

Sygn. akt I ACa 849/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 listopada 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Józef Wąsik (spr.)
Sędziowie:	SSA Zbigniew Ducki SSA Sławomir Jamróg
Protokolant:	st.sekr.sądowy Katarzyna Wilczura

po rozpoznaniu w dniu 5 listopada 2013 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki jawnej W. B., J. O.

w O.

przeciwko T. P.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 26 lutego 2013 r. sygn. akt IX GC 571/11

1. oddala obie apelacje;

2. zasądza od pozwanego na rzecz strony powodowej kwotę 900 zł (dziewięćset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt I A Ca 849/13

UZASADNIENIE

Strona powodowa (...) Spółka jawna W. B., J. O. w O. wniosła o zasądzenie od pozwanego **T. P.** 442 800 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi od 61 500 zł od 3 lutego 2011 r. i od 381 300 zł od 30 marca 2011 r. do dnia zapłaty oraz kosztami procesu. Powodowa spółka podała, że zawarła z pozwanym umowę, w której zobowiązała się wybudować stację paliw a pozwany zobowiązał się zapłacić wynagrodzenie w kwocie 3 900 000 zł, do którego miał być doliczony podatek od towarów i usług. Powodowa spółka stację benzynową wykonała a odbiór końcowy robót miał miejsce 21 stycznia 2011 r. Pozwany zapłacił powódce kwotę 3 540 000 zł powiększoną o podatek od towarów i usług.

Do zapłaty pozostała kwota 50 000 zł powiększona o podatek od towarów i usług, to jest 61 500 zł, oraz kwota 310 000 zł powiększona o podatek od towarów i usług, to jest 381 300 zł.

Sąd Okręgowy w Krakowie wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym uwzględniający powództwo w całości.

Pozwany wniósł sprzeciw od nakazu zapłaty domagając się oddalenia powództwa i zasądzenia kosztów procesu. Pozwany zarzucił, że wierzytelności dochodzone przez powodowa spółkę wygasły na skutek potrącenia dokonanego przez pozwanego przed procesem.

Sąd Okręgowy w Krakowie wyrokiem z dnia 26 lutego 2013r:

I. zasądził od pozwanego T. P. na rzecz strony powodowej (...) Spółka jawna W. B., J. O. w O. 296.679,74 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi od:

- 36.279,74 zł (trzydzieści sześć tysięcy dwieście siedemdziesiąt dziewięć złotych siedemdziesiąt cztery grosze) od 3 lutego 2011 r. do dnia zapłaty, - 260.400 zł od 30 marca 2011 r. do dnia zapłaty;

II. zasądził od pozwanego na rzecz strony powodowej ustawowe odsetki od 120.900 zł liczone od 30 marca 2011 r. do 8 maja 2011 r.;

III. oddalił powództwo w pozostałym zakresie;

IV. zasądził od pozwanego na rzecz strony powodowej 18.336 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

V. nakazał ściągnąć od strony powodowej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Krakowie 32 zł tytułem zwrotu wydatków wyłożonych przez Skarb Państwa;

VI. nakazał ściągnąć od pozwanego T. P. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Krakowie 65 zł.

Za podstawę faktyczną rozstrzygnięcia Sąd przyjął następujące zasadnicze fakty: W dniu 5 lutego 2010 r. T. P. jako inwestor i (...) Spółka Jawna W. B.; J. O. jako wykonawca zawarli umowę, w której inwestor zamówił a wykonawca przyjął do wykonania roboty konstrukcyjno-budowlane polegające na wybudowaniu stacji paliw zgodnie z dokumentacją projektowo-techniczną przekazaną wykonawcy przez inwestora.

Wykonawca zobowiązał się do wykonania i przekazania inwestorowi przedmiotu umowy wykonanego zgodnie z dokumentacją projektowo - techniczną, należytą starannością, obowiązującymi standardami, zasadami sztuki budowlanej oraz zasadami wiedzy technicznej. Wykonawca oświadczył, że zapoznał się z całością dokumentacji przekazanej mu przez inwestora i uznał ją za kompletną i wystarczającą do wykonania przedmiotu umowy oraz że nie zgłasza do niej żadnych innych zastrzeżeń. Inwestor zobowiązał się do dostarczenia dokumentów niezbędnych do prowadzenia budowy w ciągu 7 dni od daty powiadomienia go o takiej konieczności przez wykonawcę. Przez dokumenty niezbędne do prowadzenia budowy strony rozumiały oprócz dokumentacji projektowo – technicznej wyłącznie takie dokumenty, których od wykonawcy zażąda uprawniony organ administracji państwowej lub jednostki samorządu terytorialnego. Do powiadomienia wykonawca powinien dołączyć oryginał stosownego wezwania lub innego pisma od uprawnionego organu a powiadomienie powinno nastąpić na piśmie pod rygorem nieważności. Strony ustaliły, że rozpoczęcie prac objętych umową nastąpi do 15 lutego 2010 r., zakończenie poszczególnych etapów prac nastąpi w terminach określonych w harmonogramie stanowiącym załącznik nr 2 do umowy a ostateczne zakończenie prac nastąpi do 28 czerwca 2010 r. Wykonawca zwolniony został od odpowiedzialności za niedotrzymanie ustalonych w umowie terminów tylko w przypadku, gdyby wykazał, że opóźnienie powstało wyłącznie z przyczyn leżących po stronie inwestora wskazanych w umowie lub gdy opóźnienie spowodowane jest wyłącznie z winy inwestora. Wykonawca zobowiązał się niezwłocznie powiadomić inwestora o wszelkich zaistniałych przeszkodach mogących mieć wpływ na opóźnienie terminu wykonania robót. Zawiadomienie powinno zostać dokonane na piśmie i doręczone inwestorowi nie później niż w terminie trzech dni od powstania przeszkody. W razie prawidłowego doręczenia inwestorowi zawiadomienia wykonawca miał nie ponosić odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie

