

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 lutego 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Hanna Nowicka de Poraj (spr.)
Sędziowie:	SSA Jerzy Bess SSA Robert Jurga
Protokolant:	st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska

po rozpoznaniu w dniu 29 stycznia 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa **W. K.**

przeciwko **Zakładowi (...) w K.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 12 września 2014 r. sygn. akt IX GC 13/12

1. zmienia zaskarżony wyrok:

- w punkcie I przez nadanie mu treści:

„I. zasądza od strony pozwanej Zakładu (...) w K. na rzecz powoda W. K. kwotę 178 392,92 zł (słownie: sto siedemdziesiąt osiem tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt dwa złote i dziewięćdziesiąt dwa grosze) z ustawowymi odsetkami od dnia 30 maja 2012 roku do dnia zapłaty;”

- w punkcie III przez obniżenie kwoty 8 988 zł do kwoty 8 925 zł (słownie: osiem tysięcy dziewięćset dwadzieścia pięć złotych);

2. oddala apelację w pozostałej części;

3. zasądza od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 2 700 zł (słownie: dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

UZASADNIENIE

Powód W. K. domagał się zasądzenia od pozwanego Zakładu (...) w K. 312 772,20 zł, z ustawowymi odsetkami i kosztami procesu. W uzasadnieniu podał, że wykonywał dla pozwanego prace budowlane, za które nie otrzymał pełnego wynagrodzenia.

Na dochodzoną przez powoda kwotę składają się kwoty:

-71 046,05 zł – tytułem tej części wynagrodzenia umownego, która nie została w ogóle zapłacona, gdyż zdaniem strony pozwanej powód nie wykonał prac na ww. sumę;

- 59 153,83 zł tytułem części wynagrodzenia, które zostało potrącone przez stronę pozwaną z tytułu kar umownych – 49 566,21 zł tytułem połowy ryczałtowej kary za odstąpienie i 9587,62 zł tytułem kary za opóźnienie;

- 170 499,04 zł tytułem prac dodatkowych;

-12 073,48 zł tytułem wartości sprzętu budowlanego, który został zabrany przez pracowników strony pozwanej.

Pozwany Zakład (...) w K. wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów proces, zarzucając, że:

- powód nie wykonał całości prac, wobec czego uzasadnione było obniżenie ustalonego w umowie wynagrodzenia, odstąpienie od umowy i obciążenie powoda z tego tytułu karą umowną;

- powód opóźnił się w wykonaniu I etapu prac wobec czego strona pozwana naliczyła mu kary umowne w kwocie 9587,62 zł;

- powód nie wykonywał żadnych prac dodatkowych;

- strona pozwana, ani jej pracownicy nie zabrali żadnego narzędzi będących własnością powoda. Strona pozwana potwierdza jedynie fakt wykorzystania należących do powoda pustaków (...).

Wyrokiem z dnia 12 września 2014 r., IX GC 13/12, Sąd Okręgowy w Krakowie: I/ zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę **179 744, 28 zł**, z ustawowymi odsetkami liczonymi od kwot: 6461,12 zł od 30 czerwca 2010 r. do dnia zapłaty, 44 322, 72 zł od 14 czerwca 2010 r. do dnia zapłaty, 128 960, 44 zł od 12 lipca 2010 r. do dnia zapłaty, **II/** oddalił powództwo w pozostałym zakresie; **III/** zasądził od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 8988 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, **IV/** nakazał ściągnąć od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 3006, 36 zł; **V/** nakazał ściągnąć od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę 4006, 36 zł.

Rozstrzygnięcie powyższe zostało poprzedzone następującymi ustaleniami faktycznymi.

Strony zawarły umowę o wykonanie robót budowlanych polegających na kompleksowej modernizacji obiektu strony pozwanej – pawilonu nr (...)w osiach 10 – 14. Celem prac było dostosowanie pomieszczeń do wymogów przewidzianych stosownymi przepisami. W ramach prac należało wymienić instalacje CO, elektryczną, wentylacji, stolarkę okienną, zabudować balkony, wykonać termomodernizację, prace na dachu – pokrycie papą termozgrzewalną, wykonać wentylację w formie odpowiednich przekuć, wykonać podłączenia do instalacji. Ogólna wartość prac po uwzględnieniu zmian wynikających z aneksów wyniosła 991 324,37 zł.

Powód nie wykonał całości prac, to jest nie zamontował jednej sztuki drzwi, nie wykonał dokumentacji powykonawczej wentylacji, pionów kanalizacji, instalacji wod-kan i c.o., w zakresie zmian w projekcie elektrycznym, sprawdzenia M., uszczelnienia łączy po regulacji montażu odbojoporęczy, instalacji c.o., poziomego zasilania w piwnicach w osiach 1-7 wraz z montażem grzejników raz z osprzętem instalacyjnym w piwnicach i na parterze w osiach 7-10. Wartość prac niewykonanych przez powoda wyniosła 52 434,93 zł, w zakresie w jakim prace te podlegały kosztorysowaniu. Ponadto

powód nie wykonał prac na kwotę 12 150 zł w zakresie który nie podlega kosztorysowaniu – nie wykonał dokumentacji powykonawczej w branżach instalacyjnych, regulacji odbojoporeczy, sprawdzenia sytemu M..

W związku z niewykonaniem w/w części prac strona pozwana odstąpiła od umowy.

