

# WYROK

*W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ*

Dnia 20 czerwca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Andrzej Struzik</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SSA Jerzy Bess</b> <b>SSA Grzegorz Krężolek (spr.)</b>
Protokolant:	sekr.sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 09 czerwca 2016 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa I. S. (1)

przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością

w K.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 18 września 2014 r. sygn. akt IX GC 922/12

**1. zmienia zaskarżony wyrok, nadając mu treść:**

**„I. zasądza od strony pozwanej V. (...) - spółki**

**z ograniczoną odpowiedzialnością w K. na rzecz powódki I. S. (1) kwotę 229 942,36 zł (dwieście dwadzieścia dziewięć tysięcy dziewięćset czterdzieści dwa złote trzydzieści sześć groszy) z ustawowymi odsetkami od dnia 25 maja 2009r., które począwszy od dnia 1 stycznia 2016r. są ustawowymi odsetkami za opóźnienie,**

**II. w pozostałym zakresie powództwo oddala,**

**III. zasądza od strony pozwanej na rzecz powódki kwotę 2 209 zł (dwa tysiące dwieście dziewięć złotych) tytułem części kosztów procesu,**

**IV. nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa- Sądu Okręgowego**

*w K., tytułem brakującej części kosztów sądowych;*

*- od powódki kwotę 1 313,43 zł (jeden tysiąc trzysta trzynaście złotych czterdzieści trzy grosze),*

*- od strony pozwanej kwotę 6 133,90 zł (sześć tysięcy sto trzydzieści trzy złote dziewięćdziesiąt groszy)”;*

*2. w pozostałym zakresie apelację oddala;*

*3. zasądza od strony pozwanej na rzecz powódki kwotę 3 081 zł (trzy tysiące osiemdziesiąt jeden złotych) tytułem części kosztów postępowania apelacyjnego;*

*4. ustala i przyznaje ze środków budżetowych Skarbu Państwa- Sądu Apelacyjnego w Krakowie na rzecz biegłego M. S. (1) kwotę 572,33 zł (pięćset siedemdziesiąt dwa złote trzydzieści trzy grosze), tytułem wynagrodzenia za złożenie opinii uzupełniającej przed Sądem II instancji;*

*5. nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa- Sądu Okręgowego w Krakowie od strony pozwanej kwotę 5 672,42 zł (pięć tysięcy sześćset siedemdziesiąt dwa złote czterdzieści dwa grosze) tytułem brakującej części opłaty od apelacji,*

*6. nakazuje ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa- Sądu Apelacyjnego*

*w Krakowie, tytułem wydatków w postępowaniu apelacyjnym:*

*- od powódki sumę 1411,74 zł (jeden tysiąc czterysta jedenaście złotych siedemdziesiąt cztery grosze),*

*- od strony pozwanej sumę 496,03 zł (czterysta dziewięćdziesiąt sześć złotych trzy grosze).*

**SSA Jerzy Bess SSA Andrzej Struzik SSA Grzegorz Krężolek**

Sygn. akt : I ACa 619/ 15

## UZASADNIENIE

Powódka I. S. (1) , w pozwie skierowanym przeciwko spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (...) w K., domagała się zapłaty kwoty 872 661, 99 złotych z ustawowymi m odsetkami oraz obciążenia przeciwniczki procesowej kosztami sporu.

Uzasadniając zgłoszone żądanie wskazała , że jej zmarły mąż , którego jest następczynią prawną , w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zawarł z pozwaną umowę na podstawie której miał wykonać roboty budowane, których n rodzaj został ściśle oznaczony , w ramach inwestycji pod ogólną nazwą „ Rondo (...)”

Mimo , że zrealizował te prace w całości i w dniu 28 października2008r zgłosił je zamawiającej do odbioru , pozwana nigdy go formalnie nie dokonała. O tym , że były one wykonane prawidłowo świadczy fakt , że pozwana spółka uzyskała w dniu 5 grudnia 2012r decyzję o pozwoleniu na użytkowanie lokali wzniesionych w ramach inwestycji.

