

Sygn. akt I ACa 1155/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 listopada 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Struzik (spr.)
Sędziowie:	SSA Jerzy Bess SSO del. Krzysztof Hejosz
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Lech

po rozpoznaniu w dniu 28 listopada 2013 r. w Krakowie na rozprawie
sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Spółki z o.o. w K.
przeciwko I. K.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 20 czerwca 2013 r. sygn. akt VII GC 185/11

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od pozwanego na rzecz strony powodowej kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I ACa 1155/13

UZASADNIENIE

Powód Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Spółka z o.o. w K. domagało się zasądzenia od pozwanego I. K. kwoty 332.323,99 zł, w tym kwoty 318.067 zł stanowiącej karę umowną za opóźnienie w wykonaniu robót oraz kwoty 14.256 zł stanowiącej koszt usunięcia wad wraz z należnościami ubocznymi. W uzasadnieniu powyższego żądania powód wskazał, że strony łączyła zawarta w dniu 4 lutego 2010 r. umowa, której przedmiotem było wykonanie przez pozwanego konstrukcji żelbetowej budynku (...) wraz z częścią garażu podziemnego na działce przy ul. (...) w Ł., z wyłączeniem robót dotychczas wykonanych. Aneksem Nr (...) strony zwiększyły zakres robót przez zlecenie prac dodatkowych, zmieniły wysokość wynagrodzenia oraz termin zakończenia wykonania robót na dzień 31 lipca 2010 r. W dniu 27 września 2010 r. strony zawarły umowę na wykonanie nawierzchni dróg i chodników z kostki brukowej

wraz z podbudową. W dniu 9 grudnia 2010 r. pozwany zgłosił zakończenie robót objętych umową z dnia 4 lutego 2010 r. Na podstawie § 12 ust. 1 pkt 6 powyższej umowy powód naliczył pozwanemu kary umowne w kwocie 379.900 zł za opóźnienie w wykonaniu robót oraz 24.000 zł za opóźnienie w usunięciu wad, z którymi potrącił wierzytelność pozwanego w kwocie 85.832,01 zł z tytułu kaucji gwarancyjnej. W dniu 12 września 2011 r. powód zgłosił pozwanemu reklamację w związku z przeciekami wody z patio do garażu, wyznaczając wykonawcy do dnia 19 września 2011 r. termin na ich usunięcie. W dniu 21 września 2011 r. powód zlecił usunięcie wad wykonawcy zastępczemu S. G., obciążając następnie pozwanego kosztami tych prac w kwocie 14.256 zł.

Na rozprawie w dniu 5 czerwca 2012 r. pełnomocnik powoda wskazał, że dochodzona kwota 318.067 zł stanowi karę umowną za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa oraz o miarkowanie kary umownej. Pozwany podniósł, że oprócz robót wynikających z umowy z dnia 4 lutego 2010 r. i 27 września 2010 r. wykonywał na zlecenie powoda z dnia 15 lipca 2010 r. przewody wentylacyjne z pustaków ceramicznych oraz że wszystkie usterki zgłoszone przez powoda do usunięcia których był zobowiązany usunął. W przedmiocie usterek zgłoszonych w dniu 12 września 2011 r. pozwany wskazał, że nie dotyczyły one prac przez niego wykonanych albowiem miał on wykonać jedynie dylatacje w elementach konstrukcyjnych. Ponadto wyznaczony przez powoda termin usunięcia tej usterki był zbyt krótki. Pozwany powołał się także na § 2 ust. 1 lit. c umowy z 4 lutego 2010 r., zgodnie z którym wykonawca był zobowiązany do usunięcia usterek wskazanych w protokole odbioru końcowego budynku, a takiego dokumentu powód nie przedłożył. Powód nie wykazał zdaniem pozwanego, aby prace związane z zastępczym usunięciem usterek miały związek z usterkami, za które odpowiedzialność ponosił wykonawca. Pozwany podniósł nadto, że koszty zastępczego usunięcia wad były wygórowane. Pozwany wniósł też o miarkowanie kary umownej argumentując, że powód nie poniósł szkody na skutek nieusunięcia przez pozwanego usterek w zakreślonym terminie. W przedmiocie kary umownej za opóźnienia w wykonaniu robót pozwany wskazał, że prace innych wykonawców pracujących na budowie uniemożliwiły mu wykonanie w terminie prac żelbetowych i murarskich. Ponadto dopiero w dniu 15 lipca 2010 r. powód zlecił mu wykonanie instalacji wentylacyjnej z pustaków. Do opóźnienia prac przyczynił się także powód przez złą organizację prac na budowie. Miarkowanie kary umownej za opóźnienie w wykonaniu robót pozwany uzasadnił brakiem szkody po stronie powoda oraz rażącym wygórowaniem kary naliczonej w wysokości 0,1 % wartości wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia.

