

*Sygn. akt I ACa 1326/13*

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 maja 2014 roku

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny

w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Krystyna Golinowska</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SSA Hanna Rojewska (spr.)</b> <b>SSO (del.) Krzysztof Kacprzak</b>
Protokolant:	st. sekr. sądowy Grażyna Michalska

po rozpoznaniu w dniu 30 maja 2014 roku w Łodzi

na rozprawie

sprawy z powództwa **A. J.**

przeciwko **Miastu S.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 30 lipca 2013 roku

sygn. akt I C 1623/11

**I. zmienia zaskarżony wyrok na następujący:**

**„1. zasądza od Miasta S. na rzecz A. J. kwotę 289.971,96 (dwieście osiemdziesiąt dziewięć tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt jeden złotych 96/100) wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 6 lutego 2012 roku do dnia zapłaty;**

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

**3. znosi wzajemnie między stronami koszty procesu;**

**4. nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Łodzi:**

**a) od A. J., z zasądzonych roszczenia, kwotę 34.638 (trzydzieści cztery tysiące sześćset trzydzieści osiem) złotych tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych od oddalonej części powództwa;**

**b) od Miasta S. kwotę 12.425 (dwanaście tysięcy czterysta dwadzieścia pięć) złotych tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych od uwzględnionej części powództwa.”**

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

**III. zasądza od A. J. na rzecz Miasta S. kwotę 11.337,75 (jedenaście tysięcy trzysta trzydzieści siedem złotych 75/100) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

**Sygn. akt I ACa 1326/13**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 30 lipca 2013 roku, wydanym w sprawie z powództwa A. J. przeciwko Miastu S. o zapłatę, Sąd Okręgowy w Łodzi zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 527.897,13 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 6 lutego 2012r. do dnia zapłaty oraz kwotę 5.863,20 złotych tytułem częściowego zwrotu kosztów procesu (pkt.1), oddalił powództwo w pozostałej części (pkt.2) oraz orzekł o nieuiszczonych kosztach sądowych, obciążając nimi stosownie obie strony (pk.3 i 4).

Sąd ustalił, że w dniu 1 września 2010 roku Miasto S. (zamawiający) zawarło z A. J., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą: Firma (...) w S. (wykonawca) 3 umowy na wykonanie prac budowlanych:

1) nr (...), której przedmiotem było wykonanie przebudowy ul. (...) w S.. Wynagrodzenie netto dla wykonawcy określono na kwotę 342.512,18 złotych (brutto 417.864,86 złotych). Wykonawca zobowiązał się do realizacji przedmiotu umowy w terminie do dnia 10 listopada 2010 roku. Za dzień realizacji przedmiotu umowy przyjęto dzień odbioru prac bez zastrzeżeń ze strony zamawiającego. Zgodnie z § 7 umowy wykonawca miał zapłacić zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,3% za każdy dzień opóźnienia naliczaną od wartości wynagrodzenia brutto, m.in. za niewykonanie w terminie przedmiotu umowy. Integralną część umowy stanowiła Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ);

2) nr (...), której przedmiotem było wykonanie przebudowy ul. (...) w S.. Wynagrodzenie netto dla wykonawcy określono na kwotę 908.459,79 złotych (brutto 1.108.320,94 złotych). Wykonawca zobowiązał się do realizacji przedmiotu umowy w terminie do dnia 10 listopada 2010 roku. Za dzień realizacji przedmiotu umowy przyjęto dzień odbioru prac bez zastrzeżeń ze strony zamawiającego. Zgodnie z § 7 umowy wykonawca miał zapłacić zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,2% za każdy dzień opóźnienia naliczaną od wartości wynagrodzenia brutto m.in. za niewykonanie w terminie przedmiotu umowy. Integralną część umowy stanowiła Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ);

3) nr (...), której przedmiotem było wykonanie przebudowy ul. (...) w S.. Wynagrodzenie netto dla wykonawcy określono na kwotę 203.498,84 złotych (brutto 248.268,58 złotych). Wykonawca zobowiązał się do realizacji przedmiotu umowy w terminie do dnia 10 listopada 2010 roku. Za dzień realizacji przedmiotu umowy przyjęto dzień odbioru prac bez zastrzeżeń ze strony zamawiającego. Zgodnie z § 7 umowy wykonawca miał zapłacić zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,4% za każdy dzień opóźnienia naliczaną od wartości wynagrodzenia brutto m.in. za niewykonanie w terminie przedmiotu umowy. Integralną część umowy stanowiła Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W dniu 15 października 2010 roku strony zawarły umowę o wykonanie prac budowlanych nr (...), której przedmiotem był remont chodnika w ul. (...) ( od ul. (...) do Placu (...) II). Wynagrodzenie netto dla powoda jako wykonawcy określono na kwotę 581.818,40 złotych (brutto 709.818,45 złotych). Wykonawca zobowiązał się do realizacji przedmiotu umowy w terminie do dnia 30 listopada 2010 roku. Za dzień realizacji przedmiotu umowy przyjęto dzień odbioru prac bez zastrzeżeń ze strony zamawiającego. Zgodnie z § 7 umowy wykonawca miał zapłacić zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,2% za każdy dzień opóźnienia, naliczaną od wartości wynagrodzenia brutto m.in. za

niewykonanie w terminie przedmiotu umowy. Integralną część umowy stanowiła Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Powyższe umowy zostały zawarte w trybie przetargu nieograniczonego, prowadzonego na podstawie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759). W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pn. „Przebudowa ul. (...) oraz ulic (...) i ul. (...)” wskazano jako termin wykonania zamówienia dzień 10 listopada 2010 roku, zaś w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pn. „Budowa ścieżki pieszo-rowerowej w ul. (...) i remont chodnika w ul. (...)” - zadanie miało zostać zrealizowane do dnia 30 listopada 2010 roku.

W obu powyższych specyfikacjach w ust. 20.2. wskazano na możliwość zmiany postanowień umowy w zakresie przedłużenia terminu realizacji, zmiany wynagrodzenia, terminów płatności. Zamawiający mógł wyrazić zgodę na zmianę postanowień umowy pod warunkiem, że zmiany te nie będą niekorzystne dla zamawiającego lub (w przypadku zmiany terminu realizacji zadania) wynikać będą z okoliczności nieprzewidzianych i niezawinionych przez wykonawcę (warunki pogodowe, odmienne od przyjętych w dokumentacji warunki terenowe, zwłoka lub odmowa w wydaniu pozwoleń i uzgodnień przez odpowiednie urzędy, konieczność usunięcia błędów w dokumentacji projektowej). Zmiana postanowień umowy mogła nastąpić tylko poprzez zawarcie pisemnego aneksu pomiędzy stronami.

Przed złożeniem oferty powód zapoznał się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. W ofercie przetargowej zobowiązał się do wykonania robót na ul. (...) do dnia 10 listopada 2010 roku, nie sprawdził jednak czy pozwany uzyskał wszystkie pozwolenia i dokonał niezbędnych uzgodnień.

W dniu 6 września 2010 roku przedstawicielom strony powodowej został przekazany teren celem wykonania przebudowy ul. (...). Ustalono, że wykonawca rozpocznie wykonywanie robót budowlanych w dniu 14 września 2010 roku, zgodnie z zawiadomieniem o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych, jakie zostanie złożone w Powiatowym Inspektoracie Nadzoru Budowlanego miasta S.. Zalecono, by przed rozpoczęciem robót wykonawca dokonał przeglądu urządzeń zlokalizowanych w drodze w obecności przedstawicieli przedsiębiorstwa wodno-kanalizacyjnego, (...), (...) i Zakładu (...), jeśli zachodzi taka konieczność.

W dniu 6 września 2010 roku przedstawicielom strony powodowej został przekazany także teren celem wykonania przebudowy ul. (...) oraz ul. (...). Ustalono, że wykonawca rozpocznie wykonywanie robót budowlanych w dniu 15 września 2010 roku, zgodnie z zawiadomieniem o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych, jakie zostanie złożone w Powiatowym Inspektoracie Nadzoru Budowlanego miasta S. oraz (...) w Ł.. Zalecono, by przed rozpoczęciem robót Wykonawca dokonał przeglądu urządzeń zlokalizowanych w drodze w obecności przedstawicieli przedsiębiorstwa wodno-kanalizacyjnego, (...), (...) i Zakładu (...), jeśli zachodzi taka konieczność.

W związku z zawarciem powyższych umów i koniecznością przeprowadzenia prac remontowych, A. J. wystosował do Zakładu (...) w Ł., (...) S.A. (...), Zakładu (...) sp. z o.o. w S. i (...) S.A. w S. pisma, do których załącznikiem był Plan Zagospodarowania Terenu, z prośbą o weryfikację pod kątem przebiegu administrowanej przez te podmioty infrastruktury istniejącej w rejonie terenu budowy. Jednocześnie zwrócono się z prośbą o dokonanie przeglądu technicznego urządzeń technicznych oraz o wytyczne dotyczące wykonania robót budowlanych w przypadku występowania punktów kolizji.

W dniu 15 września 2010 roku powód poinformował stronę pozwaną o rozpoczęciu robót remontowych na ul. (...). Zgłoszono jednocześnie brak możliwości kontynuacji robót z powodu robót prowadzonych przez przedsiębiorstwo wodno-kanalizacyjne, wykonujące przebudowę sieci na całym odcinku wykonywanych prac remontowych, o czym powód nie został wcześniej poinformowany. Zwrócono się z prośbą o informację, kiedy możliwe będzie kontynuowanie prac.