umowy. Przyczynami uzasadniającymi opóźnienie realizacji przedmiotu umowy mogły być wyłącznie złe warunki atmosferyczne (temperatura poniżej -5°C) uniemożliwiające planowe przeprowadzenie robót, których technologia wymaga ich wykonywania w temperaturach wyższych, nieterminowe, z winy inwestora, przekazanie przez inwestora terenu budowy lub niezbędnych dla wykonania określonych robót dokumentów, wystąpienie uniemożliwiających prowadzenie robót innych zdarzeń nadzwyczajnych i zewnętrznych niemożliwych do wcześniejszego przewidzenia. W przypadku powstania okoliczności uzasadniających opóźnienie realizacji umowy i prawidłowego poinformowania o ich powstaniu inwestora przez wykonawcę, powstałe opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy miało nie być traktowane jako nienależyte wykonanie umowy a strony miały odpowiednio przesunąć terminy w harmonogramie o okres opóźnienia. Taka zmiana harmonogramu nie stanowiła zmiany umowy. Za prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy inwestor miał zapłacić wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe 3.700.000 zł netto, do którego doliczony miał zostać podatek od towarów i usług według stawki obowiązującej w dniu wystawienia faktury. W razie rozszerzenia przez inwestora zakresu prac w stosunku do wskazanego w załączniku nr 1 lub wywołanej na polecenie inwestora zmiany materiałów potrzebnych do wykonania robót inwestor miał zapłacić na rzecz wykonawcy dodatkowe wynagrodzenie w wysokości wcześniej uzgodnionej przez strony. W przypadku podjęcia przez wykonawcę decyzji o zmianie materiałów lub zakresu robót bez uzgodnienia z inwestorem dokonanego w formie pisemnej pod rygorem nieważności dodatkowe wynagrodzenie wykonawcy nie przysługiwało. Wykonawca mógł żądać wynagrodzenia w wysokości przekraczającej wynagrodzenie ryczałtowe wyłącznie na podstawie aneksu do umowy zawartego w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Rozliczenia między stronami następować miały po wykonaniu danego etapu prac, zgodnie z harmonogramem. Wynagrodzenie miało być płatne na podstawie prawidłowo wystawionej faktury w terminie 14 dni od jej doręczenia inwestorowi przelewem na rachunek bankowy wykonawcy wskazany na fakturze. Podstawą zapłaty wynagrodzenia za wykonany zakres robót miały być podpisane przez strony protokoły odbiorów. Końcowe rozliczenie miało nastąpić w oparciu o końcową fakturę wystawioną przez wykonawcę na podstawie podpisanego przez strony protokołu końcowego odbioru robót. Kierownikiem budowy ze strony wykonawcy został S. P., inspektorem nadzoru inwestorskiego został R. W.. Inwestor zobowiązany był do przystąpienia do odbioru robót w ciągu trzech dni licząc od otrzymania pisemnego zgłoszenia przez wykonawcę o gotowości do odbioru. Z dokonanych odbiorów robót strony miały sporządzić protokół odbioru, który miał zawierać w szczególności ustalenia dokonane w toku odbioru, datę sporządzenia, ewentualne uwagi lub zastrzeżenia inwestora oraz podpisy obu stron. W razie stwierdzenia w toku odbioru wad lub usterek w całości lub części oddawanego zakresu robót, wykonawcy nie należało się wynagrodzenie za wadliwie wykonany zakres robót, a strony miały ustalić dodatkowy termin, w którym wykonawca obowiązany był usunąć ewentualne wady. W razie opóźnienia w wykonaniu robót występującego z innych przyczyn niż określone w umowie wykonawca miał zapłacić inwestorowi karę umowną za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w wysokości za opóźnienie w realizacji danego etapu robót - 0,10 % wynagrodzenia przysługującego za wykonanie danego etapu określonego w harmonogramie, za opóźnienie w realizacji całego zakresu robót - 0,10 % wynagrodzenia określonego w umowie. W przypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę z przyczyn leżących po stronie inwestora i wyłącznie przez niego zawinionych inwestor miał zapłacić karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia brutto określonego w umowie a w przypadku odstąpienia od umowy przez inwestora z przyczyn leżących po stronie wykonawcy wykonawca miał zapłacić karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia brutto określonego w umowie. Za opóźnienie inwestora w zapłacie faktury wykonawcy należały się odsetki ustawowe. Na wykonane roboty konstrukcyjno-budowlane wykonawca udzielił 36 miesięcznej gwarancji, której bieg rozpoczynał się od podpisania protokołu końcowego odbioru robót. W przypadku ujawnienia w okresie gwarancji wad lub usterek inwestor miał poinformować o tym wykonawcę na piśmie, wyznaczając mu termin do ich usunięcia. Wykonawca zobowiązał się w okresie gwarancji usuwać wszelkie powstałe wady i usterki w najkrótszym możliwym ze względów technicznych i atmosferycznych terminie, przy zachowaniu najwyższej staranności. Usunięcie wad lub usterek w ramach gwarancji powinno zostać stwierdzone protokołem usunięcia wad lub usterek w ramach gwarancji. Strony postanowiły, że jeżeli którekolwiek z postanowień umowy w całości lub w części jest lub stanie się nieważne lub bezskuteczne, nie powoduje to nieważności lub bezskuteczności całej umowy, zaś w miejsce postanowień nieważnych lub bezskutecznych strony uzgodnią takie nowe postanowienia, które pozwolą na realizację umowy zgodnie z jej celem i wspólnym zamiarem stron, którym kierowały się one w dniu zawierania umowy. W braku porozumienia stron tym zakresie zastosowanie miały przepisy prawa. W związku z zawarciem umowy traciły moc wcześniejsze umowy, porozumienia i ustalenia zawarte pomiędzy stronami, przedmiotem których było wykonanie prac objętych umową, w

tym także postanowienia nieobjęte zakresem umowy. Wszelkie zmiany umowy wymagały dla swojej ważności formy pisemnego aneksu pod rygorem nieważności.

W załączniku nr 1 do umowy oznaczonym jako Zakres prac strony określiły zakres prac do wykonania, w szczególności postanowiły, że w zakres prac w części paliwowej wchodzi prace uzupełniające, a wśród nich 2 otwory piezometryczne. Załącznik został podpisany przez W. B. (2) i T. P..

Strony sporządziły załącznik nr 2 do umowy składający się z tabeli, w której w pierwszej kolumnie oznaczonej „Rodzaj prac” w wierszach od 1 do 39 opisano poszczególne prace do wykonania na budowie a w kolejnych kolumnach oznaczających tygodnie wpisano daty 15, 22 lutego, 1, 8, 15, 22, 29 marca, 5, 12, 19, 25 kwietnia, 3, 10, 17, 24, 31 maja, 7, 14, 21, 28 czerwca. Data wykonania robót z poszczególnych wierszy kolumny oznaczonej „Rodzaj prac” została zaznaczona w tabeli poprzez zaciemnienie pola powstałego na przecięciu kolumny oznaczającej datę z wierszem oznaczającym rodzaj prac. Ostatnie prace oznaczone jako „zakończenie robót, kompletowanie dokumentacji” miały zostać wykonane w dwudziestym tygodniu robót od 21 do 28 czerwca. Załącznik został podpisany przez W. B. (2) i T. P..

W załączniku nr 3 oznaczonym jako „Harmonogram rzeczowo-finansowy” określono wartość poszczególnych fragmentów prac oraz terminy płatności. Wartość wszystkich prac to 3 700 000 zł. Do tej kwoty miał być doliczony podatek od towarów i usług. Załącznik został podpisany przez W. B. (2) i T. P..

(...) Spółka Jawna W. B.; J. O. w O. rozpoczęła prace budowlane w połowie lutego 2010 r. Zaraz po wejściu na budowę zauważono, że dach istniejącego budynku jest pokryty azbestem i że konstrukcja stalowa dachu budzi obawy co do wytrzymałości. W. B. (2) poinformował o tym telefonicznie i pisemnie T. P..

W dniu 16 lutego 2010 r. decyzja o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę wydana dla spółki (...) została przeniesiona na T. P..

W. B. (2) 22 lutego 2010 r. spotkał się z R. D., który wykonał projekt budowlany, i rozmawiał z nim na temat poszycia dachu. Projektant stwierdził konieczność wykonania projektu zamiennego na konstrukcję dachu pawilonu.

Pismem z 23 lutego 2010 r. T. P. zażądał od spółki (...) obniżenia ceny z uwagi na wady polegające na pokryciu dachu azbestem.

T. P. w marcu 2010 r. zlecił Ośrodkowi (...) Oddziału (...) Związku (...) w K. wykonanie ekspertyzy technicznej dotyczącej konstrukcji nośnej budynku. Według ekspertyzy konstrukcję stalową budynku należy przystosować do wymogów obowiązujących norm, należy naprawić i wzmocnić elementy konstrukcyjne, które spełniają stanu nośności granicznej a ich dalsza eksploatacja w warunkach zimowych stwarza zagrożenie awaryjne. Prace budowlane należy rozpocząć od demontażu płyt dachowych zachowując przepisy dotyczące prac z materiałami mającymi jako składnik azbest. Należy wzmocnić elementy konstrukcyjne – dźwigary i słupy i położyć przykrycie dachu z blachy fałdowej.

T. P. doręczył ekspertyzę W. B. (2). W. B. (2) spotkał się z autorem projektu R. D. 16 marca 2010 r. W trakcie spotkania rozmawiano o wykonaniu dachu zgodnie z zaleceniami ekspertyzy zamówionej przez T. P.. W. B. (2) twierdził, że wykonanie dachu zgodnie z zaleceniami ekspertyzy będzie pracochłonne i czasochłonne. Optymalnym rozwiązaniem będzie wykonanie nowej konstrukcji dachu. W dniu 22 marca 2010 r. T. P. pozwał spółkę (...) domagając się obniżenia ceny sprzedaży nieruchomości z uwagi na wady budynku.

W dniu 28 maja 2010 r. wydano decyzję o zatwierdzeniu projektu budowlanego zamiennego części konstrukcyjnej.

