodajnej oceny zasadności wytoczonego powództwa ;

b) art. 227, 231 i 233 § 1 k.p.c., a także w/w art. 217 k.p.c. i art. 278 k.p.c. - przez niezasadne oddalenie wniosku o dowód z opinii biegłego oraz błędną ocenę dowodów i niewłaściwą analizę materiału dowodowego z przekroczeniem granic swobodnej oceny dowodów i w konsekwencji dokonanie wadliwych, niepełnych ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, tj.:

-brak jednoznacznego ustalenia, czy dokumentacja projektowa przewidywała obowiązek pozwanego do zamontowania większej o 5 ton ilości stali zbrojeniowej (zob. pkt 1 na str. 28 uzasadnienia zaskarżonego wyroku), podczas gdy ustalenie tej okoliczności i zweryfikowanie twierdzeń stron w tym zakresie było proste i możliwe było przy pomocy biegłego sądowego,

-błędne ustalenie, że projekt przewidywał większy rozmiar studzienki wodomierzowej i w konsekwencji pozwany nie wykonał w tym zakresie robót dodatkowych, lecz podstawowe, podczas gdy w związku ze sprzecznymi twierdzeniami stron w tym zakresie, ustalenie tej okoliczności było możliwe wyłącznie przy pomocy wiadomości specjalnych biegłego sądowego,

- błędne ustalenie, że pozwany obowiązany był do prostowania krzywizn ścian w starej części budynku strażnicy, podczas gdy zgodnie z umową, dokumentacją projektową i specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót pozwany obowiązany był jedynie do wykonania wierzchnich tynków tych ścian, a nie prostowania kątów ścian, a ustalenie tej okoliczności można było dokonać w sposób prosty przy pomocy opinii biegłego sądowego,
- błędne ustalenie, że docieplenie stropu I piętra starego budynku strażnicy wchodziło w podstawowy zakres rzeczowy robót, podczas gdy ustaleń tych Sąd I inst. dokonał wyłącznie w oparciu o twierdzenia strony powodowej i świadków, podczas gdy ustalenie tej okoliczności wymagało wiadomości specjalnych,

-błędne ustalenie, że powiększenie otworu drzwiowego i zmiana wielkości drzwi z 1-skrzydłowego na 1,5 skrzydłowe nie stanowiło roboty dodatkowej, i nie miało wpływu na terminowość wykonania robót, podczas gdy ustalenie tej okoliczności wymagało skorzystania z opinii biegłego sądowego,

-błędne ustalenie, że inwestor nie wprowadzał zmian w zakresie rodzaju i układu płytek w stosunku do dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, podczas gdy kwestia ta była sporna, a jej ustalenie możliwe było w prosty sposób przy pomocy wiadomości specjalnych biegłego sądowego,

-błędne ustalenie, że zobowiązanie pozwanego przez powoda do wykonania roboty dodatkowej w postaci „chowania” rur instalacji co. nie przysporzyła pozwanemu komplikacji i nie wpłynęła na termin realizacji prac, podczas gdy pozwany konsekwentnie twierdził przeciwnie, a ustalenie tej okoliczności wymagało wiadomości specjalnych,

-błędne ustalenie, że adaptacja instalacji odsysania spalin w pomieszczeniu garażowym nie powodowała żadnych utrudnień dla pozwanego i nie przedłużyła terminu wykonania robót, podczas gdy pozwany temu zaprzeczał i wniósł o weryfikację tych twierdzeń przez biegłego sądowego,

-brak jednoznacznych ustaleń, czy pozwany wykonał dodatkowe roboty związane z montażem dodatkowej ilości umywalek (dodatkowo 2 szt.), co wiązało się z koniecznością wykonania szeregu prac towarzyszących, w szczególności przebudowy instalacji wod.kan. pod te umywalki, zmiany sposobu ułożenia płytek, podczas gdy ustalenie tej okoliczności było możliwe przy pomocy wiadomości specjalnych biegłego sądowego,

-błędne ustalenie, że wykonanie dodatkowego pomieszczenia zaplecza gospodarczego przy schodach piwnic (nad zejściem do piwnic) w budynku A nie miało wpływu na realizację projektu, oparcie się wyłącznie na zeznaniach świadków powoda, podczas gdy okoliczność ta wymagała weryfikacji przez biegłego sądowego,

-błędne ustalenie, że dodatkowe roboty glazurnicze w pomieszczeniach piwnicznych nie przyczyniły się do opóźnienia w realizacji zadania, podczas gdy sprzeczne twierdzenia stron w tym zakresie mogły być zweryfikowane wyłącznie przez biegłego sądowego, nadto błędne ustalenie, że roboty te zostały wykonane wadliwie,

-brak jednoznacznego ustalenia co do wpływu zmiany przez powoda projektu aranżacji instalacji oświetleniowej w Sali konferencyjnej i gabinecie komendanta na tok realizacji robót pozwanego, który to brak ustaleń Sądu I inst. wynika z braku dopuszczenia dowodu z opinii biegłego sądowego, brak jednoznacznego ustalenia co do wpływu braku rozwiązań projektowych dotyczących sposobu zamocowania grzejników w gabinecie komendanta i pokoju gościnnym w nowej części budynku A na tok realizacji robót pozwanego, który to brak ustaleń Sądu I inst. wynika z braku dopuszczenia dowodu z opinii biegłego sądowego,

-błędne ustalenie, że nieprzewidziane w projekcie dodatkowe obłożenie główki komina głównego w budynku A blachą, a wszystkich kanałów wentylacyjnych płytkami klinkierowymi na wysokości stropodachu nie miało wpływu na tok wykonywania robót przez pozwanego, podczas gdy wymagałoby to wiadomości specjalnych biegłego,

-błędne ustalenie, że wykonanie prefabrykowanych ścianek w kabinach natryskowych w budynku A było przewidziane w projekcie, podczas gdy ustalenie tego Sąd oparł na zeznaniu powoda, a wymagałoby to skorzystania z wiadomości specjalnych biegłego,

-błędne ustalenie w zakresie wyłożenia narożników Sali konferencyjnej w budynku A płytkami klinkierowymi wyłącznie w oparciu o twierdzenia powoda, podczas gdy wymagało to weryfikacji przy pomocy wiadomości specjalnych,

-błędne ustalenie, że utrzymanie w mocy decyzji o zastosowaniu blachy producenta wskazanego w projekcie, tj. firmy (...), nie miało wpływu na opóźnienie w realizacji robót, podczas gdy z zeznań pozwanego wynika, że problem ten i chęć zastosowania zamiennika pozwany zgłosił powodowi już w październiku 2009r., a odpowiedź projektanta uzyskano dopiero z datą 4 grudnia 2009r., czyli już po wskazanym w umowie terminie zakończenia robót (do dnia 20 listopada 2009r.) i ponad 2 miesiące od zgłoszenia przez pozwanego,

-błędne ustalenie, że projekt przewidywał rozwiązania dot. sposobu wykonania mocowań tzw. świetlików dachowych, przy czym Sąd I inst. nie oparł się tu na treści znajdującego się w aktach projektu tylko zeznaniach przedstawicieli strony powodowej, a okoliczność ta mogła i powinna być zweryfikowana przez biegłego sądowego,