Pismem z dnia 5 listopada 2010 roku powód poinformował stronę pozwaną, że w związku z niesprzyjającymi warunkami atmosferycznymi (ciągłe opady deszczu) - wstrzymanie robót przez Inspektora Nadzoru do momentu poprawy warunków atmosferycznych, nie jest możliwe kontynuowanie prac na ul. (...), tj. układanie nawierzchni. Ponadto w dniach 15-21 września 2010 roku roboty drogowe były wstrzymane przez firmę wodno-kanalizacyjną

wykonującą remonty swoich sieci, o czym informowano w piśmie z dnia 15 września 2010 roku. W związku z powyższym, strona powodowa zwróciła się o zmianę umownego terminu zakończenia prac z dnia 10 listopada 2010 roku na dzień 26 listopada 2010 roku.

W odpowiedzi na powyższe pismo, otrzymane w dniu 8 listopada 2010 roku, Miasto S., w piśmie z dnia 23 listopada 2010 roku, nie wyraziło zgody na zmianę terminu realizacji przedmiotu umowy, uznając wskazane w piśmie argumenty za niewystarczającą przyczynę przesunięcia terminu.

W dniu 29 listopada 2010 roku do Urzędu Miasta S. wpłynęło pismo strony powodowej, datowane na dzień 26 listopada 2010 roku, w którym informowano, że od dnia 4 listopada do dnia 19 listopada 2010 roku nie można było kontynuować prac na ul. (...), tj. układania nawierzchni, z powodu ciągłych opadów. Ułożona już podbudowa z kruszywa frakcja 0/31,5 z powodu długotrwałych deszczów została nawodniona i skoleinowana przez odbywający się ruch.

W związku z tym powód na własny koszt wymienił podbudowę na kruszywo 31,5/63, które przy panujących warunkach atmosferycznych gwarantuje uzyskanie prawidłowej nośności. Wskazano także, że z powodu znacznego pogorszenia warunków atmosferycznych, od dnia 27 listopada 2010 roku, od godzin popołudniowych, brak jest możliwości prawidłowego wykonania warstw nawierzchni asfaltowych. Powód poprosił o spotkanie celem ustalenia terminu wykonania warstw nawierzchni oraz określenia terminu zakończenia robót.

W odpowiedzi na powyższe pismo, w piśmie datowanym na dzień 29 grudnia 2010 roku, strona pozwana podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko. Wskazała, że przekazanie placu budowy nastąpiło w dniu 6 września 2010 roku, tak więc wykonawca miał wystarczająco długi okres, by wykonać roboty, które powinny zostać zakończone przed okresem zimowym. Wskazano także, że wykonana po raz drugi podbudowa budzi wątpliwości.

Pismem z tego samego dnia strona pozwana wezwała jednocześnie powoda do wydłużenia terminu ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy i wydłużenia ważności gwarancji.

Pismem z dnia 8 listopada 2010 roku A. J. poinformował stronę pozwaną, że nie otrzymał od Urzędu Miasta S. porozumienia z (...) w sprawie wykonania robót telekomunikacyjnych, co uniemożliwia wykonanie robót na ul. (...) w umówionym terminie. Ponadto podpisane w dniu 27 września 2010 roku porozumienie między Zakładem (...) a Urzędem Miasta S. zostało doręczone stronie powodowej dopiero w dniu 14 października 2010 roku. Uzgodniono, że w dniach 3-5 listopada 2010 roku zakład energetyczny wyłączy prąd w godzinach 8.00-16.00, jednak wyłączenie nastąpiło dopiero o godzinie 11.00, co uniemożliwiło wykonanie wszystkich zaplanowanych prac. Wskazano także na konieczność podniesienia rzędnej dna kanału i związanej z tym wymiany wbudowanej już studni S-8. Strona powodowa poinformowała również, że od dnia 4 listopada 2010 roku brak jest możliwości kontynuowania robót, tj. układania nawierzchni z powodu niesprzyjających warunków atmosferycznych (ciągłe opady deszczu) - wstrzymanie robót przez Inspektora Nadzoru do momentu poprawy warunków atmosferycznych. W związku z powyższym, strona powodowa zwróciła się o zmianę umownego terminu zakończenia prac z dnia 10 listopada 2010 roku na dzień 26 listopada 2010 roku.

Tego samego dnia powód wezwał (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w P. do przystąpienia w dniu 25 listopada 2010 roku do wykonania nawierzchni mineralno-asfaltowej na ul. (...).

W odpowiedzi na pismo strony powodowej z dnia 8 listopada 2010 roku Miasto S., w piśmie z dnia 23 listopada 2010 roku, nie uznało wskazanych argumentów za wystarczającą przyczynę przesunięcia terminu. Wskazano, że roboty telekomunikacyjne zostały zrealizowane w porozumieniu z (...) S.A. Podobnie roboty elektryczne zostały zrealizowane bez opóźnień. Problemem zaś była jakość wykonanej podbudowy tłuczniowej, która po opadach deszczu została rozmięknięta, co uniemożliwiło poruszanie się po niej pojazdów dojeżdżających do posesji mieszkaniowych.

W dniu 29 listopada 2010 roku do Urzędu Miasta S. wpłynęło pismo strony powodowej, datowane na dzień 26 listopada 2010 roku, w którym informowano, że brak odpowiednich uzgodnień z (...) oraz Zakładem (...) oraz zmiana

projektowa odnośnie rzędnej wysokościowej studni S-8, która musiała być przebudowana, miały decydujący wpływ na niewykonanie robót w terminie umownym. Ponadto od dnia 4 listopada do dnia 19 listopada 2010 roku nie można było kontynuować prac, tj. układania nawierzchni, z powodu ciągłych opadów deszczu. Ułożona już podbudowa z kruszywa frakcja 0/31,5 z powodu długotrwałych deszczów została nawodniona i skoleinowana przez odbywający się ruch. W związku z tym powód na własny koszt wymienił podbudowę na kruszywo 31,5/63, które przy panujących warunkach atmosferycznych gwarantuje uzyskanie prawidłowej nośności. Wskazano także, że z powodu znacznego pogorszenia warunków atmosferycznych, od dnia 27 listopada 2010 roku, od godzin popołudniowych, brak jest możliwości prawidłowego wykonania warstw nawierzchni asfaltowych. Powód poprosił o spotkanie celem ustalenia terminu wykonania warstw nawierzchni oraz określenia terminu zakończenia robót.

W odpowiedzi na powyższe pismo, w piśmie datowanym na dzień 29 grudnia 2010 roku, strona pozwana podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko. Wskazała, że przekazanie placu budowy nastąpiło w dniu 6 września 2010 roku, tak więc Wykonawca miał wystarczająco długi okres czasu, by wykonać roboty, które powinny zostać zakończone przed okresem zimowym. Wskazano także, że wykonana po raz drugi podbudowa budzi wątpliwości.

W piśmie datowanym na dzień 16 listopada 2010 roku Miasto S. wezwało powoda do doprowadzenia placu budowy na ul. (...) do takiego stanu, aby roboty budowlane przeprowadzane były po jednej stronie jezdni. Projekt czasowej zmiany organizacji ruchu przewiduje prowadzenie robót po jednej stronie ulicy, dlatego należy dostosować oznakowanie do zgodności z projektem. Prowadzenie robót po obu stronach jezdni stwarza zagrożenie bezpieczeństwa ruchu pieszych.

W odpowiedzi na powyższe, A. J. poinformował, że prowadzone roboty nie utrudniają ruchu pieszych. W przypadku prowadzenia robót raz po jednej, raz po drugiej stronie, ruch pieszych blokowany jest po stronie wschodniej nie przez roboty prowadzone przez powoda, a przez prace odwadniające wykonywane przez inną firmę. Zwrócono się o informację kiedy zakończone zostaną prace związane z budową odwodnienia po stronie wschodniej i kiedy wykonane zostanie odwodnienie po stronie zachodniej jezdni. Roboty związane z odwodnieniem wstrzymują bowiem prace wykonywane przez firmę powoda.

Pismem datowanym na dzień 23 listopada 2010 roku strona pozwana podała, że prace związane z zakończeniem prac odwadniających zostaną zakończone do dnia 27 listopada 2010 roku. Wskazano także, że do wykonania pozostały jeszcze dość duże fragmenty chodników, dlatego nie zachodzą okoliczności wstrzymujące roboty brukarskie w rejonie wykonywanego odwodnienia.

Pismem z dnia 29 listopada 2010 roku powód poinformował, że prace odwadniające nie zostały jeszcze zakończone. Ponadto od dnia 28 listopada 2010 roku nie jest możliwe kontynuowanie prac z powodu opadów śniegu i temperatur poniżej 0°C. Zwrócono się o informację, kiedy zostaną zakończone prace odwadniające po stronie zachodniej. Poinformowano, że prace te oraz bardzo złe warunki atmosferyczne wstrzymują wykonywanie robót objętych umową stron. Poproszono o spotkanie celem ustalenia terminu wykonania pozostałych robót. W przypadku udostępnienia frontu robót na odcinku wykonanego odwodnienia oraz sprzyjających warunków atmosferycznych, pozostałe roboty objęte umową mogą zostać wykonane w ciągu 4 dni roboczych.