Na kwotę dochodzoną pozwem składały się trzy należności cząstkowe oparte na niezależnych od siebie podstawach :

Pierwsza odpowiadała wartości wykonanych A. S. (1) robót dodatkowych i zamiennych , których realizacja była aprobowana przez pozwaną a za która nie uzyskał wynagrodzenia ,

Drugą, równowartość materiałów , które zostały ukradzione wykonawcy z placu budowy i robót , które były niezbędne dla przywrócenia stanu prac po tych kradzieżach, zabezpieczenie przed którymi przynależało do zamawiającej , która

pobierała odszkodowania z tego tytułu od ubezpieczyciela i nie pokrywała wykonawcom poniesionych w ten sposób strat, mimo, że byli oni, w tym mąż powódki, zobowiązani do partycyipowania w kosztach ubezpieczenia,

Trzecią, podlegającą zwrotowi należność z tytułu kaucji gwarancyjnej, na którą składały się potrącane z każdej faktury przez zamawiającą kwoty odpowiadające 5 % wartości wskazanej w każdym z tych dokumentów rozliczeniowych. Podlega ona zwrotowi albowiem w dacie wytaczania powództwa minął już okres umowny, liczony od daty oddania mieszkań do użytku, w jakim pozwana spółka była do tego zobowiązana.

Strona pozwana, odpowiadając na pozew, domagała się oddalenia powództwa oraz obciążenia I. S. (1) kosztami postępowania

Dokonując podziału roszczenia powódki w zależności od źródła należności, której się domagała, spółka (...) wskazywała na różne przyczyny dla których żadna z nich nie jest usprawiedliwiona.

W odniesieniu do należności za roboty dodatkowe i zamiennie oraz te, które powódka uznawała za wykonane, a za które zamawiający nie uścił wynagrodzenia, podniosła, że zgodnie z umową wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy. Strony przewidziały w umowie, pomimo takiego charakteru wynagrodzenia, możliwość powierzania wykonawcy prac dodatkowych, tym nie mniej wymagało to zachowania szczególnej procedury, która w czasie trwania umowy nie była stosowana. Strona pozwana twierdziła ponadto, że za wszystkie prace rzeczywiście zamówione i wykonane, wynagrodzenie zostało wypłacone.

Negując zasadność tej części roszczenia powódki, której podstawą była wartość skradzionych materiałów oraz robót restytucyjnych pozwana twierdziła, że zgodnie z treścią umowy stron to wykonawca przyjął na siebie obowiązek dbałości o materiały, które służyły wykonaniu przyjętych przez niego prac. W sytuacji zatem ich kradzieży odpowiedzialność za zwrot ich równowartości nie może zostać przypisana zamawiającej spółce, tym bardziej, gdy weźmie się pod uwagę, że kradzieże miały miejsce przed datą odbioru ogółu prac przez zamawiającą.

W odniesieniu do żądania zwrotu kaucji gwarancyjnej pozwana twierdziła, że w części została ona wykorzystana na pokrycie kosztów usunięcia wad wykonawczych robót zrealizowanych przez męża powódki, które musiała powierzyć innym podmiotom, a ponadto wierzytelność z tego tytułu została skutecznie potrącona z wierzytelnością wzajemną V. (...) z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, która znacznie przekracza pretensje finansowe powódki powstałe na tle zwrotu kaucji jak również innych o których stanowi żądanie pozwu.

Jak wynika ze stanowiska strony pozwanej, podstawą naliczenia tej kary było zawinione przez A. S. (1) nie ukończenie wykonawstwa instalacji klimatyzacyjnej. Zaniechanie to miało polegać na niewypełnieniu jej chłodziwem w postaci glikolu bez którego instalacja jako taka nie mogła prawidłowo funkcjonować. Poza tym prace wykonawcze przy niej zostały w części wadliwe wykonane.

Spowodowało to z jednej strony konieczność zlecenia dokończenia oraz poprawy tych robót podmiotowi trzeciemu - spółce (...), a równocześnie zdecydowało tym, iż wykonawca popadł w zawinione opóźnienie w wykonaniu swoich obowiązków umownych, które uprawniało spółkę do naliczenia wobec wykonawcy kary umownej. Wierzytelność z tego tytułu, zważywszy na czasokres kwalifikowanego opóźnienia, mającego miejsce pomiędzy 30 września 2008r, kiedy prace w całości, zgodnie z umową, miały zostać zakończone, a 2 października 2009r, wynoszący 367 dni, zamyka się wielkością 2 018 500 złotych

W odpowiedzi na stanowisko pozwanej, I. S. (1) zaprzeczyła temu ażeby na podstawie postanowień umowy zawartej przez strony jej mąż był zobowiązany do napełnienia instalacji klimatyzacyjnej glikolem, a czynność ta, jak wynikało z odrębnych uzgodnień stron, mogła być wykonana przez A. S. (1), jako odrębna usługa na rzecz zamawiającej.