T. P. i W. B. (2) podpisali nowy załącznik nr 3 do umowy Harmonogram rzeczowo-finansowy przewidujący jako wartość robót kwotę 3 900 000 zł, która miała być powiększona o podatek od towarów i usług, a także nowy załącznik nr 2 do umowy składający się z tabeli, w której w pierwszej kolumnie oznaczonej „Rodzaj prac” w wierszach od 1 do 39 opisano poszczególne prace do wykonania na budowie a w kolejnych kolumnach oznaczających tygodnie wpisano daty 12, 19, 26 kwietnia, 4, 10, 17, 24, 31 maja, 7, 14, 21, 28 czerwca, 5, 12, 19, 26 lipca, 2, 9, 16, 23 i 30 sierpnia. Data wykonania robót z poszczególnych wierszy kolumny oznaczonej „Rodzaj prac” została zaznaczona w tabeli poprzez

zaciemnienie pola powstałego na przecięciu kolumny oznaczającej datę z wierszem oznaczającym rodzaj prac. Ostatnie prace oznaczone jako „zakończenie robót, kompletowanie dokumentacji” miały zostać wykonane od 23 do 30 sierpnia.

T. P. i W. B. (2) w trakcie wykonywania robót podpisali jeszcze dwa załączniki nr 2 do umowy. Pierwszy z tych załączników nr 2 składał się z tabeli, w której w pierwszej kolumnie oznaczonej „Rodzaj prac” w wierszach od 1 do 39 opisano poszczególne prace do wykonania na budowie a w kolejnych kolumnach oznaczających tygodnie wpisano daty 12, 19, 26 kwietnia, 4, 11, 18, 25 maja, 1, 8, 15, 22, 29 czerwca, 6, 13, 20, 27 lipca, 3, 10, 17, 24 i 31 sierpnia, 7, 14, 21, 28 września, 6, 12, 19, 26 października, 2, 9, 16 listopada. Data wykonania robót z poszczególnych wierszy kolumny oznaczonej „Rodzaj prac” została zaznaczona w tabeli poprzez zaciemnienie pola powstałego na przecięciu kolumny oznaczającej datę z wierszem oznaczającym rodzaj prac. Ostatnie prace oznaczone jako „zakończenie robót, kompletowanie dokumentacji” miały zostać wykonane od 9 do 16 listopada. Ostatni z załączników nr 2 strony podpisały w październiku 2010 r. Załącznik składał się z tabeli, w której w pierwszej kolumnie oznaczonej „Rodzaj prac” w wierszach od 1 do 39 opisano poszczególne prace do wykonania na budowie a w kolejnych kolumnach oznaczających tygodnie wpisano daty 12, 19, 26 kwietnia, 4, 11, 18, 25 maja, 1, 8, 15, 22, 29 czerwca, 6, 13, 20, 27 lipca, 3, 10, 17, 24 i 31 sierpnia, 7, 14, 21, 28 września, 6, 12, 19, 26 października, 2, 9, 16, 23, 30 listopada, 7, 14, 21 grudnia. Data wykonania robót z poszczególnych wierszy kolumny oznaczonej „Rodzaj prac” została zaznaczona w tabeli poprzez zaciemnienie pola powstałego na przecięciu kolumny oznaczającej datę z wierszem oznaczającym rodzaj prac. Ostatnie prace oznaczone jako „zakończenie robót, kompletowanie dokumentacji” miały zostać wykonane od 14 do 21 grudnia. Ostatni z załączników nr 2 został podpisany przez T. P..

(...) Spółka Jawna W. B.; J. O. w O. wykonywała roboty etapami i wystawiała faktury a T. P. roboty odbierał i podpisywał faktury.

W listopadzie-grudniu 2010 r. T. P. rozmawiając o zakupie działki pod budowę stacji benzynowej został zapytany o piezometry na stacji benzynowej w C.. Żona T. P. zapytała się o piezometry W. B. (2). W dniu 6 grudnia 2010 r. T. P. zwrócił się do Prezydenta Miasta C. o zatwierdzenie projektu prac geologicznych na wykonanie dwóch piezometrów na terenie budowanej stacji paliw płynnych przy ul. (...) w C. a 14 grudnia 2010 r. projekt ten zatwierdzono. W. B. (2) pomógł T. P. znaleźć firmę, która wykonała piezometry.

W dniu 18 stycznia 2011 r. (...) Spółka Jawna W. B.; J. O. w O. wystawiła fakturę za roboty budowlane na stacji paliw w C. na kwotę 61 500 zł płatną do 2 lutego 2011 r. W dniu 21 stycznia 2011 r. podpisał protokół końcowy prac. W dniu 15 marca 2011 r. (...) Spółka Jawna W. B.; J. O. w O. wystawiła fakturę końcową dla budowy stacji benzynowej w C. na kwotę 381 300 zł płatną do 29 marca 2011 r.

(...) Spółka Jawna W. B.; J. O. w O. wykonując przyłącze energetyczne stacji paliw poprowadziła kabel energetyczny przez działkę sąsiednią do działki T. P.. Granica między obiema działkami nie była zaznaczona na gruncie, pracownicy (...) Spółki Jawnej W. B.; J. O. w O. pytali się sąsiada T. P., gdzie biegnie granica między działkami, sąsiad wskazał na gruncie, gdzie biegnie granica. O przebiegu kabla przez działkę sąsiada T. P. dowiedziano się przy sporządzaniu inwentaryzacji powykonawczej. Po zgłoszeniu (...) Spółce Jawnej W. B.; J. O. w O. problemu z kablem pracownicy (...) Spółki Jawnej W. B.; J. O. w O. przesunęli kabel we właściwe miejsce, po czym nowy przebieg naniesiono na mapę, którą doręczono T. P. 24 lutego 2011 r.

(...) Spółka Jawna W. B.; J. O. w O. wykonała w dojeździe do sąsiedniej działki krawężnik zwykły zamiast najazdowego półokrągłego, co zauważono po sporządzeniu protokołu z 21 stycznia 2011 r. Krawężnik poprawiono na właściwy.

Pismem 22 kwietnia 2011 r. pełnomocnik (...) Spółki Jawnej W. B.; J. O. w O. zwrócił się do T. P. z pismem, w którym podano, że (...) Spółce Jawnej W. B.; J. O. w O. przysługują w stosunku do T. P. roszczenia objęte fakturami z 18 stycznia 2011 r. na kwotę 61 500 zł, z 15 marca 2011 r. na kwotę 381 300 zł, z 18 marca 2011 r. na kwotę 6 809,19 zł, z 24 marca 2011 r. na kwotę 64 138,45 zł i z 24 marca 2011 r. na kwotę 82 169,73 zł, to jest na łączną kwotę 595 917,37 zł. Poza tym T. P. niezasadnie pomniejszył należności o kwotę 9 296,40 zł. Pełnomocnik podał, że (...) Spółka Jawna W. B.; J. O. w O. gotowa jest pomniejszyć swoją wierzytelność o kwoty 7 134 zł i 18 086,26 zł tytułem poniesionych przez

T. P. kosztów zakupu odkurzacza i części materiałów. Pełnomocnik wezwał T. P. do zapłaty 579 993,51 zł w terminie do 29 kwietnia 2011 r. Pismo doręczono T. P. 26 kwietnia 2011 r.

Pismem z 26 kwietnia 2011 r. T. P. wezwał (...) Spółkę Jawną W. B.; J. O. w O. do zapłaty w terminie 3 dni 314 265,60 zł tytułem kary umownej za opóźnienie w wykonaniu prac budowlanych. T. P. podał, że prace zostały zakończone 21 stycznia 2011 r., opóźnienie w wykonaniu prac liczy więc 66 dni. Pod warunkiem zawieszającym braku zapłaty kary umownej T. P. oświadczył, że potrąca karę umowną z wierzytelnością w wysokości 381 300 zł z faktury wystawionej 15 marca 2011 r. Pismo doręczono (...) Spółkę Jawną W. B.; J. O. w O. 5 maja 2011 r..