W odpowiedzi na powyższe pismo, pismem datowanym na dzień 29 grudnia 2010 roku, strona pozwana podniosła, że podstawowy zakres prac związanych z odwodnieniem chodnika został wykonany. Podkreślono, że roboty związane z odwodnieniem nie są przyczyną niezrealizowania przedmiotu umowy w terminie. Do wykonania pozostały jeszcze roboty na odcinku około 430 marca bieżących chodnika, dodatkowo konieczne są także prace związane z wywozem gruzu i nadmiaru gruntu oraz prace porządkowe.

Pismem datowanym na dzień 2 listopada 2010 roku, doręczonym do Urzędu Miasta S. w dniu 2 lutego 2011 roku, powód zwrócił się do strony pozwanej z prośbą o zmianę terminu zakończenia zadań objętych umowami nr (...). Termin zakończenia robót określono do dnia 30 kwietnia 2011 roku.

Pismami datowanymi na dzień 15 lutego 2011 roku i 15 marca 2011 roku strona pozwana nie wyraziła zgody na wydłużenie terminu zakończenia robót budowlanych. Wskazano m.in., że wniosek ten został złożony długo po upływie

umownych terminów zakończenia robót. Z przebiegu prowadzonych robót wynika zaś, że pełną odpowiedzialność za powstanie opóźnienia ponosi wykonawca.

W dniu 16 marca 2011 roku nastąpił końcowy odbiór robót wykonanych przez powoda na ul. (...). W protokole stwierdzono usunięcie usterek stwierdzonych w protokole z dnia 8 marca 2011 roku. Jakość wykonanych robót oceniono jako dobrą. Komisja dokonująca odbioru przyjęła, że prace zostały zakończone w dniu 11 lutego 2011 roku. W tym dniu wykonawca zawiadomił o zakończeniu prac budowlanych. Opóźnienie w wykonaniu umowy wyniosło 93 dni.

W dniu 21 marca 2011 roku nastąpił końcowy odbiór robót związanych z remontem chodnika przy ul. (...). W protokole stwierdzono usunięcie usterek stwierdzonych w protokole z dnia 8 marca 2011 roku. Jakość wykonanych robót oceniono jako zadowalającą. Komisja dokonująca odbioru przyjęła, że dniem odbioru prac bez zastrzeżeń jest dzień 21 marca 2011 roku. Opóźnienie w wykonaniu umowy wyniosło 111 dni.

W dniu 6 czerwca 2011 roku nastąpił końcowy odbiór robót wykonanych przez powoda na ul. (...) oraz na ul. (...). Jakość wykonanych robót oceniono jako zadowalającą. Komisja dokonująca odbioru stwierdziła, że dniem odbioru robót, bez zastrzeżeń ze strony Zamawiającego, jest dzień 31 maja 2011 roku. Opóźnienie w wykonaniu obu umów wyniosło po 202 dni.

W dniu 18 marca 2011 roku Miasto S. wystawiło powodowi notę księgową nr DK. (...) za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy nr (...), w której wezwano do zapłaty w terminie 14 dni od otrzymania noty, kwoty 92.355,51 złotych tytułem kary umownej.

W dniu 22 marca 2011 roku Miasto S. wystawiło powodowi notę księgową nr DK. (...) za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy nr (...), w której wezwano do zapłaty w terminie 14 dni od otrzymania noty, kwoty 157.580,04 złotych tytułem kary umownej.

W dniu 17 czerwca 2011 roku Miasto S. wystawiło powodowi dwie noty księgowe:

- nr DK. (...) za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy nr (...), w której wezwano do zapłaty w terminie 14 dni od otrzymania noty, kwoty 447.761,28 złotych tytułem kary umownej,

- nr DK. (...) za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy nr (...), w której wezwano do zapłaty w terminie 14 dni od otrzymania noty, kwoty 253.225,18 złotych tytułem kary umownej.

Pismem datowanym na dzień 15 kwietnia 2011 roku Miasto S. skierowało do powoda oświadczenie o potrąceniu wierzytelności przysługującej powodowi względem strony pozwanej, wynikającej z umowy nr (...), z wierzytelnością przysługującą Miastu S. wobec powoda wynikającą z noty obciążeniowej nr DK. (...) w wysokości 92.355,51 złotych. W wyniku dokonanego potrącenia obie wierzytelności umorzyły się do wysokości wierzytelności niższej, tak więc do zapłaty na rzecz powoda pozostała kwota 68.956,67 złotych.

Pismem datowanym na dzień 15 kwietnia 2011 roku Miasto S. skierowało do powoda oświadczenie o potrąceniu wierzytelności przysługującej powodowi względem strony pozwanej, wynikającej z umowy nr (...), z wierzytelnością przysługującą Miastu S. wobec powoda wynikającą z noty obciążeniowej nr DK. (...) w wysokości 157.580,04 złotych. W wyniku dokonanego potrącenia obie wierzytelności umorzyły się do wysokości wierzytelności niższej, tak więc do zapłaty na rzecz powoda pozostała kwota 236.157,88 złotych.

Pismem datowanym na dzień 13 lipca 2011 roku Miasto S. skierowało do powoda oświadczenie o potrąceniu wierzytelności przysługujących powodowi względem strony pozwanej, wynikających z umów:

- nr (...) w wysokości 459.939,65 złotych z wierzytelnością przysługującą Miastu S. wobec powoda wynikającą z noty obciążeniowej nr DK. (...) w wysokości 447.761,28 złotych,

- nr (...) w wysokości 150.649,76 złotych z wierzytelnością przysługującą Miastu S. wobec powoda wynikającą z noty obciążeniowej nr DK. (...) w wysokości 253.225,18 złotych.

W wyniku dokonanego potrącenia wierzytelności umorzyły się do wysokości wierzytelności niższej, tak więc na rzecz Miasta S. powodowi do zapłaty pozostała kwota 90.397,05 złotych tytułem kar umownych.

Występujące w trakcie prac remontowych warunki atmosferyczne miały istotne znaczenie na wydłużenie terminu realizacji zadania, przy czym były to okoliczności niezależne od wykonawcy. Podbudowy nie można wykonywać kiedy występują opady albo podłoże jest zmarznięte lub oblodzone. Podobnie nawierzchni asfaltowej nie można nakładać, gdy występują opady i podłoże jest oblodzone. Układanie warstwy bitumicznej może zostać wykonane przy temperaturze równej lub wyższej niż +5°C, gdy nie występują opady (nawet niewielkie) i podłoże nie jest oblodzone. Gdy w trakcie prac remontowych występowały warunki atmosferyczne uniemożliwiające kontynuowanie robót, inspektor nadzoru inwestorskiego wstrzymywał prace. Prace remontowe wykonywane były na całej szerokości jezdni, które nie były wyłączone z ruchu samochodów. Po przygotowaniu kruszywa nastąpił okres długotrwałych opadów, co rozluźniło kruszywo, które nasiąkało wodą. Wówczas nie można było kłaść asfaltu, zaś zamoknięte kruszywo należało wymienić. Pod koniec listopada spadł śnieg, co zablokowało prace remontowe. Na ul. (...) dwie warstwy asfaltu zostały położone jesienią 2010 roku, z uwagi jednak na zawilgocenie kruszywa wskutek opadów deszczu, na wiosnę następnego roku należało wymienić nawierzchnię.

W ponad połowie dni roboczych w miesiącach wrześniu i listopadzie 2010 roku warunki atmosferyczne panujące w miejscowościach Ł. i W. uniemożliwiały prowadzenie prac remontowych, zaś w miesiącu październiku była to prawie połowa dni roboczych.

Na ul. (...) dochodziło do awarii instalacji wodno-kanalizacyjnej. Żeliwne rury wodociągowe zlokalizowane były pod jezdnią na głębokości od 1,2 do 1,5 m. W wyniku prowadzonych robót remontowych została zdjęta warstwa konstrukcyjna nawierzchni i podbudowy, tym samym przykrycie wodociągu było w granicach 50-80 cm. Prace remontowe były wykonywane przy użyciu standardowego sprzętu budowlanego. Był to jednak ciężki sprzęt i w trakcie wykonywanych robót budowlanych dochodziło do poprzecznych pęknięć rur. Awarie takie nie zdarzały się na terenach budowy, gdzie instalacja wodno-kanalizacyjna była wymieniona na nowszą. Awarie wodociągu występowały od października 2010 roku. Powodowało to zawilgocenie podbudowy z kruszywa. Gdy doszło do awarii i wylała woda, a zostało już przygotowane koryto do położenia asfaltu, prace były wstrzymywane do czasu usunięcia awarii, po czym należało wykonać podbudowę od nowa. Wylany już asfalt należało wymienić na wiosnę 2011 roku.

Prace związane z usuwaniem awarii wodociągów miały istotny i niezależny od wykonawcy wpływ na wydłużenie terminu realizacji robót remontowych. Nie jest wiadome czy awarie te były wynikiem niewłaściwego prowadzenia robót, czy też stanem technicznym rurociągów.

Problemem w realizacji przedmiotu umowy był także brak dokonania właściwych uzgodnień między stroną pozwaną a zakładem energetycznym i telekomunikacyjnym. Wszelkie uzgodnienia, w tym z gestorami sieci infrastrukturalnej, powinny znajdować się w dokumentacji projektowej i powinny być dostępne w dniu przekazania terenu budowy wykonawcy. Powód przy składaniu oferty i zawieraniu umowy nie zgłaszał uwag co do braku uzgodnień w dokumentacji projektowej.