Podnosząc także, że część robót/ biały montaż, rozprorowadzenie instalacji kanalizacyjnej i klimatyzacyjnych w pomieszczeniach biurowych budynku/ których nie wykonanie także zostały jej mężowi zarzucone przez V. (...), nie przynależało do zakresu rzeczowego prac, które umownie uzgodniono, ostatecznie argumentowała, że jeżeli w

ogóle można by mówić o zasadności oświadczenia o potrąceniu , dokonanego przez stronę przeciwną, to mogło się ono odnosić tylko do wierzytelności z tytułu kary umownej , wyliczonej za okres realizacji prac przez spółkę (...), a ściślej faktycznie wykonującej czynności uruchomienia instalacji (...) spółki (...), ograniczonego , zdaniem powódki, do trzynastu dni.

Odnosząc się do wysokości kary I. S. (1) zarzucała jej rażące wygórowanie , co uzasadniać powinno jej miarkowanie , prowadzące ostatecznie do uznania , iż wierzytelność z tego tytułu stronie pozwanej nie przysługuje w jakiegokolwiek wysokości.

Wyrokiem z dnia 18 września 2014r , Sąd Okręgowy w Krakowie :

- oddalił powództwo [ pkt I ] ,

- zasądził od powódki na rzecz strony pozwanej sumę 7217 złotych , tytułem kosztów procesu [ pkt II ] ,

- nakazał ściągnąć od I. S. (1) na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Krakowie kwotę (...), 91 złotego , tytułem zwrotu wydatków związanych z postępowaniem , pokrytych tymczasowo ze środków budżetowych [ pkt III sentencji wyroku]

Sąd I instancji ustalił następujące fakty istotne dla rozstrzygnięcia :

W dniu 21 czerwca 2006r pomiędzy A. S. (1), prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą (...) we W. , a V. (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w K., doszło do zawarcia umowy na podstawie której wykonawca - w ramach inwestycji pod ogólną nazwą Rondo (...) , miał wykonać kompletną instalację wodno - kanalizacyjną , przeciwpożarową , klimatyzacyjną wraz instalacją odprowadzającą skropliny , centralnego ogrzewania i c. t. , a ponadto odwodnienie liniowe, kanalizację deszczową , wentylację mechaniczną , wykonać biały montaż. Zakres robót nawiązywał do kosztorysu przygotowanego przez A. S. (1) oraz także stanowiących załączniki do umowy wykazu robót i materiałów i harmonogramu czasowego ich realizacji jak również ceny netto poszczególnych zadań wykonawczych opis wykonania poszczególnych prac tak w budynku jako całości oraz poszczególnych lokalach. Wynagrodzenie za zrealizowanie tych prac miało charakter ryczałtowy , wynosząc ogółem 5 500 000 złotych.

W treści umowy wykonawca zapewnił , iż zapoznał się szczegółowo z warunkami na jakich będzie realizował obowiązki umowne , jest świadomy tego , że założenia projektowe mogą nie obejmować wszystkich elementów robót jakie będą niezbędne dla wykonania instalacji , w sposób zapewniający ich kompletność i sprawność.

Mimo to potwierdził , że , po zapoznaniu się z warunkami zewnętrznymi, w jakich przyjdzie mu realizować umowę , w tym z tymi , które mogą wpływać na koszty wykonywanych prac , uznaje ustalone wynagrodzenie umowne za zaspokajające jego interes ekonomiczny. Zapewnił także , że znając te warunki , dysponuje środkami finansowymi i rzeczowymi , które pozwolą mu na wykonanie swoich zobowiązań w sposób właściwy.

Zgodnie z umową płatności na rzecz wykonawcy miały być realizowane przelewami bankowymi , w terminie 30 dni od daty otrzymania faktury. Z każdej , zawiązanej miał prawo potrącić 5 % wartości stwierdzonych w niej robót , na poczet kaucji gwarancyjnej , która miała zabezpieczać roszczenia służące V. (...) z racji wadliwości wykonawczych poszczególnych prac. W ten sposób zgromadzona kwota podlegała zwrotowi na rzecz wykonawcy , w terminie 180 dni od daty ostatecznego odbioru mieszkań.

Strony ustalił termin rozpoczęcia prac na lipiec 2006r a ich zakończenie, ostatecznie, na 30 września 2008r.

Po zakończeniu wszystkich ustalonych umownie prac , co miało zostać potwierdzone przez poszczególnych inspektorów nadzoru reprezentujących zawiązującą oraz kierownika budowy ze strony wykonawcy, miało dojść do odbioru końcowego. Czynność tę miała wykonać komisja odbiorowa, powołana przez pozwaną z udziałem przedstawiciela wykonawcy, w terminie 14 dni od daty wpisu zgłoszenia prac do odbioru , dokonanego przez A. S. w dzienniku budowy.

Strony przewidziały ,że w sytuacji zawinionego opóźnienia wykonawcy w realizacji prac zamawiająca spółka będzie miała prawo naliczenia kary umownej, w wysokości 5 500 złotych za każdy dzień opóźnienia , nie wyłączając dni świątecznych .