-błędne ustalenie, że działania inwestora nie przyczyniły się do opóźnienia w zakończeniu robót, podczas gdy już z samych ustaleń Sądu I inst. wynika, że inwestor nienależycie współdziałał z pozwanym i chociażby na pismo pozwanego z 19 listopada 2009r. dot. problemów z wykonaniem wentylacji mechanicznej, powód dopiero pismem z dnia 15 stycznia 2010r., czyli po upływie 2 miesięcy (sic!) przesłał pozwanemu interpretację sposobu zabudowy kanałów wentylacji mechanicznej przedstawioną przez (...) — Pracownię projektową architekt M. A. (2),

-błędne ustalenie, że pozwany wykonywał roboty wadliwie i opieszale, podczas gdy nie potwierdza tego żaden z 17 protokołów odbioru wykonanych robót (zob. zał. nr 5-22 do sprzeciwu), w których powód nie zgłaszał zastrzeżeń co do jakości i tempa prac,

- błędne ustalenie, że pozwany nie udowodnił, że zastrzeżenia powoda co do jakości wykonanych robót były nieuzasadnione, podczas gdy potwierdza to 17 protokołów odbioru wykonanych robót (zob. zał. nr 5-22 do sprzeciwu), w których powód nie zgłaszał zastrzeżeń co do jakości i tempa prac, a mimo to następnie wymagał od pozwanego powrotu do zakończonych już frontów robót i czynienia niekończących się poprawek i zmian,

- pominięcie okoliczności, że jak wynika z zeznań strony powodowej w osobie K. M. — już w sierpniu 2009r. był on przekonany, że pozwany nie wykona robót w terminie i że już wówczas ziszczyły się przesłanki do odstąpienia od umów, a zaniechanie tej czynności przez powoda może świadczyć o sprzecznym z zasadami współzycia społecznego zamiarze uzyskania korzyści z tego tytułu w postaci skumulowanych kar umownych z cyt. zwłoki w wykonaniu robót i kar umownych z tyt. odstąpienia od umowy, co nie powinno zasługiwać na ochronę w świetle art 5 k.c.,
- błędne ustalenie, że powód w związku z wykonywaniem robót nienależycie przez pozwanego, poniósł szkodę o wartości stanowiącej 8% ogólnej wartości prac, podczas gdy z zeznań świadka P. S. (1) wynika, że wartość prac poprawkowych po pozwanym wynosiła zaledwie 10.000 zł, a z rozliczeń powoda wynika, że sam powód w przypadku umowy na I etap szacował szkodę na kwotę 175.976,52 zł (zob. pismo powoda z dnia 2 października 2010r. zał. 23 do sprzeciwu) przy karze umownej za odstąpienie w kwocie 361.616,70 zł (kara przekracza 200% szkody), a w przypadku umowy III etap szkodę szacował na kwotę 13.664,00 zł (zob. pismo powoda z dnia 4 października 2010r. zał. do pozwu) przy karze umownej za odstąpienie w kwocie 48.673,03 zł (kara przekracza 350% szkody).

Wskazując na te zarzuty apelujący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania, ewentualnie zmianę zaskarżonego wyroku w tej części i orzeczenie co do istoty sprawy oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu w obu instancjach wg norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu apelacji pozwany rozwinął podniesione w niej zarzuty, a szczególnie nacisk położył na naruszenie przepisów procedury, w szczególności błąd Sądu w sprawie wniosku pozwanego o dowód z opinii biegłego sądowego. Podkreślił, że do niniejszej sprawy zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu postępowania cywilnego obowiązujące przed dniem 3 maja 2012r. Zarzucił więc, że nie ma zastosowania wskazany przez Sąd I inst. art. 217 § 3 k.p.c.

Niezależnie od powyższego zarzucił, że w niniejszej sprawie brak było podstaw do podjęcia decyzji o oddaleniu wniosku o dowód z opinii biegłego podkreślając, że pozwany już przy pierwszej czynności procesowej, tj., w sprzeciwie od nakazu zapłaty zgłosił wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa na okoliczność zakresu rzeczowego robót wykonanych przez pozwanego w ramach I i III etapu inwestycji, w tym robót podstawowych, dodatkowych i zamiennych oraz w celu ustalenia ilości dni opóźnienia spowodowanego koniecznością ich wykonania. Wniosek dotyczył okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Podkreślono, że ustalenie zakresu wykonanych robót pozwalałoby ustalić, czy pozwany wykonał znaczną część zobowiązania, co stanowi jedną z przesłanek miarkowania kary umownej, a ustalenia w zakresie robót podstawowych, dodatkowych i zamiennych i ich wpływu na czas realizacji pozwalałoby ocenić, która ze stron ponosi winę za opóźnienie i czy powód miał podstawy do odstąpienia od umowy.

Apelujący podniósł, że powyższe naruszenie przepisów procedury miało wpływ na błędne ustalenia faktyczne, szczegółowo wymienione na wstępie apelacji. Zarzucił, że Sąd I inst. nie mógł zastąpić wiadomości specjalnych niezbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy innymi dowodami, np. zeznaniami świadków, a to właśnie uczynił dokonując większości ustaleń faktycznych, które dotyczą wiedzy technicznej, budowlanej, znajomości projektu budowlanego, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót.

Wymagało to skorzystania z dowodu z opinii biegłego sądowego.

Kolejno w uzasadnieniu apelacji skarżący wskazał, jakie okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia błędnie ustalił sąd I instancji.

Rozwijając zarzuty naruszenia przepisów prawa materialnego, a w szczególności art. 484 § 2 k.c., apelujący podniósł, że przepis ten nie wymaga, aby w obu przypadkach w nim wymienionych konieczne było ustalenie, że kara jest rażąco wygórowana. Podniósł, że w przypadku, gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, to dłużnik ma

prawo domagać się zmniejszenia kary umownej nawet wówczas, gdy kara nie jest rażąco wygórowana. Podkreślił, że powyższej subtelności Sąd I inst. nie zauważył

Apelujący podkreślił, że w niniejszej sprawie wystąpiły łącznie obie przesłanki miarkowania kar umownych, choć dla zastosowania tej instytucji wystarczyłoby wystąpienie tylko jednej z nich. Podniósł także, że żądanie miarkowania kar umownych jest nadal aktualne, mimo że Sąd I inst. oddalił powództwo w części dot. kary za opóźnienie.

Apelujący wskazał, że Sąd I inst. słusznie ustalił, że zobowiązanie pozwanego zostało wykonane w znacznej części, choć nie uwzględnił tego przy rozpatrywaniu żądania miarkowania kar umownych. Podkreślono, że: z umowy nr (...) z dnia 16 lipca 2008r. - I etap — pozwany wykonał roboty o wartości 3.577.038,41 zł brutto, podczas gdy wartość całości robót objętych tą umową wynosiła: 3.616.166,95 zł brutto, co oznacza, że pozwany wykonał swoje zobowiązanie w 98,92 %.; natomiast z umowy nr (...) z dnia 27 sierpnia 2009r. - III etap - pozwany wykonał roboty o wartości 440.514,96 zł brutto, podczas gdy wartość całości robót objętych tą umową wynosiła: 486.730,28 zł brutto, co oznacza że pozwany zobowiązanie z tej umowy wykonał w 98,42 %.