Kierownik budowy P. D. zgłaszał przedstawicielowi zamawiającego brak porozumienia z zakładem energetycznym w związku z pracami na ul. (...). Porozumienie takie miało być niezwłocznie dostarczone. Przekazanie porozumienia nastąpiło w połowie października 2010 roku. Do tego czasu pewnych robót asfaltowych nie można było wykonać z uwagi na to, że słupy energetyczne „wchodziły” w konstrukcję jezdni. W związku z pracami na ul. (...) brakowało także uzgodnień z przedsiębiorstwem telekomunikacyjnym. Kable telekomunikacyjne „wchodziły” w konstrukcję jezdni i brak uzgodnień powodował opóźnienia.

W trakcie prac remontowych na ul. (...) zaszła konieczność przebudowania studni S8, co nie było uwzględnione w projekcie. Zmiana ta, jak każda wprowadzana do już wykonanej pracy jako zmiana dodatkowa, wywołała skutki w postaci wydłużenia się czasu realizacji całości zadania inwestycyjnego, szczególnie w czasie trwania niesprzyjających warunków atmosferycznych, niezależnie od dodatkowych kosztów.

Po rozpoczęciu wykonywania przez powoda prac remontowych na ul. (...), na tej samej ulicy zakład wodociągowy rozpoczął prowadzenie własnych prac budowlanych, co nie było uzgodnione z powodem. Jest to ulica bez wylotu i gdy zakład wodociągowy rozkopał ulicę w jej początkowej części, pracownicy powoda nie mogli wykonywać prac na jej końcu, gdzie należało wykonywać głębokie wykopy. Prace wodociągowe trwały kilkanaście dni, co znacząco wpłynęło na przedłużenie czasu realizacji umowy. Na ulicy tej umieszczone były także studnie wykonane z tworzywa PCV, które wystawały za wysoko ponad poziom jezdni. N. drogi nie została dopasowana do tych studni. Zaszła konieczność ich opuszczenia i w tym celu należało rozkopać jezdnię. W projekcie natomiast nie zostało założone wyregulowanie wysokościowe studni. Z uwagi na to, że niemożliwe było zamknięcie ruchu samochodów na ul. (...), położona początkowa warstwa asfaltu popękała i należało ją na wiosnę następnego roku miejscowo wymienić.

Podczas prac remontowych na ul. (...), inny wykonawca rozpoczął prace odwodnieniowe i duża część frontu robót na tej ulicy była niedostępna dla powoda. Miało to zasadniczy wpływ na przedłużenie się terminu realizacji prac remontowych.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym oraz po dokonaniu oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, Sąd Okręgowy na wstępie swych rozważaniach podniósł, że strony przewidziały odpowiedzialność wykonawcy z tytułu kary umownej za każdy dzień opóźnienia, m.in. za niewykonanie w terminie przedmiotu umowy. Odwołując się do dyspozycji przepisów art. 483 § 1 k.c., art. 484 k.c., art. 471 i art. 473 § 1 k.c., sąd uznał, że strony niniejszego postępowania przewidziały odpowiedzialność wykonawcy z tytułu kary umownej za niewykonanie w terminie przedmiotu umowy, w określonej wysokości naliczanej od wartości wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia. Podstawą naliczenia kary umownej było więc opóźnienie w spełnieniu przez powoda świadczenia. Taka konstrukcja odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kary umownej wskazuje na rozszerzenie jego odpowiedzialności także za niezawinione przez niego nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy. Powód odpowiada już za zwykłe opóźnienie i dla zasady jego odpowiedzialności irrelevantne jest to, jakie okoliczności spowodowały opóźnienie i czy powód za to opóźnienie ponosi odpowiedzialność. Okoliczności te jednak mogą być brane pod uwagę przy ocenie, czy istnieje podstawa do miarkowania kar umownych, o co wnioskował powód, podnosząc, że wysokość tych kar jest rażąco wygórowana (art. 484 § 2 k.c.).

W zakresie będącym przedmiotem zaskarżenia, Sąd Okręgowy podkreślając, że kodeks cywilny nie zawiera wskazówek, co do stanów faktycznych podlegających pod hipotezę regulacji art. 484 § 2 k.c. w zakresie przesłanki "rażąco wygórowanej kary", stwierdził, że wśród okoliczności rzutujących na możliwość miarkowania kary umownej jako rażąco wygórowanej wskazuje się na: stopień winy dłużnika, jeśli na tej zasadzie oparta jest odpowiedzialność, brak szkody lub jej niewielki rozmiar, stosunek kary umownej do wartości spełnionego świadczenia, wartość robót ustalonych w umowie, w której kara została zastrzeżona, przyczynienie się wierzyciela do szkody, przyczyny opóźnienia w zakończeniu prac.

O rażącym wygórowaniu kary umownej mówić można zarówno wtedy, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy z uwzględnieniem okresu opóźnienia jak i wtedy (co jest zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie) gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznanej szkody. Wprawdzie powstanie roszczenia zapłaty kary umownej nie jest uzależnione od powstania szkody, to jednak brak szkody po stronie wierzyciela jest przesłanką do miarkowania kary umownej zgodnie z art. 483 k.c. i art. 484 § 2 k.c. Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.



W ocenie sądu w realiach rozpoznawanej sprawy zaistniała duża dysproporcja między wysokością kary umownej, a interesem wierzyciela chronionym za pomocą tej kary. Kary umowne zostały nałożone za opóźnienie powoda w wykonaniu przedmiotu umowy. Istotne więc z punktu widzenia miarkowania kary umownej są przyczyny owego opóźnienia w wykonaniu zobowiązania. W sprawie ustalono bowiem, że w znacznej mierze były to przyczyny niezależne od powoda. A. J. powoływał się przede wszystkim na niesprzyjające warunki atmosferyczne, które uniemożliwiały kontynuowanie prac, a w pewnym zakresie wymagały ich wykonania od nowa. Powód wprawdzie nie przedstawił dokładnych danych pogodowych dla S. z okresu wykonywania przez niego prac remontowych, lecz sąd uznał, że z zeznań świadków, a także pism, które powód kierował w toku prac do strony pozwanej, informując na bieżąco o niemożliwości kontynuowania robót z uwagi na ciężki warunki atmosferyczne, wynika, iż warunki pogodowe w istocie utrudniały prace remontowe. Dodatkowo, jak wynika z opinii biegłego, warunki atmosferyczne w tym okresie w Ł. i w W., a więc w miejscowościach pomiędzy którymi położone są S., uniemożliwiały wykonywanie prac drogowych przez około połowę dni roboczych.

Uwzględniając powyższe Sąd I instancji uznał, że także na terenie wykonywania prac przez powoda warunki atmosferyczne utrudniały, bądź wręcz uniemożliwiały kontynuowanie tych prac, co doprowadziło do opóźnienia w ich wykonaniu. Niewątpliwie zaś warunki pogodowe są okolicznością niezależną od powoda. Wprawdzie jako profesjonalista, który od lat zajmuje się wykonywaniem remontów drogowych, powinien był liczyć się ze złymi warunkami atmosferycznymi, wykazał on jednak, że warunki te w 2010 roku odbiegały od normy (duża liczba dni deszczowych, wcześniejsze opady śniegu i ujemna temperatura). Nie mógł więc przewidzieć, że nastąpi aż takie opóźnienie w realizacji umowy.

Dodatkowo wykonywanie przez powoda prac budowlanych utrudnione było przez prowadzone na tych samych odcinkach dróg prace przez inne podmioty. Wprawdzie roboty wykonywane przez zakład wodno-kanalizacyjny na ul. (...) spowodowane były pękaniem rur, nie zostało ustalone, czy awarie te wynikały ze złej jakości instalacji, która pękała pod wpływem nacisku ciężkich maszyn powoda, czy też z niewłaściwego prowadzenia przez niego tych prac. Z uwagi jednak na to, że w innych miejscach, w których firma powoda wykonywała prace drogowe nie dochodziło do awarii instalacji wodno-kanalizacyjnej, sąd uznał, iż to nie z winy powoda dochodziło do pęknięć rur. Niewątpliwie zaś wykonywanie przez inne podmioty prac na tym samym terenie co powód, kolidowało z jego pracami i powodowało ich przesunięcie w czasie, na co jednak powód nie miał wpływu.

Ponadto do opóźnienia w wykonaniu prac przez powoda przyczynił się także sam pozwany. Przyczynienie się zaś wierzyciela do powstania okoliczności uzasadniających obciążenie dłużnika karą umowną także powinno być uwzględnione i prowadzić do zmniejszenia kary umownej. Zawarcie umowy nakłada na obie strony obowiązek jej należytego wykonania i współdziałania (art. 354 k.c.). Brak współdziałania wierzyciela może prowadzić do uznania kary umownej za rażąco wygórowaną.

