

Sygn. akt I ACa 126/14

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 10 kwietnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Hanna Nowicka de Poraj
Sędziowie:	SSA Maria Kus-Trybek SSA Józef Wąsik (spr.)
Protokolant:	st. prot. sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 27 marca 2014 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...)Spółki z o.o.(...)w K.

przeciwko Centrum (...) Spółce Akcyjnej w W.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 17 września 2013 r. sygn. akt IX GC 196/11

**I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 2 w ten sposób, że zasądzoną w punkcie 1 kwotę 377.957 zł podwyższa do kwoty 516.233,93 zł (pięćset szesnaście tysięcy dwieście trzydzieści trzy złote 93/100), a kwotę 18.898 zł podwyższa do kwoty 31.263 zł (trzydzieści jeden tysięcy dwieście sześćdziesiąt trzy złote);**

**II. oddala apelację powódki w pozostałym zakresie oraz apelację pozwanej w całości;**

**III. zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 23.828 zł (dwadzieścia trzy tysiące osiemset dwadzieścia osiem złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I A Ca 126/14

## UZASADNIENIE

Powód (...) Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo – akcyjna w K. wniósł o zasądzenie od pozwanego inwestora Centrum (...) spółka akcyjna w W. kwoty 700.603,11 zł z ustawowymi odsetkami od 20 sierpnia 2010r. tytułem reszty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany wniósł o oddalenie powództwa ze względu na potrącenie z karami umownymi w wysokości: 1.460.923,10 zł za 25 dni opóźnienia (od 18 lipca do 11 sierpnia 2010r.) w zakończeniu robót (0,1% wynagrodzenia netto 18.436.923,92 zł za dzień opóźnienia), 2. 239.680,01 zł za 26 dni opóźnienia (od 18 lipca do 12 sierpnia 2010r.) w odbiorze ostatecznym robót.

W odpowiedzi na sprzeciw wykonawca wniósł o oddalenie sprzeciwu, ponieważ: 1. zakończył roboty w umówionym terminie 15 lipca 2010r., 2. inwestor bezpodstawnie odmawiał podpisania ostatecznego protokołu odbioru do 12 sierpnia 2013r.

### **Sąd Okręgowy w Krakowie wyrokiem z dnia 17 września 2013r:**

1/ zasądził od pozwanego na rzecz powoda 377.957 zł z ustawowymi odsetkami od 20 sierpnia 2010r. wraz z kosztami postępowania 18.898 zł;

2/ oddalił żądanie zapłaty 322.646,11 zł wraz z odsetkami;

3/ nakazał ściągnąć od stron na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Krakowie koszty sądowe po 455,24 zł.

Za podstawę rozstrzygnięcia Sąd przyjął następujący stan faktyczny:

Strony zawarły w dniu 16 grudnia 2009r. umowę, w której powodowy wykonawca zobowiązał się do wybudowania dla pozwanego inwestora kompleksu magazynowo-produkcyjno-biurowego, budynku technicznego, zadaszania oraz placu manewrowego, parkingu, drogi i innych elementów zagospodarowania terenu w W.. Po wykonaniu obiektu i odbiorach technicznych wykonawca miał zgłosić gotowość do odbioru końcowego, a inwestor miał wyznaczyć termin rozpoczęcia tego odbioru przypadający najpóźniej na 7 dzień od zgłoszenia gotowości. Odbiór końcowy miał zakończyć się w terminie 7 dni od rozpoczęcia (§ 15.6). Zakończenie robót strony zdefiniowały jako dzień podpisania protokołu odbioru końcowego (§ 1.2x) i ustaliły, że wcześniejsze użytkowanie nie zastępuje odbioru końcowego (§ 15.4). W razie stwierdzenia wad lub usterek w trakcie odbioru końcowego inwestor miał do wyboru (§ 15.8):

a) przyjąć obiekt wyznaczając wykonawcy termin do usunięcia wad, a następnie w razie ich nieusunięcia wyznaczyć kolejny termin lub obniżyć wynagrodzenie,

b) odmówić odbioru, jeżeli wady uniemożliwiają eksploatację,

c) przyjąć obiekt, jeśli strony pisemnie uzgodniły wysokość obniżenia wynagrodzenia.

Strony zastrzegły dla inwestora kary umowne za zawinione przez wykonawcę niedotrzymanie terminu zakończenia robót w wysokości 0,1% wynagrodzenia netto za dzień zwłoki (§ 22.2) oraz za zawinione przez wykonawcę niedotrzymanie terminu ostatecznego odbioru w wysokości 0,05% wynagrodzenia netto za dzień zwłoki (§ 22.3).

Termin ostatecznego odbioru robót ustalono na 15 lipca 2010r. Ostateczny odbiór strony zdefiniowały jako uzyskanie przez wykonawcę odbiorów wymaganych prawem administracyjnym, dostarczenie inwestorowi dokumentacji, uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie oraz zakończenie prac poprawkowych i uprzątnięcie budynku (§ 1.2z i § 7.1d). Wykonawca zobowiązał się do uzyskania pozwolenia na użytkowanie w oparciu o pełnomocnictwo udzielone przez inwestora (§ 13.2). Natomiast w kwestii terminu zakończenia robót umowa odsyłała do harmonogramu (§ 7.1c), który ustalał zakończenie robót także na 15 lipca 2010r.

W § 7.9 strony określiły, jakie warunki pogodowe uzasadniają zmianę umówionych terminów, przy czym w razie zaistnienia takich warunków wykonawca miał uzgodnić zmianę terminów z reprezentującym inwestora kierownikiem projektu.

Strony ustaliły wynagrodzenie w wysokości 15.293.680 zł netto (§ 16.1) podlegające podwyższeniu o 100.000 zł w razie przyspieszenia ostatecznego odbioru o 14 dni (tj. do 1 lipca 2010r.). Kolejnymi aneksami strony zmieniały zakres robót

i wynagrodzenie postanawiając pozostawić bez zmian terminy zakończenia robót i ostatecznego odbioru i ostatecznie ustaliły wynagrodzenie netto w wysokości 18.867.023 zł oraz równowartość 24.534 euro.