Zatem już tylko z tej przyczyny w ocenie autora apelacji pozwany mógł żądać zmniejszenia nałożonych na niego kar umownych za odstąpienie przez inwestora od każdej z umów.

Niezależnie jednak od powyższego zarzucono, w stanie faktycznym niniejszej sprawy, kara umowna jest rażąco wygórowana.

Podniesiono też, że sam powód szkodę z tytułu wad wykonanych przez pozwanego robót w przypadku umowy na I etap oszacował na kwotę 175.976,52 zł, co przy karze umownej za odstąpienie w kwocie 361.616,70 zł wskazuje, że nałożona kara to 200% szkody.

W przypadku umowy nr (...) z dnia 27 sierpnia 2009r. na wykonanie zadania

„(...)

(...)”, w której wartość

wynagrodzenia pozwanego ustalono na kwotę brutto: 486.730,28 zł — kara umowna za

odstąpienie od umowy wyniosła 48.673,03 zł, a sam powód szacował szkodę w przypadku umowy na III etap na kwotę zaledwie 13.664,00 zł, co przy karze umownej za odstąpienie w kwocie 48.673,03 zł prowadzi do wniosku, że nałożona kara przekracza 350% szkody.

Powyższe uzasadniałoby w ocenie apelującego zmiarkowanie nałożonej kary umownej do kwoty odzwierciedlającej wysokość poniesionej szkody, którą powód łącznie dla obu umów szacował na kwotę 189.640,52 zł (I etap: 175.976,52 zł + III etap: 13.664,00 zł). Zarzucono równocześnie, że w aktach sprawy nie ma żadnego innego dowodu, który wskazywałby, że powód poniósł -wyższą szkodę.

Podniesiono też, że w niniejszej sprawie doszło także do naruszenia art. 5 k.c. - przez jego niezastosowanie. W ocenie pozwanego w sytuacji, gdy inwestor w sposób nienależyty przygotował inwestycję do realizacji i w sposób nienależyty współdziałał z pozwanym wykonawcą w realizacji robót, w sposób nieracjonalny podzielił ją na 7 etapów częściowo kolidujących ze sobą, co wpływało na tok prac realizowanych przez pozwanego, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, który spowodował konieczność uszczegóławiania robót pozostających do wykonania, częste zmiany koncepcji inwestora, stawiania przez inwestora oczekiwań co do sposobu -wykonawstwa, które nie miały oparcia w umowie, dokumentacji projektowej, specyfikacji istotnych warunków zamówienia i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (np. wprowadzenie dekorów w okładzinach z płytek i glazury), konieczność wykonania szeregu robót dodatkowych, do czego pozwany nie był zobowiązany w świetle treści zawartych umów — uzasadniałoby ochronę pozwanego na podstawie art. 5 k.c.

Podniósł też pozwany, że Sąd I inst. naruszył również art. 354 § 2 k.c. — przez jego niezastosowanie i nie uwzględnienie okoliczności, że powód miał obowiązek współdziałać z pozwanym przy wykonaniu zobowiązania zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją

w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom, a powyższego obowiązku powód nie wykonał należycie, czym przyczynił się do opóźnienia w realizacji robót, o czym szeroko mowa powyżej i w sprzeczności od nakazu zapłaty.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o oddalenie apelacji w całości i zasądzenie od pozwanego Z. B. na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje;

Analizując zebrany w sprawie materiał dowodowy przez pryzmat zarzutów odnoszących się do naruszenia prawa procesowego zgłoszonych w apelacji sąd drugiej instancji stwierdził, że zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 217 § 3 k.p.c., a także art. 278 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c., skutkujący pominięciem wniosku dowodowego pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa na okoliczność ustalenia zakresu rzeczowego robót wykonanych przez pozwanego w ramach I i III etapu inwestycji, w tym robót podstawowych, dodatkowych i zamiennych oraz w celu ustalenia, czy doszło do opóźnienia spowodowanego koniecznością ich wykonania, a także na okoliczność ustalenia szkody, jaką poniósł powód wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanego oraz stanu zaawansowania robót na dzień odstąpienia od umów. Rację należy bowiem przyznać apelującemu, że ustalenie powyższych okoliczności wymagało wiedzy specjalistycznej, której zastąpić nie mogły wnioski wynikające z zeznań przesłuchanych w sprawie świadków. Okoliczności faktyczne niezbędne dla rozstrzygnięcia sprawy wymagały zasięgnięcia opinii eksperta, gdyż kwestie sporne dotyczyły wiedzy technicznej, budowlanej, znajomości projektu budowlanego, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót.

Postanowieniem z dnia 2 sierpnia 2016r i z dnia 11 października 2017r Sąd Apelacyjny dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa na okoliczność ustalenia:

- zakresu rzeczowego robót wykonanych przez pozwanego w ramach I i III etapu inwestycji, w tym robót podstawowych, dodatkowych i zamiennych, a także ustalenia, jaka była jakość wykonanych przez pozwanego prac,
- ilości dni opóźnienia spowodowanego koniecznością wykonania robót dodatkowych i zamiennych, a także ustalenia, czy opóźnienie w wykonaniu robót było skutkiem braku współdziałania ze strony powoda w wykonaniu umowy,
- stanu zaawansowania robót podstawowych w ramach I i III etapu inwestycji na dzień odstąpienia przez pozwanego od każdej z umów,
- przyczyn opóźnienia w wykonaniu prac przez pozwanego,
- czy na skutek nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanego powód poniósł szkodę, a w szczególności, jakie koszty poniósł powód na wykonanie prac wadliwie wykonanych przez pozwanego lub przez niego niewykonanych.

Opinie w sprawie sporządziło dwóch biegłych, jednakże dodatkowych ustaleń faktycznych sąd drugiej instancji dokonał na podstawie opinii biegłego J. P., albowiem biegły F. B., który sporządził opinię jako pierwszy i do której wniesione zostały przez strony zarzuty, zmarł, przez co niemożliwym było wyjaśnienie wątpliwości, jakie do tej opinii miał również sąd orzekający.

Wskazać jednak trzeba, że biegły F. B. stanowczo stwierdził, że pozwany nie wykonał prac budowlanych objętych zakresem zamówienia w terminie, nie wykonał też całego zakresu rzeczowego zamówienia, a elementy wykonane posiadały liczne usterki, wady i uszkodzenia, skutkujące powstaniem szkody u strony powodowej.