Na terenie budowy dochodziło do kradzieży materiałów.

A. S. (1) ustalił umownie z powódką , iż , podobnie jak inni wykonawcy będzie obciążany częścią kosztów związanych z poborem energii elektrycznej i wody a także , że będzie partycypował w kosztach ochrony terenu budowy przez wyjętą firmę zewnętrzną, która miała podjąć swoje obowiązki od 1 grudnia 2006r.

Pomimo tego kradzieże takie , odnoszące się do materiałów wykorzystywanych przez poprzednika prawnego powódki zdarzały się często : 10 września 2007, 28 listopada 2007r, 5-9 i 22-23 grudnia tego roku , 29 kwietnia 2008. Były one zgłaszane na policji ale postępowania umarzano wobec nie wykrycia sprawców.

Roszczenia wyrównawcze jakie wobec zamawiającej były formułowane przez wykonawcę, zmierzające do zaspokojenia poniesionych w ten sposób strat , które przybrały formę not obciążeniowych na ogólną sumę 103 253 złote, nie zostały przez spółkę (...) uznane za zasadne. Pozwana wskazywała , że roszczenia te powinny być kierowane do firmy ochroniarskiej , a nadto podnosiła w korespondencji z wykonawcą na ten temat , iż zgodnie z umową to on winien zabezpieczać swoje materiały przez okres wykonywania robót.

Wykonawca zwracał się także do pozwanej - przedkładając kolejne faktury - o wynagrodzenie za wykonane roboty dodatkowe i zamiennie , traktując jako ich część prace , które wykonywał w konsekwencji dokonanych kradzieży. Musiał bowiem realizować uzupełnienia tych , jakie na skutek zaboru materiałów były poprawione lub wykonane na nowo. Tej należności pozwana także nie uznała twierdząc , iż wynagrodzenie ryczałtowe podejmuje także i ich wartość.

W ramach rozliczeń robót dodatkowych strona powodowa przedstawiła do rozliczenia należności stwierdzone fakturami , odpowiednio 825/08 i 828/08 na łączną kwotę 248 037, 77 zł wskazując , że jest to wynagrodzenie za prace , które zostały odrębnie przez zamawiającą zlecone obejmując m . in: naprawę syfonu bidetowego , demontażu brodzika , kabiny , umywalki , wyrównania klimatyzatora , demontażu i ponownego montażu grzejnika łazienkowego, naprawy instalacji lodowej , wymiany wodomierzy , ponownego demontażu i montażu klimatyzatora , wymianę instalacji zimnochronnej , czyszczenie separatora , naprawę zniszczonych połączeń kanalizacyjnych. Strona pozwana odnosząc się do tych dokumentów ostatecznie ich nie zaaprobowwała jako prac dodatkowych, wskazując w korespondencji z A. S. , iż mogłaby ewentualnie uznać jedynie ich część., czego jednak nie uczyniła.

Pismem z dnia 23 stycznia 2009r , wykonawca wezwał spółkę z K. do zapłaty ogółem sumy 571 439,63 zł, obejmującej wszystkie dotąd nie uiszczone należności wynikające ze zrealizowanych prac za które nie otrzymał wynagrodzenia. Wezwanie to pozostało bez odpowiedzi. W dniu 7 lipca tego roku A S. zażądał zwrotu kaucji gwarancyjnej w ogólnej wysokości 301 222, 36 złotego , realizując równocześnie świadczenie wzajemne przewidziane umową , w postaci zwrotu weksla zabezpieczającego. Także i to wezwanie okazało się nieskuteczne. Zamawiająca odpowiadając na to żądanie oceniła je jako niezasadne .

Roszczenie z tego tytułu było , przed wytoczeniem obecnego powództwa, przedmiotem odrębnego sporu sądowego pomiędzy stronami.

Ostatecznie Sąd Apelacyjny w Krakowie , w sprawie I ACa 206/ 10 , wyrokiem z dnia 31 marca 2010r powództwo A. S. (1) oddalił , uznając zgłoszone przezeń roszczenie za przedwczesne. Stanął bowiem na stanowisku , że w sytuacji w której powód nie wykazał kiedy nastąpiło zakończenie prac , przy twierdzeniu pozwanej , iż miało to miejsce w październiku 2009r , do daty orzekania przez Sąd II instancji nie upłynął jeszcze , przewidziany umownie, 180 dniowy termin , po upływie którego może się on skutecznie ubiegać o wykonanie tego świadczenia przez drugą stronę umowy. Wcześniej, bo w październiku 2008r , mimo ,iż końcowy termin zakończenia robót upłynął w dniu 30 września 2008r, nadal trwały prace związane z uruchomieniem instalacji klimatyzacyjnej. Próby jej uruchomienia podjęta na zlecenie strony powodowej przez firmę (...) okazały się nieskuteczna wobec zbyt małego przepływu wody wobec małej

ilości otwartych przepływów w poszczególnych lokalach oraz nie zapewnienie przez pozwaną właściwego napięcia elektrycznego w ramach obiektu.