W dniu 18 czerwca 2010r. wykonawca zakończył budowę hali produkcyjno- magazynowej. W okresie od 28 czerwca do 15 lipca 2010r. odbywały się odbiory tego obiektu. W protokołach strony zgodnie stwierdzały usterki, a wykonawca je na bieżąco usuwał. W dniu 15 lipca 2010r. strony sporządziły protokół bezusterkowego odbioru ostatecznego hali magazynowej i produkcyjnej [k.210], aczkolwiek zaznaczyły brak odbiorów branżowych instalacji elektrycznej niskoprądowej oraz sanitarnej.

W dniu 13 lipca 2010r. strony przystąpiły do odbioru budynku biurowego [protokół k.212]. Inwestor stwierdził powtarzające się w kolejnych 5 pomieszczeniach usterki. Ze względu na powtarzanie się usterek inwestor zaniechał oglądania następnych pomieszczeń (w sumie było ok. 60 pomieszczeń) i zażądał przerwania odbioru. Strony postanowiły, że „wznowienie odbioru nastąpi po ponownym wezwaniu przez wykonawcę”. Jednocześnie kierownik budowy zaznaczył w protokole, że usterki mają charakter estetyczny i „nie stanowią o braku możliwości użytkowania” [k.214]. Same usterki rzeczywiście nie były przeszkodą do użytkowania, jednakże usuwanie usterek (zwłaszcza ponowne malowanie ścian i poprawianie sufitów podwieszanych) uniemożliwiały korzystanie z pomieszczeń objętych pracami poprawkowymi. Ponadto po 13 lipca 2010r. wciąż była wykonywana instalacja słaboprądowa.

Po ponownym zgłoszeniu przez wykonawcę gotowości do odbioru strony przystąpiły do odbioru 27 lipca 2010r. W protokole inwestor wyznaczył wykonawcy termin 3 sierpnia 2013r. do usunięcia wad opisanych w załączniku [k.339-359].

Protokołem z 3 sierpnia 2010r. [k.364] strony stwierdziły usunięcie wad stwierdzonych protokołem z 27 lipca 2010r. z wyjątkiem 20 usterek [k.365-367]. Strony uzgodniły, że wykonawca zawiadomi pisemnie inwestora o usunięciu usterek i gotowości do odbioru ostatecznego [k.367].

W dniu 11 sierpnia 2010r. nastąpił odbiór instalacji słaboprądowych oraz strony sporządziły protokół odbioru końcowego [k.368], a w dniu 12 sierpnia 2010r. protokół odbioru ostatecznego [k.536].

Wykonawca już 18 czerwca 2010r. w imieniu inwestora wniósł o pozwolenie na użytkowanie wszystkich obiektów [k.134] i w dniu 29 czerwca 2010r. uzyskał decyzję o pozwoleniu na użytkowanie [k.135], która stała się ostateczna w dniu 14 lipca 2010r.

W dniu 18 sierpnia 2010r. inwestor wystawił wykonawcy notę obciążeniową na kary umowne opisane w sprzeciwie i pismem z 14 września 2010r. złożył oświadczenie o potrąceniu tych kar z wynagrodzeniem wykonawcy.

Powyższy stan faktyczny był niesporny (art. 229 i 230 K.p.c.) z wyjątkiem stanu budynku biurowego w dniach odbioru: 13 i 27 lipca oraz 3 sierpnia 2010r. Wykonawca twierdził, że budynek biurowy nadawał się do odbioru w dniu 13 lipca 2010r. mimo niewielkich usterek, które mogły być usuwane po rozpoczęciu korzystania z obiektu przez inwestora. Jednakże wśród prac poprawkowych było m.in. ponowne malowanie niektórych pomieszczeń i poprawianie sufitów z płyt gipsowo-kartonowych (demontaż nierówno zamontowanych płyt i ich ponowne przymocowanie do stelaży), co zdaniem Sądu Okręgowego, niewątpliwie uniemożliwiało korzystanie z pomieszczeń. Wykonawca wnosił o dowód z opinii na okoliczność, że wady umożliwiały korzystanie z pomieszczeń [k.5], lecz - jak wyżej wskazano - istotna była nie tyle możliwość korzystania z pomieszczeń przy wadach malowania, lecz możliwość korzystania z nich w trakcie ponownego malowania, a brak możliwości korzystania z malowanych pomieszczeń jest oczywisty. Dlatego sąd pominął dowód z biegłego (o dowód ten, lecz na przeciwną tezę, iż w dniu 13 lipca 2010r. budynek nie nadawał się do użytkowania, wnosił także inwestor k.489).

Wykonawca twierdził, że malowanie było prawidłowe i niewielkie różnice w odcieniu farby były normalne (aczkolwiek inspektor nadzoru M. W. zeznał [k.867], że powierzchnie za grzejnikami były w ogóle niepomalowane). Jednakże wykonawca zgodził się na ponowne malowanie, czym uniemożliwił korzystanie z pomieszczeń od 13 do 27 lipca

2010r. Do wykazania braku opóźnienia w tym okresie nie wystarczy zamieszczenie w protokole z 13 lipca 2010r. przez kierownika budowy adnotacji, że usterki mają charakter estetyczny i „nie stanowią o braku możliwości użytkowania” [k.214]. Jeżeli wykonawca zamierzał ponownie pomalować pomieszczenia w imię dobrej współpracy, lecz nie uznawał pierwotnego malowania za wadliwe i w dniu 13 lipca 2010r. uważał budynek za wykonany, to powinien, zdaniem Sądu, w protokole jednoznacznie wskazać, że malowanie nie ma wad i wykonawca podejmuje się ponownego malowania w imię dobrej współpracy. Ponadto w takiej sytuacji wykonawca w celu uniknięcia obciążenia karą za opóźnienie powinien zadbać o dowód prawidłowości pierwotnego malowania. Kierownik budowy P. N. w swoim zeznaniu podkreśla nieistotność wad, lecz nie zaprzeczył, że pomieszczenia zostały ponownie pomalowane.

Inspektor nadzoru A. F. zeznał, że po odbiorze w dniu 27 lipca 2010r. inwestor mógł rozpocząć wprowadzenie się do budynku, gdyż nie można było korzystać tylko z kilku pomieszczeń [k.12v akt I.Cps.46/12].