Po sporządzeniu opinii przez biegłego sądowego J. P. i uzupełnieniu postępowania dowodowego Sąd Apelacyjny dodatkowo ustalił, że pozwany w ramach dwóch zawartych przez strony umów głównych wykonał w części prace z

zakresu etapu I i III zadania inwestycyjnego realizowanego przez powoda. Ponadto w ramach umów dodatkowych wykonał roboty dodatkowe: obmurówkę stropodachu budynku A o wartości 5736,20 zł; wymianę gruntu rodzimego na podsypkę z kruszywa w wykonywanych wykopach pod zewnętrzne roboty wodno-kanalizacyjne o wart. 55894,65 zł; odwodnienie studni wodomierzowej o wartości 7544,98 zł; instalację klimatyzacyjną w Sali sztabowej (...) stanowiącej pomieszczenie nr 11 w budynku administracyjno-garażowym A o wartości 15.304 zł, przy czym pozwany nie wykazał, aby prace te zostały przez powoda odebrane, gdyż do faktury (...) nie dołączył protokołu odbioru robót; roboty podwyższenia komina na budynku głównym KP PSP w W. o wartości 3816,43 zł, przy czym do faktury na tę kwotę pozwany nie dołączył protokołu odbioru tych robót. Biegły J. P. wartość robót dodatkowych wykonanych na podstawie dodatkowych umów wyliczył na kwotę 69.175,83 zł. Roboty dodatkowe pozwany wykonał na podstawie dodatkowych, oddzielnych umów, każdorazowo zapewniając inwestora, że wykonywanie robót dodatkowych nie spowoduje opóźnień w wykonaniu robót podstawowych.

Dokumenty zebrane w niniejszej sprawie nie pozwalają na ustalenie, aby na inwestycji związanej z „Rozbudową Strażnicy” były wykonywane przez Z. B. jakiegokolwiek roboty zamienne, które byłyby udokumentowane prawidłowo.

Prace wykonywane przez pozwanego powód rozliczał na podstawie faktur częściowych, przy czym protokoły częściowe odbioru robót nie opisywały w sposób rzetelny i wiarygodny jakości wykonanych prac i rozliczanych na podstawie faktur częściowych, do czego upoważniał § 15 ust. 4 obydwu umów zawartych między stronami, który stanowił, że w drodze faktur częściowych może być rozliczone 95% wynagrodzenia, a pozostałe 5 % należy zatrzymać na usunięcie usterek. Efektem takich odbiorów było to, że zapis dotyczący jakości nie odpowiadał rzeczywistości, gdyż po wypowiedzeniu umów powód opisał 455 usterek i niedoróbki na 19- sto stronicowym wykazie.

W zakresie jakości prac etapu I w dzienniku budowy wpisano, iż: grzejniki CO były umocowane niezgodnie z dokumentacją; roboty w łazience i sali konferencyjnej wykonano nieprawidłowo; stwierdzono niewłaściwe wykonywanie robót wykończeniowych (krzywizny i falowanie ścian przypodłogowych np. w sali rekreacyjno-sportowej, brak reakcji na wskazywane nieprawidłowości w wykonaniu prac w łazienkach- nierówne spoiny, uszkodzone płytki, brak kątów prostych; wykonywanie poprawek bez należytego zabezpieczenia robót już wykonanych); stwierdzono brak odprowadzenia wody opadowej ze studzienki doświetlającej kotłownię i pomieszczenie węzła co; prace w zakresie wykończenia ścian i glazury poprawiano wielokrotnie i nieskutecznie; niezgodnie z projektem wykonano zabezpieczenie okien w sali konferencyjnej.

W zakresie jakości prac etapu III w dzienniku budowy wpisano: zastrzeżenia w zakresie prac dekarских dotyczące braku zaimpregnowania drewna i zakonserwowania metalu przed zakryciem; wpisywano zastrzeżenia w zakresie wykonania ścian szczytowych: brak skosów, brak wypełnienia raków w filarkach żelbetowych, ubytki w ścianach, wadliwie położona izolacja; wpisano też zastrzeżenia co do jakości powtórnie wykonanych poprawek w tym zakresie; wpisano zastrzeżenia co do wgniecenia w blasze trapezowej podsufitki, które obniżają jakość wykonania oraz estetykę obiektu; zauważono niezgodne z projektem posadowienie kanału deszczowego od studni D1 do studni D4.

Powyzsze zapisy inspektorów nadzoru w dziennikach budowy wskazują jedynie przykładowe braki i usterek. Są jednak dowodem na to, że kierownik budowy nie dbał o to, by pracownicy zatrudnieni na budowie prawidłowo wykonywali prace powierzone pozwanemu.

Kierownik budowy zatrudniony przez pozwanego- J. K. niewłaściwie kierował budową, czego skutkiem było wykonanie robót z usterkami, niedoróbkami, a także niewykonanie części prac.

Jakość prac wykonanych przez pozwanego była nieprawidłowa, w protokole inwentaryzacyjnym etapu I komisja powołana przez powoda wymieniła 455 usterek, wad, uszkodzeń, niedoróbek i niewykonanych robót. W dziennikach budowy stwierdzono dodatkowo 14 usterek i niedoróbek, a w protokole inwentaryzacyjnym etapu III powołana przez powoda komisja wymieniła 6 usterek. Łączna liczba stwierdzonych usterek, wad, uszkodzeń, niedoróbek i niewykonanych robót w zakresie zleconych pozwanemu prac to 475.

Wykonywanie przez pozwanego prac dodatkowych nie miało wpływu na terminowość wykonania prac I etapu. Ponadto wykonawca deklaruwał, że przyjęte dodatkowo zlecenia nie będą miały wpływu na czas wykonania inwestycji.

W trakcie wykonywania prac przez pozwanego odbyło się łącznie 65 posiedzeń Zespołu Techniczno- Budowlanego, pozwany uczestniczył w 58 posiedzeniach. Z posiedzeń tych sporządzano protokoły. Z ich treści nie wynika, że brak było współdziałania ze strony powoda przy wykonawstwie robót I i III etapu Rozbudowy Strażnicy.

Na dzień odstąpienia przez powoda od umów zawartych z pozwanym wykonano i rozliczono wykonanie robót podstawowych I etapu w 98,92%, natomiast w zakresie etapu III wykonano i rozliczono 90,50% przewidzianych w umowie robót.

Pozwany podpisując z powodem umowy na wykonanie I i III etapu robót Rozbudowy Strażnicy nie był finansowo i technicznie przygotowany do wykonania w okresie tylko 14 miesięcy kalendarzowych robót dość pracochłonnych o łącznej wartości kosztorysowej 4.102.897,23 zł. Pozwany w swojej firmie budowlanej nie zatrudniał dobrych fachowców, nie zatrudniał także inżynierów budowlanych o wysokich kwalifikacjach, którzy potrafiliby w sposób technicznie prawidłowy zorganizować przyjęty przez pozwanego do wykonania zakres robót. Pozwany Z. B. nie posiadał także zabezpieczenia środków finansowych niezbędnych na bieżące sfinansowanie materiałów koniecznych dla wykonywania robót w okresie od ich wbudowania do odbioru i rozliczenia faktur częściowych. Dodatkową przyczyną opóźnienia terminów wykonania robót przewidzianych w umowach łączących strony było zatrudnienie J. K. jako kierownika budowy, który nie znał zakresów robót wykonywanych przez powoda, nie sygnalizował w dziennikach budowy stwierdzonych niejasności w dokumentacji projektowej. Ponadto kierownik budowy nie potrafił na bieżąco rozwiązywać pojawiających się w trakcie wykonywania prac problemów, nie potrafił kierować ludźmi zatrudnionymi u powoda i nie panował nad organizacją ich pracy. Ponadto kierownik budowy opuścił swe stanowisko przed zakończeniem wykonywania robót, nie dokonując w sposób formalny zakończenia pracy na tym stanowisku.