W odpowiedzi na powyższe stanowisko pozwanego powód wskazał, że to pozwany nie stawiał się na uzgodniony na dzień 20 grudnia 2010 r. termin odbioru końcowego. Roboty zleconemu pozwanemu w dniu 15 lipca 2010 r. nie miały żadnego związku z robotami wchodzącymi w zakres umowy z 4 lutego 2010 r. Z kolei usterki zgłoszone w piśmie z 12 września 2011 r. wchodziły w zakres prac wykonanych przez pozwanego albowiem umowa obejmowała wykonanie konstrukcji żelbetowej stropu garażu nad poziomem - 1 w której znajdowały się wadliwie wykonane dylatacje.

Wyrokiem z dnia 20 czerwca 2013 r. Sąd Okręgowy w Kielcach zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 228.167 zł z odsetkami w wysokości 13% w stosunku rocznym od dnia 3 maja 2011 r. i każdorazowymi ustawowymi odsetkami do dnia zapłaty oraz kwotę 13.386,74 zł tytułem kosztów procesu oraz oddalił powództwo w pozostałej części.

Powyższe orzeczenie sąd I instancji oparł na następujących ustaleniach faktycznych:

W dniu 4 lutego 2010 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie przez pozwanego na rzecz powoda konstrukcji żelbetowej II etapu inwestycji (...) składającej się z budynków (...) wraz z częścią garażu podziemnego, zlokalizowanej na działce nr (...) obrębu (...) przy ul. (...) w Ł., z wyłączeniem prac i robót dotychczas wykonanych. Przedmiot umowy miał być wykonany w oparciu o dokumentację projektową, w terminach określonych w harmonogramie robót stanowiących załącznik nr 1 do umowy (§ 1). Umowa miała być wykonana w ciągu 5 miesięcy kalendarzowych. Przedmiot umowy miał być uznany za wykonany po wykonaniu konstrukcji żelbetowej budynków, odbiorze końcowym robót dokonanym przez komisję wyznaczoną przez powoda, usunięciu usterek wskazanych w protokole odbioru końcowego, skompletowaniu dokumentacji powykonawczej (§ 2). W § 3 umowy strony określiły wynagrodzenie ryczałtowe na kwotę 2.000.000 zł. plus podatek VAT. Podstawą wystawienia faktury