Sąd Okręgowy uznał, że na podstawie § 22 ust. 2 i 3 umowy obydwie kary zostały naliczone za zawinione niedotrzymanie terminów przez wykonawcę. Wprowadzenie przez strony pojęcia winy do zapisów o karach umownych nie zmienia ciężaru dowodu. Inwestora obciąża tylko wykazanie niedotrzymania terminu, a wykonawcę obciąża ciężar wykazania braku winy. Wykonawca powołał okoliczności, które wg niego oznaczają brak winy powoda w niedotrzymaniu terminu. Jednakże okoliczności powołane przez wykonawcę nie mogą oznaczać braku winy. I tak, wykonawca zarzucił, że dokumentacja geologiczna zaniżyła poziom wód gruntowych, który okazał się wyższy. Jednakże wbrew art. 651 K.c. wykonawca nie zawiadomił niezwłocznie inwestora o tej przeszkodzie w terminowym wykonaniu robót i utracił prawo powoływania się na tę okoliczność. Ponadto wykonawca nie wskazał, o ile dni przedłużyła się budowa na skutek wyższego poziomu wód gruntowych i nie opisał, w jaki sposób wyższy poziom wód opóźnił zakończenie robót. Wykonawca nie może scedować na świadków obowiązku opisanego w pozwie lub odpowiedzi na sprzeciw wpływu wyższego poziomu wód gruntowych na terminowość robót. Natomiast co do zeznań świadków, to podwykonawca prac ziemnych S. M. zeznał, że nie stwierdził zbyt wysokiego poziomu wód gruntowych rozpoczynając roboty w styczniu 2010 roku, a późniejsze problemy wynikały z dużych opadów. Odmienne zeznał podwykonawca instalacji sanitarnej zewnętrznej K. B., wg którego poziom wód gruntowych okazał się o jeden metr wyższy. Powyższe dotyczy także przyłącza energetycznego o zbyt słabej mocy oraz braków w dokumentacji energetycznej. Wbrew art. 651 K.c. wykonawca nie zgłosił tych okoliczności jako przeszkód w terminowym wykonaniu umowy.

Wykonawca podnosił, że instalacje słaboprądowe zostały włączone do umowy dopiero aneksem, przy czym inwestor już miał wykonawcę tych instalacji z uzgodnionym wynagrodzeniem. Aneks został oparty na wynagrodzeniu firmy instalacyjnej wynegocjowanym przez inwestora i wykonawca zawarł umowę z tym podwykonawcą wskazanym przez inwestora. Powód podnosi opóźnienie tego podwykonawcy, co jednak nie oznacza braku winy powoda (art. 474 K.c.).

Wykonawca powołał się na trudne warunki atmosferyczne i przedłożył opracowanie danych meteorologicznych dla miejscowości W.. Zgodnie z § 7.9 umowy tylko temperatury poniżej  $-15^{\circ}\text{C}$  uzasadniały zmianę terminów. Wykonawca wpisał w dzienniku budowy dwa takie dni (25-26 stycznia 2010r.), co inwestor uwzględnił naliczając kary od 18 lipca 2010r. Wykonawca twierdzi, że takich dni było więcej, lecz nie wpisał ich w dzienniku budowy. Wykonawca powołuje się na porwisty wiatr wiejący w dniach 1-2 marca 2010r., gdy roboty zostały wstrzymane [dz.bud. k.116]. Zgodnie z umową tylko wiatr powyżej 18 m/s uzasadniał zmianę terminów, a prędkości wiatru wykonawca nie wpisał do dziennika budowy. Nie zawiera jej także złożone opracowanie danych meteorologicznych. Przede wszystkim wykonawca nie zażądał zgodnie z § 7.9 umowy od kierownika projektu zmiany terminów, a przynajmniej nie powołał się na takie żądanie. Wykonawca godząc się w umowie zawieranej 16 grudnia 2009r. na zakończenie robót do 15 lipca 2010r. zdawał sobie sprawę, że dotrzymanie tego terminu jest możliwe przy założeniu, że warunki pogodowe nie będą gorsze od przeciętnych, i godził się na to ryzyko [zeznanie menadżera wykonawcy M. P. (1) k.908].

Wykonawca twierdził, że prace poprawkowe wykonywane po 13 lipca 2010r. nie uniemożliwiały użytkowania budynku biurowego i w tym dniu nastąpiło zakończenie robót w rozumieniu § 22.1 umowy. Jednakże wykonawca pogodził się z odmową odbioru budynku w tym dniu - zgodził się na wznowienie odbioru po ponownym wezwaniu przez siebie inwestora do odbioru - i nie może po złożeniu takiego oświadczenia w protokole odbioru powoływać się na możliwość korzystania z budynku przez inwestora. Niezależnie od tego sąd ustalił, że ze względu na zakres prac poprawkowych

inwestor nie mógł rozpocząć użytkowania w dniu 13 lipca 2010r. Zgoda na niedokończenie odbioru w dniu 13 lipca 2010r. w świetle § 15.8b umowy oznaczała przyznanie, że wady uniemożliwiają użytkowanie.

Po ponownym zgłoszeniu gotowości do odbioru strony sporządziły protokół z 27 lipca 2010r, którym inwestor odebrał cały kompleks magazynowo-produkcyjno-biurowy wyznaczając termin do 3 sierpnia 2013r. do usunięcia wad. Powyższe oświadczenie inwestora w świetle § 15.8a umowy oznacza przyznanie, że budynek nadawał się do użytkowania (skoro w świetle § 15.8b umowy w razie niemożliwości użytkowania inwestor miał odmówić odbioru, to przyjęcie odbioru oznaczało, że można rozpocząć użytkowanie), i inwestor nie może po złożeniu takiego oświadczenia zarzucać niezakończenia robót w dniu 27 lipca 2010r.

Wykonawca podnosił, że najistotniejszy obowiązek spośród określonych w § 7.1d spełnił już 14 lipca 2010r. (uprawomocnienie się pozwolenia na użytkowanie). Jednakże § 7.1d umowy definiuje ostateczny odbiór jako zakończenie także wszelkich prac poprawkowych, co zgodnie z protokołem z 11 sierpnia 2010r. nastąpiło właśnie w tym dniu. W protokole z 3 sierpnia 2010r. [k.364] wykonawca przyznał 20 prac do poprawy i nie może obecnie bagatelizować ich znaczenia.