W toku prac powód na zlecenie strony pozwanej wykonywał prace dodatkowe, bez wykonania których nie było możliwości prawidłowego wykonania powierzonego powodowi zakresu prac. Były to prace polegające na wyrównaniu nierówności murów fundamentowych, wykonaniu styku ościeżnic, uzupełnieniu ubytków i wyrównanie powierzchni stropu, utylizacji okien i papy, uzupełnieniu ubytków i wyrównaniu starych tynków, dodatkowym zakupie okien, wykonaniu parapetów zewnętrznych, uzupełnieniu warstw posadzkowych, montażu włazów do kanałów technologicznych, zwiększeniu ilości i jakości materiałów z których wykonano balustrady, montażu dodatkowych drzwi, wykonaniu dodatkowych powierzchni podkładu pod posadzkę i samej posadzki, zamontowaniu systemowych listew dylatacyjnych, zwiększonego zakresu prac elewacyjnych, położenia zwiększonej ilości rur, dodatkowego kosztu montażu rusztowań. Wartość ww. prac wyniosła 127 764,06 zł.

W toku prac doszło do opóźnienia w wykonaniu I etapu prac.

Strona pozwana wykorzystwała należące do powoda pustaki (...), których wartość wyniosła 1196,38 zł.

Kolejno Sąd Okręgowy przedstawił analizę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, w szczególności zeznania świadków i stron, zasadniczo dając wiarę wymienionym relacjom, choć wskazując na ich subiektywizm. Sąd dokonał również oceny dowodu z opinii biegłego T. B., którą ocenił wysoko, jako profesjonalną, rzetelną i precyzyjną. Dowód ten pozwolił Sądowi na ustalenie wartości prac niewykonanych oraz dodatkowych.

Oceniając dokonane ustalenia faktyczne na gruncie art. 647 k.c. Sad Okręgowy uznał powództwo o za uzasadnione w części.

Roszczenie o zapłatę kwoty **71 046,05 zł** – tytułem tej części wynagrodzenia umownego, która nie została w ogóle zapłacona, gdyż zdaniem pozwanego powód nie wykonał prac na ww. sumę – to stanowisko każdej ze stron w tym przedmiocie jest częściowo uzasadnione. Wartość prac, których powód nie wykonał wynosi **52 434,93 zł**. Skutki takiego ustalenia są takie, że powód nie może domagać się zapłaty kwoty 71 046,05 zł. Z kolei strona pozwana nie może obniżyć wynagrodzenia o ww. kwotę. Strona pozwana mogła odmówić z tego tytułu zapłaty wynagrodzenia w kwocie 52 434,93 zł, w rezultacie czego roszczenie w zakresie kwoty 71 046,05 zł uzasadnione jest jedynie co do kwoty **18 611,12 zł**. Przy czym, także i ta kwota nie została zasądzona, gdyż zgodnie z opinią biegłego Sąd Okręgowy uznał, że wskazana przez pozwanego wartość niewykonanych przez powoda elementów, które nie podlegają kosztorysowaniu, to jest kwota **12 150 zł** odpowiada średniej wartości i nie jest zawyżona. Dlatego też od kwoty 18 611,12 zł należało odjąć kwotę 12 150 zł. W sumie zatem do na rzecz powoda zasądzenia pozostała kwota **6461,12 zł**.

Roszczenie o zapłatę kwoty **59 153,83 zł** – tytułem części wynagrodzenia, które zostało potrącone przez pozwanego z tytułu kar umownych (49 566,21 zł tytułem połowy ryczałtowej kary za odstąpienie i 9587,62 zł tytułem kary za opóźnienie) – Sąd Okręgowy uznał za usprawiedliwione co do zasady. Sąd ocenił, że pozwany miał prawo obciążyć powoda karami umownymi za opóźnienie w wykonaniu prac i z tytułu odstąpienia od umowy. Nie oznaczało to jednak zaaprobowania przedmiotowych kar w dochodzonej przez powoda wysokości. Za w pełni zasadną Sąd Okręgowy uznał jedynie karę umowną za opóźnienie w wykonaniu I etapu prac w kwocie 9587,62 zł i w tym zakresie uznał zarzut potrącenia za skuteczny. Natomiast nie jest w pełni uzasadniony zarzut potrącenia kwoty 49 566,21 zł tytułem kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy. Zdaniem Sądu Okręgowego zasadny jest bowiem wniosek powoda o miarkowanie ww. kary umownej. Pozwany liczy karę umowną od wartości całości umowy i dochodzi połowy ww. kary. Rzecz w tym, że zakres niewykonanych prac to około 5% ogólnej wartości umowy. Jest to zatem, w ocenie Sądu I instancji, akademicki przykład przesłanki miarkowania kary, przewidziany w art.484 § 2 kc. Prace zostały w znacznej części wykonane i w tych okolicznościach naliczona przez pozwanego kara jest wciąż rażąco wygórowana. Dlatego też Sąd Okręgowy miarkował ww. karę umowną w ten sposób, uznając, że właściwy sposób wyliczenia kary wskazany w umowie, jako podstawę jej wyliczenia przyjął wartość niewykonanych prac. Dało to kwotę 5243,49 zł. Oznacza to, że

z tytułu kar umownych strona pozwana mogła naliczyć kary umowne w kwotach 9587,62 zł (z tytułu opóźnienia) + 5243,49 zł (z tytułu odstąpienia), to jest w sumie 14 831,11 zł. W efekcie roszczenie o zapłatę kwoty 59 153,83 zł tytułem wynagrodzenia za wykonane prace objęte umową jest uzasadnione częściowo to jest w zakresie kwoty **44 322,72 zł**. Natomiast w zakresie kwoty 14 831,11 zł jest nieuzasadnione, gdyż strona pozwana skutecznie potrąciła przysługujące powodowi wynagrodzenie z jej wierzytelnością z tytułu kary umownej.