Przyczynami opóźnień w wykonywaniu przez pozwanego robót I i III etapu Rozbudowy Strażnicy w W. było: nieprzygotowanie firmy pozwanego do wykonania prac objętych zawartymi z powodem umowami w terminach wynikających z tych umów. Pozwany nie zatrudniał robotników o wymaganych kwalifikacjach, nie posiadał kadry inżynierskiej, która wspomogłaby go przy opracowaniu harmonogramów wykonania robót. Pozwany zatrudnił też na stanowisku kierownika budowy osobę, która nie potrafiła zorganizować pracy na budowie, aby dotrzymać terminów wynikających z umów zawartych z powodem. Pozwany nie sprawował także właściwego nadzoru nad kierownikiem budowy, przez co doprowadził do wadliwego wykonania szeregu robót przez pracowników, co skutkowało koniecznością wykonania prac poprawkowych i w rezultacie doprowadziło do opóźnień w wykonaniu kolejnych robót. Przyczynami opóźnień był też niewłaściwy sposób wykonania części prac, konieczność naprawy prac wadliwie wykonanych, błędy w organizacji pracy poszczególnych brygad roboczych, niezapoznanie się przez kierownika budowy z opracowaną i dostarczoną wykonawcy dokumentacją projektową, opuszczenie terenu budowy przez kierownika budowy w czasie wykonywania skomplikowanych robót wykończeniowych.

Na skutek niewykonania i niewłaściwego wykonania przez pozwanego robót wynikających z umów łączących strony powód zmuszony został do zatrudnienia innych wykonawców. Uzasadnione i konieczne koszty poniesione na zapłatę wynagrodzenia za doprowadzenie robót wykonanych przez pozwanego do stanu zgodnego z wymaganiami projektowymi i technicznymi stanowią kwotę 287.862,54 zł.

Ponadto na skutek zawinioneego przez pozwanego opóźnienia w wykonaniu robót I i III etapu Rozbudowy Strażnicy powód zmuszony był ponieść koszty najmu pomieszczeń niezbędnych do prowadzenia działalności KP PSP W..

(dowód: opinia biegłego J. P. k. 2237-2307, ustne wyjaśnienia do opinii złożone na rozprawie apelacyjnej w dniu 12 kwietnia 2018r.)

W powyższym zakresie Sąd Apelacyjny uzupełnił ustalenia faktyczne sprawy, równocześnie też w całości zaakceptował dokonane przez sąd I instancji ustalenia faktyczne i jako niewadliwe przyjął je za własne, co czyni zbędnym ich powtórne przytaczanie.

Nie jest bowiem zasadny podniesiony w apelacji zarzut naruszenia art.233§ 1 k.p.c., nadto zarzut ten nie został wsparty argumentacją jurydyczną odnoszącą się do zebranych w sprawie dowodów. Apelujący nie wskazał, jakie dowody zebrane w sprawie pominął sąd meriti przy orzekaniu, a jakie błędnie ocenił i na czym błąd sądu miałby polegać. Apelujący w istocie przedstawił jedynie własną wersję stanu faktycznego, zasadniczo odmienną od tej, którą ustalił Sąd Okręgowy. To jednak przy braku rzeczowej argumentacji odnoszącej się do zebranych w sprawie dowodów i ich oceny dokonanej przez sąd I instancji, nie pozwala na podważenie ustaleń faktycznych sądu meriti. Ocena dowodów dokonana przez sąd I instancji w ocenie sądu odwoławczego mieści się w ramach wyznaczonych dyrektywami art.233§ 1 k.p.c., jest swobodna, ale nie jest dowolna.

W konsekwencji zarzut naruszenia art.233§ 1 k.p.c. został uznany za niezasadny i sąd drugiej instancji rozstrzygał sprawę na podstawie stanu faktycznego ustalonego przez Sąd Okręgowy poszerzonego o dodatkowo dokonane ustalenia faktyczne opisane powyżej.

Sąd Apelacyjny uznał sporządzoną w postępowaniu apelacyjnym opinię biegłego J. P. za wiarygodną, rzetelną i miarodajną, a przez co przydatną dla rozstrzygnięcia. Biegły obszernie umotywował swe stanowisko, odniósł się także do zarzutów zgłoszonych przez pozwanego oraz merytorycznie i rzeczowo swoje stanowisko uargumentował. Opinia ta w połączeniu z pozostałym materiałem dowodowym zebrany w sprawie dała podstawę do uznania przez sąd odwoławczy, że pozwany nienależycie wywiązał się z postanowień umów, jakie zawarł ze stroną powodową, prace wykonywał nieterminowo i częściowo wadliwie, a opóźnienia w wykonaniu prac są konsekwencją jego działań i zaniechań, co upoważniało powoda do odstąpienia od niewykonanych umów i obciążenia pozwanego karą umowną. Zgodnie natomiast z §19 ust.2 umów - za odstąpienie od umowy przez zamawiającego w całości lub w części z przyczyn zależnych od wykonawcy- kara umowna wynosi 10% wynagrodzenia umownego brutto

Sąd Apelacyjny stwierdza też, że nie znajdują wsparcia w materiale dowodowym sprawy zarzuty pozwanego, iż powód nie współdziałał z nim w wykonaniu umowy, a także zarzuty, że opóźnienie w wykonaniu prac jest skutkiem okoliczności, za które pozwany nie odpowiada. W tym zakresie sąd drugiej instancji podziela wnioski wynikające z opinii biegłego, które ponadto mają wsparcie w zeznaniach świadków, stwierdzając, że pozwany nie był logistycznie i finansowo przygotowany do wykonania prac wynikających z umów, które podpisał z powodem. Z tych względów zarzut naruszenia art. 345 § 2 k.c. został uznany za niezasadny.

Przypomnieć w tym miejscu trzeba zapis § 4 umowy, który stanowi, że wykonawca ma prawo do żądania zmian terminu umownego, jeżeli niedotrzymanie terminu stanowi konsekwencję okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu zawarcie umowy. Zmiana terminu zostanie wpisana pisemnym aneksem do umowy pod rygorem nieważności. Wskazać w związku z tym należy na dowód z k. 56- z pisma z 8.12.2009r wynika, że wykonawca zwracał się od przesunięcie terminu zakończenia robot z umowy z lipca dopiero pismem z 27.11.2009r (wnioskował o termin do 15.12.2009). Poza sporem jest także, że w tym deklarowanym terminie robót nie wykonał.

Zatem, jeżeli na skutek konieczności wykonania robót dodatkowych, zamiennych czy innych niezależnych od wykonawcy okoliczności niemożliwym było, przy zachowaniu należytej staranności przy prowadzeniu robót zgodnie z harmonogramem, dotrzymanie terminu umownego zakończenia prac, to strony zastrzegły uprawnienie do wnioskowanie o przesunięcie terminu. Stwierdzić jednak trzeba, że pozwany z tego uprawnienia nie skorzystał skutecznie, albowiem uczynił to dopiero 27.11.2009r, przez co niemożliwym było osiągnięcie oczekiwanego skutku. Dodać także należy, że przyjmując do wykonania roboty dodatkowe w każdej z oddzielnie zawieranych umów pozwany deklarował, że jest przygotowany do ich wykonania i wykonywanie tych robót nie będzie skutkowało opóźnieniem w wykonaniu robót podstawowych.