Sporna była wykładnia umowy w zakresie kar umownych. Wg pozwanego inwestora strony zastrzegły dwie niezależne kary umowne: jedna w wysokości 0,1% wynagrodzenia dziennie miała biec od umówionego terminu zakończenia robót (§ 22.2 umowy k.51), a druga w wysokości 0,05% od umówionego terminu ostatecznego odbioru (§ 22.3). Ponieważ obydwie daty strony ustaliły na ten sam dzień 15 lipca 2010r., to wg inwestora od tego dnia mogła być naliczana suma tych kar w wysokości 0,15% wynagrodzenia dziennie. Inwestor naliczył kary od 18 lipca 2010r., ponieważ wykonawca miał prawo do 2 dni opóźnienia, gdyż przez taki okres w styczniu 2010r. były mrozy poniżej -15°C, co wg umowy przesunęło umówione terminy o okres równy trwaniu tych mrozów.

Wg wykonawcy druga z tych kar (0,05% dziennie), choć ustanowiona za niewykonanie któregokolwiek z obowiązków wymienionych w § 7.1d, została zastrzeżona przede wszystkim za niedotrzymanie terminu uzyskania dla inwestora pozwolenia na użytkowanie. Wg wykonawcy powszechną praktyką przy zastrzeganiu kar tego rodzaju jest zastrzeżenie wyższej kary za opóźnienie w wykonaniu obiektu i niższej za opóźnienie w uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie, gdyż szybkość wydania decyzji administracyjnej o pozwoleniu tylko częściowo zależy od prawidłowości wniosku sporządzonego przez wykonawcę w imieniu inwestora. Wg wykonawcy powszechną praktyką jest, że ustalony w umowie termin uzyskania pozwolenia na użytkowanie jest późniejszy od umówionego terminu zakończenia obiektu i kara za opóźnienie w uzyskaniu pozwolenia biegnie dopiero od oddania obiektu, tj. zakończenia biegu kary za opóźnienie zakończenia robót. Wg wykonawcy tak miało być także w umowie stron, lecz w toku negocjacji strony rozszerzyły zakres umowy o prace wykończeniowe, co umożliwia złożenie wniosku o pozwolenie na użytkowanie przed zakończeniem robót (do uzyskania pozwolenia na użytkowanie wystarczy zakończenie robót podlegających kontroli określonej w art. 59a.2 Pr.bud.). Dlatego ostatecznie strony w umowie ustaliły dzień 15 lipca 2010r. jako datę zarówno zakończenia robót, jak i uzyskania pozwolenia na budowę, co wg wykonawcy nie zmieniło intencji wyrażonej w § 22 ust. 2 i 3 umowy, iż kara z § 22.3 miała biec dopiero po zakończeniu biegu kary z § 22.2.

Pozwany inwestor na swoją wykładnię umowy nie zgłosił wniosków dowodowych. Także powodowy wykonawca nie zgłosił w odpowiedzi na sprzeciw nie zgłosił wniosków w tym zakresie i dopiero na pierwszym posiedzeniu (28 września 2011r.) zakwestionował wykładnię inwestora [k.821]. Dlatego sąd oparł się wyłącznie na tekście umowy. Ponieważ co do zasady czynności zdefiniowane przez strony jako Ostateczny Odbiór, a zwłaszcza uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, następują po zakończeniu robót, sąd podzielił interpretację wykonawcy, że kara z § 22.3 miała rozpocząć bieg po zakończeniu robót. W razie zamiaru równoległego naliczania kar z § 22 ust. 2 i 3 strony powinny dodać zwrot wskazujący na niezależność tych kar.

Ostatnim aneksem strony ustaliły wynagrodzenie netto na 18.867.023 zł oraz równowartość 24.534 euro i inwestor miał prawo naliczyć kary od tej sumy, a więc a fortiori od sumy niższej 18.436.923,92 zł. Kara z § 22.2 umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia dziennie przysługuje inwestorowi za okres od 18 do 27 lipca 2010r. i wynosi 184.369,24 zł.

Po zakończeniu robót w dniu 28 lipca 2010r. rozpoczęła bieg kara z § 22.3 umowy w wysokości 0,05% wynagrodzenia dziennie i zakończyła bieg z dniem 11 sierpnia 2010r. - wysokość tej kary wynosi 138.276,93 zł.

W sumie inwestorowi tytułem obydwu kar przysługuje 322.646,17 zł i w tym zakresie oświadczenie inwestora o potrąceniu było skuteczne. Po odjęciu powyższej sumy od dochodzonej, niespornej reszty wynagrodzenia sąd uwzględnił powództwo w zakresie sumy 377.957 zł i oddalił powództwo w pozostałym zakresie, tj. 322.646,11 zł.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 i 100 K.p.c., uznając, że powodowi przysługuje zwrot opłaty 5% obliczonej od zasądzonej sumy, tj. 18.898 zł. Ponieważ strony wygrały mniej więcej po połowie sąd zniósł wzajemnie koszty zastępstwa. Z tego samego względu sąd po połowie obciążył strony pokrytym przez Skarb Państwa kosztem 910,48 zł stawienia się świadka M. W..

### ***Apelacje od tego wyroku wniosły obie strony.***

Powód zaskarżył wyrok w części to jest:

- pkt 1 w zakresie dotyczącym zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda odsetek ustawowych od kwoty 377 957,00 złotych od dnia 20 sierpnia 2010 roku i nie wyrzeczenie o terminie końcowym naliczania odsetek tj. dnia faktycznej zapłaty, w konsekwencji czego oddalił żądanie w tym zakresie, oraz w zakresie zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania w kwocie 18.898,00 złotych,

- pkt 2 wyroku, co do oddalenia powództwa,

pkt 3 wyroku w zakresie w jakim Sąd nakazał ściągnąć od powoda kwotę 455,24 złotych tytułem kosztów sądowych.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1/ naruszenie przepisów prawa materialnego:

- art. 476 kc, poprzez przyjęcie, że powód dopuścił się zwłoki w wykonaniu robót budowlanych objętych umową o roboty budowlane zawartą w dniu 16 grudnia 2009 roku, w okresie od dnia 18 lipca 2010 roku do dnia 27 lipca 2010 roku, a także poprzez przyjęcie, iż powód dopuścił się zwłoki w dokonaniu odbioru ostatecznego w okresie od dnia 18 lipca 2010 roku do dnia 11 sierpnia 2010 roku, podczas gdy opóźnienie w dokonaniu odbioru ostatecznego było następstwem okoliczności, za które powód nie ponosi odpowiedzialności,