Za częściowo uzasadnione uznał Sąd Okręgowy roszczenie o zapłatę **170 499,04 zł** tytułem prac dodatkowych. Powód wykonał prace dodatkowe na kwotę **127 764,06 zł**. Wykonanie tych prac nastąpiło na zlecenie pozwanego, a dodatkowo było nieodzowne do prawidłowego wykonania zakresu prac powierzonych powodowi na podstawie umowy. W toku procesu pozwany podkreślał, że strony zawarły umowę o określonej treści i pozwany realizował postanowienia ww. umowy, zatem brak jest podstaw do obciążenia go kosztami wykonania prac dodatkowych innych, aniżeli uznane wskutek zawarcia aneksów. Rozstrzygając ten problem Sąd Okręgowy odwołał się do opinii biegłego, zgodnie z którą niektóre prace nie zostały przewidziane w przedmiarze robót choć były niezbędne do prawidłowego wykonania umowy. Sąd Okręgowy wyraził pogląd, że rzeczą przedstawicieli pozwanej jest nie tylko dbanie o finanse publiczne ale też odpowiednie przygotowanie przedmiaru prac, czyli takie, które odpowiadają rzeczywistym potrzebom – czego pozwany nie zrealizował. Uwzględnienie powództwa w omawianym zakresie oznacza zobowiązanie pozwanego do zapłaty za te prace, które, które strona pozwana winna była jednoznacznie uwzględnić w przedmiarze i zlecić do wykonania. Sąd Okręgowy uznał ponadto, że jak chodzi o tę konkretną inwestycję, powód nie miał realnych szans na zweryfikowanie przedmiaru robót, w sytuacji, gdy zakład opieki zdrowotnej na bieżąco funkcjonował. Sąd Okręgowy podkreślił, że bierze pod uwagę, że powód nieprawidłowo ustalił zakres prac dodatkowych i nieprawidłowo wyliczył ich wartość stosując odmienne stawki aniżeli stawki z umowy. Biegły zweryfikował zakres i wartości podane przez powoda i w sposób znaczący zmniejszył wartość ww. prac dodatkowych.

Za uzasadnione w części jedynie Sąd Okręgowy uznał ponadto **roszczenie** o zapłatę **12 073,48 zł** tytułem wartości sprzętu budowlanego i materiałów, które miały zostać zabrane przez pracowników pozwanego. W ocenie Sadu powód nie wykazał zasadności roszczenia w tym zakresie, za wyjątkiem faktu wykorzystania przez stronę pozwaną bloczków (...), których wartość Sąd ustalił na kwotę 1196,38 zł i tylko w tym zakresie – kwoty **1196,38 zł** – uzasadnione jest roszczenie o zwrot wartości zabranych narzędzi i materiałów.

W rezultacie na kwotę uwzględnionego powództwa złożyła się suma kwot: 6461,12 zł (za prace wykonane w ramach umowy, których strona pozwana bezpodstawnie nie zapłaciła po odjęciu prac niewykonanych kosztorysowanych i niekosztorysowanych) + 44 322,72 zł (za prace wykonane w ramach umowy po uwzględnieniu potrącenia kar umownych)+ 127 764,06 zł (za prace dodatkowe) + 1196,38 zł (wartość bloczków (...)). W sumie daje to kwotę **179 744,28 zł**, którą to kwotę Sąd Okręgowy uznał za należną i zasądził ją od pozwanego na rzecz powoda, oddalając powództwo w pozostałej części,. Jako bezzasadne.

Jako podstawę rozstrzygnięcia w przedmiocie odsetek ustawowych Sąd Okręgowy wskazał art.481 § 1 i 2 kc zaś co do kosztów procesu – art. 100 k.p.c.

Wyrok Sądu Okręgowego, w części uwzględniającej powództwo, **zaskarżył apelacją pozwany**, zarzucając:

1/ naruszenie prawa materialnego, a to:

a/ art. 484 § 2 k.c. przez wadliwą wykładnię i zastosowanie a w konsekwencji zmiarkowanie kary umownej, pomimo braku po temu przesłanek;

b/ art. 411 pkt 1 k.c. przez niezastosowanie i zasądzenie na rzecz powoda zwrotu kary umownej, którą ten wcześniej sam świadczył, bez zastrzeżenia zwrotu,

c/ art.. 409 k.c. przez niezastosowanie, pomimo zużycia przez stronę pozwanego środków uzyskanych z tytułu K. umownej,

d/ art. 632 § 1 k.c. przez niezastosowanie, a w konsekwencji zasądzenie na rzecz powoda dodatkowego wynagrodzenia pomimo braku ku temu podstaw z uwagi na przyjęcie przez strony w łączącej je umowie wynagrodzenia ryczałtowego,