końcowej był protokół odbioru końcowego podpisany przez kierownika robót wykonawcy, inspektorów nadzoru inwestorskiego i kierownika projektu ze strony generalnego wykonawcy (powoda). Zgodnie z § 11 umowy odbiór końcowy robót miał nastąpić po zrealizowaniu przedmiotu umowy, w ciągu 7 dni licząc od dnia następnego po dacie zgłoszenia gotowości do odbioru. W przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru końcowego wad i usterek dających się usunąć powód miał wyznaczyć wykonawcy termin technicznie uzasadniony na ich usunięcie. Nie usunięcie ich w tym terminie uprawniało powoda do zastępczego usunięcia wady lub usterki na koszt wykonawcy, po uprzednim pisemnym zawiadomieniu go o tym (§ 11 pkt 15). Okres gwarancji i rękojmi wynosił 36 miesięcy poczynając od dnia wydania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Na zabezpieczenie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w tym z gwarancji i rękojmi powód miał prawo zatrzymać z każdej faktury wykonawcy 5 % wartości netto wynagrodzenia. W § 12 umowy strony zastrzegły kary umowne. Wykonawca był zobowiązany do zapłaty kary umownej z tytułu opóźnienia w realizacji wartości przedmiotu umowy w wysokości 0,1 % wartości wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia (pkt 1 lit. b), z tytułu opóźnienia w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze końcowym albo w okresie rękojmi i gwarancji w wysokości 1.000 zł za każdy dzień opóźnienia ponad termin wzajemnie uzgodniony (pkt 1 lit d). W przypadku niezapłacenia kary umownej w terminie 14 dni od otrzymania wezwania powód był uprawniony do jej potrącenia z bieżących należności wykonawcy lub z zabezpieczenia należytego wykonania umowy (pkt 2). Zgodnie z § 16 pkt 3 zmiany umowy wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności. W dniu 15 lutego 2010 r. strony zawarły Aneks nr (...) do umowy mocą którego zwiększyły zakres przedmiotowy umowy o roboty murarskie podwyższając wynagrodzenie do kwoty 2.900.000 zł netto. Przedłużyły także termin zakończenia robót do dnia 31 lipca 2010 r.

W dniu 15 lipca 2010 r. w oparciu o wspólne uzgodnienia poczynione przez strony w dniu 12 lipca 2010 r. powód zlecił pozwanemu w ramach inwestycji II etapu (...) wykonanie przewodów wentylacyjnych z pustaków ceramicznych. W dniu 9 września 2010 r. strony zawarły umowę na wykonanie przez pozwanego konstrukcji żelbetowej garażu oraz stropu żelbetowego nad poziomem - 1, ścian murowanych z siporeksu w garażu na poziomie - 2, kanalizacji sanitarnej, deszczowej wraz z robotami ziemnymi. Określony umową termin wykonania tych prac na 10 października 2010 r., aneksem z dnia 8 października 2010 r. został przedłużony do dnia 30 października 2010 r. W dniu 27 września 2010 r. strony zawarły umowę na wykonanie na terenie inwestycji II etapu (...) nawierzchni dróg i chodników z kostki brukowej wraz z podbudową z terminem do dnia 15 listopada 2010 r., przedłużonym Aneksem nr (...) z dnia 14 listopada 2010 r. do dnia 31 grudnia 2010 r.

W ramach umowy z dnia 4 lutego 2010 r. strony w okresie od lutego 2010 r. do sierpnia 2010 r. sporządzały protokoły rzeczowo - finansowe zaawansowania robót. Ostatni z tych protokołów nr (...) z dnia 31 sierpnia 2010 r. potwierdza wykonanie: konstrukcji żelbetowej w budynku (...) w 100 % , w budynku(...)a w 97 % , w budynku (...) w 100 % , w garażu w 100 % , robót murowych w budynku (...) w 74 % , w budynku (...) a w 76 % , w budynku (...) w 98 % , w garażu w 100 % . Pismem z dnia 9 grudnia 2010 r. pozwany zgłosił do odbioru konstrukcję żelbetową budynku (...) wraz z murami, kanalizację deszczową i sanitarną (zewnętrzzną), drogi dojazdowe i chodniki przed budynkami (...) i patio. Na spotkaniu w dniu 16 grudnia 2010 r. przedstawiciele obu stron uzgodnili termin rozpoczęcia przeglądu technicznego na dzień 20 grudnia 2010 r.