Odnieść się w tym miejscu trzeba do kwestii organizacji prac, co umożliwić mogło terminowe i prawidłowe wykonanie robót. Tu wskazać trzeba na zapis § 9 umów- do obowiązków wykonawcy należało m.in. zapewnienie kompletnego kierownictwa, siły roboczej, materiałów, sprzętu i innych urządzeń niezbędnych do wykonania robót oraz usunięcia wad. Dodać trzeba, że zgodnie z § 11 wykonawca miał wykonać przedmiot umowy z materiałów własnych, zgodnie z dokumentacją techniczną, zastosowane materiały powinny posiadać certyfikaty na znak bezpieczeństwa, być zgodne z kryteriami technicznymi określonymi w Polskich Normach. Materiały powinny też odpowiadać wymaganiom umowy i SIWZ oraz projektu budowlanego. W toku realizacji robót miał obowiązek uzgodnienia z Zamawiającym zakupu materiałów m.in. pokrycia dachowego, które, co jasno wynika z dowodów zebranych w sprawie pozwany zamówił w czasie tak oczywiście nieodpowiednim, że niemożliwe było, by prace dachowe ukończyć mógłby w terminie.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności Sąd Apelacyjny uznaje, że powód był uprawniony do odstąpienia od umów na podstawie §21 umów, z którego wynika, że zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w całości lub w części:

- pkt 5- jeżeli pomimo uprzednich pisemnych (dwukrotnych) zastrzeżeń inspektora nadzoru wykonawca uporczywie nie wykonuje robót zgodnie z warunkami umowy lub w rażący sposób zaniedbuje zobowiązania umowne (w tym zakresie wskazać trzeba na pisma z 18.08.2009r. i z 7.10.2009r.)

- pkt 6- w przypadku nie realizowania robót zgodnie z harmonogramem realizacji robót lub stwierdzenia, że jakość wykonywanych robót nie odpowiada obowiązującym normom i warunkom technicznym wykonania i odbioru robót budowlanych.

Podkreślenia wymaga, że pismem z 3.03.2010r zamawiający wezwał wykonawcę do zakończenia prac do dnia 30.03.2010r. pod rygorem odstąpienia od umowy. W konsekwencji pismem z 24 czerwca 2010r nastąpiło odstąpienie od umowy etap III z przyczyn leżących po stronie wykonawcy- pkt 5 i 6 §21 umowy, a pismem z 1 lipca 2010r odstąpienie od umowy etap I w części robót niewykonanych lub nienależycie wykonanych z przyczyn leżących po stronie wykonawcy- pkt 5 i 6 §21 umowy. W ocenie sądu drugiej instancji powód od obu umów odstąpił skutecznie.

Skoro powód skutecznie odstąpił od umowy w części robot niewykonanych i wykonanych wadliwie, to z mocy umów łączących strony obowiązującą formą odszkodowania w tym zakresie są kary umowne w wysokości 10% wartości wynagrodzenia umownego. Powód wypełnił też obowiązek z §22 umów- wymóg przedsądowego wezwania do spełnienia roszczenia (k. 78, 85- wezwanie z 2 i 15 listopada 2010r do zapłaty kary umownej 362616,70 zł (za etap I) w terminie 10 i 7 dni – pod rygorem postępowania sądowego, k.84 wezwanie z 15.11.2010r do zapłaty kary umownej za etap III -48673,03 zł- w t. 7 dni pod rygorem postępowania sądowego).

Sąd Apelacyjny przypomina, że wykonanie prac z umowy na I etap miało nastąpić do 30.11.2009, natomiast prace z III etapu wykonane miały być do 20.11.2009r. Pozwany w istocie od początku realizacji inwestycji nie wykonywał prac terminowo, a także wykonywał je wadliwie, co skutkowało ponagleniami ze strony powodowej. I tak wskazać można: k. 49-50- pismo zamawiającego z 18.08.2009, z 7.10.2009, - stwierdza opóźnienie w realizacji harmonogramu prac, wzywa do zwiększenia tempa robót; k. 823- pismo z 16.11.2009-wzywa do wskazania, kiedy pozwany wykona zaległe roboty z I etapu (termin zakończenia 31.10.2009); k. 51-52, 807 pismo z 15.12.2009, 5.01.2010, 8.01.2010-zastrzeżenia co do niewłaściwej technologii i jakości robót wykończeniowych; k. 58. pismo z 3.03.2010r. wzywa do zakończenia prac do 30.03.2010 pod rygorem odstąpienia od umów; k.819- notatka służbowa z 27 kwietnia 2010r.- pracowało jedynie 5 pracowników pozwanego; k.820- notatka z 5.05.2010- brak pracowników na budowie w dniu 4 i 5 maja; k.932—protokół stanu zaawansowania robot z 19.11.2009- branża: budowlana i sanitarna nie zakończona; k. 937-939- protokół ze spotkania z pozwanym; k.942—protokół szkód i zniszczeń; k.958- protokół z 7 lipca 2010 – nieprawidłowości robót wykonanych przez pozwanego; k.1016-1024- protokół inwentaryzacji robót w toku z 5-12 lipca 2010- opisuje braki i usterki etapu I;

k. 1026- protokół inwentaryzacji robót w toku z 1 lipca 2010- opisuje braki i usterki etapu III.

Sąd Apelacyjny stwierdza, że strony nie porozumiały się co do przesunięcia terminu wykonania prac. Jak już wcześniej zaznaczono pozwany po raz pierwszy zwracał się o to pismem z 27.11.2009r- k.143, (o czym pisze w uzasadnieniu sprzeciwu)- w tym natomiast czasie powinien już skończyć etap III i pozostało 3 dni do zakończenia etapu I. Oczywistym jest zatem, że reakcja pozwanego była spóźniona. Ponadto w piśmie z 27.11.2009r pozwany wskazał, że wnosi o przesunięcie terminów końcowych do 15 i 20 grudnia 2009r, a poza sporem w sprawie pozostaje, że prac nie skończył nawet do 30.03.2010r, tj. ostatecznego terminu zakończenia ustalonego przez wykonawcę. Dodać także trzeba, że pozwany na spotkaniu w dniu 26.02.2010 deklaruwał zakończenie prac do 31 marca 2010r (k. 937-939), i także tego terminu nie dotrzymał.

Co istotne, pozwany w piśmie z 27.11.2009r żądanie przesunięcia uzasadniał „koniecznością zakończenia robot w standardzie oczekiwanym przez Inwestora” i przywołuje, że zaszły okoliczności nie przewidziane wcześniej przez zleceniodawcę, a później przez wykonawcę.

Zauważyć należy, że w piśmie tym pozwany nic nie sygnalizował o robotach dodatkowych, zamiennych czy złych warunkach atmosferycznych, które uniemożliwiały terminowe wykonanie prac. Nie podnosił też zastrzeżeń w zakresie braku współdziałania po stronie inwestora. Do pisma z 27.11.2009r pozwany załączył przy tym wykaz robót dodatkowych i zamiennych, zatem należy wnioskować, że najpóźniej 20 grudnia 2009r prace objęte dwoma umowami powinien wykonać. Tego nie uczynił nawet do 3 i 30 marca 2010, zatem odstąpienie od niewykonanej części umowy było uzasadnione i kara – 10 % wartości wynagrodzenia mogła zostać naliczona.