e/ art. 649 k.c. przez niezastosowanie a w konsekwencji przyznanie powodowi dodatkowego wynagrodzenia, mimo, że roboty za które je przyznano, były objęte projektem, a zatem powinny zostać wykonane w ramach wynagrodzenia ryczałtowego,

f/ § 1 ust. 9 umowy z dnia 28 sierpnia 2009 r poprzez jego niezastosowanie i zasądzenie na rzecz powoda należności za materiały wykorzystane przez stronę pozwaną, pomimo braku szkody po stronie powoda i przyczynienia się przez niego do powstania takiej ewentualnej szkody,

g/ art. 411 p. 1 k.c. przez niezastosowanie i zasądzenie na rzecz powoda wynagrodzenia za roboty budowlane, o których powód wiedział, że nie jest zobowiązany do ich świadczenia,

h/ art. 405 k.c. przez niezastosowanie, a w konsekwencji zasądzenie na rzecz powoda należności za materiały wykorzystane przez pozwanego, pomimo braku wzbogacenia po stronie pozwanego i zubożenia po stronie powoda,

i/ art. 415, 361 § 2 k.c. i 362 k.c. przez niezastosowanie, a w konsekwencji zasądzenie na rzecz powoda należności za materiały wykorzystane przez pozwanego, pomimo braku szkody po stronie powoda i przyczynienia się przez niego do powstania takiej ewentualnej szkody,

j/ art. 647 k.c. przez zastosowanie, mimo braku podstaw i zasądzenie wszystkich roszczeń powoda w oparciu o ten przepis,

k/ art. 455 k.c. przez niezastosowanie i w konsekwencji wadliwe ustalenie terminów wymagalności roszczeń powoda oraz art. 481 § 1 k.c. przez wadliwą wykładnię i zastosowanie, a w konsekwencji wadliwe ustalenie dat początkowych liczenia odsetek i wadliwe zasądzenie odsetek;

2/ naruszenie przepisów postępowania:

a/ art. 328§ 2 k.p.c. przez sprzeczność sentencji wyroku z jego uzasadnieniem oraz samego uzasadnienia, z uwagi na ustalenie wartości niezapłaconego wynagrodzenia, które stanowiło podstawę wyliczenia kary umownej, w wysokości niższej niż wartość niewykonanych robót,

b/ art. 321 § 1 k.p.c. przez zmiarkowanie kary umownej, mimo braku stosownego żądania powoda,

c/ art. 233 § 1 k.p.c. przez sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, polegającą na zasądzeniu kwoty 206,36 zł, mimo, że z dziennika budowy opinii biegłego wynika, że kwota ta powinna być odliczona od wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe;

Podnosząc powyższe zarzuty pozwany domagał się zmiany zaskarżonego wyroku w punktach I i III przez obniżenie zasądzonych na rzecz powoda od pozwanego świadczenia do kwoty 6 641,12 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 31 maja 2012 r oraz kosztów procesu w wysokości 7217 zł. oraz wyeliminowanie rozstrzygnięcia zawartego w punkcie V. Pozwany domagał się ponadto zasądzenia na jego rzecz od powoda kosztów postępowania apelacyjnego.

SĄD APELACYJNY ZWAŻYŁ CO NSTĘPUJE.

Apelacja okazała się skuteczna w znikomej części.

Ustalenia Sądu Okręgowego są prawidłowe za wyjątkiem dwóch omyłek popełnionych przez ten Sąd przy wyliczeniu wysokości świadczeń należnych powodowi. Ustalenia faktyczne stanowiące podstawę wyroku są prawidłowe, Sąd Apelacyjny uznaje je za własne.

Zasadnicze zarzuty apelacyjne, związane z problemem miarkowania kar umownych i robotami dodatkowymi, nie znajdują uzasadnienia.

1/ Co do kar umownych.

Problem związany jest z tym, że Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powoda, m.in., kwotę 44 322, 72 zł, tytułem części wynagrodzenia za prace wykonane przez powoda, która nie została wypłacona powodowi, z uwagi na dokonane przez pozwanego potrącenie kar umownych – które Sąd Okręgowy uznał za zawyżone i na zasadzie art. 484§ 2 miarkował.

W świetle stanowiących podstawę rozstrzygnięcia okoliczności faktycznych, rozstrzygnięcie to, wbrew zarzutom apelującego, uznać należy za prawidłowe.

Przepis art. 484 § 2 k.c. stanowi, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Utrwalona w orzecznictwie sądowym wykładnia tego przepisu wskazuje, że miarkowanie kary umownej może nastąpić tylko na zarzut zobowiązanego do ich zapłaty – sąd nie może tu działać z urzędu. Żądanie miarkowania powinno zatem być zgłoszone w procesie, w którym problem wysokości kar umownych podlega badaniu przez sąd. Przyjmuje, że jednak, że wniosek o miarkowanie kary umownej nie musi zawierać wprost sformułowania, że dłużnik żąda miarkowania kary umownej, wystarczy, że w trakcie procesu podniesie on także zarzut rażącego wygórowania takiej kary (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 4 września 2014 r., I ACa 72/14, Lex nr 1511634). Pozwany zarzuca, że powód nie zgłosił takiego wniosku, który stwarzałby sądowi procesowe uprawnienie do dokonania miarkowania. Stanowisko to nie jest trafne. Rzeczywiście zarzut rażącego wygórowania kar czy też wniosek o ich obniżenie nie znalazł się w pozwie, gdzie powód wyłącznie zarzucał brak podstaw do obciążania go jakimikolwiek karami umownymi, gdyż – jak wywodził – opóźnienie w wykonaniu prac, nastąpiło z winy pozwanego, wskazując ponadto, że pozwany odstąpił od umowy, gdy ta była faktycznie wykonana. Powód wskazywał również, że nawet gdyby przyjąć jego winę w opóźnieniu, to z uwagi na fakt i zakres wykonania prac, pozwany nie poniósł żadnej szkody.