Tymczasem strona pozwana nie dokonała wymaganych uzgodnień z gestorami sieci infrastrukturalnych znajdujących się na terenach objętych pracami powoda, przed rozpoczęciem przez niego prac. Brak tych uzgodnień uniemożliwiał podejmowanie przez powoda zaplanowanych prac, co wstrzymywało roboty do czasu przekazania mu wymaganych dokumentów. Niewątpliwie więc i pozwany swoim zaniechaniem przyczynił się do opóźnienia, choć powód sam powinien sprawdzić w dokumentacji projektowej, czy uzgodnienia zostały dokonane przed rozpoczęciem prac. Zaniechanie to jednak nie umniejsza wpływu strony pozwanej na ostatecznie późniejsze, niż uzgodnione, oddanie przedmiotu umowy.

Dokonując miarkowania kary umownej Sąd Okręgowy wziął także pod uwagę okoliczność, że pozwany nie poniósł szkody w związku z nienależytym wykonaniem przez powoda umowy. Strona pozwana nie wskazywała bowiem, by poniosła jakąkolwiek szkodę. Tak więc przy zastosowaniu kontraktowego reżimu odpowiedzialności na zasadach ogólnych, nienależne byłoby jej jakiegokolwiek odszkodowanie. Okoliczność ta tym bardziej uzasadnia zastosowanie miarkowania wysokości kary umownej, zwłaszcza, że stanowi ona 38% całego łącznego wynagrodzenia należnego powodowi.

Reasumując Sąd Okręgowy uznał, że kara umowna naliczona powodowi jest rażąco wygórowana, zwłaszcza, jeśli się zważy, że powód wykonał wszystkie prace, opóźnienie w znacznej części wynikało z okoliczności niezależnych od wykonawcy, strona pozwana nie wykazała, by poniosła jakąkolwiek szkodę w związku z opóźnieniem wykonania prac, a dodatkowo, sama poprzez zaniechanie wymaganych uzgodnień przyczyniła się do opóźnienia wykonania przez powoda prac remontowych.

Dokonując miarkowania naliczonej kary umownej Sąd I instancji odniósł się do stosunku kary umownej do wysokości należnego powodów wynagrodzenia. Wynagrodzenie z wszystkich umów zawartych ze stroną pozwaną wynosi 2.484.272,83 złotych, zaś naliczone kary umowne łącznie wynoszą 950.922,01 złotych, co stanowi 38 % należnego powodowi wynagrodzenia za wykonane prace remontowe.

Biorąc pod uwagę omówione wyżej okoliczności, sąd dokonał zmiarkowania zastrzeżonej kary umownej o 40 % i uznał, że obciążające powoda kary umowne z tytułu nieterminowego wykonania zadania inwestycyjnego wynoszą łącznie 570.553 złotych. Na taką też kwotę sąd uwzględnił zarzut potrącenia.

Sąd wskazał, że przed wszczęciem postępowania strona pozwana mogła dokonać skutecznego potrącenia należności wynikających z tytułu kar umownych z należnościami powoda z tytułu wynagrodzenia jedynie do kwoty 848.346,59 złotych. Jak jednak wynika ze złożonych do akt sprawy oświadczeń o potrąceniu, strona pozwana dokonała potrącenia w wysokości 860.524,96 złotych. Niezasadnie więc została potrącona kwota 12.178,37 złotych. W toku postępowania strona pozwana także podniosła zarzut potrącenia należności wynikających z kar umownych z dochodzonym w postępowaniu roszczeniem z tytułu niewypłaconego wynagrodzenia. Ponieważ potrącenie dokonane przed wszczęciem postępowania nie objęło całej kwoty kary umownej z umowy nr (...) w wysokości 253.225,18 złotych, podniesiony zarzut obejmował różnicę między tą kwotą a karą umowną objętą potrąceniem (253.225,18 złotych - 150.649,76 złotych = 102.575,01 złotych). Pozwany złożył więc skutecznie oświadczenie o potrąceniu na kwotę 950.922,01 złotych (157.580,04 złotych + 92.355,51 złotych + 447.761,28 złotych + 253.225,18 złotych). Z uwagi jednak na miarkowanie wysokości kary umownej, sąd uznał za zasadną karę umowną jedynie w wysokości 570.553 złotych.

Mając powyższe na uwadze, sąd zasądził od Miasta S. na rzecz A. J. kwotę 527.897,13 złotych (1.098.450,13 złotych - 570.553 złotych = 527.897,13 złotych) tytułem reszty wynagrodzenia za wykonane roboty, w pozostałym zaś zakresie powództwo oddalił.

O odsetkach sąd orzekł na podstawie art. 481 § 1 k.c., zasądzając je od dnia doręczenia stronie pozwanej pozwu.

O kosztach postępowania sąd orzekł w myśl art. 100 k.p.c. oraz na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz.U. z 2010r., Nr 90, poz. 594 ze zm.)

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany, zaskarżając wyrok w części uwzględniającej powództwo (pkt.1) oraz w części dotyczącej kosztów postępowania (pkt.1 i 40, zarzucając:

I. naruszenie prawa materialnego, a to art. 45 ust. 1 prawa budowlanego przez jego błędną wykładnię i niezasadne niezastosowanie w zw. z art. 6 k.c. przez jego niezastosowanie polegające na niesłusznym założeniu przez sąd, że ustalanie przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i istotnych okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót może być czynione na podstawie zeznań świadków i opinii biegłego, z pominięciem treści dziennika budowy - dokumentu urzędowego, z którego dowód nie został przeprowadzony z uwagi na brak inicjatywy dowodowej ze strony powodowej;

II. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na treść wyroku a to:

1) art. 244 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c., art. 234 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c. przez niesłuszne i niewszechstronne ustalanie przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót na podstawie zeznań świadków i opinii biegłego z pominięciem treści dziennika budowy - dokumentu urzędowego stwierdzającego w sposób rzeczywisty (prawdziwy) te zdarzenia i okoliczności (domniemanie),

2) art. 278 § 1 k.p.c, art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. poprzez niesłuszne założenie, że tzw. „źródła internetowe” o pogodzie dla W. i Ł. mogą być podstawą do ustalenia pogody w S. jako przyczyny opóźnienia w realizacji robót przez powoda, w sytuacji gdy:

a) tzw. „źródła internetowe” mają moc dokumentu prywatnego i mogą być traktowane jedynie jako twierdzenie strony o faktach, tj. o pogodzie w danym czasie i miejscu;

b) ustalenia w zakresie pogody wymagają wiadomości specjalnych (np. zaświadczenia/opinii Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowego Instytutu (...));

c) ustalenia w zakresie pogody wymagają informacji wynikających z treści dziennika budowy, z którego dowód nie został przeprowadzony;

d) uśrednione wartości temperatur i opadów w poszczególne dni nie pozwalają na sprawdzenie kiedy roboty mogły być rzeczywiście przez powoda wykonywane

III. sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału wskutek naruszenia przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. wskutek dokonania oceny dowodów w sposób nieszczęsny poprzez:

1) pominięcie przy wyrokowaniu treści uzupełniającej ustnej opinii biegłego (k.288) w zakresie twierdzeń biegłego o niemożności ustalenia dokładnej pogody w S. w czasie wykonywania robót przez powoda na podstawie danych meteorologicznych z Ł. i W. oraz bez jednoczesnego zapoznania się z treścią dziennika budowy,

2) pominięcie przy wyrokowaniu treści uzupełniającej pisemnej opinii biegłego, w zakresie stwierdzenia iż nie można ustalić przyczyn awarii wodociągowych wpływających na opóźnienie w realizacji robót, które mogły być spowodowane niewłaściwym sposobem prowadzenia robót przez powoda (str. 7 opinii) i dowolne w tym zakresie ustalenie, że to nie z winy powoda dochodziło do pęknięć rur.

Wskazując na powyższe zarzuty, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania według norm przepisanych za obie instancje, a nadto, na podstawie art. 368 § 1 pkt 4 k.p.c. o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z załączonych dokumentów na okoliczność wysokości wpłat dokonanych przez pozwanego na rzecz powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace.

Powód wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych. Ponadto zawnioskował o pominięcie nowych faktów i dowodów powołanych przez pozwanego w apelacji.

Sąd Apelacyjny dodatkowo ustalił:

Pozwany wypłacił powodowi A. J. tytułem wynagrodzenia za wykonane prace objęte czterema umowami, z których powód wywodzi swoje roszczenie, łącznie kwotę 1.623.747,87 złotych (dowód: 10 poleceń zapłaty dokonanych na rzecz powoda – k.377-386 oraz 1 polecenie zapłaty kwoty 6.761,48zł dokonane na rzecz Komornika S. przy Sądzie Rejonowym w Skierniewicach P. P. w związku z zajęciem wierzytelności powoda w stosunku do pozwanego w sprawie Km 178/11 – k.395-396).

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja pozwanego okazała się zasadna jedynie częściowo, a to w zakresie związanym z wysokością wynagrodzenia wypłaconego przez pozwanego na rzecz powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace, objęte pozwem.

Przed ustosunkowaniem się do powyższego zagadnienia, zgłoszonego przez pozwanego dopiero na etapie postępowania odwoławczego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów sformułowanych w apelacji. Należy pogrupować je w dwie kategorie, jedną dotyczącą naruszenia przepisów prawa procesowego, tj. art. 244 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c., art. 234 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c., art. 278 § 1 k.p.c., drugą dotyczącą naruszenia przepisów prawa materialnego, tj. art. 45 ust. 1 prawa budowlanego w zw. z art. 6 k.c.