Pismem z 5 maja 2011 r. T. P. obciążył (...) Spółkę Jawną W. B.; J. O. w O. karą umowną w wysokości 161 894,40 zł za opóźnienie w wykonaniu prac za okres od 22 stycznia 2011 r. do 24 lutego 2011 r. T. P. podał, że pismem z 26 kwietnia 2011 r. obciążył (...) Spółkę Jawną W. B.; J. O. w O. karą umowną w wysokości 314 265,60 zł i potrącił tę karę umowną z wierzytelnością w wysokości 381 300 zł, przez co wierzytelność (...) Spółki Jawnej W. B.; J. O. w O. uległa zmniejszeniu do 67 034,40 zł. T. P. podał, że protokół z 21 stycznia 2011 r. podpisał pod wpływem błędu, ponieważ nie był świadomy, że wykonanie robót obarczone było wadami uniemożliwiającymi uzyskanie pozwolenia na użytkowanie stacji, ponieważ okazało się, że przyłącze zostało wykonane na sąsiedniej działce. Uzyskanie pozwolenia nastąpiło po przeniesieniu przyłącza i dostarczeniu nowej inwentaryzacji powykonawczej, co nastąpiło 24 lutego 2011 r. Łączna kara umowna liczona za opóźnienie od 16 listopada 2010 r. do 24 lutego 2011 r. wynosi 476 160 zł. T. P. wezwał do uiszczenia tej kwoty w terminie 3 dni. Pod warunkiem zawieszającym braku zapłaty kary umownej T. P. oświadczył, że potrąca karę umowną w wysokości 161 894,40 zł z wierzytelnością w wysokości 61 500 zł z faktury z 18 stycznia 2011 r. i z pozostała wierzytelnością w wysokości 67 034,40 zł z faktury wystawionej 15 marca 2011 r. Pismo doręczono (...) Spółkę Jawną W. B.; J. O. w O. 11 maja 2011 r.

W dniu 18 października 2011 r. Sąd Okręgowy w Częstochowie oddalił powództwo T. P. przeciwko spółce (...) o obniżenie ceny. Sąd Okręgowy w Częstochowie ustalił w oparciu o przeprowadzony dowód z opinii biegłego, że projekt budowlany zatwierdzony decyzją z 2 września 2008 r. odpowiadał stanowi faktycznemu nieruchomości przyjętemu przez projektanta za wyjściowy w stosunku do rzeczywistego stanu faktycznego. Sąd ustalił, że wykonawca po rozpoczęciu prac budowlanych poinformował T. P., że poszycie dachu jest wykonane z azbestu i że stan konstrukcji budzi wiele obaw co do wytrzymałości a następnie T. P. zlecił wykonanie ekspertyzy technicznej budynku, która potwierdziła, że konstrukcja stalowa może być wykorzystana przy adaptacji obiektu pod warunkiem wykonania i przestrzegania zaleceń podanych w ekspertyzie. T. P. zdecydował się na zmianę konstrukcji dachu pomimo tego, że możliwym było wykorzystanie istniejącej konstrukcji, pod wpływem wykonawcy, ponieważ wykorzystanie istniejącej konstrukcji wymagało żmudnych prac. Od wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie T. P. wniósł apelację, która została oddalona wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 12 marca 2012 r.

W. B. (2) zeznając w charakterze świadka przed Sądem Okręgowym w Częstochowie podał, że on i inwestor nie chcieli się zgodzić na to, aby istniejące płyty azbestowe przykryć styropianem.

W piśmie z 16 marca 2012 r. T. P. zawarł oświadczenie o uchyleniu się od skutków oświadczeń woli o przedłużeniu terminu wykonania robót złożonych pod wpływem błędu wywołanego przez (...) Spółkę Jawną W. B.; J. O. w O. polegającego na przyjęciu, że robót nie da się wykonać według pierwotnego projektu z uwagi na pokrycie dachu azbestem. T. P. wezwał (...) Spółkę Jawną W. B.; J. O. w O. do zapłaty 666 624 zł tytułem kary umownej za opóźnienie w wykonaniu robót w okresie od 29 czerwca 2010 r. do 15 listopada 2010 r. i potrącił z wierzytelnościami (...) Spółkę Jawną W. B.; J. O. w O. z faktur z 18 stycznia 2011 r. i 15 marca 2011 r.

T. P. w 2010 r. w swojej stacji paliw w D. osiągnął obroty w wysokości 29 535 100,90 zł a w stacji paliw w C. w maju 2011 r. osiągnął marżę w wysokości 114 393,12 zł.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Umowa zawarta przez strony jest umową o roboty budowlane. Powodowa spółka zobowiązała się wykonać obiekt w terminie do 28 czerwca 2010 r. a pozwany zobowiązał się zapłacić wynagrodzenie w wysokości 3 700 000 zł powiększone o podatek od towarów i usług.

Zdaniem Sądu w okolicznościach sprawy nie budzi żadnych wątpliwości to, że zmiana obu załączników umowy oznaczała dla stron zmianę terminu wykonania robót i wysokości wynagrodzenia dokonaną w formie przewidzianej w umowie dla ważności zmiany umowy. Takie znaczenie zmianom załączników nadawały same strony, aż do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Krakowie w sprawie zabezpieczenia, co wynika w szczególności ze sprzeciwu od nakazu zapłaty i z pism pozwanego zawierających oświadczenie o potrąceniu (karty 63-67, tom I). Znaczenie nadane załącznikowi nr 2 przez pozwanego po postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Krakowie, według którego powodowa spółka mogła pewne roboty wykonać w okresie od 29 czerwca 2010 r. do 21 grudnia 2010 r. ale jedynie w ten sposób, by wszystkie roboty wykonać do 28 czerwca 2010 r., Sąd uznał za nielogiczne i dlatego przyjął, że powodowa spółka miała wykonać obiekt budowlany w terminie do 21 grudnia 2010 r. za wynagrodzeniem 3 900 000 zł, do którego miano doliczyć podatek od towarów i usług.

Pozwany nie kwestionował tego, że powodowej spółce należało się wynagrodzenie przez nią dochodzone, zarzucił natomiast, że roszczenie powodowej spółki wygasło na skutek umorzenia wierzytelności powodowej spółki, do którego doszło w wyniku potrącenia wierzytelności pozwanego z tytułu kary umownej. Wyjątkiem jest kwota 25 220,26 zł. Strona powodowa w pozwie podała, że wierzytelność pozwanego w wysokości 25 220,26 zł potrąciła ze swoją wierzytelnością inną niż dochodzona od pozwanego. Dowodem na potrącenie jest pismo z 22 kwietnia 2011 r. (karta 59, tom I). Z pisma tego nie wynika jednak, że powodowa spółka potrąciła 25 220,26 zł z kwotami innymi niż dochodzone od pozwanego. W piśmie zawierającym oświadczenie woli powódki o potrąceniu zsumowano wszystkie wierzytelności powódki, po czym odjęto od nich kwotę 25 220,26 zł i wezwano pozwanego do zapłaty różnicy. Z pisma tego nie wynika więc, która wierzytelność powódki została umorzona, w szczególności nie wynika, by umorzona została wierzytelność, której powodowa spółka nie dochodzi od pozwanego, wynika zaś, że pomniejszono sumę wierzytelności powódki. Pozwany w sprzeciwie od nakazu zapłaty zarzucił zaś, że powodowa spółka sama twierdzi, że nie wykonała wszystkich robót, które miała wykonać, skoro to pozwany dostarczył materiały o wartości 25 220,26 zł, a nie powódka. Z tego faktu pozwany wyprowadza zarzut oparty na art. 488 § 2 kodeksu cywilnego, że powodowej spółce nie należy się wynagrodzenie w wysokości 25 220,26 zł.

Przepis art. 503 kodeksu cywilnego stanowi, że do potrącenia stosuje się odpowiednio przepisy o zaliczeniu zapłaty. Dlatego na podstawie art. 451 § 3 kodeksu cywilnego Sąd przyjął, że potrącenie z 22 kwietnia 2011 r. doprowadziło do wygaśnięcia najdawniejszego z długów pozwanego wymienionych w piśmie z 22 kwietnia 2011 r., to jest do pomniejszenia kwoty 61 500 zł dochodzonej przez powódkę od pozwanego w tym procesie. Dlatego powództwo o zapłatę 25 220,26 zł oddalono na podstawie art. 498 § 2 kodeksu cywilnego.

W opóźnieniu powodowej spółki, które istniało zdaniem pozwanego, Sąd wyróżnił trzy okresy. Pierwszy okres to okres do 21 grudnia 2010 r. Drugi okres to okres od 22 grudnia 2010 r. do 21 stycznia 2011 r. Trzeci okres to okres od 22 stycznia 2011 r. do 24 lutego 2011 r.

Pierwszy z wyróżnionych okresów nie był okresem opóźnienia powódki, ponieważ powódka miała wykonać obiekt budowlany do 21 grudnia 2010 r.