- art. 484 § 1 kc, poprzez przyjęcie, iż powód nie wykonał w terminie swojego zobowiązania, a tym samym, że pozwanemu należy się kara umowna za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych objętych umową o roboty budowlane z dnia 16 grudnia 2009 roku, jak również za zwłokę w dokonaniu odbioru ostatecznego,

- art. 65 § 2 kc, poprzez nieuwzględnienie okoliczności, iż zgodnym zamiarem stron oraz celem umowy o roboty budowlane z dnia 16 grudnia 2009 roku, przy jej zawarciu, było przyjęcie odpowiedzialności powoda za zwłokę w wykonaniu odbioru ostatecznego spowodowaną nieotrzymaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie,

- art. 481 § 1 kc, poprzez brak określenia daty końcowej, do której winny być naliczane zasądzone od pozwanego na rzecz powoda odsetki ustawowe od kwoty 377.957,00 złotych,

2/ naruszenie przepisów postępowania:

- art. 228 § 1 kpc, poprzez przyjęcie, iż okoliczność malowania pomieszczeń w celu usunięcia wad tego malowania, w budynku biurowo-socjalnym, do którego dopiero zwożone były meble i w którym nie pracowali jeszcze żadni pracownicy pozwanego, stanowi oczywisty fakt polegający na braku możliwości użytkowania tych pomieszczeń, a tym samym, iż fakt ten nie wymaga dowodu,

- art. 233 § 1 kpc, poprzez błędną ocenę materiału dowodowego, w tym błędną ocenę zeznań świadków, jak również brak dokonania analizy zeznań świadków zgłoszonych zarówno przez powoda, jak i przez pozwanego, w części w której były one zgodne, a ponadto brak wskazania, którym zeznaniom świadków Sąd I instancji dał wiarę, a którym zeznaniom odmówił wiary i z jakiej przyczyny,

- art. 98 § 1 w zw. z art. 100 kpc, poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda jedynie części kosztów postępowania oraz nakazanie ściągnięcia od obu stron na rzecz Skarbu Państwa kosztów sądowych, podczas gdy w niniejszej sprawie powód winien zostać uznany za stronę wygrywającą spór w całości.

Z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia przez Sąd II instancji argumentacji wskazanej w treści niniejszej apelacji, powód wniósł o miarkowanie kary umownej. Wniosek uzasadnił faktem, iż zlecone powodowi roboty zostały w całości wykonane, pozwany nie miał potrzeby użytkowania budynku socjalno - biurowego w przedmiotowym okresie, a ponadto rzekome przekroczenie przez powoda terminu, nie doprowadziło do powstania po stronie pozwanego jakiegokolwiek szkody. Brak poniesienia szkody powoduje, iż naliczenie kary umownej, która pełni funkcję rekompensaty szkód jest całkowicie bezprzedmiotowa, a kara umowna naliczona odpowiednio za 10 i 15 dni jest rażąco wygórowana.

Powołując się na powyższe podstawy, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku:

- w pkt 1 poprzez zasądzenie od pozwanej na rzecz strony powodowej kwoty 700.603,11 złotych (słownie: siedemset tysięcy sześćset trzy złote i 11/100) wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 20 sierpnia 2010 roku do dnia faktycznej zapłaty oraz kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych,

- w pkt 2 poprzez uchylenie pkt 2 wyroku;

- w pkt 3 poprzez nakazanie ściągnięcia od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Krakowie kosztów sądowych w kwocie 910,48 złotych.

Nadto wniósł o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania przy uwzględnieniu kosztów postępowania apelacyjnego jako części kosztów procesu.

**Pozwany zaskarżył** wyrok w części uwzględniającej powództwo w kwocie 101.403,08 złotych z ustawowymi odsetkami od 20 sierpnia 2010 roku i zasądzającej na rzecz powoda zwrot kosztów postępowania w kwocie 5071 złotych i wniósł o:

1/ zmianę punktu 1 zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa także w zakresie żądania zapłaty kwoty 101.403,08 złotych, a zasądzenie na rzecz powoda od pozwanego jedynie kwoty 276.553,92 złotych wraz z kosztami postępowania w kwocie 13.828 złotych,

2/ zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania, za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie przed sądem I instancji i II instancji według norm przepisanych, ewentualnie wnosząc o: uchylenie zaskarżonego wyroku w zakresie punktu 1 skierowanie w tym zakresie sprawy do ponownego rozpoznania przekazanie Sądowi I instancji orzeczenia o kosztach postępowania za obie instancje, przy czym pozwany wniósł o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania, za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Zaskarżonemu Wyrokowi zarzucił:

1) naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik postępowania a to:

a) naruszenie art. 479<sup>12</sup> §1 k.p.c. oraz 207 §3 k.p.c. w związku z art. 230 k.p.c. poprzez nie uznanie za przyznanych przez powoda (a zatem bezspornych) twierdzeń pozwanego dotyczących wykładni zawartej przez strony umowy z dnia 16 grudnia 2009 roku o realizację inwestycji budowlanej polegającej na budowie kompleksu magazynowo-produkcyjno-biurowego w systemie generalnego wykonawstwa zawartej pomiędzy powodem a pozwanego (dalej „Umowa na GW”) w zakresie zasad naliczania kar umownych, tj. nie przyjęcie za okoliczność przyznaną twierdzenia pozwanego, iż kary umowne zastrzeżone w §22 ust. 2 umowy na GW (kara umowna za niedotrzymanie terminu zakończenia robót) oraz §22 ust. 3 umowy na GW (kara umowna za niedotrzymanie terminu odbioru ostatecznego) mogą być naliczane równolegle, w sytuacji gdy Powód z taką interpretacją zasad naliczenia w/w kar umownych się zgadzał (nie kwestionował jej) na etapie przedprocesowych rozmów stron, składania pozwu i odpowiedzi na sprzeciw, a zarzuty w tym zakresie zgłosił dopiero na pytanie Sądu na pierwszej rozprawie, a więc są one w świetle art. 479<sup>12</sup> k.p.c. oraz punktu 2 zarządzenia przewodniczącego z 12 maja 2011 roku wydanego w oparciu o art. 207§3 k.p.c. objęte prekluzją dowodową i winny zostać pominięte,