Jeśli chodzi o zarzuty procesowe, Sąd Apelacyjny nie podziela stanowiska skarżącego, by doszło do naruszenia wskazanych powyżej przepisów. Koncentrują się one de facto wokół jednego zagadnienia jakim jest przebieg robót budowlanych wykonywanych przez powoda oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót, konkretnie warunków pogodowych i awarii wodociągowych, które (w powiązaniu z innymi okolicznościami) ostatecznie zadecydowało o zasadności wniosku powoda o miarkowanie kar umownych.

Okolicznością bezsporną jest, że w przedmiotowej sprawie Sąd Okręgowy nie dysponował dziennikiem budowy, a zatem z oczywistych względów nie mógł dopuścić się uchybienia przepisowi art. 244 § 1 i 2 k.p.c. (w zw. z art. 232 k.p.c., art. 234 k.p.c.), w myśl którego dokumenty urzędowe, sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone (§ 1). Przepis § 1 stosuje się odpowiednio do dokumentów urzędowych sporządzonych przez organizacje zawodowe, samorządowe, spółdzielcze i inne organizacje pozarządowe w zakresie zleconych im przez ustawę spraw z dziedziny administracji publicznej (§ 2). Sąd nie dokonywał bowiem oceny dowodu z dokumentu urzędowego, którego w sprawie nie było.

Zresztą należy w tym miejscu zaaprobować pogląd Sądu Apelacyjnego w Warszawie, wyrażony w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2013 roku, sygn. akt I ACa 1324/12, LEX nr 1335754, iż przepis art. 45 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz.U. z 2013 r. poz.1409) jest przepisem szczególnym, określa zakres zastosowania zawartej w nim normy i bezprzedmiotowym czyni odwoływanie się do art. 244 k.p.c. przy ocenie mocy dowodowej dziennika budowy stanowiącego dokument, którego wydanie jest indywidualną, władczą czynnością o charakterze publicznoprawnym.

Rację ma apelujący, że dziennik budowy, jak każdy inny dokument urzędowy, korzysta z domniemania zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, jednakże takie domniemanie ma charakter wzruszalny i może zostać obalone przy użyciu wszystkich środków dowodowych (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2003 r., II CKN 247/01, jak też wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30 czerwca 2005 r., I ACa 803/04), z tym że ciężar udowodnienia okoliczności przeciwnych, stosownie do art. 252 k.p.c., spoczywa na stronie zaprzeczającej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 grudnia 2001 r., V CKN 515/00).

Rozważania powyższe mają jednak wyłącznie walor czysto teoretyczny albowiem w przedmiotowej sprawie żadna ze stron nie przedstawiła dowodu z dziennika budowy na okoliczność przebiegu robót budowlanych i zdarzeń jakie występowały w trakcie realizacji przez powoda kontraktu.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie sposób zgodzić się z tezą skarżącego jakoby okoliczność powyższa mogła być ustalona wyłącznie na podstawie dziennika budowy, nie zaś na podstawie innych dowodów, np. zeznań świadków i opinii biegłego. W tym zakresie pozwany podnosi, że to powód powinien właśnie w oparciu o ten szczególny dowód udowodnić rzeczywiste okoliczności i zdarzenia, które jego zdaniem miały wpływ na opóźnienie w realizacji budowy. Zarzut ów ściśle wiąże z przepisem art. 6 k.c. dotyczącym rozkładu ciężaru dowodu.

Nie sposób nie zauważyć, że w pozwie z dnia 14 listopada 2011 roku powód A. J., kwestionując zasadność naliczenia przez pozwanego kar umownych, jak i dokonanego w tym zakresie potrącenia, powoływał się na konkretne okoliczności, niezależne od niego, które doprowadziły do niedotrzymania umownego terminu wykonania prac w ramach zawartych między stronami umów, stosownie je klasyfikując na stronie czwartej uzasadnienia pozwu. Na potwierdzenie swych twierdzeń zgłosił szereg dowodów, w tym dowodów z dokumentów w postaci licznej korespondencji pomiędzy stronami, dowodu z zeznań świadków, wyjaśnień powoda, opinii biegłego z zakresu

budownictwa oraz wydruków z Internetu odnośnie pogody w Ł. i w W.. Wśród dowodów tych bezsprzecznie nie było dziennika budowy. Niemniej jednak powód zaferował sądowi do przeprowadzenia określone dowody, które – jego zdaniem – uzasadniały zasadność jego stanowiska.

W odpowiedzi na pozew pozwany w ogóle nie odniósł się do okoliczności wskazywanych przez powoda, podnosząc jedynie, że nie mają one w ogóle znaczenia albowiem zastrzeżona w umowach łączących strony kara umowna nie była uzależniona od zwłoki. Dlatego też wnioskował o oddalenie wniosków dowodowych powoda albowiem fakty, które miałyby zostać udowodnione za pomocą tych dowodów, nie mają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Dopiero w piśmie procesowym z dnia 11 kwietnia 2012 roku (k.181) pozwany – na wypadek gdyby sąd dopuścił dowód z zeznań świadków - przyłączył się co do zasady do wniosku o dopuszczenie dowodu z zeznań Z. Z. na okoliczność przyczyn zakończenia prac przez powoda z przekroczeniem ustalonych terminów. Zakwestionował jedynie dokumenty dołączone do pozwu dotyczące warunków pogodowych, z jednej strony z uwagi na brak ich przetłumaczenia, z drugiej strony jako nie mające waloru dowodowego. Co znamienne pozwany w żaden sposób nie odniósł się do twierdzeń powoda odnośnie tych warunków pogodowych (ograniczając się jedynie do bardzo ogólnikowego stwierdzenia zawartego w odpowiedzi na pozew, że z ostrożności procesowej zaprzecza wszelkim twierdzeniom.), podkreślając, że ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na powodzie zgodnie z dyspozycją art. 6 k.c.

Nie jest tak jak sugeruje skarżący, że powód w przedmiotowej sprawie nie sprostał powyższemu obowiązkowi. O czym wspomniano powyżej zgłosił stosowne dowody, które zostały przez Sąd Okręgowy dopuszczone (brak ze strony pozwanego zgłoszenia zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c.), w należyty sposób ocenione i stanowiły one podstawę do poczynienia niezbędnych dla merytorycznego rozpoznania sprawy ustaleń faktycznych. Brak zgłoszenia przez powoda wniosku o dopuszczenie dowodu z dokumentu urzędowego w postaci dziennika budowy nie oznacza nie udowodnienia przez niego - za pomocą dopuszczalnych przepisami procedury cywilnej innych środków dowodowych - swych twierdzeń i racji. Jeśli pozwany przeczył twierdzeniom powoda w zakresie przebiegu procesu budowy i zdarzeń jakie miały miejsce w jego trakcie, ciężar dowodu, o jakim mowa w art. 6 k.c. przesunął się w jego stronę. Mógł zatem wnioskować o dopuszczenie jako przeciwdowodu dowodu czy to z dziennika budowy, czy to z zaświadczenia bądź opinii Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej – Państwowego Instytutu (...). Tymczasem przyjął w procesie postawę pasywną, ograniczając się wyłącznie do kontestowania dowodów już przeprowadzonych w sprawie. Nie dostrzega przy tym, że ustalenia w zakresie przyczyn opóźnienia powoda w realizacji robót zostały poczynione nie tylko na podstawie kwestionowanych tzw. „źródeł internetowych” ale i zeznań stosownych świadków, opinii biegłego sądowego oraz korespondencji pomiędzy stronami wymienianej w trakcie trwania procesu budowlanego. W szeregu pismach, które szczegółowo opisuje sąd meriti w uzasadnieniu swego orzeczenia, powód wielokrotnie zwracał uwagę na niemożność kontynuowania prac z powodu opadów śniegu i temperatur poniżej 0°C. W pismach z dnia 8 listopada 2010 roku (k.72), z dnia 26 listopada 2010 roku (k.69, k.73, k. 100)

wyraźnie mowa jest o ciągłych opadach deszczu, wstrzymaniu robót przez Inspektora nadzoru do momentu poprawy warunków atmosferycznych, intensywnych opadach śniegu i bardzo niskiej temperaturze. Informacje zawarte w tych pismach pokrywają się z danymi z trzech różnych źródeł internetowych, na które powód powołał się w pozwie (k.36-66), podając konkretne daty, terminy opadów deszczu, śniegu i ujemne temperatury. Zresztą okolicznością powszechnie znaną jest, że w roku 2010 nadeszła bardzo szybko zima z obfitymi opadami śniegu.

W apelacji trudno jednak dopatrzeć się podważenia mocy dowodowej dowodów ze wskazanej powyżej korespondencji, sporządzonej przeciw w „czasie rzeczywistym”,

jak i dowodów z zeznań świadków, opisujących warunki pogodowe w trakcie robót prowadzonych przez powoda.

Rację ma apelujący, że zarówno źródła internetowe, jak i opinia biegłego odnoszą się do warunków pogodowych w miastach Ł. i W., nie zaś do miasta S., w którym były prowadzone przez powoda prace budowlane. Wydając w przedmiotowej sprawie opinię biegły sądowy mgr inż. K. H. – w zakresie związanym z warunkami atmosferycznymi – odwołał się w załączniku nr 1 do opinii do źródeł internetowych zawierających wykazy minimalnych i maksymalnych dobowych temperatur powietrza, wysokości i rodzaju opadów w miesiącach wrzesień- grudzień 2010 z dwóch

punktów pomiarowych na stacji Ł. i W.- O.. Dokonując w załącznikach nr 3-5 porównania warunków klimatycznych ( w tym średnich warunków temperatury oraz średnich warunków opadów) z warunkami technicznymi prowadzenia robót, wyraźnie stwierdził w swej opinii, że warunki te miały istotny i niezależny od wykonawcy wpływ na wydłużenie się terminu realizacji umów.