W dniu 8 lutego 2011 r. w ramach gwarancji powód zgłosił pozwanemu usterki w robotach żelbetowych i murowych z umowy z dnia 4 lutego 2010 r. oraz drogowych z umowy z 27 września 2010 r., wyznaczając termin ich usunięcia do dnia 15 lutego 2011 r., uprzedzając, że po bezskutecznym upływie tego terminu zleci wykonawstwo zastępcze usunięcia usterek. W piśmie z dnia 16 lutego 2011 r. powód wezwał pozwanego do demontażu i usunięcia z terenu budowy żurawia wieżowego przy budynku (...) oraz materiałów i odpadów poprodukcyjnych z terenu zaplecza budowy, z terminem wykonania tych prac do dnia 23 lutego 2011 r. W dniach 21 i 22 lutego 2011 r. powód zlecił usunięcie usterek w garażu S. G., uporządkowanie terenu budowy A. K., usunięcie usterek w ścianach murowych oraz stropach żelbetowych w komórkach lokatorskich i garażu na poz. - (...)i -(...) M. G.. Z tytułu wykonania powyższych robót powód został obciążony przez wykonawców zastępczych fakturami nr (...) z dnia 18 marca 2011 r. na kwotę 30.347,05 zł, nr (...) z dnia 14 marca 2011 r. na kwotę 23.067,64 zł, nr (...) na kwotę 12.300 zł, nr (...)zł na kwotę 12.300 zł. Należności z tych faktur powód uregulował i obciążył nimi pozwanego wystawiając refaktury nr (...) z dnia 24 marca 2011 r.

na kwotę 30.347,05 zł, nr (...) z dnia 24 marca 2011 r. na kwotę 23.067,64 zł, nr (...) z dnia 26 marca 2011 r. na kwotę 24.600 zł. W piśmie z dnia 24 marca 2011 r. powód dokonał potrącenia swoich wierzytelności z faktur nr (...) w łącznej kwocie 53.414,69 zł z wierzytelnością pozwanego z tytułu kaucji gwarancyjnej, zaś w piśmie z dnia 31 marca 2011 r. potrącenia wierzytelności z faktury nr (...) w kwocie 24.600 zł z wierzytelnością pozwanego z tytułu kaucji gwarancyjnej.

Pismem z dnia 1 kwietnia 2011 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kary umownej w kwocie 379.900 zł z tytułu opóźnienia się wykonawcy w wykonaniu umowy z dnia 4 lutego 2010 r. za okres opóźnienia wynoszący 131 dni, w wysokości 0,1 % wartości wynagrodzenia netto za każdy dzień oraz kary umownej w kwocie 24.000 zł tytułem opóźnienia się wykonawcy w usunięciu wad w wysokości 1.000 zł za każdy dzień opóźnienia za okres od 16 lutego 2011 r. do 11 marca 2011 r. tj. usunięcia wad przez wykonawcę zastępczego. W piśmie z dnia 4 lipca 2011 r. powód złożył pozwanemu oświadczenie o potrąceniu kar umownych z zatrzymaną na podstawie § 11 umowy kaucją gwarancyjną w kwocie 85.832,01 zł.

W piśmie z dnia 12 września 2011 r. powód zgłosił pozwanemu reklamację robót objętych umową z 4 lutego 2010 r. związanych z przeciekami wody z patio do garażu, wyznaczając wykonawcy termin usunięcia usterek do 19 września 2011 r. Zdaniem powoda podczas wykonywania konstrukcji żelbetowej patio pozwany nie zastosował podczas betonowania uszczelnienia, stosując jedynie styropian przez który przesiąka woda. Pismo to powód wysłał pozwanemu 13 września 2011 r. Pismem z 20 września 2011 r. powód poinformował wykonawcę, że w związku z nieusunięciem usterki w wyznaczonym przez siebie terminie zleca zastępcze jej usunięcie. W dniu 21 września 2011 r., po uzgodnieniach co do zakresu i wartości prac, powód zlecił usunięcie przecieków wody w dylatacjach płyty żelbetowej garażu S. G.. Należność z faktury nr (...) z dnia 30 września 2011 r. na kwotę 14.256 zł wystawionej przez wykonawcę robót powód uregulował w dniu 2 listopada 2011 r. W dniu 6 października 2011 r. powód obciążył kosztami powyższych robót pozwanego wystawiając fakturę nr (...) na kwotę 14.256 zł.