Wpisem do dziennika budowy z dnia 28 października 2008r , kierownik budowy reprezentujący wykonawcę potwierdził zakończenie całości prac . Wpis ten był niezbędny dla uzyskania przez spółkę (...) pozwolenia na użytkowanie obiektu i nastąpił w sytuacji gdy nie wszystkie prace rzeczywiście były wykonane. Braki dotyczyły jednak takich spośród nich , które nie miały wpływu na możliwość uzyskania takiego zezwolenia, w tym nadal nie funkcjonującej instalacji wytwórni wody lodowej Nie wykonano robót wykończeniowych w lokalach użytkowych na parterze i w pomieszczeniu biura na I piętrze.

W dniach 6 kwietnia i 29 kwietnia 2009r strona pozwana wezwała poprzednika powódki o dokończenie prac związanych z wykonawstwem instalacji klimatyzacyjnej m. in. poprzez napełnienie jej glikolem. W odpowiedzi na jedną z nich ,pismem z 14 kwietnia 2009r A. S. (1) uzależnił uruchomienie wytwórni wody lodowej /wypełnienie instalacji glikolem / od dokonania przez zamawiającą rozliczenia finansowego z nim z tytułu wykonanych dotąd prac oraz zawarcia dodatkowej umowy na zrealizowanie tej usługi.

W ramach prowadzonej nadal pomiędzy stronami korespondencji , w piśmie z 8 maja 2009r , wyrażał zgodę na dokończenie instalacji , w sposób wymagany przez drugą stronę , na własny koszt , w warunkach zapłaty przez V. (...) należnych mu świadczeń , obniżonych dodatkowo o 112 000 złotych.

Wobec stanowiska A. S. (1) strona pozwana zleciła czynności związane z uruchomieniem instalacji klimatyzacyjnej w tym wytwórni wody lodowej , przez napełnienie glikolem spółce (...). Prace te zostały przez ten podmiot zrealizowane .

W ich trakcie wykonawca dokonał przeglądu technicznego dotąd zrealizowanych przy tej instalacji prac , stwierdzając szereg wad wykonawczych jak brak instalacji zimnochronnej, na rurociągach i armaturze sanitarnej , uszkodzenie połączeń elastycznych klimakonwektorów z instalacją , nieprawidłowy montaż tych urządzeń poprzez umiejscowienie ich zbyt nisko w porównaniu z poziomem posadzki , co wykluczyło późniejsze właściwe umiejscowienie tac ociekowych oraz wykonanie instalacji skroplin niezgodnie z założeniami projektowymi.

W piśmie skierowanym do wykonawcy z dnia 25 czerwca 2009r, spółka (...) , stwierdzając niewykonanie w pełni instalacji klimatyzacyjnej , wobec nie wypełnienia jej wodą lodową / glikolem/ , złożyła oświadczenie o potrąceniu z wierzytelnościami wykonawcy wierzytelności wzajemnej z tytułu kary umownej wobec zawinionego niedochowania przez A. S. (1) terminu zakończenia robót określonych umową. Jak wynikało z tego oświadczenia podstawą naliczenia tej kary był art. 11 umowy stron.

Okres za jaki pozwana karę tę naliczyła, zamykał się pomiędzy datami 2 października 2008 i 25 czerwca 2009r. W konsekwencji wierzytelność z tego tytułu po stronie zamawiającej została wyliczona na kwotę łączną 1 463 000 złote / 266 dni x 5 500 złotych /

W ramach oceny prawnej roszczenia powódki , Sąd Okręgowy stanął na stanowisku , iż nie jest ono uzasadnione w jakimkolwiek zakresie jakkolwiek ocena ta wynika z kilku niezależnych od siebie przyczyn , w zależności od tego z jakiego tytułu powódka dochodzi należności od byłej kontrahentki jej zmarłego męża.

Rozpoczynając tę ocenę od żądania zapłaty wynagrodzenia za roboty dodatkowe i zamienne, Sąd I instancji odwołał się po pierwsze do charakteru uzgodnionego umownie wynagrodzenia , które było wynagrodzeniem o charakterze ryczałtowym. Wykluczało ono, co do zasady, skuteczne domaganie się jego zwiększenia na skutek wykonania przez poprzednika prawnego powódki tego rodzaju prac tym bardziej , co w sposób szczególny akcentował Sąd , że A. S. (1), w ramach umowy, zapewnił , że uzgodnione wynagrodzenie będzie przezeń honorowane nawet przy świadomości , że pełny zakres robót jaki będzie zobowiązany zrealizować może się okazać zakresem szerszym aniżeli ten , który wynika z założeń projektowych dotyczących poszczególnych elementów robót , które na siebie umownie przyjął.