Pozwany nie zakwestionował w swej apelacji ustalenia Sądu Okręgowego, iż warunki atmosferyczne panujące w miejscowościach Ł. i W., w ponad połowie dni roboczych w miesiącach wrześniu i listopadzie 2010 roku uniemożliwiały prowadzenie prac remontowych, zaś w miesiącu październiku była to prawie połowa dni roboczych. Kwestionował natomiast brak ustaleń pogody w mieście S.. Choć biegły na rozprawie w dniu 5 czerwca 2013 roku zeznał, iż nie można wykluczyć, że w S. warunki meteo były inne, to jednak przyjął te warunki, uśredniając je, kierując się warunkami z miast najbliższej położonych S., tj. Łodzi i W..

Słusznie przyjmuje Sąd Okręgowy, że w przedmiotowej sprawie dokonywanie precyzyjnych ustaleń co do warunków pogodowych w S. nie miało takiego znaczenia, jakie próbuje mu przypisać pozwany. Godzi się bowiem zauważyć, że sąd podzielił jego pogląd co do tego, że kara umowna należy mu się za zwykłe opóźnienie w wykonaniu umów a zatem zasadnie naliczył on kary umowne za cały okres tegoż opóźnienia, natomiast rozważał kwestie wpływu warunków atmosferycznych na wykonywanie robót jedynie w kontekście miarkowania tychże kar. Miał więc podstawy do kierowania się ogólnymi warunkami atmosferycznymi występującymi w obszarze zbliżonym do miasta S..

Tym samym nie ma podstaw do stawiania sądowi zarzutu naruszenia przepisu art. 278 § 1 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. jak i naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. Jeszcze raz należy podkreślić, że jeśli pozwany kwestionował twierdzenia i dowody zaoferowane sądowi na tę okoliczność, mógł zgłaszać ze swej strony stosowne kontrdowody, czego jednak nie uczynił. Zresztą skarżący w omawianym zakresie operuje nieprecyzyjnymi określeniami typu „nie można wykluczyć..”, „...jak materiał dowodowy były oceniony...”, „...można byłoby ustalić..”

Drugą okolicznością podważaną w ramach apelacji przez pozwanego jest kwestia przyczyn awarii wodociągowych, które – zdaniem biegłego i sądu – miały wpływ na opóźnienie w realizacji robót. W tym aspekcie skarżący podważa wyłącznie pominięcie przez sąd treści opinii uzupełniającej biegłego sądowego, z której wynika, że nie można ustalić przyczyn powyższych awarii. Pomija jednak całkowitym milczeniem to, że Sąd Okręgowy wyraźnie ustala, iż nie jest wiadome czy awarie te były wynikiem niewłaściwego prowadzenia robót, czy też stanu technicznego rurociągów, co jest całkowicie zbieżne z tezami biegłego. Skoro poza sporem jest, że

prace związane z usuwaniem awarii wodociągów miały istotny wpływ na wydłużenie terminu realizacji robót remontowych, Sąd I instancji miał prawo uznać, że w sytuacji kiedy w innych miejscach, w których firma powoda wykonywała prace drogowe nie dochodziło do pęknięcia rur, była to okoliczność niezależna od niego. Tymczasem skarżący ponownie odwołuje się do hipotetycznych jedynie założeń, że awarie wodociągowe „mogły być” spowodowane niewłaściwym sposobem prowadzenia robót przez powoda. W tym zakresie pozwany nie zgłosił jednak żadnych dowodów, pozwalających na postawienie powodowi tego typu zastrzeżeń. Zresztą okoliczność ta jest tylko jedną z wielu, przywołanych przez sąd meriti jako uzasadniających miarkowanie kar umownych, która nie może prowadzić do podważenia jego decyzji w tym zakresie.

Reasumując, w ocenie Sądu II instancji, za chybione należało uznać zarzuty naruszenia wskazanych w apelacji przepisów prawa procesowego. W uzupełnieniu należy podkreślić, że dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego nie odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 20 grudnia 2006 r., sygn. akt VI ACa 567/06, LEX nr 558390). Postawienie zarzutu obrazy art. 233 § 1 k.p.c. nie może bowiem polegać na zaprezentowaniu ustalonego przez siebie, na podstawie własnej oceny dowodów stanu faktycznego. Skarżący może tylko wskazywać, posługując się wyłącznie argumentami jurydycznymi, że sąd rażąco naruszył zasady logicznego rozumowania oraz doświadczenia życiowego i że uchybienie

to mogło mieć wpływ na wynik sprawy (por. wyrok Sądu Najwyższego z 18 grudnia 2004 r., sygn. akt CK 369/03, LEX nr 174131).

Apelacja powoda tak sformułowanych i następnie uzasadnionych zarzutów jednak nie zawiera. Ogranicza się bowiem do oceny jedynie dwóch dowodów, tj. opinii biegłego sądowego oraz wydruków internetowych, gdy tymczasem materiał dowodowy, który został poddany ocenie przez sąd był znacznie szerszy ( dowody z dokumentów, zeznań świadków) i obejmował więcej aspektów niż te poruszone w złożonym środku zaskarżenia. Jeszcze raz należy przypomnieć, że pozwany nie zakwestionował ani ustaleń faktycznych ani oceny dowodów odnoszących się do innych przyczyn opóźnienia powoda w realizacji umów, które stanowiły podstawę do dokonania miarkowania kary umownej, tj. braku właściwych uzgodnień między pozwanym a zakładem energetycznym i telekomunikacyjnym, konieczności przebudowania w trakcie prac remontowych studni S\*, co nie było uwzględnione w projekcie, rozpoczęcia w tym samym czasie przez zakład wodociągu własnych prac budowlanych, zaś przez innego wykonawcę rozpoczęcia prac odwodnieniowych.

Reasumując Sąd Apelacyjny przyjął prawidłowo poczynione w sprawie ustalenia faktyczne za własne, jak i zaaprobował ocenę dowodów dokonaną przez Sąd I instancji, uznając ją za rzetelną, wszechstronną i nie wykraczającą poza ramy wyznaczone przepisem art. 233 § 1 k.p.c.

Z przyczyn, o których była mowa już wcześniej, nie ma także podstaw do uznania za uprawniony zarzutu naruszenia przepisów prawa materialnego w postaci art. 45 ust.1 ustawy –Prawo budowlane oraz art. 6 k.c. Należy w tym miejscu zauważyć, że w apelacji brak jest zarzutów naruszenia innych przepisów prawa materialnego, które zastosował Sąd Okręgowy, tj. art. 484 § 2 k.c. stanowiącego podstawę prawną do dokonania miarkowania kar umownych, naliczonych przez pozwanego. Ponieważ Sąd Apelacyjny w pełni aprobuje rozważania jurydyczne sądu meriti w tym zakresie, nie ma potrzeby ich ponawiania. Wynika z nich, że pozwany miał pełne podstawy do naliczenia powodowi kary umownej w wysokości 950.922,01zł, lecz należało ją zmiarkować o 40 %, co w konsekwencji oznacza, że należna pozwanemu kara umowna stanowiła kwotę 570.553 złote, którą pozwany skutecznie potrącił z wierzytelnością powoda.

Do rozważania zatem pozostaje zagadnienie związane z wysokością uzyskanego (wypłaconego) dotychczas przez powoda wynagrodzenia za wykonane prace. Nie ulega wątpliwości, że na tę okoliczność pozwany powołał się dopiero w apelacji, składając dowody polecenia przelewu określonych kwot, z których wynika, że powód otrzymał z tytułu umów zawartych z pozwanym, objętych pozwem, łącznie kwotę 1.623.747,87 złotych. Dostrzec jednak należy, że już w odpowiedzi na pozew wyraźnie stwierdził, że nie uznaje żądania pozwu tak co do zasady, jak i co do wysokości.

Rozstrzygając przedmiotowy spór, który koncentrował się na zagadnieniu zasadności obciążenia powoda karą umowną i dokonaniem przez pozwanego potrąceniu własnej wierzytelności z powyższego tytułu z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia za prace wykonane w ramach czterech łączących strony umów, Sąd Okręgowy po pierwsze ustalił (co ma decydujące znaczenie dla rozważań sądu odwoławczego), że łączne wynagrodzenie powoda z czterech kontraktów wynosiło kwotę 2.484.272,83 złote brutto. Po drugie uznał, że skoro należna pozwanemu kara umowna wynosiła kwotę 570.553 złote i do takiej kwoty jego oświadczenie o potrąceniu wzajemnych wierzytelności zostało uznane przez sąd za skuteczne, zaś powód dochodził pozwem zapłaty kwoty 1.098.450,13 złote, to należało zasądzić na jego rzecz różnicę tych kwot, czyli 527.897,13 złote.