W dalszym toku procesu, w piśmie z dnia 10 listopada 2012 roku, stanowiącym odpowiedź na zarzuty pozwanego, powód analizując po raz kolejny zasadność odstąpienia przez pozwanego od umowy, w sytuacji, gdy w zasadzie wszystkie prace zostały wykonane, podał m.in. „pozwany nie odniósł się również do twierdzenia o braku szkody opóźnieniu realizacji końcowego etapu umowy ograniczając się jedynie do zaprzeczenia twierdzeniom powoda co do przyczyn tego opóźnienia. Zatem argument o zasadności zmiarkowania kary umownej za owo opóźnienie pozostaje całkowicie w mocy. Powód powtarza (...) kara umowna powinna zostać zmiarkowana i to w całości bowiem żadnej szkody z tej przyczyny pozwany nie podniósł i jej nie wykazywał”. Jak z tego wynika powód zgłosił wniosek o miarkowanie kary umownej, argumentując powyższe wykonaniem, jak twierdził, całości prac i brakiem szkody po stronie kontrahenta. Zdaniem pozwanego przytoczone wyżej oświadczenie odnosi się jedynie do pierwszej kary umownej (za opóźnienie w realizacji prac) jednakże w ocenie Sądu Apelacyjnego z wypowiedzi powoda jednoznacznie wynika, że chodzi tu o drugą karę, to jest tę, która związana była z opóźnieniem w realizacji końcowej części robót, co skończyło się bezzasadnym, w ocenie powoda, odstąpieniem od umowy i naliczeniem kary. Literalna treść tej wypowiedzi i cały jej kontekst jest jednoznaczny. Powód domagał się zmiarkowania kary umownej naliczonej przez pozwanego w wysokości 49 566, 21 zł, za zawinione przez powoda odstąpienie od umowy. A zatem wbrew temu co zarzuca pozwany w apelacji zmiarkowania tej kary przez Sąd Okręgowy było procesowo dopuszczalne.

Z zagadnieniem przesłanek miarkowania kary umownej ściśle wiąże się problem stopnia jej redukcji, gdyż, jak podaje się w doktrynie, z jednej strony obniżenie kary umownej ma sprowadzać się do eliminacji rażącego wygórowania kary, która powoduje, że jej zasądzenie stałoby w sprzeczności z poczuciem słuszności, z drugiej jednak strony nie może prowadzić do zejścia poniżej najszerzej pojętej szkody doznanej przez wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2008 r., II CSK 364/08, LEX 582727 uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, Nr 5, poz. 69). W wyroku z dnia 14 kwietnia 2005 r., II CK 626/04 Sąd Najwyższy zasadnie przyjął, że nie można

uznać za rażąco wygórowaną kary umownej w wysokości, która wynika z potrzeby skłonienia dłużnika do wykonania zobowiązania lub ze znacznego ryzyka, jakie przyjął na siebie wierzyciel, zawierając umowę.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego kara umowna w rozpoznawanej sprawie nie miała takiego celu. Miała charakter wyłącznie represyjny. Naliczono ją w związku z wypowiedzeniem umowy, w końcowej fazie jej realizacji. Dlatego też zakres, w jakim Sąd Okręgowy obniżył przedmiotową karę, nie prowadzi do naruszenia art. 484 § 2 k.p.c. Apelujący nie kwestionuje ustaleń przez Sąd I instancji, że zakres niewykonanych robót stanowił jedynie około 5% wartości umowy. Nie przeczy też, że powód wykonał pozostałe roboty. Zostały one odebrane, są dobrej jakości i pozwany z nich korzysta. Powyższe wynika z ustaleń Sądu I instancji, znajdujących oparcie w opinii biegłego T. B.. W końcowej części opinii (k. 487) biegły wyraził nawet pogląd, że „o ile potrącenie części wynagrodzenia powoda w wysokości kosztów uzupełnienia braków (...) było uzasadnione, o tyle zakres i wielkość tych błędów nie uzasadniał odstąpienia od umowy i naliczania kar umownych.”. Jakkolwiek pogląd ten, co do zasady, nie został zaakceptowany przez Sąd Okręgowy (w podstawie faktycznej wyroku przyjęto odpowiedzialność powoda za niedokończenie prac), to jednak niewielki zakres prac pozostałych do wykonania, usprawiedliwiał znaczące obniżenie kary. Nie bez znaczenia jest również to, że pozwany nie wykazał, by w związku z wypowiedzeniem umowy powodowi poniósł jakąkolwiek szkodę majątkową. Fakt poniesienia szkody nie jest oczywiście warunkiem naliczenia kary umownej, jednakże niewielka wysokość poniesionego uszczerbku, lub jego brak, może mieć, w konkretnych okolicznościach, wpływ na stopień miarkowania kary. Pozwany znał stanowisko powoda, wyrażone w piśmie procesowym z dnia 10 listopada 2012 roku, mimo to nie podjął jakiejkolwiek aktywności dowodowej dla wykazania czy i jaką szkodę majątkową poniósł wskutek wypowiedzenia umowy powodowi.