Odnosnie drugiego okresu Sąd zgodził się z pozwanym, że strony przewidziały w umowie odpowiedzialność powodowej spółki za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania, a nie za zwłokę w wykonaniu zobowiązania i z tym, że strony określiły w umowie procedurę, której wypełnienie zwalniało powodową spółkę od odpowiedzialności za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania. Strony postanowiły, że w przypadku konieczności uzyskania dodatkowych zezwoleń, których pozwany nie miał, strona powodowa miała obowiązek pisemnie, pod rygorem nieważności, zawiadomić o tym pozwanego. Dopiero takie zachowanie powodowej spółki zwalniało ją od odpowiedzialności za opóźnienie związane z brakiem zezwolenia. Powodowa spółka nie twierdziła, że poza zwróceniem uwagi pozwanego na problemy z konstrukcją dachu zwracała się do pozwanego pisemnie w sprawie braku dokumentów koniecznych

do prowadzenia robót, w szczególności zaś by zwracała się o decyzję zatwierdzającą prace geologiczne na wykonanie dwóch piezometrów. Z zeznań pozwanego wynika, że o potrzebie uzyskania takiego zatwierdzenia pozwany dowiedział się od osoby innej niż powodowa spółka. Pozwany wystąpił 6 grudnia 2010 r. o takie zatwierdzenie i uzyskał je 14 grudnia 2010 r. (karta 75, tom I). Powodowa spółka w pozwie twierdziła, że decyzja ta była wydana na tyle późno, że nie było możliwym, biorąc pod uwagę czas potrzebny na uprawomocnienie się tej decyzji, by zakończyć prace na budowie do 21 grudnia 2010 r. Jednakże w świetle umowy odpowiedzialność za to, że pozwany zbyt późno wystąpił o wydanie tej decyzji, obciąża powodową spółkę. Zgodnie z projektem budowlanym piezometry miały być wykonane, również umowa przewidywała wykonanie piezometrów. Dlatego powodowa spółka odpowiednio wcześniej powinna była zauważyć, że nie ma stosownych dokumentów, i wezwać pozwanego do uzyskania takich dokumentów. Dlatego opóźnienie w wykonaniu obiektu budowlanego pomiędzy 22 grudnia 2010 r. a 21 stycznia 2011 r. jest nienależytym wykonaniem zobowiązania, za które odpowiedzialność ponosi powodowa spółka.

Odnosnie trzeciego okresu:

Powodowa spółka podała, że końcowy odbiór robót nastąpił 21 stycznia 2011r. (karta 55, tom I). Pozwany zarzucił, że dokonując odbioru działał pod wpływem błędu co do braku wad wykonanych robót, a po wykryciu błędu, czyli wykryciu wad polegających na nieprawidłowym poprowadzeniu kabla przez działkę sąsiada i nieprawidłowym wykonaniu zjazdu na drogę sąsiada, uchylił się od skutków oświadczenia woli (karty 65-67, tom I) i dlatego za datę odbioru uznać należy datę usunięcia wykrytych wad.

Zdaniem Sądu Okręgowego, zgodnie z art. 647 kodeksu cywilnego przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu a inwestor zobowiązuje się do w szczególności do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Obowiązek odbioru przez inwestora wynika więc wprost z ustawy. Inwestor powinien więc odebrać obiekt od wykonawcy, jeżeli wykonawca zaoferuje obiekt zgodnie z umową, w szczególności bez wad istotnych, czyli takich, które uniemożliwiają używanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem. W sytuacji jednak, gdy do odbioru dojdzie, ponieważ wady nie zostaną zauważone, a po odbiorze obiektu wady się ujawnią, inwestorowi pozostają uprawnienia wynikające z rękojmi lub gwarancji. Odbiór jest bowiem czynnością faktyczną, a nie prawną. Dlatego wykrycie wad obiektu po odbiorze nie może oznaczać, że pozwany nie odebrał obiektu 21 stycznia 2011 r. lecz w momencie usunięcia wad. Dlatego nie można w okolicznościach sprawy uznać, że obiekt został oddany 24 lutego 2011 r., więc kara umowna za okres od 22 stycznia 2011 r. do 24 lutego 2011 r. pozwanemu się nie należała.

Sporną między stronami okolicznością była podstawa obliczenia kary umownej. Według pozwanego kara umowna powinna być liczona od kwoty wynagrodzenia 3 900 000 zł powiększonego o podatek od towarów i usług, według powodowej spółki kara umowna powinna być liczona od 3 700 000 zł netto, czyli bez podatku od towarów i usług. Zdaniem Sądu podstawą do obliczenia kary umownej jest wynagrodzenie 3 900 000 zł netto, czyli bez podatku od towarów i usług. W § 7 ust. 1 lit b umowy (karta 19, tom I) strony postanowiły, że w razie opóźnienia w wykonaniu robót wykonawca zapłaci inwestorowi karę umowną za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w wysokości 0,1 % wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1 umowy. W § 5 ust. 1 strony postanowiły, że wynagrodzenie równe będzie 3 700 000 zł, do czego należy doliczyć podatek od towarów i usług. Załącznik nr 3 zmienił wynagrodzenie na kwotę 3 900 000 zł, do czego należało doliczyć podatek od towarów i usług. Zmiana załącznika nr 3 do umowy miała ten sam skutek, co zmiany załącznika nr 2 do umowy, czyli zmieniała umowę co do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, tak jak załączniki nr 2 zmieniały termin wykonania robót. Podstawą obliczenia kary umownej było wynagrodzenie należne wykonawcy i dlatego wraz ze zmianą wynagrodzenia zmieniła się wysokość podstawy obliczenia kary umownej. Umowa przewidywała karę umowną nie tylko za opóźnienie ale także za odstąpienie od umowy przez wykonawcę lub inwestora.

W § 7 ust. 4 i 5 umowy (karta 20, tom I) strony postanowiły, że w przypadku odstąpienia od umowy należeć się będzie kara umowna w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 umowy. Zatem różnica pomiędzy podstawą obliczenia kary umownej ujętą w § 7 ust. 4 i 5 umowy i ujętą w § 7 ust. 1 umowy sprowadza się do tego, że w § 7 ust. 4 i 5 umowy mowa jest o wynagrodzeniu brutto a w § 7 ust. 1 nie użyto określenia brutto.

Strony nie zgłaszały żadnych dowodów dla wykazania, jak zgodnie rozumiały umowę w tym zakresie. Z uwagi na ograniczenia wynikające z art. 479^{14b} kodeksu postępowania cywilnego Sąd nie mógł z urzędu przeprowadzić dowodu z przesłuchania stron dla ustalenia tej okoliczności. Dlatego podstawą wykładni umowy jest wyłącznie tekst umowy. Skoro w jednej jednostce redakcyjnej umowy określając podstawę obliczenia kary umownej strony raz wskazują, że podstawą jest wynagrodzenie brutto, a raz wskazują, że podstawą jest wynagrodzenie bez dodatku brutto, to należy przyjąć, że zabieg ten był celowy. W przeciwnym razie użycie lub nieużycie dodatku brutto nie miałyby znaczenia. Przy wykładni tekstu normatywnego nie można zakładać, że pewne fragmenty tekstu nie mają znaczenia, ponieważ - racjonalnie rzecz rozpatrując - gdyby fragmenty tekstu normatywnego miały nie mieć znaczenia, to strony by te fragmenty pominęły a nie wprowadzały ich do tekstu.