Ponadto Sąd Okręgowy wskazał, że jakakolwiek strony przewidziały możliwość odstąpienia od konsekwencji ustalenia tego rodzaju wynagrodzenia i za roboty dodatkowe poprzednik powódki mógł uzyskać wynagrodzenie, tyle tylko, że należało uprzednio uzyskać dla nich aprobatę ze strony spółki (...), a powódka nie zdołała w sporze dowieść tego, że taka akceptacja została przez zamawiającą wyrażona.

Wobec tego, w powołaniu się na treść art. 3 umowy stron, zgodnie z którym zmiany powodujące zwiększenie wydatków, które zrealizowane przez wykonawcę nie zostały zaakceptowane przez drugą stronę, nie mogą stanowić dla niego podstawy do domagania się dodatkowego wynagrodzenia, Sąd I instancji uznał, że powódka nie może domagać się świadczenia z tego tytułu.

Podobnie ocenił żądania I. S. (1), w tej jego części, w której domagała się ona zwrotu równowartości materiałów skradzionych jej mężowi podczas realizacji robót jak i prac, które miały przywrócić stan po spowodowanych tymi kradzieżami uszkodzeniach robót uprzednio wykonanych.

Jego zdaniem, treść umowy stron, w jej art. 12, na podstawie którego to wykonawca odpowiadał za szkody powstałe na poszczególnych etapach zrealizowanych przez niego prac. Postanowienie to nakładało tylko na poprzednika powódki ciężar związany z kradzieżami materiałów. Ponadto I. S. (1) nie wykazała rzeczywistej szkody jaką z tego tytułu poniósł jej poprzednik albowiem nie jest ku temu wystarczające powoływanie się na wykazy materiałów mających być objętymi zaborem oraz wartość robocizny, której związek z przedmiotem umowy także nie został udowodniony.

Oceniając roszczenie powódki, w tej części, w której zmierzało ono do zwrotu przez stronę przeciwną równowartości kaucji gwarancyjnej potrąconej przez zamawiającą z każdej faktury na zabezpieczenie roszczeń z tytułu wadliwego wykonawstwa, Sąd uznał, że nie jest ono należne dlatego, że strona pozwana dokonała skutecznego potrącenia z nią wierzytelności wzajemnej z tytułu kary umownej wobec kwalifikowanego opóźnienia wykonawcy, w terminowym zrealizowaniu przedmiotu umowy. Odwołał się w tym zakresie do oświadczenia o potrąceniu tej wierzytelności z wierzytelnościami wynikającymi z umowy, które wykonawca miał wobec zamawiającej.

Uznając, że było to oświadczenie skuteczne, rodzące skutek materialnoprawny w postaci umorzenia wzajemnych zobowiązań stron do wysokości wierzytelności niższej, uznał, że tym samym roszczenie I. S. (1), także w tej części, jest bezzasadne.

Wiążąc wierzytelność zamawiającej z faktem nie zrealizowania kompletnej instalacji klimatyzacyjnej, za co odpowiedzialność przypisał wykonawcy, który świadomie wstrzymywał się jej dokończeniem, Sąd uznał, że nawet przy przyjęciu, iż kara umowna jest rażąco wygórowana, porównując jej rozmiar ilościowy z wysokością roszczeń dochodzonych przez następczynię prawną wykonawcy, nawet stwierdzenie, że wskazane kryterium uzasadnia obniżenie jej wysokości o połowę, w częściowym uwzględnieniu zarzutu powódki powoduje, że skutecznie dokonane jej potrącenie z pretensją powódki, wyklucza uwzględnienie jej żądania.

Podstawą rozstrzygnięcia o kosztach procesu była norma art. 98 kpc i wynikająca z niej zasada odpowiedzialności za wynik sprawy.

W apelacji od tego orzeczenia I. S. (1), zaskarżając orzeczenie z dnia 18 września 2014r w całości, domagała się jego zmiany poprzez uwzględnienie żądania pozwu oraz obciążenia pozwanej kosztami postępowania za obydwie instancje.

Jako wniosek ewentualny sformułowała żądanie wydania wyroku kasatoryjnego i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Bardzo obszerny środek odwoławczy, przybierając formę dwóch odrębnych pism procesowych autorstwa każdego z reprezentujących powódkę pełnomocników procesowych, został uzupełniony także przez argumenty, które powołała, w odrębnym piśmie, także sama I. S. (1).