Sąd Apelacyjny dodatkowo wskazuje jeszcze na pismo z 25 stycznia 2010 (już po 20.12.2009r.-k. 145), którego treść świadczy o nieprzygotowaniu do wykonania robót i braku organizacji pracy, a także o zamówieniu materiałów zbyt późno. Dopiero bowiem w tym piśmie pozwany pisze o złej pogodzie, a zauważyć trzeba, że jest ono datowane na ponad miesiąc po wcześniej proponowanym terminie zakończenia prac. Zwraca też uwagę treść kolejnego pisma z dnia 8.02.2010r. (k. 146), w którym wykonawca wskazuje, że nadal czeka na materiały, które miały być dostarczone na przełomie roku, zatem już po 20 grudnia 2010, co uniemożliwiało wykonanie prac w terminie proponowanym w piśmie z 27.11.2009r

Odnosząc się do jakości wykonanych przez pozwanego prac, to stwierdzić trzeba, że złą jakość prac potwierdzają protokoły odbioru robót w toku z lipca 2010r. (k.1016-1024- protokół inwentaryzacji robót w toku z 5-12 lipca 2010r- opisuje braki i usterki etapu I

k. 1026- protokół inwentaryzacji robót w toku z 1 lipca 2010- opisuje braki i usterki etapu III), potwierdzają ten fakt także zeznania świadka A. Ż. k. 1680-1683, zeznania św. P. S., który zeznał o złej jakości prac, podał, że wykonywał roboty poprawkowe i te, których nie wykonano, był to etap IV i za to otrzymał wynagrodzenie ok. 300.000 zł. Złą jakość robót, usterki i niedoróbki potwierdza też opinia biegłego sądowego J. P..

Sąd Apelacyjny stwierdza, że nie znajdują wsparcia w materiale dowodowym sprawy zarzuty pozwanego, iż konieczność wykonania robót dodatkowych i zamiennych oraz niekorzystne warunki atmosferyczne, a także oczekiwanie na zamówione materiały budowlane oraz akceptacje powoda co do zamówionych materiałów wydłużyły czas wykonania umowy o 266 dni wg pozwanego.

Co do robót dodatkowych wskazać trzeba na dowody znajdujące się na k. 604- 606, 614- protokół negocjacji z 23 kwietnia 2009 i 2 umowy z 24 kwietnia 2009r na wykonanie robót dodatkowych- w dokumentach -§ 2 ust 2 i §3 umowy- pozwany oświadczył, że dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykona zamówienie do 31.10.2009r. Kolejno -k. 624 umowa z 18.11.2009- na wykonanie instalacji klimatyzacyjnej: § 2 ust 2 i §3 umowy- pozwany oświadczył, że dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykona zamówienie do 30.11.2009r.Następnie- k.640 umowa z 10 września 2009 na wykonanie dodatkowych robót- podwyższenie komina- § 2 ust 2 i §3 umowy- pozwany oświadczył, że dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykona zamówienie do 31.10.2009r, a także k. 756 umowa z 20.10.2009 na wewnętrzną i zewnętrzną instalacje wod-kan - § 2 ust 2 i §3 umowy- pozwany oświadczył,

że dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykona zamówienie do 10.12.2009r.

Przywołać także należy zeznania świadka J. K. (1) (k. 1303), który zeznał, że strony uzgodniły, że roboty dodatkowe nie wpłyną na wydłużenie terminu wykonania umów- etap I i III, pozwany nie domagał się przedłużenia terminu. Ponadto istotne jest, że także sam pozwany zeznał, że roboty dodatkowe i zamiennie nie miały wpływu na wydłużenie czasu wykonywania robót.

Odnosnie zarzutu braku współdziałania przywołać należy zawarte w opinii biegłego J. P. stwierdzenia, że dowody zebrane w sprawie nie dają podstaw do formułowania takich zarzutów.

Sąd Apelacyjny zauważa także, że istotnym problemem i przyczyną dodatkową dla odstąpienia przez powoda od umów, była niska jakość i usterki wykonywanych robót.

Nie można podzielić też argumentacji pozwanego, iż usprawiedliwieniem dla opóźnienia wykonania robót był czas oczekiwania na zamówione materiały. Wskazać w związku z tym jedynie należy, że pozwany jako profesjonalista w branży budowlanej po podpisaniu umów powinien z wyprzedzeniem i w odpowiednim czasie zamówić przewidziane w projekcie materiały niezbędne do wykonania zadania.

Podobnie nieuzasadniony jest zarzut co do niedoszacowania ilości stali, prostowania ścian, docieplenia. Podkreślić też należy, gdyż kwestia pokrycia dachu jest wielokrotnie podnoszona przez pozwanego, że projekt budowlany wykonawczy z listopada 2007 r przewidywał pokrycie dachu blachą trapezową (...) (k749-750), a pozwany zamówienie na tę blachę złożył dopiero 17 stycznia 2010r (k. 752), choć projektant pismem z 4.12.2009r. wskazał na możliwości zamiennie, ale także co do blachy (...) (k. 845), z zeznań świadka M. A. (k. 1584) wynika natomiast, że z uwagi na to, że wykonawca nie był w stanie na czas uzyskać odpowiedniej ilości blachy (...) doszło do zamiany blachy na blachę innego producenta. Wskazać też trzeba, że zakup blachy nastąpił w kwietniu 2010r, a jej położenie dopiero w czerwcu 2010r.

Zauważyć też trzeba, że z pisma pozwanego z k.658 z dnia 19.11.2009 wynika, że dostrzegł „ nieścisłości” w dokumentacji projektowej. Reakcja w tym przedmiocie dopiero w tej dacie pozwala na wnioskowanie, że dopiero wtedy przeanalizował dokumentację. Wskazać też trzeba, że pozwany jedynie z powyższego powodu wnosił o przedłużenie terminu wykonania robót do 15.12.2009r. Co istotne, nie zarzucał wówczas, a było to na 1 dzień przed upływem terminu zakończenia prac z III etapu i 11 dni przed umówionym zakończeniem prac z I etapu, że inwestor nie współpracował przy wykonywaniu umowy.

Sąd Apelacyjny w konkluzji stwierdza, że nie usprawiedliwiają opóźnienia pozwanego w wykonaniu obu umów objętych pozwem w tej sprawie- etap I i III- zawarte przez strony dodatkowe umowy na roboty dodatkowe opisane powyżej, bo pozwany zawierał te umowy na własne ryzyko, oświadczając, że ma moce do wykonania tych prac.

Dodatkowo podkreślić trzeba, że dopuszczony przed Sądem II instancji dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa potwierdził zasadność zarzutów powoda wobec wykonawcy. Biegły J. P. w opinii stwierdził, że wykonywanie przez pozwanego robót dodatkowych nie mogło mieć decydującego wpływu na wykonywane roboty I etapu rozbudowy Strażnicy.

Biegły analizując materiał dowodowy zebrany w sprawie stwierdził również, że nie ma podstaw, by twierdzić, że brak było współdziałania ze strony powoda w wykonawstwie robót I i III etapu rozbudowy Strażnicy.