- art. 233 k.p.c. przez brak wszechstronnego rozważania materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie i wydanie rozstrzygnięcia z pominięciem istotnej części tego materiału, tj. poprzez pominięcie dowodu z przesłuchania M. P. (2) w charakterze strony (Pozwanego) w zakresie w jakim z jego zeznań wynika, iż intencją stron umowy na GW była możliwość równoczesnego naliczania obydwu kar umownych zastrzeżone w §22 ust. 2 oraz ust. 3 Umowy na GW,

- art. 328 §2 k.p.c. poprzez pominięcie w uzasadnieniu Sądu I instancji wyjaśnień dlaczego nie uwzględnił zeznań dowodu z przesłuchania M. P. (2) w charakterze strony (pozwanego) w zakresie w jakim z jego zeznań wynika, iż intencją stron umowy na GW była możliwość równoczesnego naliczania obydwu kar umownych zastrzeżone w §22 ust. 2 oraz ust. 3 umowy na GW;

- art. 233 k.p.c. przez brak wszechstronnego rozważania materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie i wydanie rozstrzygnięcia z pominięciem istotnej części tego materiału, tj. poprzez pominięcie dowodu z protokołu odbioru ostatecznego z dnia 12 sierpnia 2010 roku, z którego wynika, iż w tym dniu dokonano odbioru ostatecznego, o którym mowa w umowie na GW, a także dowodów z przesłuchania M. P. (2) w charakterze strony (pozwanego) w zakresie w jakim z jego zeznań wynika, iż odbiór ostateczny miał miejsce 12 sierpnia 2010 roku,

- art. 328 §2 k.p.c. poprzez pominięcie w uzasadnieniu Sądu I instancji wyjaśnień dlaczego pominął dowód z protokołu odbioru ostatecznego z dnia 12 sierpnia 2010 roku, dowód z przesłuchania M. P. (2) w charakterze strony w zakresie w jakim z dowodów tych wynika, iż odbiór ostateczny miał miejsce 12 sierpnia 2010 roku;

2) naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 65 §2 k.c. poprzez jego błędne zastosowanie i dokonanie błędnej wykładni oświadczeń woli złożonych przez strony w umowie na GW i przyjęcie, iż strony umówiły się, że kary umowne zastrzeżone w §22 ust. 2 umowy na GW (kara umowna za niedotrzymanie terminu zakończenia robót) oraz §22 ust. 3 umowy na GW (kara umowna za niedotrzymanie terminu odbioru ostatecznego) nie mogą być naliczane równolegle, w sytuacji gdy intencją stron tej umowy wynikającą także zarówno z celu tych zapisów, jak i ich literalnego brzmienia była możliwość równoległego naliczania obydwu w/w kar.

Strony wniosły nawzajem o oddalenie apelacji strony przeciwnej i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

### **Sąd Apelacyjny, po rozpoznaniu apelacji, zważył, co następuje:**

Apelacja powoda jest częściowo uzasadniona, natomiast apelacja pozwanego jest całości bezzasadna.

Co do zasady Sąd Okręgowy poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne oraz trafnie zastosował przepisy prawa procesowego i materialnego, które Sąd Apelacyjny przyjął za swoje - poza oceną ważności dodatkowej klauzuli umownej, dotyczącej drugiej kary umownej zawartej w § 22 pkt 3 umowy stron z 16.12.2009r, czyli zastrzeżenia kary umownej w przypadku niedotrzymania przez wykonawcę **ostatecznego odbioru**.



Zgodnie bowiem z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Chodzi więc o zobowiązanie, które wykonać ma dłużnik, a nie wierzyciel. Z istoty zatem chodzi o takie zobowiązanie, którego wykonanie zależy w całości od dłużnika, a nie od dobrej woli wierzyciela, czy osoby trzeciej, za którą dłużnik nie ponosi odpowiedzialności.

O ile zatem zastrzeżenie kary umownej w pkt 2 § 22 umowy nie budzi wątpliwości z omawianego punktu widzenia, gdyż karę umowną zastrzeżono, na wypadek niedotrzymania terminu zakończenia robót, to zastrzeżenie kary umownej na wypadek niedotrzymania terminu ostatecznego odbioru rażąco narusza samą naturę instytucji kary umownej i naturę stosunku prawnego umowy o roboty budowlane (art. 647 k.c. w zw. z art. 353<sup>3</sup> k.c.), której przedmiotowo istotnym elementem jest obowiązek odbioru przedmiotu robót po stronie inwestora, a nie wykonawcy. W razie zakończenia robót inwestor ma obowiązek, a nie uprawnienie do odbioru robót. Wady i usterki co do zasady nie stanowią podstawy do odmowy odbioru robót budowlanych, o ile nie uniemożliwiają zwykłe korzystanie z nowego obiektu, czyli rozpoczęcia jego zagospodarowywania. Usuwanie wad i usterek może zostać obwarowane odrębną karą umowną naliczaną od dnia odbioru do czasu usunięcia wad, albowiem za usuwanie wad również zależy od wykonawcy lub osób za które ponosi on odpowiedzialność. Tymczasem w niniejszej sprawie druga kara umowna nie została zastrzeżona za opóźnienie w usuwaniu wad i pozwany nie tak formułował swoją wierzytelność wzajemną. Żądał ją nadto od umownego terminu zakończenia robót a nie od odbioru robót, kiedy to stwierdzono wady do usunięcia.

Jednak samo dokonanie ostatecznego odbioru (po usunięciu wad) nie zależy wyłącznie od wykonawcy, gdyż wymaga, co najmniej rzetelnego współdziałania ze strony inwestora. Zakładając rzetelne postępowanie inwestora co do oceny stanu „usunięcia wad”, to nawet z uwagi na treść umowy łączącej strony, ma on prawo wyznaczania terminu rozpoczęcia odbioru do 5 dni od zawiadomienia wykonawcy o gotowości do ostatecznego odbioru i przedłużania samego odbioru do trzech dni. Już z tej przyczyny może zyskać powiększyć zastrzeżoną karę umowną. Jednak przede wszystkim może uznać, że dana usterka nie została jednak całkowicie usunięta i odmówić „ostatecznego odbioru” oczekując na kolejne zgłoszenie wykonawcy i zyskując możliwość kolejnego wydłużenia czasu naliczanie kary umownej o 8 dni. Z tej przyczyny należy uznać za niedopuszczalne zastrzeżenie kary umownej za niedotrzymanie terminu ostatecznego odbioru robót, jako od zdarzenia, którego zaistnienie nie zależy wyłącznie od wykonawcy robót.