Został on oparty na następujących zarzutach :

a/ procesowych , mających zdaniem skarżącej , istotny wpływ na wynik sprawy ;

- art. 328 §2 kpc , jako następstwa nie wyjaśnienia przez Sąd Okręgowy, w ramach pisemnych motywów orzeczenia, oceny zindywidualizowanych przez apelującą dowodów , nie wskazał na podstawie których z nich przyjął , że umowa stron obejmowała także dostarczenie przez wykonawcę glikolu i tylko wypełnienie wytwórni wody lodowej tym chłodziwem odpowiadało warunkom właściwego wykonania zobowiązania po jego stronie. Wada ta miała polegać również na nietrafnym przyjęciu , w oparciu o ustalenia Sądu Apelacyjnego w Krakowie, w sprawie I ACa 206/10 , iż roboty objęte umową stron zostały zakończone w dniu 2 października 2010r , nie wskazania na jakich podstawach dowodowych oparte jest ustalenie dotyczące skuteczności dokonanego przez pozwaną potrącenia , a także pominięcie dowodów , które łącznie z relacją powódki dostatecznie wskazywały na to , że przy realizacji prac A. S. (1) doznawał przeszkód ze strony zamawiającej , które nie tylko utrudniały wykonanie zobowiązania ale także powodowały konieczność realizacji prac dodatkowych oraz ponoszenia przez nią konsekwencji finansowych stale powtarzających się kradzieży materiałów.

W ramach tego zarzutu skarżąca negowała także nie przedstawienie w motywach wyroku uzasadnienia dla decyzji o nie zobowiązaniu strony pozwanej do przedstawienia oryginału protokołu końcowego robót z 30 października 2009r [ z czym wiązała ocenę , iż nie można wykonawcy przypisywać jakiegokolwiek zawinionego opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy ] ani też nie wyciągnął właściwych , w zakresie ustaleń , wniosków z faktu nie przedłożenia przez V. (...) dokumentów o które wniosowała skarżąca . Z ich treści miało m . in. wymieniać , że zamawiająca otrzymała od ubezpieczyciela firmy ochroniarskiej świadczenie kompensujące straty wynikające z kradzieży na placu budowy oraz , że pozwana uznawała za wykonane prace , za które nie zapłaciła mimo ich faktycznego zrealizowania przez męża powódki czy to w ramach umowy czy też jako roboty dodatkowe. Zarzut ten powódka uznawała za trafny także dlatego , iż w uzasadnieniu orzeczenia Sąd Okręgowy nie wyjaśnił przyczyn dla których oddalił wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego,

- art. 230 i 233 §2 kpc w zw z art. 227 kpc, w następstwie wadliwego przyjęcia , wobec wskazanych wyżej zaniechań , w zakresie przedstawiania dowodów przez przeciwniczkę procesową , iż po maju 2009r , pozwana podejmowała prace przy instalacji klimatyzacyjnej , a poprzednikowi prawnemu powódki można przepisać zawinione opóźnienie w jej wykonaniu,

- art. 217 kpc w zw z art. 227 kpc, a także 278 §1 kpc , wobec nie uwzględnienia przez Sąd I instancji wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego , mimo ,że służyła ona ustaleniu okoliczności doniosłych dla rozstrzygnięcia w tym istnienia wiarygodności dochodzonych pozwem i ich wymagalności ,

b/ sprzeczności istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego , której apelująca upatrywała w następstwach nieprawidłowej oceny zgromadzonych dowodów ,ściśle je wyliczając.

Nieprawidłowości oceny miały wynikać bądź to z braku jej wszechstronności albo przeprowadzenia jej w warunkach naruszenia zasad logicznego rozumowania , prowadząc do wadliwych konstatacji m . in. co do tego , iż A. S. (1) był w zwole z wykonaniem obowiązków jakie na siebie przyjął podpisując umowę, w tym w szczególności, w odniesieniu do wykonawstwa wytwórni wody lodowej , nietrafnego ustalenia , iż zamawiająca była , na podstawie art. 12 umowy stron , wolna od odpowiedzialności za wyrównanie wykonawcy szkód jakie ponosił w konsekwencji dokonywanych kradzieży, a ponadto , że był on zobligowany umownie do tego , aby wskazaną wyżej instalację wypełnić glikolem na własny koszt.

c/ naruszenia prawa materialnego , a to :