W orzecznictwie (por. wyrok SA w Katowicach z dnia z dnia 17 grudnia 2008 r., V ACa 483/08, LEX nr 491137), trafnie ukształtował się pogląd, że miarkowanie kary umownej w trybie art. 484 § 2 k.c. na żądanie dłużnika należy do tzw. prawa sędziowskiego, zaś regulacja tego przepisu nie zawiera jakichkolwiek wyłączeń. Przepis ten, mający charakter normy ogólnej może wchodzić w grę w każdym przypadku, gdy w świetle oceny określonego stanu faktycznego, można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżonej wysokości jawić się będzie jako nieadekwatna. Sąd Okręgowy w niniejszej sprawie wskazał okoliczności, które miał na uwadze dokonując miarkowania kary, której wysokość, w okolicznościach ustalonych w rozpoznawanej sprawie, uznał za wygórowaną i brak jest w związku z tym podstaw do podzielenia zarzutów apelacji.

Wbrew wywodom apelującego złożenie oświadczenia o potrąceniu nie wyłącza prawa do domagania się miarkowania kary umownej (tak: wyrok Sadu Najwyższego z dnia 21 listopada 2007 r., I CSK 270/07, I CSK 270/07, lex nr 530614). Na przeszkodzie miarkowaniu nie stoi też rzekome uznanie roszczenia o zapłatę kar umownych. Jakkolwiek w piśmie powoda z dnia 2 lipca 2010 r, powód rzeczywiście złożył oświadczenie, o potrąceniu tych wierzytelności (kar umownych) z wierzytelnościami powoda o zapłatę wynagrodzenia umownego, jednakże lektura całego wystąpienia powoda wskazuje jednoznacznie, że oświadczenie to w żadnym razie nie zmierza do wywołanie skutku z art. 498 § 2 k.c. to jest wzajemnego umorzenia wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej. We wcześniejszej części pisma powód wszak stanowczo polemizuje z naliczeniem przez pozwanego kar umownych, kwestionując takie istnienie po temu przesłanek.

Apelujący ma rację tylko w jednej kwestii, mianowicie, gdy zarzuca, iż wysokość kary umownej, zmiarkowanej wedle zasady przyjętej przez Sąd Okręgowy, winna wynosić **6 648, 49 zł** a nie jak przyjął Sąd Okręgowy – 5 243, 49 zł. Zmiarkowana przez ten Sąd kara miała wynosić 10% obliczone od wartości prac niewykonanych. Jak wynika z niekwestionowanych wyliczeń Sąd Okręgowego (k. 572/2) ta ostatnia wartość to suma dwóch elementów 52 434, 93 zł i 12 150 zł = **64 584, 93 zł**. W konsekwencji suma kar umownych skutecznie potrąconych z wynagrodzenia powoda to 16 056 , 11 zł a wartość wynagrodzenia pozostałego do zapłaty to **43 097, 72 zł** (59 153, 83 zł – 16 056, 11 zł).

2/ Co do wynagrodzenia za prace dodatkowe.

Zarzuty apelacyjne i w tej części nie są trafne, choć rację ma pozwany, że istotą wynagrodzenia ryczałtowego – a takie wynagrodzenie strony ustaliły w umowie – jest to, że przyjmujący zamówienie nie może domagać się

jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jakkolwiek, zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie stanowiskiem, przepis ten ma odpowiednie zastosowanie do umów o roboty budowlane, to jednak odpowiedniość ta musi uwzględniać specyfikę i dynamikę procesu budowlanego, zwłaszcza jak chodzi o duże inwestycje. Za roboty odrębnie wynagradzane uznać tu należy takie prace dodatkowe, które nie są przewidziane umową i projektem. Zgodzić można się z powodem, że fakt nieuwzględnienia danych prac w samym przedmiarze robót nie ma decydującego znaczenia. Zakresu robót do wykonania nie wyznacza ich przedmiar, lecz stanowiący integralną część umowy projekt. W pewnych okolicznościach można uznać za prace, które muszą być wykonane w ramach ryczałtu, również takie roboty, które co prawda nie zostały przewidziane w projekcie ale są konieczne do wykonania umowy. Ta ostatnia przesłanka musi być jednak traktowana bardzo indywidualnie. Zgodzić bowiem należy się z poglądem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku, który w wyroku z dnia 12 marca 2014 r. (V ACa 846/13, Lex nr 1488615) stwierdził: „ustalenie ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych wyklucza możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe jedynie wtedy, gdy te prace są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają. Co więcej, dotyczą takich sytuacji, które wykonawca robót dysponujący dokumentacją techniczną powinien przewidzieć jako konieczne do wykonania mimo, że dokumentacja ich nie przewiduje.”. A zatem trafna była decyzja Sądu Okręgowego, który dla wyjaśnienia tego problemu dopuścił dowód z opinii biegłego dla ustalenia czy prace, za które powód dochodził dodatkowego wynagrodzenia, mieściły się w zakresie prac objętych umową pomiędzy stronami, czy też miały charakter robót dodatkowych. Przedmiotem badania biegłego była, między innymi, dostarczona przez obie strony procesu dokumentacja. Sąd Okręgowy, w oparciu o tę opinię, trafnie przyjął, że roboty budowlane o wartości 127 764, 06 zł. (powinno być 127 557, 70 zł) stanowią roboty dodatkowe, które powinny zostać odrębnie wynagrodzone. Jak wynika z oświadczenia pełnomocnika pozwanego, złożonego na rozprawie apelacyjnej w dniu 29 stycznia 2015 r. pozwany uważa, że wśród robót wymienionych przez biegłego na stronie 9 opinii (k. 483) umową (projektem) objęte były te, które biegły wymienił w pozycjach IV, V i XV. Ostatecznie więc pozwany przyznaje, że pozostałe prace, uwzględnione w wyliczonej przez Sąd Okręgowy sumie dodatkowego wynagrodzenia, nie były objęte umową. Pozwany twierdził co prawda, że prace te stanowiły naturalną konsekwencję procesu budowlanego a wykonawca robót powinien był przewidzieć konieczność ich wykonania – jednakże okoliczności tych nie udowodnił. Opinia biegłego prowadzi do wniosków odmiennych. Uwzględnione przez biegłego, jako dodatkowe, roboty nie zostały w jego ocenie przewidziane umową, między innymi, dlatego, że konieczności ich wykonania nie można było na etapie prac projektowych i zawierania umowy przewidzieć. Twierdzenie pozwanego, że powinien je przewidzieć powód, jako profesjonalista, nie znajduje uzasadnionych podstaw. Nie wydaje się by takie prace jak wyrównanie nierówności murów fundamentowych czy też wyrównanie ubytków na łączeniach płyt stropodachu czy ubytków płyt stropu można było przewidzieć na etapie kosztorysowania, skoro, jak wynika z opinii biegłego, konieczność poniesienia dodatkowych kosztów ujawniła się w trakcie zrywania starego pokrycia dachu. Zauważyć należy iż nie wszystkie faktycznie wykonane przez pozwanego roboty biegły w opinii uznaje za niemożliwe do przewidzenia. Przykładowo uznaje za niezasadne żądanie zapłaty za montaż elementów wykończających i łączników dla objoporęczy, wskazując, że ich zamontowanie stanowi oczywisty element robót polegających na montażu objoporęczy. Jak z tego wynika biegły stosuje właściwe kryterium dla wyodrębnienia prac dodatkowych za które pozwany powinien powodowi zapłacić, od tych, które – stanowiąc nieodłączny i konieczny do przewidzenia element budowy, prowadzonej zgodnie z umową i projektem – zostały już wynagrodzone w ramach ryczałtu. Wnioski biegłego nie budzą wątpliwości również w kontekście niekwestionowanej przez pozwanego okoliczności, iż powód, przed podpisaniem umowy i przystąpieniem do robót miał ograniczone możliwości dokonania oględzin nieruchomości pod kątem weryfikacji danych przedstawionych przez pozwanego. Pozwany złożył zarzuty do opinii biegłego T. B., jednakże biegły stanowczo podtrzymał swoje wnioski, słuchany na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2014 r.

W opinii ustnej biegły doniósł się również do tych robót, które w ocenie powodabyły objęte projektem (poz. IV, V, XV str. 9 opinii k. 483). I tak w pozycji (...) ujęto koszt utylizacji starych okien, drzwi i papy. Pozwany twierdzi powód był zobowiązany do wykonania tych prac zgodnie z umową stron, jednakże biegły w swojej opinii logicznie wywodzi, że utylizacja w/w elementów nie jest jednoznaczna z wykonaniem porządku i uprzątnięciem placu budowy. Jest odrębnym kosztem, który nie został ujęty w umownym zakresie robót. Zdaniem biegłego roboty polegające na reperacji i uzupełnieniu ubytków w tynkach zdecydowanie nie wchodzi w przewidziany