Z tego powodu Sąd Apelacyjny uznał, za nieważną klauzulę kary umownej zastrzeżonej w § 22 pkt 3 umowy stron na podstawie art. 353<sup>3</sup> k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. oraz art. 647 k.c. , co czyni bezzasadnym potrącenie wzajemnej wierzytelności z tytułu naliczenia tej kary za okres od 28 lipca 2010r do dnia 11 sierpnia 2010r., której wysokość wyniosła 138.276,93 zł. W tej sytuacji należało podwyższyć zasadzoną na rzecz powoda kwotę wynagrodzenia o 138.276,93 zł.

W pozostałym zakresie apelacja powoda jest bezzasadna.

Poza sporem pozostaje, że powód nie dotrzymał umownego terminu wykonania robót, czyli nienależycie wykonał zobowiązanie. Sąd w całości podziela szczegółowe argumenty Sądu I Instancji, że powód nie wykazał, aby opóźnienie to było następstwem okoliczności, za które powód nie ponosi odpowiedzialności, co daje podstawę do przyjęcia, że powód popadł w zwłokę, czyli w zawinione opóźnienie. Do kary umownej – oprócz kwestii szkody i jej wysokości – znajdują zastosowanie ogólne zasady odpowiedzialności kontraktowej określone w art. 471 i n. k.c.

Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że po ponownym zgłoszeniu przez wykonawcę gotowości do odbioru strony przystąpiły do odbioru 27 lipca 2010r. i dokonały go, mimo, że w protokole inwestor wyznaczył wykonawcy termin 3 sierpnia 2013r. do usunięcia wad opisanych w załączniku.

Protokołem z 3 sierpnia 2010r. strony stwierdziły usunięcie wad stwierdzonych protokołem z 27 lipca 2010r. z wyjątkiem 20 usterek. Strony uzgodniły, że wykonawca zawiadomi pisemnie inwestora o usunięciu usterek i gotowości

do odbioru ostatecznego. W dniu 11 sierpnia 2010r. nastąpił odbiór instalacji słaboprądowych oraz strony sporządziły protokół odbioru końcowego, a w dniu 12 sierpnia 2010r. protokół odbioru ostatecznego.

Należy podkreślić, że sam wykonawca pogodził się z odmową odbioru budynku w dniu 13 lipca 2010r i zgodził się na wznowienie odbioru po ponownym wezwaniu przez siebie inwestora do odbioru. Zatem nie może po złożeniu takiego oświadczenia w protokole odbioru powoływać się na możliwość korzystania z budynku przez inwestora. Gdyby dokonał samodzielnego komisyjnego odbioru ocena odmowy odbioru robót ze strony inwestora podlegałaby ocenie.

Jednak niezależnie od postawy wykonawcy, należy uznać ze względu na zakres prac poprawkowych inwestor nie mógł rozpocząć użytkowania w dniu 13 lipca 2010r. Już samo malowanie około 60 pomieszczeń uniemożliwiało ich zagospodarowywanie. Zgoda na niedokończenie odbioru w dniu 13 lipca 2010r. w świetle § 15.8b umowy oznaczała przyznanie, że wady uniemożliwiają użytkowanie. W tej sytuacji zarzuty naruszenia art. 233 § 1 kpc oraz art. 228 § 1 kpc są nieuprawnione.

Wobec powyższego, należało uznać, że inwestor miał prawo naliczyć kary od kwoty 18.436.923,92 zł za okres od 18 do 27 lipca 2010r., czyli 184.369,24 zł.

Wobec prawidłowych ustaleń faktycznych bezzasadne są zarzuty naruszenia prawa materialnego.

Zupełnie bezzasadny jest zarzut nieprawidłowego wyrzeczenia o odsetkach, przez brak słów „do dnia zapłaty”. Takie słowa są zupełnie zbędne, a nadto nieprecyzyjne i zbędnie zaciemniają treść wyroku. Z mocy samego prawa, a to art. 481 § 1 k.c. wierzyciel może żądać odsetek za czas trwania opóźnienia, czyli do dnia w którym zobowiązanie wygasa, a nie do dnia zapłaty. Oprócz spełnienia świadczenia przez zapłatę, prawo przewiduje szereg innych przypadków, powodujących wygaśnięcie zobowiązania, jak np. zwolnienie z długu, odnowienie zobowiązania. Nadto po upływie terminu przedawnienia dłużnik może uchylić się od spełnienia świadczenia.

Dodatkowo Sąd Apelacyjny podnosi, że w sytuacji, gdyby nie podzielić stanowiska co do niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej w § 22 pkt 3 umowy, to biorąc pod uwagę wysokość całej kary (322.646,17 zł) oraz okoliczności faktyczne podnoszone przez powoda w postępowaniu przed Sądem Instancji, zarzut miarkowania kary – jako zarzut materialno prawny – zgłoszony w apelacji należy uznać za dopuszczalny i zasadny w świetle art. 484 § 2 k.c. Wszak zobowiązanie powoda zostało do dnia umówionego terminy wykonania zobowiązania wykonane nawet więcej niż „w znacznej części” jak wymaga tego przepis, gdyż opóźnieniu uległo wykonanie tylko jednego - z całego kompleksu – obiektu, zatem nie umożliwiło w całości przygotowań do jego użytkowania. Opóźnienie nie było nadmierne, mimo, że w toku inwestycji istotnie rozszerzono przedmiot robót bez przedłużania terminu ich wykonania. Wady nie były rażące a ich usuwanie pozwalało z pewnością na stopniowe wyposażenie lokali. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności oraz wysokość kary umownej 322.646,17 zł, należałoby uznać, że jest ona rażąco wygórowana i należy ją zmiarkować o wysokość tej drugiej kary czyli kwotę 138.276,93 zł. Jednak w sytuacji, gdy ostatecznie należna pozwanemu kara umowna wynosi 184.369,24 zł brak podstaw do jej miarkowania.

### ***Bezzasadne jest apelacja pozwanego.***

Jak to zostało wykazane przy rozważaniu apelacji powoda, wzajemna wierzytelność pozwanego którą przedstawił do potrącenia z tytułu kary umownej za zwłokę w statecznym odbiorze jest nieuzasadniona w całości wobec nieważności tego zastrzeżenia.