W zakres umowy z dnia 4 lutego 2010 r. na wykonanie konstrukcji żelbetowej budynków (...) oraz części garażu wchodziło wykonanie przez pozwanego dylatacji nad stropami żelbetowymi pod trawnikami i patio poprzez ułożenie styropianu między stropami. Zadaniem dylatacji jest umożliwienie niezależnej pracy poszczególnych części budynku. Wykonanie dylatacji nie stanowiło zabezpieczenia przed przedostawaniem się wody opadowej z nawierzchni kostki brukowej i trawników patio do garaży. Zabezpieczeniem przed przeciekami wody jest izolacja. Przyczyną nieszczelności stropów garaży nie były dylatacje a nieprawidłowo wykonane izolacje przeciwwilgociowe. Prace wykonane przez S. G. we wrześniu 2011 r. stanowiły usunięcie wad robót izolacyjnych, a nie dylatacyjnych.

W swych rozważaniach sąd I instancji wskazał, że stan zaawansowania prac objętych umową z dnia 4 lutego 2010 r. na dzień 31 sierpnia 2010 r., stwierdzony protokołem rzeczowo-finansowego zaawansowania robót, jednoznacznie wskazuje, że nie odpowiadają prawdzie twierdzenia pozwanego o zakończeniu tych prac w pierwszej połowie sierpnia 2010 r., zaś zgłoszony na rozprawie w dniu 6 czerwca 2013 r. wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z dziennika budowy na okoliczność wykonania przez niego umowy w terminie był spóźniony w świetle art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. Wprawdzie w odpowiedzi na pozew był zgłoszony wniosek o dopuszczenie dowodu z dziennika budowy, ale na inne okoliczności faktyczne. Skoro ustalony umową termin zakończenia robót przypadał na dzień 31 lipca 2010 r., zaś wykonawca zgłosił roboty do odbioru końcowego w dniu 9 grudnia 2010 r., zasadnym było obciążenie go karą umowną za opóźnienie w zakończeniu robót, stosownie do § 12 pkt 1 lit. b umowy oraz przepisu art. 483 § 1 k.c. Pozwany nie wykazał, że niewykonanie zobowiązania w terminie wynikało z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponosi, w szczególności że przyczyną opóźnień były roboty wykonywane przez innych wykonawców bądź zła organizacja prac przez powoda jako generalnego wykonawcę, stąd nie może zwolnić się od obowiązku zapłaty kary umownej. Pozwany nie wykazał też, że roboty wchodzące w skład zlecenia z dnia 15 lipca 2010 r., to jest wykonanie przewodów wentylacyjnych z pustaków ceramicznych, miały wpływ na termin wykonania umowy z dnia 4 lutego 2010 r. Zwiększenie zakresu prac z tej ostatniej umowy skutkowało zawarciem aneksu przedłużającego termin jej wykonania do dnia 31 lipca 2010 r., natomiast pozwany nawet nie twierdził, że na skutek zlecenia z dnia 15 lipca 2010 r. miałby

zwracać się do powoda z propozycją przedłużenia terminu wykonania prac. Z kolei umowy zawarte w dniach 9 i 27 września 2010 r. odrębnie regulowały terminy wykonania prac nimi objętych.