Strona pozwana powołała się w sprzeciwie na dokonane przed procesem potrącenie (karty 63-67, tom I). Powodowa spółka zarzuciła, że oświadczenia te zostały złożone pod warunkiem a to oznacza, że są one nieważne. Rozstrzygnięcie, czy oświadczenie o potrąceniu może być złożone pod warunkiem, nie jest w sprawie konieczne. Oświadczenie z 26 kwietnia 2011 r. (karta 63, tom I) zawiera wezwanie do zapłaty kary umownej liczonej za okres od 17 listopada 2010 r. do 21 stycznia 2011 r. oraz oświadczenie woli o potrąceniu kary umownej za okres od 17 listopada 2010 r. do 21 stycznia 2011 r. z wierzytelnością powodowej spółki w wysokości 381 300 zł pod warunkiem zawieszającym, że powodowa spółka nie zapłaci w wyznaczonym terminie kary umownej. Kolejne pismo z 5 maja 2011 r. (karty 65-67, tom I) zawiera wezwanie do zapłaty kary umownej za okres od 22 stycznia 2011 r. do 24 lutego 2011 r. oraz oświadczenie o potrąceniu tej kary umownej z wierzytelnościami powodowej spółki złożone również pod warunkiem zawieszającym, że powodowa spółka nie zapłaci w wyznaczonym terminie kary umownej. W piśmie tym pozwany opisuje jednak jeszcze, jaki skutek jego zdaniem wywołało pismo z 26 kwietnia 2011 r., czyli że pozwany potrącił z wierzytelnością powodowej spółki swoją wierzytelność z tytułu kary umownej za okres od 17 listopada 2010 r. do 21 stycznia 2011 r. Dlatego nawet jeżeli przyjąć, że oświadczenie z 26 kwietnia 2011 r. jako złożone pod warunkiem było nieważne, to pismo z 5 maja 2011 r. ujawnia w sposób wystarczający wolę potrącenia z wierzytelnością powodowej spółki wierzytelności pozwanego z tytułu kary umownej za okres od 17 listopada 2010 r. do 21 stycznia 2011 r. Dlatego jeżeli pismo z 26 kwietnia 2011 r. było jedynie wezwaniem do zapłaty, to pismo z 5 maja 2011 r. było oświadczeniem o potrąceniu kary umownej za okres od 17 listopada 2010 r. do 21 stycznia 2011 r. z wierzytelnością powódki w kwocie 381 300 zł.

Pozwany zarzucił, że oświadczenia woli przedłużające termin wykonania robót z uwagi na konieczność zmiany konstrukcji dachu składał pod wpływem wywołanego przez powodową spółkę błędu co do niedopuszczalności wykorzystania przy przebudowie istniejącej konstrukcji dachu zawierającej azbest i że uchylił się od skutków tych oświadczeń woli. Przepis art. 651 kodeksu cywilnego stanowi, że jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora. Powodowa spółka uczyniła zadość temu obowiązkowi wysyłając do pozwanego pismo (karta 68, tom I). Z pisma tego nie wynika nic ponad to, że stwierdzono, że poszycie dachu jest z azbestu i że konstrukcja stalowa dachu budzi wiele obaw, jeżeli chodzi o wytrzymałość nośną. Nie wynika z tego pisma w szczególności to, że nie można wykorzystać przy przebudowie istniejącego poszycia z azbestu lub że takie poszycie musi zostać wymienione. Pozwany zwrócił się w tej sprawie do projektanta i zlecił wykonanie ekspertyzy. Nie ma w sprawie dowodu na to, że powodowa spółka twierdziła, że nie wolno wykorzystać istniejącego poszycia z azbestu przy wykonywaniu robót. Z dowodów wynika natomiast, że powodowa spółka należała na zmianę konstrukcji dachu z uwagi na to, że prace, które należało wykonać zgodnie z ekspertyzą wykonaną na zlecenie pozwanego, były bardziej pracochłonne niż wykonanie nowej konstrukcji dachu, a pozwany na taką zmianę się zgodził. Wynika to z notatki z 16 marca 2010 r. (karta 70, tom I), zeznań świadka R. D. (karty 949-951, tom V), wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie (karty 720-721, tom IV), protokołu zeznań W. B. (2) przed Sądem Okręgowym w Częstochowie (karta 1154, tom VI). Pozwany nie został wprowadzony w błąd przez powodową spółkę i dlatego jego oświadczenie o uchyleniu się od skutków oświadczeń woli wydłużających termin zakończenia robót oraz oświadczenia woli podwyższającego

wynagrodzenie (karty 733-736, tom IV) nie było skuteczne. Z tego względu pozwanemu nie przysługiwała kara umowna za opóźnienie liczone od 29 czerwca 2010 r. do 15 listopada 2010 r.

Powodowa spółka wniosła o zmniejszenie kary umownej należnej pozwanemu a przedstawionej przez niego do potrącenia podnosząc, że pozwany nie poniósł szkody. Sąd nie znalazł podstaw do zmniejszenia kary umownej na podstawie art. 484 § 2 kodeksu cywilnego. Pozwany podał, że na skutek opóźnienia w otwarciu stacji paliw utracił korzyści. Nie ma podstaw do tego, by w tym zakresie twierdzenia pozwanego kwestionować. Oczywistym jest, że opóźnienie otwarcia stacji paliw pociąga za sobą opóźnienie w uzyskiwaniu przychodów z tej działalności. Strona powodowa nie powołała żadnych argumentów przemawiających za miarkowaniem kary umownej. W szczególności nie wyjaśniła, na czym opiera przekonanie, że opóźnienie w otwarciu stacji paliw nie pociągnęło za sobą utraty przychodów za czas, kiedy stacja była nieczynna.

Ostatecznie Sąd uznał, że powodowa spółka udowodniła, że należały się jej kwoty 61 500 zł i 381 300 zł. W sprawie zostało wykazane, że powodowa spółka potrąciła z kwoty 61 500 zł kwotę 25 220,26 zł i że pozwany potrącił z kwoty 381 300 zł karę umowną w wysokości 120 900 zł (iloczyn 31 dni opóźnienia i kwoty 3900 zł za każdy dzień opóźnienia). Dlatego orzeczono jak w sentencji zasądzając od pozwanego wynagrodzenie za roboty budowlane na podstawie art. 647 i art. 481 § 1 i § 2 kodeksu cywilnego.

Odsetki od 120 900 zł zasądzono za okres liczony do upływu 3 dni od doręczenia wezwania do zapłaty kary umownej, ponieważ potrącenie miało moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe, tak stanowi bowiem art. 499 zd. 2 kodeksu cywilnego. Potrącenie stało się możliwe, gdy obie wierzytelności stały się wymagalne.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 100 zd. 1 w zw. z art. 98§1 i §3, art. 99 i art. 108§1 kodeksu postępowania cywilnego stosunkowo je rozdzielając.

Apelacje od tego wyroku wniosły obie strony:

Pozwany zaskarżył wyrok w części określonej w pkt I i II wyroku domagając się zmiany wyroku przez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda tylko:

1/ kwoty 108 075,74 zł z ustawowymi odsetkami od 30 marca 2011 r. do dnia zapłaty;

2/ oraz:

- ustawowych odsetek od kwoty 147 609,60 zł za okres od 30 marca 2011 r. do

dnia 8 maja 2011 r.;

- ustawowych odsetek od kwoty 36 279,74 zł za okres od 3 lutego 2011 r. do 14 maja 2011 r.;
- ustawowych odsetek od kwoty 125 614,66 za okres do 30 marca 2011 r. do dnia 14 maja 2011 r.

Ponadto zaskarżył wyrok w części pkt IV i VI wyroku, czyli rozstrzygnięcie co do kosztów postępowania.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. Naruszenie art. 65 § 1 i §2 Kodeksu cywilnego poprzez jego niewłaściwą interpretację i przyjęcie, że kara umowna należna pozwanemu na podstawie §7 ust. 1 punkt b Umowy o roboty budowlane z 5 lutego 2010 r. winna stanowić 0,1 % od kwoty 3 900 000,00 zł tj. wartości netto wynagrodzenia;
2. Naruszenie art. 3 ust. 1 punkt 1 Ustawy o cenach poprzez jego niezastosowanie w sprawie;
3. Naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego poprzez jego niewłaściwą

interpretację polegającą na przyjęciu, że podpisanie protokołu odbioru jest czynnością, która bezwzględnie stanowi o zakończeniu prac przez wykonawcę, nawet jeśli podpisanie protokołu odbioru miało miejsce pod wpływem błędu i w okolicznościach, w których – gdy pozwany nie pozostawał w błędzie - te zgodne z prawem odmówiłby podpisania tego protokołu;

4. Naruszenie art. 462 KC poprzez nie zważenie, iż protokół odbioru ma charakter pokwitowania w rozumieniu tego przepisu, a więc będącym zarówno oświadczeniem wiedzy jak i woli czyli czynnością prawną, a więc czynnością od której można się uchylić pod wpływem błędu;

5. naruszenie też art. 56 Kodeksu cywilnego, art. 60 Kodeksu cywilnego oraz art. 462 §1 Kodeksu cywilnego poprzez ich niewłaściwą interpretację polegającą na przyjęciu, że protokół odbioru obiektu budowlanego nie jest czynnością od której skutków nie jest możliwe uchylenie się w przypadku błędu;