Nawet gdyby je uznać za ważne, to brak podstaw w treści umowy, ani w przepisach ustawy, aby obydwie kary, tj, za zwłokę wykonania robót oraz za zwłokę ostatecznego odbioru naliczać łącznie za ten sam okres czasu. Gdyby strony rzeczywiście chciały uregulować tę kwestię w ten wyjątkowy sposób, z pewnością by w to w treści umowy zaznaczyły.

Kwestionując ustalenia Sądu w tym zakresie i powołując się na prekluzję twierdzeń, pozwany w istocie zarzuca nienależyta wykładnię umowy, czyli naruszenie art. 65 § 2 k.c. Tymczasem stosowanie prawa materialnego w tym dotyczącego wykładni oświadczeń woli jest domeną sądu i nawet sąd drugiej instancji nie jest związany zarzutami

strony w tym zakresie. Z tego względu Sąd Okręgowy mógł dokonać przedmiotowej wykładni umowy. Przyjęcie argumentacji przedstawionej w apelacji pozwanego prowadziłoby do niedających się zaakceptować wniosków, iż dopuszczalne jest naliczenie dwóch różnych kar umownych za zwłokę w tym samym okresie z tego samego tytułu. Ostatecznie należy mieć na uwadze, że przy umowach nie należy opierać się na dosłownym brzmieniu treści umowy, ale badać jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy.

Wbrew zarzutom apelacji, zeznania słuchanego charakterze strony prezesa zarządu pozwanego M. P. (2), jak również zeznania słuchanego w charakterze świadka w dniu 12 września 2013 roku D. W., są zgodne co do intencji stron przy zawieraniu umowy w kontekście zdarzeń mogących stanowić podstawę do naliczenia kar umownych. Wszak M. P. (2) zeznał, że brał udział w negocjowaniu umowy z dnia 16 grudnia 2009 roku, jak również w jej podpisywaniu, a ponadto wskazał, iż jako inwestor wprowadził do treści umowy dwa różne terminy kar umownych (umowa z dnia 16 grudnia 2009 roku była autorstwa pozwanego). Jak zeznał Pan M. P. (2) „(...) liczyliśmy się z problemem uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu. Poszło to szybciej niż zakończenie wszystkich prac na budowie (...)”. Ponadto w dalszej części zeznania M. P. (2) oświadczył, iż takie sformułowanie kar umownych (zróżnicowanie stawki kary umownej za niedotrzymanie terminu odbioru ostatecznego) wynikało z wzięcia pod uwagę procedur urzędowych.

Z kolei z zeznań świadka D. W. w sposób niebudzący wątpliwości wynika, iż intencją stron przy zawieraniu umowy było zakończenie całości robót w terminie do dnia 15 lipca 2010 roku, a niższa stawka kary umownej przewidziana w przypadku niedotrzymania terminu Odbioru Ostatecznego w rzeczywistości miała znaleźć zastosowanie jedynie w przypadku niez uzyskania przez powoda decyzji o pozwoleniu na użytkowanie do dnia 15 lipca 2010 roku, a ponadto tylko i wyłącznie z przyczyn zawinionych przez powoda (§ 22 pkt 3 umowy z dnia 16 grudnia 2009 roku - załącznik do pozwu).

Wbrew twierdzeniom apelacji, Sąd I instancji był w pełni uprawniony do swobodnej oceny zapisów umowy również z urzędu, niezależnie od twierdzeń i wniosków stron, jak również etapu na którym zostały złożone. Powyższe jest oczywiste, albowiem interpretacja zapisów umowy stanowi element swobodnej oceny materiału dowodowego, a w tym zakresie Sąd I instancji nie był związany wnioskami stron lub ich brakiem. Wspomniana przez pozwanego prekluzja dowodowa nie ma charakteru bezwzględnego, a jej stosowanie uzależnione jest każdorazowo od decyzji Sądu. Skoro Sąd I instancji uznał kwestie związane z metodyką naliczania kar umownych za istotne z punktu widzenia przedmiotu postępowania i zadał stronie powodowej stosowne pytania w tym zakresie, w takim razie w ogóle nie może być mowy o jakiegokolwiek prekluzji dowodowej. Tym samym wbrew twierdzeniom pozwanego Sąd I instancji nie dopuścił się naruszenia przepisów postępowania w sposób określony w treści apelacji pozwanego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, obowiązujące regulacje prawne nie przewidują możliwości naliczania kary umownej za zwłokę w identycznym okresie z tego samego tytułu, albowiem zgodnie z art. 484 w zw. z art. 476 k.c. kara umowna może być naliczana w razie zwłoki w wykonaniu całego zobowiązania lub jego części, jednakże każdorazowo od odpowiednich, różnych terminów, co do których dłużnik popada w zwłokę. Jeśli inwestor kwalifikuje daną wadę jako na tyle istotną, że odmawia odbioru robót o nalicza karę umowną za zwłokę w wykonaniu prac, to jednocześnie nie może naliczać drugiej kary umownej za czas usuwania tej samej wady.

Za zupełnie nietrafne należy uznać powoływanie się przez pozwanego na orzecznictwo sądowe wydane na gruncie „owri” (Ogólne Warunki Realizacji Inwestycji i Robót Budowlanych). Przepisy te nie obowiązują już bowiem od ponad 20 lat.

Uzasadnienie Sądu I Instancji zawiera wszystkie obligatoryjne elementy wskazane w art. 328 § 2 kpc i poddaje się kontroli.

Wobec braku skutecznego podważenia stanu faktycznego oraz treści łączącej strony umowy o naruszeniu prawa materialnego apelacja nie mogła odnieść skutku.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty Sąd Apelacyjny oddalił apelację pozwanego na podstawie art. 385 kpc, a w uwzględnieniu apelacji powoda zmienił częściowo wyrok na podstawie art. 386 § 1 kpc. W pozostałym zakresie Sąd oddalił apelację powoda na podstawie art. 385 kpc.

O kosztach postępowania za obie instancje orzeczono na podstawie art. 100 kpc rozkładając je stosunkowo, z uwzględnieniem nakładu pracy pełnomocników, oraz biorąc pod uwagę, że powód wygrał sprawę w 74 %.