Odnosnie wysokości kary umownej i żądania jej miarkowania sąd I instancji wskazał, że miarkowanie takie, stosownie do przepisu art. 484 § 2 k.c., może mieć miejsce, gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane albo gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Wynagrodzenie netto ustalone umowa wynosiło 2.900.000 zł, zaś kara umowna z tytułu opóźnienia w wykonaniu umowy kwotę 379.900 zł, z której 61.833 została potrącona z wierzytelnością pozwanego z tytułu zwrotu kaucji gwarancyjnej. Sąd I instancji wskazał, że powód nie kwestionował twierdzeń pozwanego, że nie poniósł szkody na skutek opóźnienia w wykonaniu umowy oraz że przedmiot umowy został ostatecznie wykonany w całości. Zdaniem sądu I instancji dawało to podstawy do miarkowania kary umownej do 10% wynagrodzenia netto, to jest kwoty 290.000 zł. Skoro powód potrącił kwotę 61.833 zł, pozostawało do zasądzenia 228.167 zł i taką kwotę sąd zasądził. Jako podstawę orzeczenia o odsetkach sąd wskazał przepisy art. 481 § 1 i art. 455 k.c. biorąc pod uwagę termin zapłaty określony w wezwaniu z dnia 1 kwietnia 2011 r.

Dochodzone pozwem roszczenie odszkodowawcze sąd I instancji uznał za bezzasadne, gdyż przyczyną przecieków, których usunięcia odszkodowanie dotyczyło, nie były prace wykonywane przez pozwanego. W konsekwencji powództwo w tej części zostało oddalone.

Koszty procesu sąd I instancji rozliczył proporcjonalnie wskazując, że powód wygrał spór w 69%, a zatem taką część kosztów procesu powinien ponieść pozwany.

Wyrok powyższy został zaskarżony przez pozwanego w części uwzględniającej powództwo. Zaskarżonemu wyrokowi pozwany zarzucił:

- naruszenie przepisu art. 233 k.p.c. przez dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego polegająca na oparciu ustaleń faktycznych w zasadzie jedynie na materiale dowodowym przedstawionym przez stronę powodową;
- naruszenie przepisu art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wskazania przez sąd w treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku sposobu dokonania wyliczenia wysokości kary umownej, na jakiej podstawie przyjęto wysokość zasądzonych odsetek, a nadto brak wskazania na jakich dowodach sąd oparł swoje rozstrzygnięcie oraz jakim dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej oraz przyczyn ww. odmowy;
- naruszenie przepisów art. 227 k.p.c. w zw. z art. 233 k.p.c. poprzez pominięcie przez sąd części zgromadzonego materiału dowodowego w postaci zeznań świadka H. S., zeznań powoda w charakterze strony oraz protokołów rzeczowo-finansowych zaawansowania robót, w tym protokołu z dnia 30 lipca 2010 r.

W konkluzji skarżący domagał się uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Powód wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest bezzasadna.

Zaskarżenie wyroku tylko przez pozwanego czyni zbędnym odnoszenie się przez sąd II instancji do zagadnień związanych z oddaleniem powództwa w części dotyczącej odszkodowania. Stąd te kwestie zostaną pominięte.

Ustalenia faktyczne poczynione przez sąd I instancji są w pełni poprawne i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne, czyniąc podstawą swego orzeczenia.

Skarżący zarzuca naruszenie art. 233 k.p.c. nie precyzując, o który z przepisów zawartych w tym artykule mu chodzi. Artykuł 233 k.p.c. składa się z dwóch odrębnych przepisów, podzielonych na jednostki redakcyjne oznaczone paragrafami, z których każdy normuje odrębne zagadnienie. Z treści zarzutów i ich uzasadnienia, w szczególności

okoliczności, że ich autor nie powołuje się odmowę przedstawienia dowodu przez stronę przeciwną lub przeszkody czynione przez tę stronę przeprowadzeniu dowodu, można się domyślać, że zarzut dotyczy naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., jakkolwiek w żadnym miejscu apelacji nie zostało to wskazane.