projektem zakres robót polegający na przecieraniu tynków wewnętrznych oraz wykonania tynków nowych. Biegły w swojej opinii wyraźnie stwierdził, że wykonanie montażu systemowego listew dylatacyjnych w dylatacji pomiędzy budynkiem modernizowanym a pionem komunikacyjnym nie był przewidziany ani projektem ani przedmiarem robót. Wbrew oświadczeniu pełnomocnika powoda rozszerzenie zakresu przedmiotowego umowy o wykonanie tych robót nie wynika z przedłożonych do sądu spraw aneksów nr (...) do umowy (dowód aneksu do umowy k. 21-29). Należy podkreślić, że pozwany ostatecznie nie polemizował z ocenami, zawartymi w opinii biegłego. Nie wnosił o dodatkowe uzupełnienie opinii przez biegłego T. B., bądź też o dowód z opinii innego biegłego ds. budowlanych. Tym samym kwota wynikająca z wyliczenia opinii biegłego winna zostać zasądzona od pozwanego na rzecz powoda tytułem wynagrodzenia za roboty dodatkowe. Wbrew zarzutom apelującego rozstrzygnięcie takie nie prowadzi do naruszenia przepisu art. 632 § 1 k.c. Wynagrodzenie ryczałtowe – uregulowane w art. 632 k.c., zostało ukształtowane jako świadczenie niepodlegające zmianie, co oznacza, że przyjmujący zamówienie (wykonawca) w zasadzie nie może domagać się jego podwyższenia. Jeśli jednak – jak w niniejszej sprawie – kontrahencie zawarli dodatkowe porozumienie co do wykonania dalszych prac, wynagrodzenie należy się przyjmującemu zamówienie w oparciu o to dodatkowe porozumienie a nie w oparciu o pierwotnie zawartą umowę. Z ustaleń faktycznych sądu – znajdujących oparcie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym – wynika jednoznacznie, że pozwany zlecił powodowi wykonanie wszystkich dodatkowych robót objętych wyrokiem sądu, za dodatkowym wynagrodzeniem. Pozwany nie kwestionuje powyższych ustaleń. Tym samym pozwany winien – zgodnie z dodatkowo zawartą umową – zapłacić powodowi wynagrodzenie. Ponieważ umawiając się ustnie, strony nie określiły wysokości przedmiotowego wynagrodzenia, pozwany winien zapłacić powodowi zwykła wynagrodzenie a roboty tego rodzaju wyliczone w oparciu o kosztorys powykonawczy sporządzony przez biegłego (art. 628 k.c.). Fakt zawarcia przez strony dodatkowego porozumienia co do robót będących przedmiotem niniejszego postępowania, czyni bezzasadnym zarzut naruszenia art. 144 ustawy prawo zamówień publicznych, jak też przepisu art. 77 § 1 k.c.

Brak jest też podstaw, by w roszczenie powoda oceniać na gruncie przepisów regulujących bezpodstawne wzbogacenie. Taka konieczność zaistniałaby, gdyby odnośnie wykonanych przez wykonawcę robót dodatkowych kontrahencie nie zawierali żadnego porozumienia, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Z ustaleń faktycznych wynika, że strony porozumiały się co do wykonania przedmiotowych robót. Wszystkie prace zostały wykonane za aprobatą pozwanego, który obiecywał zapłatę.

Mając powyższe na względzie trafnie Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powoda wynagrodzenie za roboty dodatkowe, wyliczone w opinii biegłego T. B.. Sąd Okręgowy przeoczył jedynie, że zgodnie z ustną opinią biegłego, złożoną na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2014 r, kwota 127 764, 06 zł, wskazana pierwotnie przez biegłego, jako wynagrodzenie należne powodowi, winna zostać obniżona o 206, 36 zł, tytułem materiału budowlanego, który pochodził z odzysku, i ostatecznie wynosić ma **127 557, 70 zł.**

3/ Co do zwrotu kosztów pustaków (...).

Zarzuty pozwanego są niezrozumiałe. Skoro pozwany wykorzystał – jak wynika z ustaleń Sądu Okręgowego, bez podstawy prawnej – materiały budowlane należące do powoda, o wartości 1196,38 zł, to winien zwrócić powodowi w/w kwotę w oparciu o przepis art. 405 k.c. Wbrew wywodom apelującego jego wzbogacenie jest oczywiste, albowiem kosztem powoda zużytkował materiały za które nie zapłacił.

4/ co do odsetek ustawowych.

W tej części apelacja pozwanego okazała się skuteczna. Rację ma apelujący, zarzucając Sądowi Okręgowemu, iż w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego odsetki ustawowe od poszczególnych kwot zasądził od dat wskazanych w żądaniu pozwu. Apelujący trafnie zarzuca, iż powód nie wykazał, by pozwany był w opóźnieniu ze spełnieniem świadczenia już w datach wskazanych jako termin liczenia odsetek ustawowych. Powód nie przedstawił faktur, które zgodnie z umową powinien był wystawić za prace wykonane na rzecz pozwanego, nie przedstawił też wezwania pozwanego o zapłatę za prace dodatkowe, które umową pisemną nie były objęte. Lakoniczna odmowa zapłaty za takowe prace, zawarta w piśmie pozwanego z dnia 12 lutego 2012 r (k. 78), nie może stanowić podstawy do przyjęcia, że pozwany w tej dacie

popadł w opóźnienie z zapłatą za prace dodatkowe, w sytuacji, gdy nie zostało wykazane o zapłatę jakiej kwoty był wcześniej przez powoda wzywany. Dlatego też jedyną możliwą datą, od której można przyjąć opóźnienie w spełnieniu świadczenia przez pozwanego, jest data doręczenia mu odpisu pozwu w niniejszej sprawie. Nie budzi wątpliwości, że w tej dacie pozwany został wezwany o zaspokojenie wszystkich tych roszczeń powoda, które zostały następnie uznane przez sąd za uzasadnione.

Dlatego też Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w części dotyczącej odsetek ustawowych, w ten sposób, że policzył je od całej zasądzonej ostatecznie na rzecz powoda kwoty – od dnia 30 maja 2012 roku do dnia zapłaty.

Podstawę rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego, w części obejmującej zmianę zaskarżonego wyroku stanowi przepis art. 386 § 1 k.p.c. zaś w części oddalającej apelację – art. 385 k.p.c. Z uwagi na to, że apelacja pozwanego została uwzględniona w znikomej części, zaś kluczowe zarzuty jego apelacji okazały się bezzasadne, Sąd Apelacyjny zasądził od niego na rzecz powoda zwrot kosztów postępowania apelacyjnego w pełnej wysokości, w oparciu o przepis art. 100, zdanie drugie k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c.