W toku procesu ani strony, ani też Sąd Okręgowy nie odnosiły się do kwestii wysokości otrzymanego dotychczas przez powoda od pozwanego, z łącznej kwoty kontraktów, czyli 2.484.272,83 złote brutto, wynagrodzenia. Osią sporu między stronami było bowiem zagadnienie zasadności obciążenia powoda przez pozwanego karą umowną i skutecznością złożonego przez niego oświadczenia o potrąceniu. Przeprowadzone dowody koncentrowały się wyłącznie na przyczynach opóźnienia powoda w realizacji umów.

Próżno poszukiwać w uzasadnieniu pozwu jakiegokolwiek informacji w zakresie podniesionym przez pozwanego dopiero w apelacji, jak i sposobu matematycznego wyliczenia dochodzonej przez powoda kwoty 1.098.451,13 złotych. Powód A. J. ograniczył się wyłącznie do lakonicznego stwierdzenia, że otrzymał od pozwanego część wynagrodzenia (nie wskazał jaką), wynikającego z zawartych umów, które wcześniej precyzyjnie przytoczył. Znamiennym jest, że

w uzasadnieniu pozwu podnosi się, że „zgodnie z twierdzeniem powoda” pozwany zobowiązany jest do dokonania zapłaty „pozostającej części wynagrodzenia za zrealizowane roboty w łącznej wysokości 1.098.450,13 złotych, nie podając jednak z jakich konkretnych faktur kwota ta ma wynikać. Wskazuje się jedynie poszczególne kwoty wynikające z każdej z czterech zawartych umów. Powód nie załączył do pozwu ani w toku procesu żadnej z wystawionych przez siebie faktur, co uczynił dopiero na rozprawie apelacyjnej w dniu 30 maja 2014 roku.

Jeśli weźmie się pod uwagę wartość należnego mu wynagrodzenia z powyższych umów, ustalonych przez sąd na kwotę 2.484.272,83 złote brutto, której to kwoty powód nie kwestionował i porówna się ją z należnością dochodzoną pozwem, oznacza to, iż powód miałby już uzyskać od pozwanego wynagrodzenie w wysokości 1.385.822,70 złotych (2.484.272,83 – 1.098.450,13). Tymczasem, z załączonych do apelacji dowodów z poleceń przelewów wynika, że powód otrzymał od pozwanego wynagrodzenie z tytułu łączących strony umów łącznie kwotę 1.623.747,87 złotych. Do zapłaty powodowi pozostała zatem kwota 860.524,96 złotych (2.484.272,83 – 1.623.747,87), nie zaś jak wskazano w pozwie kwota 1.098.450,13 złotych.

Mimo, że powód w odpowiedzi na apelację zawnioskował o pominięcie dowodów z poleceń przelewów, na podstawie art. 381 k.p.c. (nie kwestionując wówczas ich waloru dowodowego, jak i nie wypowiadając się co do tych dowodów merytorycznie) Sąd Apelacyjny, po potwierdzeniu kserokopii dowodów z przelewów za zgodność z oryginałem, dopuścił powyższe dowody albowiem – jak zasadnie zauważył pozwany – ich nieuwzględnienie mogłoby doprowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia się powoda kosztem pozwanego. Zresztą powód złożył na rozprawie apelacyjnej w dniu 30 maja 2014 roku oświadczenie, że nie kwestionuje otrzymania od pozwanego z tytułu zapłaty kwoty wskazanej w apelacji, a więc kwoty 1.623.747,87 złotych. Powołał się jedynie na oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z dnia 21 listopada 2011 roku (k.402), który to dowód nie był złożony przez żadną ze stron w toku procesu, jak i 11 faktur wystawionych przez powoda, składając je dopiero na tym etapie postępowania, sugerując wyższą niż przyjął to sąd meriti wysokość należnego mu z tytułu czterech kontraktów wynagrodzenia. Pomimo tego powód nie był w stanie podać ogólnej kwoty należnego mu wynagrodzenia z tytułu zawartych z pozwanym czterech umów, innej niż przyjęta przez sąd kwota 2.484.272,83 złote brutto, podnosząc, że wynika ona z zsumowania złożonych faktur, jak i dokonywanych potrąceń. Dodał również, że w trakcie wykonywania umów dochodziło do rozszerzenia zakresu robót i zwiększenia wartości wynagrodzenia, co było objęte fakturami.

Sąd Apelacyjny pominął jednak powyższe dowody jako spóźnione, na mocy art. 381 k.p.c. Powód po pierwsze nie tylko mógł ale i powinien załączyć te dowody już do pozwu, a przynajmniej po zapoznaniu się z treścią odpowiedzi na pozew, w której pozwany, choć nie rozwinął swego stanowiska, to jednak wyraźnie stwierdził, że nie uznaje powództwa tak co do zasady, jak i co do wysokości. Powyższe oznacza, że zakwestionował tym samym wysokość dochodzonego przez powoda roszczenia w wysokości 1.098.450,13 złotych. W zaistniałej sytuacji procesowej, to powoda obciążał już wówczas – zgodnie z regułą wyrażoną w art. 6 k.c. – ciężar udowodnienia i wykazania zasadności wyliczenia powyższej kwoty, czego do końca procesu nie uczynił.

Niezależnie od powyższego trudno nie dostrzec, że złożone do akt na rozprawie apelacyjnej w dniu 30 maja 2014 roku oświadczenie o potrąceniu dotyczy wierzytelności powoda wynikającej z faktury VAT nr (...) z dnia 17 listopada 2011 roku, która to faktura (k.403) dotyczy budowy ścieżki pieszo- rowerowej w ramach zadania inwestycyjnego „P. i budowa ul. (...)”, zadania nie objętego pozwem. Natomiast suma należności wynikających ze złożonych faktur, nawet z fakturą nr (...), nie dotyczącą przedmiotu sporu, jest niższa niż wartość kontraktu z czterech umów, przyjęta przez sąd.

Godzi się zauważyć, że to nie rolą Sądu II instancji jest poszukiwanie dowodów, dokonywanie precyzyjnych ustaleń w zakresie sposobu wyliczenia przez powoda należnego mu wynagrodzenia. Musi bazować na tym, co ustalił i przyjął Sąd Okręgowy, uwzględniając jednak dowody zgłoszone przez pozwanego dotyczące wysokości wynagrodzenia wypłaconego dotychczas powodowi z tytułu czterech umów łączących strony.

Tym samym, uznając zarzuty w tym zakresie za uprawnione, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. należało dokonać zmiany zaskarżonego wyroku, o treści jak w punkcie I. sentencji. Przyjmując – za Sądem I instancji - za uprawnione zamiarkowanie kar umownych do kwoty 570.553 złote i skuteczne dokonanie ich potrącenia z należnościami powoda z



tytułu wynagrodzenia, jak i okoliczność, że z tytułu czterech umów powód A. J. otrzymał od pozwanego wynagrodzenie w łącznej wysokości 1.623.747,87 złotych, do zasądzenia na rzecz powoda pozostała kwota 289.971,96 złotych ( 2.484.272,83 zł – 1.623.747,87 zł = 860.524,96 zł – 570.553 zł). Do takiej też kwoty należało uwzględnić powództwo, oddalając je w pozostałym zakresie jako niezasadne.

Ponieważ powód poniósł koszty procesu w łącznej kwocie 20.015,02 zł ( 8.000zł- częściowa opłata od pozwu, 4.798,02zł - zaliczki na biegłych, 7.217zł –koszty zastępstwa procesowego) a wygrał proces jedynie w 26,40%, należy mu się od pozwanego zwrot kosztów w wysokości 5.283,96 zł. Koszty pozwanego to 7.200 zł kosztów zastępstwa procesowego. Ponieważ pozwany wygrał proces w 73,60 %, należy mu się od powoda zwrot kosztów procesu w wysokości 5.299,20 zł. W powyższej sytuacji Sąd Apelacyjny zastosował przepis art. 100 k.p.c., znosząc wzajemnie między stronami koszty procesu. Zmiana wyroku skutkowałą również zmianą zakresu obciążenia każdej ze stron nieuiszczonymi kosztami sądowymi, o czym należało orzec jak w punkcie I. podpunkt 4 a) i b) wyroku.

W pozostałym zakresie apelacja pozwanego jako niezasadna, z przyczyn, o których była mowa już wcześniej, podlegała oddaleniu, na mocy art. 385 k.p.c.

O kosztach za postępowanie odwoławcze orzeczono w myśl art. 100 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., dokonując ich stosunkowego rozdzielenia. Koszty poniesione przez pozwanego wynoszą 31.795 zł ( 26.395zł – opłata od apelacji, 5.400 zł- koszty zastępstwa procesowego). Pozwany wygrał postępowanie apelacyjne w 45 % a zatem należy mu się od powoda zwrot kosztów w wysokości 14.307,75 zł. Powód natomiast poniósł koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym w wysokości 5.400 złotych, a wygrywając to postępowanie w 55% ma prawo domagać się od pozwanego zwrotu kwoty 2.970zł. Dokonując wzajemnej kompensaty należnych obu stronom kwot, należało zasądzić od powoda na rzecz pozwanego kwotę 11.337,75 zł. ( 14.307,75 zł – 2.970 zł) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Wysokość kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym ustalono ( w przypadku pozwanego) w myśl §12 ust.1 pkt.2) w zw. z §6 pkt.7) Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu ( Dz.U.Nr 163, poz. 1349 ze zm.) oraz ( w przypadku powoda) w myśl § 13 ust.1 pkt.2) w zw. z §6 pkt.7) Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu ( Dz.U.Nr 163, poz. 1348 ze zm.).