Zawarte w apelacji twierdzenie, jakoby ustalenia faktyczne zostały oparte tylko na materiale dowodowym przedstawionym przez powoda są oczywiście nieprawdziwe. Wbrew temu twierdzeniu sąd I instancji oparł swe ustalenia także na dowodach przedłożonych przez pozwanego, a to przedłożonych przy odpowiedzi na pozew zleceniu z dnia 15 lipca 2010 r. wraz z protokołem negocjacji (k. 131-133), protokołach rzeczowo-finansowych zaawansowania robót (k. 134-140) oraz na opinii biegłego sądowego, który to dowód był wnioskowany w odpowiedzi na pozew. Dowody te miały istotne znaczenie dla treści ustaleń przez sąd I instancji poczynionych. Sąd I instancji nie odniósł się natomiast bezpośrednio do zeznań świadka H. S. i zeznań pozwanego, jakkolwiek wyjaśniając, dlaczego twierdzenia pozwanego o zakończeniu prac w pierwszej połowie sierpnia 2010 r. oraz o przyczynach opóźnień uznał za nieodpowiadające rzeczywistości stanowi rzeczy, pośrednio dokonał oceny tych dowodów i wyjaśnił dlaczego nie dał im wiary. Odnosząc się do tych dowodów zauważyć należy, że nawet sam pozwany i świadek H. S. nie twierdzili, że prace zostały wykonane w terminie, to jest do dnia 31 lipca 2010 r., gdyż z ich zeznań wynika dalsze trwanie tych prac. Co więcej, usiłując wykazać zakończenie prac w pierwszej połowie sierpnia 2010 r. świadek H. S. mówi tylko o robotach żelbetowych, pomijając fakt niezakończenia w terminie robót murowych, które również były objęte umową. Sam pozwany zeznaje także o zakończeniu w sierpniu 2010 r. robót żelbetowych. Jednak nawet te twierdzenia pozostają w oczywistej sprzeczności z protokołami rzeczowo-finansowymi zaawansowania robót, na które sam pozwany i ww. świadek się powołują. Z protokołu nr (...) z dnia 31 sierpnia 2010 r. (k. 140) jednoznacznie wynika, że nawet w tej dacie roboty żelbetowe zakończone nie były, gdyż stan ich zaawansowania w budynku (...) wynosił 98%. Powoływany w apelacji protokół rzeczowo-finansowy zaawansowania robót nr (...) z dnia 30 lipca 2010 r. (k. 139) wskazuje na jeszcze niższy stan zaawansowania robót żelbetowych w budynku (...) (95%). Istotnym jest też, że roboty żelbetowe stanowiły tylko część prac objętych umową z dnia 4 lutego 2010 r., gdyż aneksem do tej umowy rozszerzono zakres prac na roboty murowe i z uwagi na to rozszerzenie przesunięto termin ich zakończenia właśnie na dzień 31 lipca 2010 r. Tymczasem ani z zeznań powołanego świadka, ani pozwanego nie wynika, że roboty te w terminie zostały zakończone, a powołane protokoły jednoznacznie wskazują na daleko mniejsze zaawansowanie prac, niż w odniesieniu do robót żelbetowych. W samej apelacji wskazano na te liczby, a to zaawansowanie prac murowych na dzień 30 lipca 2010 r. w budynku (...) na 74%, (...) na 76%, (...) na 98% i nie zakwestionowano poczynionych przez sąd I instancji ustaleń w tym zakresie dotyczących stanu na dzień 31 sierpnia 2010 r. Apelacja próbuje utożsamiać wykonanie robót li tylko z robotami żelbetowymi, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią umowy.

Informacje o przyczynach opóźnienia w zakończeniu prac murowych, które mogłyby obciążać powoda, znaleźć można wyłącznie w zeznaniach świadka H. S.. Są to ogólnikowe i zdawkowe twierdzenia, iż przy robotach murowych wykonawca nie mógł zacząć pewnych prac, przechodził z pomieszczenia do pomieszczenia, a raz się zdarzyła konieczność rozebrania wykonanych ścianek. Tak ogólnikowe stwierdzenia, i to padające z ust świadka, który powinien mieć najpełniejsze informacje co do przebiegu prac, gdyż był kierownikiem robót z ramienia pozwanego, nie dają podstaw do jakichkolwiek ustaleń w tym przedmiocie. Co charakterystyczne, nawet ten świadek nie jest przekonany, że wskazane okoliczności stanowiły przyczynę opóźnienia prac, gdyż mówiąc, że opóźnienie nie leżało po stronie wykonawcy, a organizacji pracy, używa wyrazu „raczej”.