6. W konsekwencji naruszenia art. 56 Kodeksu cywilnego, art.60 Kodeksu cywilnego oraz 462 Kodeksu cywilnego - doszło do naruszenia art. 84 §1 oraz art. 84 §2 Kodeksu cywilnego poprzez jego niezastosowanie w sprawie;

7. Konsekwencją powyższego jest naruszenie art. 233 Kodeksu postępowania cywilnego poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału i nie dokonanie ustalenia, stwierdzającego fakt, że w piśmie Pozwanego skierowanego do Powoda z dnia 5 maja 2011 r. dotyczącym naliczenia kary umownej oraz potrącenia - doszło także do skutecznego uchylenia się Pozwanego od skutków złożonego oświadczenia o podpisaniu protokołu odbioru robót z uwagi na podpisanie tego protokołu pod wpływem błędu opisanego w tym oświadczeniu;

8. Konsekwencją powyższego jest także nierozpoznanie istoty sprawy w zakresie, kwestii zasadności zarzutu potrącenia Pozwanego dotyczącego roszczenia z tytułu kar umownych za okres od 22 stycznia 2011 r. do 24 lutego 2011 r. Rozstrzygnięcie o zasadności zgłoszonego zarzutu potrącenia wymaga ustalenia czy wady ujawnione po podpisaniu protokołu odbioru w dniu 21 stycznia 2011 r. były wadami istotnymi, które uniemożliwiły uzyskanie pozwolenia na użytkowanie w przypadku ich pozostawienia, a jeśli tak to czy - fakt ten świadczy o nie wykonaniu robót oraz czy wówczas Pozwany był uprawniony do uchylenia się od skutków swojego oświadczenia woli na podstawie art. 84 Kodeksu cywilnego;

9. Naruszenie art. 233 Kodeksu postępowania cywilnego poprzez błędne ustalenia faktyczne opierające się na dowolnej ocenie dowodów prowadzącej do nie przyjęcia za wykazanego faktu, że powodowa spółka stała na stanowisku, że nie można pozostawić przy przebudowie istniejącego poszycia z azbestu, czyli nie można po prostu wykonać istniejącego projektu budowlanego i co za tym idzie - zarzut nieprawidłowego przyjęcia, że pozwany podpisując nowe harmonogramy robót nie działał pod wpływem błędu, iż zaistniały przewidziane umową okoliczności uzasadniające opóźnienie powoda;

10. Z uwagi na powyższe - Sąd naruszył art. 84 §1 i 2 Kodeksu cywilnego i błędnie uznał, że "Pozwany nie został wprowadzony w błąd przez powodową spółkę i dlatego jego oświadczenie o uchyleniu się od skutków oświadczeń woli wydłużających termin zakończenia robót oraz oświadczenia woli podwyższającego wynagrodzenie (karty 733-736, tom IV) nie było skuteczne.";

11. Sąd naruszył także art. 65 Kodeksu cywilnego - poprzez niewłaściwą interpretację umowy i uznanie, że zmiana harmonogramu była zarazem zmianą umowy. Podpisanie takiego nowego harmonogramu nie jest zmianą umowy dlatego, że jest jedynie potwierdzeniem wystąpienia przewidzianych w umowie okoliczności.

W związku z przedstawionymi zarzutami wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Krakowie do ponownego rozpoznania, ewentualnie o zmianę wyroku w wyżej opisany sposób oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego.

Z kolei powód zaskarżył wyrok w części dotyczącej kwoty 25.220,26 złotych i wniósł o :

- zmianę zaskarżonego wyroku co do jego punktu III i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda dodatkowo także kwoty 25.220,26 złotych wraz z odsetkami od dnia 03 lutego 2011 do dnia zapłaty;

- stosowną zmianę rozstrzygnięcia co do kosztów postępowania przed Sądem I Instancji;

- przyznanie powodowi zwrotu kosztów zastępstwa prawnego za II instancję.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił sprzeczność ustaleń faktycznych z zebrany w sprawie materiałem dowodowym oraz naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 k.p.c. poprzez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów, skutkiem czego przyjęcie, że wynagrodzenie należne powodowi winno być obniżone o kwotę 25.220,26 zł.

Sąd Apelacyjny, zważył, co następuje:

Obie apelacje są bezzasadne.

Sąd I Instancji dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych, które Sąd Apelacyjny uznaje za swoje oraz trafnie zastosował przepisy prawa materialnego i procesowego.

Na wstępie wskazać należy, że sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji (art.378 §1 k.p.c.) na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym (art.382 k.p.c. z tym zastrzeżeniem, że przed sądem pierwszej instancji powinny być przedstawione wyczerpująco kwestie sporne, zgłoszone fakty i dowody, a prezentacja materiału dowodowego przed sądem drugiej instancji ma miejsce wyjątkowo). Stosując zasady tzw. apelacji pełnej należy stwierdzić, że obowiązkiem sądu drugiej instancji nie jest rozpoznanie samej apelacji lecz ponowne merytoryczne rozpoznanie sprawy w granicach zaskarżenia. Zgodnie z uchwałą składu 7 sędziów (III CZP 49/07, OSNC 2008, nr6, poz.55), której nadano moc zasady prawnej, sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego.

Odnosząc się do zarzutów apelacji należy wskazać, że prawidłowe zastosowanie prawa materialnego jest uzależnione od poczynienia prawidłowych ustaleń w zakresie stanu faktycznego sprawy. Temu służy postępowanie dowodowe zgodnie z którym na podstawie art.6 k.c. i 232 k.p.c. strony zobowiązane są przedstawić sądowi rozpoznającemu sprawę dowody na poparcie swych twierdzeń.

Ponieważ skuteczne postawienie zarzutu naruszenia prawa materialnego jest możliwe tylko na tle niekwestionowanego stanu faktycznego w pierwszym rzędzie należy odnieść się do zarzutów naruszenia prawa procesowego, w szczególności art.233 kpc. Pozwany postawił ten zarzut tylko w odniesieniu do dwóch okoliczności faktycznych:

a/ nie dokonania ustalenia, stwierdzającego fakt, że w piśmie pozwanego skierowanego do powoda z dnia 5 maja 2011 r. dotyczącym naliczenia kary umownej oraz potrącenia - doszło także do skutecznego uchylenia się pozwanego od skutków złożonego oświadczenia o podpisaniu protokołu odbioru robót z uwagi na podpisanie tego protokołu pod wpływem błędu opisanego w tym oświadczeniu;

b/ nie przyjęcia za wykazanego faktu, że powodowa spółka stała na stanowisku, że nie można pozostawić przy przebudowie istniejącego poszycia z azbestu, czyli nie można wykonać istniejącego projektu budowlanego i co za tym idzie - zarzut nieprawidłowego przyjęcia, że pozwany podpisując nowe harmonogramy robót nie działał pod wpływem błędu, iż zaistniały przewidziane umową okoliczności uzasadniające opóźnienie powoda;

Konsekwencją uchybienia z pkt a jest zdaniem pozwanego nierozpoznanie istoty sprawy w kwestii zasadności zarzutu potrącenia pozwanego dotyczącego roszczenia z tytułu kar umownych za okres od 22 stycznia 2011 r. do 24 lutego 2011r. Rozstrzygnięcie o zasadności zgłoszonego zarzutu potrącenia wymaga ustalenia czy wady ujawnione po podpisaniu protokołu odbioru w dniu 21 stycznia 2011 r. były wadami istotnymi, które uniemożliwiły uzyskanie pozwolenia na użytkowanie w przypadku ich pozostawienia, a jeśli tak to czy - fakt ten świadczy o nie wykonaniu robót

oraz czy wówczas pozwany był uprawniony do uchylenia się od skutków swojego oświadczenia woli na podstawie art. 84 Kodeksu cywilnego;

Nie można również zgodzić się z zarzutem, iż Sąd Okręgowy naruszył art. 233 k.p.c. Pamiętać należy, iż skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez Sąd art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, czego pozwany nie uczynił, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (zob. T. Ereciński [w]: Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego; część pierwsza, Warszawa 2004 r., s. 496; orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 1998 r., II CKN 4/98 nie publ.).