Biegły w opinii podkreślił, że dowody zebrane w sprawie wskazują na to, że pozwany nie był przygotowany do wykonania robót, których się podjął, tym bardziej, że w swojej firmie budowlanej nie zatrudniał dobrych fachowców. Jako przykład takiej osoby biegły wskazał J. K.- kierownika budowy. Odnosząc się do tego świadka, biegły zauważył, że niedopracowanie szczegółów projektów, o których świadek ten zeznawał bardzo szeroko przed sądem nie znalazło odzwierciedlenia w żadnym zapisie w dzienniku budowy, choć na podstawie przepisów ustawy prawo budowlane (art.

22 i 23 ustawy) do dziennika budowy należy wpisać wszystkie zdarzenia i okoliczności zachodzące w toku wykonania robót budowlanych, a mające znaczenie przy ocenie technicznej prawidłowości wykonywania budowy, rozbiórki lub montażu. Biegły stwierdził też, że w jego ocenie kierownik budowy nie znał zakresu robót, które miały być wykonywane przez przedsiębiorstwo pozwanego przy realizacji etapu I i III.

Biegły stwierdził też, że pozwany nie zatrudniał w swej firmie inżynierów budowlanych o wysokich kwalifikacjach, którzy potrafiliby zorganizować przyjęty przez pozwanego zakres robót do wykonania w sposób technicznie prawidłowy (k. 2261).

W rezultacie biegły sądowy J. P. stwierdził, że na zaistniałe w realizacji robót budowlanych opóźnienia wpływ miały: nieprzygotowanie firmy pozwanego do wykonania I i III etapu robót według dostarczonej dokumentacji projektowej i w terminach wynikających z umowy, powierzenie kierownictwa robót nieodpowiedniej osobie, brak właściwego nadzoru wykonawcy robót nad kierownikiem budowy, niewłaściwe kierowanie budową przez kierownika budowy akceptowane przez pozwanego co doprowadziło do niepełnego wykorzystania czasu pracy zatrudnionych na budowie robotników, a także: niewłaściwy sposób wykonywania niektórych robót, konieczność naprawy niektórych nieprawidłowo wykonanych robót, błędy w organizacji pracy poszczególnych brygad roboczych, niezapoznanie się kierownika budowy z opracowaną i dostarczoną wykonawcy dokumentacją projektową (k.2266-2267).

W konsekwencji uznać trzeba, że zaistniały podstawy do naliczenia przez powoda kar umownych w wysokości 10% wartości wynagrodzenia umownego z tytułu odstąpienia przez powoda od umów.

Sąd Apelacyjny uznaje jednak, że istniały podstawy do zastosowania art.484§ 2 k.c. do miarkowania tych kar.

Zauważyć bowiem trzeba, że powód wykonał roboty w 98,92% z I etapu i 90,50 % robót z etapu III. - potwierdził to w istocie biegły J. P. (k.2260). Uznać zatem należało, że zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, co uzasadniało jej zmniejszenie. Jednak baczyc należało na okoliczność, że kary umowne były przyjętym przez strony zasadniczym sposobem ustalania odszkodowania. Jest to o tyle istotne, gdy uwzględnimy ustaloną okoliczność, że prace pozwany wykonał wadliwie. Szkoda powoda sprowadzała się do konieczności ich poprawienia przez innych wykonawców, a częściowo nawet do ich ponownego wykonania.

Dlatego w ocenie sądu drugiej instancji nie może pozwany zasadnie zarzucać, że aktualnie dochodzona od niego kara umowna w wysokości zasądzonej przez Sąd I instancji jest rażąco wygórowana, tym bardziej, że szkoda powoda wyliczona przez biegłego jest do tej kwoty zbliżona.

Wprawdzie pozwany twierdzi, że szkoda powoda z tytułu wad prac wykonanych przez pozwanego lub przez niego nie wykonanych to 13.664 zł (etap III) i 284.461, 53 zł (etap I) i po skompensowaniu z zabezpieczeniem należytego wykonania robót pozostała kwota 175.976,52 (razem 189.640,52 zł (k139), to jednak biegły J. P. szkodę powoda wyliczył na łączną kwotę 287.862,54 zł (k.2307).

Przesłuchany w sprawie świadek P. S. zeznał też, że za VI etap prac- prace poprawkowe po powodzie jego wynagrodzenie wyniosło nie 10.000 zł, a 300.000 zł, zatem złożone przez powoda na etapie postępowania apelacyjnego dokumenty zeznania te uwiarygodniają i jako takie nie mogą zostać uznane za spóźnione. Wskazać też należy, że biegły J. P. zweryfikował wszystkie te dokumenty i samodzielnie obliczył wysokość kosztów, jakie powód powinien ponieść na poprawki po pozwanym. Koszt ten wycenił na łączną kwotę 287.862,54 zł.

W rezultacie Sąd Apelacyjny uznał, że powód może skutecznie domagać się w ramach kary umownej od pozwanego kwoty 287.862,54 zł jako odszkodowania oraz 10% z należnej na podstawie umowy kary umownej (10% z 395.687, 82 zł, czyli 39.568,78 zł). W ten sposób sąd drugiej instancji zmiarkował należną na podstawie umowy karę umowną uznając, że wykonanie prac w znacznej części miarkowanie to uzasadniało. Z drugiej jednak strony nie można było obniżyć kary umownej jedynie do wysokości szkody poniesionej przez powoda, o co wnioskował pozwany, gdyż wtedy kara umowna zatraciłaby swą funkcję. Z powyższych względów w ocenie sądu drugiej instancji właściwą kwotą kary umownej jest 327.431, 32 zł.

Dla wyczerpania argumentacji wskazuje jeszcze Sąd Apelacyjny, że zarzut naruszenia przez Inwestora w okolicznościach badanej sprawy art. 5 k.c. jest niezasadny, gdyż stan faktyczny sprawy wskazuje na to, że to pozwany nie dotrzymał żadnego z proponowanych przez siebie terminów umowy, a powód, który współdziałał z pozwanym przy wykonywaniu umowy oraz prawidłowo przygotował inwestycję do realizacji, od umowy odstąpił dopiero po 7 miesiącach od upływu terminu zakończenia prac.

Z powyższych względów na podstawie art. 386§ 1 k.p.c. oraz powyżej przytoczonych przepisów sąd drugiej instancji zmienił zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym i zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 327.431, 32 zł z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 10 maja 2011r (data wskazana w wyroku sądu I instancji), oddalając powództwo jako niezasadne w pozostałym zakresie. Ta zmiana skutkowałą zmianą rozstrzygnięcia o kosztach i przyjęciem, że powód wygrał proces w 17,25%, a pozwany w 82,75% z pozostawieniem szczegółowego wyliczenia kosztów referendarzowi sądowemu, do czego upoważnia art. 108§ 1 zdanie drugie k.p.c.

W pozostałym zakresie apelacja jako bezzasadna podlegała oddaleniu, o czym na podstawie art. 385 k.p.c. orzeczono w punkcie II wyroku.

Orzeczenie o kosztach procesu wydano na podstawie art. 100 k.p.c. oraz art.108§ 1 zdanie drugie k.p.c., przy założeniu, że powód wygrał postępowanie apelacyjne w 83%, a pozwany w 17%.

A. Bednarek-Moraś A. Sołtyka D. Ryszał