Powód całkowicie pomija w apelacji, że zgodnie z § 2 ust. 1 lit. b, c i d umowy (k. 21) przedmiot umowy miał zostać uznany za wykonany po odbiorze końcowym robót budowlanych dokonany przez komisję wyznaczoną przez generalnego wykonawcę, usunięciu usterek i skompletowaniu stosownej dokumentacji powykonawczej. Abstrahując nawet od postanowień zawartych pod lit. c i d, zauważyć trzeba, że § 11 ust. 2 stanowił, że zgłoszenia gotowości do odbioru dokonuje kierownik robót w formie pisemnej. Zatem nie sposób przyjąć, że wykonanie przedmiotu umowy miało miejsce wcześniej, niż zgłoszenie gotowości do odbioru, zaś powód dochodził kar umownych liczonych dom daty tego zgłoszenia. Bezspornym między stronami było, że zgłoszenie takie miało miejsce w dniu 9 grudnia 2010 r.

Zarzut, iż sąd I instancji nie wskazał sposobu wyliczenia kary umownej jest bezpodstawny. Istotnie uzasadnienie wyroku nie zawiera stosownego działania arytmetycznego, jednak wskazuje okres opóźnienia (1 sierpnia do 9

grudnia 2010 r.), wysokość kary umownej za każdy dzień (0,1% wynagrodzenia netto), podstawę wyliczenia (wynagrodzenie netto w kwocie 2.900.000 zł) oraz wyliczoną kwotę kary umownej 379.900 zł, która to kwota odpowiada 131 dniom opóźnienia wyliczonego według podanych czynników. Miarkowanie kary umownej należy do sfery uznania sędziowskiego, stąd nie poddaje się podobnej kontroli arytmetycznej. Wskazanie, że sąd uznał za zasadne zmiarkowanie tej kary do 10% wynagrodzenia umownego jest wystarczające. Apelujący nie podnosi zresztą zarzutu naruszenia przepisu art. 484 § 2 k.c., a zatem nie kwestionuje że taka właśnie wysokość stanowi właściwie zmiarkowaną kwotę w wypadku przyjęcia ustaleń faktycznych stojących u podstaw zaskarżonego wyroku.

Zarzut dotyczący orzeczenia o odsetkach jest zdumiewający. Autorka apelacji, będąca adwokatem, zdaje się nie wiedzieć, że w okresie od dnia 3 maja 2011 r. do dnia wyrokowania stopa odsetek ustawowych wynosiła 13% w stosunku rocznym, skoro kwestionuje zasądzenie takich właśnie odsetek za ten okres w sytuacji, gdy w pozwie domagano się odsetek ustawowych. W tej sytuacji Sądowi Apelacyjnemu pozostaje tylko wskazać, że stopa odsetek ustawowych w takiej wysokości została ustalona rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 4 grudnia 2008 r. w sprawie określenia wysokości odsetek ustawowych (DZ. U. Nr 220, poz. 1434), zaś co do odsetek za okres po dacie wyrokowania sąd I instancji jednoznacznie odwołał się w sentencji do ich ustawowej wysokości.

Zarzut niewskazania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku na jakich dowodach sąd oparł swe rozstrzygnięcie pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią uzasadnienia zaskarżonego wyroku, gdzie sąd, przy ustaleniu każdej okoliczności faktycznej stosowne dowody przywołuje.

Z powyższych przyczyn apelacja jest bezzasadna i na podstawie art. 385 k.p.c. podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. zasądzając je od pozwanego na rzecz powoda w wysokości odpowiadającej minimalnej stawce wynagrodzenia radcy prawnego ustalonego na podstawie § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.