Sąd I Instancji w obszernym uzasadnieniu odniósł się szczegółowo do wszystkich istotnych kwestii stanu faktycznego i nie ma potrzeby powtarzania tych argumentów. Zarzuty pozwanego są w sposób oczywisty bezzasadne i nie uwzględniają tych argumentów.

W treści piśmie pozwanego skierowanego do powoda z dnia 5 maja 2011 r. dotyczącym naliczenia kary umownej oraz potrącenia nie ma żadnej wzmianki o uchyleniu się przez pozwanego od skutków złożonego oświadczenia o podpisaniu protokołu odbioru robót z uwagi na podpisanie tego protokołu pod wpływem błędu. Uchylenie się od skutków odbioru oznaczałoby powrót do sytuacji sprzed odbioru, czyli do powrotnego przekazania powodowi obiektu celem jego dokończenia, a takiej woli w żaden sposób z tego pisma nie można wyczytać. Odstąpienie powinno być rzeczywiste, a nie pozorne, prezentowane dopiero w procesie sądowym.

Nie można wykluczyć, że wyjątkowo w protokole odbioru strony – oprócz opisu czynności odbioru - składają dodatkowe oświadczenia woli, od których później na zasadach ogólnych mogą odstąpić. Pozwany jednak nie wskazuje na konkretne oświadczenia woli zawarte w przedmiotowym protokole, od których chciałby się uchylić. Samo stwierdzenie wad po odbiorze – również istotnych w rozumieniu przepisów o rękojmi - nie daje podstaw do odstąpienia, od odbioru, który ze swej natury jest czynnością faktyczną.

Sąd I Instancji rozważył tę kwestię, podobnie jak inne istotne w sprawie problemy, zatem o nierozpoznaniu istoty sprawy nie może być mowy.

Zasadnie Sąd I instancji ustalił, że zakończenie prac przez powoda nastąpiło 21 stycznia 2010 roku, w którym to dniu strony dokonały protokolarnego odbioru wykonanych prac. Wyjście na jaw po dokonaniu odbioru pewnych nieprawidłowości - okoliczność, iż kabel zasilający jedną z lamp został posadowiony na działce sąsiedniej - traktować należy jako powstanie wady przedmiotu umowy, do usunięcia której zobowiązana była powódka, a nie jako niewykonanie przedmiotu umowy.

Nie budzi też najmniejszych wątpliwości, że zmiana załączników (harmonogramów) do umowy prowadzi do zmiany samej umowy poprzez wydłużenie terminu wykonania robót do 21 grudnia 2010 r. i podwyższenie wynagrodzenia do 3 900 000 zł, do którego miano doliczyć podatek od towarów i usług, ponieważ zmiana załącznika odzwierciedla rzeczywistą wolę stron. Ma rację Sąd Okręgowy, że techniczny sposób wyrażenia woli, to jest jej wyrażenie poprzez zmianę umowy i załącznika lub jedynie załącznika do umowy bez zmiany samej umowy, nie ma znaczenia dopóty, dopóki nie nasuwa wątpliwości co do rzeczywistej woli stron (wyrok Sądu Najwyższego z 20 stycznia 2012 r., I CSK 373/12).

Pozwany nie wykazał też, że powód w jakikolwiek sposób zmusił powoda do rezygnacji z użycia azbestu. Decyzję taką powziął sam pozwany po zasięgnięciu opinii ekspertów. Powód wskazując na te kwestię, wykonał tylko swój obowiązek ustawowy, jako wykonawca robót budowlanych (art. 651 k.c.).

Należy zgodzić się z Sądem I Instancji, co do wykładni zapisu § 7 ust 1 umowy o roboty budowlane z dnia 5 lutego 2010 roku, że formułując zapis o karach umownych za opóźnienie w wykonaniu robót strony odnosiły się do wartości wynagrodzenia określonej w § 5 ust.1 tej umowy - tj. bez podatku VAT. W obrocie gospodarczym przedsiębiorcy

co do zasady, ustalając ceny i wynagrodzenie posługują się kwotami netto, tak samo jak w kwotach netto analizują koszty nabycia materiałów czy wynagrodzenia podwykonawców. Tak samo było w niniejszej sprawie. Wyrazem tego jest brzmienie łączącej strony Umowy - § 5 ust.1: „Za prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy Inwestor zapłaci wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe w łącznej kwocie 3.700.000 zł netto (słownie: trzy miliony siedemset tysięcy złotych netto, do którego doliczony zostanie podatek od towarów i usług według stawiki obowiązującej w dniu wystawienia faktury VAT.”, czyli, że podatek ma zostać doliczony do wynagrodzenia, na co wskazują słowa: („do którego”). Jednak zasadniczym argumentem jest to, że zastrzegając inną karę umowną strony odwołały się wyraźnie do wynagrodzenia brutto, a w spornym postanowieniu tego nie uczyniły. Zatem ilekroć strony umowy pisały „wynagrodzenie” bez dodania „brutto” oczywistym jest, że miały na myśli kwotę netto - zgodnie z treścią § 5 ust. 1 umowy.

Należy też zgodzić się ze stanowiskiem powoda, że oświadczenia woli o potrąceniu nie można złożyć pod warunkiem (zarówno zawieszającym, jak i rozwiązującym) oraz z zastrzeżeniem terminu z uwagi na konstytutywny (kształtujący) charakter oświadczenia o potrąceniu, ani przed terminem wymagalności roszczenia (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 21 czerwca 2012 roku, III CSK 317/11,): „Nie wywołuje żadnego skutku złożenie oświadczenia o potrąceniu niewymagalnej wierzytelności. Oznacza to, że potrącający powinien złożyć oświadczenie po ziszczeniu się tej przesłanki, a jeśli dokonał tego we wcześniejszym czasie musi złożyć ponowne oświadczenie. Wskazane połączenie w tym zarzucie elementów procesowych i materialnoprawnych przemawia za przyjęciem, że brak jednego z tych elementów powoduje bezskuteczność podjętej czynności, a możliwość jej konwalidowania, jako jednostronnej czynności prawnej, jest wyłączona.”

Bezzasadna jest również apelacja powoda, dotycząca nieuwzględnienia kwoty 25.220,26 zł. Niezależnie od kwestii dotyczących skuteczności potrącenia tej kwoty i zarachowania jej na poczet najwcześniejszej wymaganej wierzytelności, wskazać należy, że powodowi ta kwota się nie należy z uwagi na zakupienie przez pozwanego materiałów w miejsce powoda, którego obowiązek w tym względzie wynikał z łączącej strony umowy.

Strona powodowa powoływała się na pismo z 22 kwietnia 2011 r. (karta 59, tom I). Należy się jednak zgodzić z Sądem Okręgowym, że z pisma tego nie wynika, że powodowa spółka potrąciła kwotę 25 220,26 zł z kwotami innymi niż dochodzone od pozwanego. W piśmie zawierającym oświadczenie woli powódki o potrąceniu zsumowano wszystkie wierzytelności powódki, po czym odjęto od nich kwotę 25 220,26 zł i wezwano pozwanego do zapłaty różnicy. Z pisma tego nie wynika więc, która wierzytelność powódki została umorzona, w szczególności nie wynika, by umorzona została wierzytelność, której powodowa spółka nie dochodzi od pozwanego, wynika zaś, że pomniejszono sumę wierzytelności powódki. Skoro to pozwany dostarczył materiały o wartości 25 220,26 zł, a nie powódka, to słusznie z tego faktu pozwany wyprowadza zarzut oparty na art. 488 § 2 kodeksu cywilnego, że powodowej spółce nie należy się wynagrodzenie w wysokości 25 220,26 zł. Z tego względu na podstawie art. 451 § 3 kodeksu cywilnego zasadnie Sąd przyjął, że potrącenie z 22 kwietnia 2011 r. doprowadziło do wygaśnięcia najdawniejszego z długów pozwanego wymienionych w piśmie z 22 kwietnia 2011 r., to jest do pomniejszenia kwoty 61 500 zł dochodzonej przez powódkę od pozwanego w tym procesie.

Biorąc pod uwagę przedstawione argumenty Sąd Apelacyjny oddalił obie apelacje na podstawie art. 385 kpc.

Wobec oddalenia obydwu apelacji, Sąd na podstawie art. 100 kpc zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 900 zł tytułem części kosztów postępowania apelacyjnego dokonując ich stosunkowego rozdzielenia.