- art. 647 kc w zw z art. 632 i 65 §2 kc , wobec niezasadnego wniosku faktycznego , że strony, określając wynagrodzenie jako ryczałtowe , wyłączyły umownie możliwość ubiegania się przez wykonawcę o wynagrodzenie za zrealizowane roboty dodatkowe szczególnie , że za część tego rodzaju prac , w czasie jej trwania, zamawiająca spółka uprzednio jednak płaciła,

- art. 548 kc w zw z art. 638 i 656 kc oraz art. 647 i 654 kc , jako konsekwencji nie podzielenia przez Sąd I instancji, uzasadnionej treścią zebranych w sprawie dowodów [które skarżąca wskazała ], oceny prawnej , że przedmiot umowy został przez A. S. (1) wydany na rzecz zamawiającej w całości , a pozwana przyjęła go bez zastrzeżeń,

- art. 647 kc w zw z art. 6 kc , jako następstwa wyrażenia nieprawidłowego zapatrywania [prawnego , zgodnie z którym I. S. (1) , za pośrednictwem zaoferowanych dowodów nie dowiodła istnienia wierzytelności , których dochodziła w pozwie , szczególnie , że spółka z K. realizowane prace przyjmowała bez zastrzeżeń , odpowiadając przy tym także wobec wykonawcy za konsekwencje kradzieży jego materiałów z placu budowy,

- art. 647 kc w zw. z art. 6 i 471 kc wobec wadliwego uznania ,iż wykonawca nie dochował terminu zakończenia prac określonych umową, w tym w szczególności w odniesieniu do ukończenia instalacji klimatyzacyjnej , skoro wypełnienie jej glikolem nie stanowiło obowiązku umownego poprzednika prawnego powódki , przy równoczesnym istnieniu przeszkód do uruchomienia instalacji za których powstanie odpowiadała zamawiająca , jak brak szczelności jej elementów w poszczególnych lokalach czy nie zapewnienie dostawy energii elektrycznej o odpowiedniej mocy ,

art. 498 kc w zw z art. 483 §1 i 484 §1 i 6 kc, jako następstwa nieuprawnionego przyjęcia , iż A. S. popadł w zwłokę w wykonaniu obowiązków umownych , a strona przeciwna miała usprawiedliwioną podstawę do naliczenia kary umownej , w sytuacji, gdy tylko jej bierność doprowadziła do niemożności unieruchomienia instalacji klimatyzacyjnej we właściwym terminie, a co więcej nie uwzględnienia przez Sąd I instancji tego , iż to decyzja V. (...) z 20 listopada 2009r zdecydowała o tym , iż odbiór tej instalacji nie został ostatecznie w 2008r, przeprowadzony.

Ponadto - jak to stwierdziła- z ostrożności procesowej powódka sformułowała trzy kolejne tego rodzaju zarzuty , mające polegać na naruszeniu :

- art. 484 §2 kc w zw z art. 353<sup>1</sup> kc oraz 58 §1 i 2 kc wobec nie dokonania przez Sąd I instancji miarkowania kary umownej o ile przyjąć , że jest ona zamawiającej należna , mimo , iż istniały ku temu podstawy skoro zobowiązanie zostało niemal w całości wykonane , a sama kara umowna , w skali 5 500 złotych za każdy dzień kwalifikowanego opóźnienia, powinna być uznana za rażąco wygórowaną,

- art. 6 nkc , wobec nietrafnego uznania , iż pozwana nie otrzymała od wykonawcy robót , których wartość była stwierdzona fakturami VAT oraz notami obciążeniowymi , mimo , że dokumenty te dostatecznie wskazywały , iż powódka fakt ich realizacji , w ten sposób udowodniła ,

- art. 405 kc , jako konsekwencji niezastosowania tej normy do rozliczenia prac dodatkowych wykonanych przez A. S. oraz strat , które poniósł w wyniku kradzieży materiałów , gdyby założyć , że nie można dokonać takiego rozliczenia na podstawie umowy stron.

W apelacji, w odwołaniu się do normy art. 380 kpc , powódka zawarła także wnioski o dopuszczenie przed Sądem Apelacyjnym dowodu z opinii biegłego , specjalisty z zakresu wykonawstwa instalacji klimatyzacyjnych , ten bowiem element robót z punktu widzenia roszczeń zgłoszonych w pozwie uznawała za namiętniejszy element wokół którego koncentrował się spór stron.

Odpowiadając na apelację, strona pozwana domagała się jej oddalenia jako pozbawionej usprawiedliwionych podstaw oraz obciążenia przeciwniczki procesowej kosztami postępowania apelacyjnego.

### ***Rozpoznając apelację , Sąd Apelacyjny rozważył:***

Środek odwoławczy I. S. (1) jest w części uzasadniony , prowadząc do zmiany objętego nim wyroku Sądu I instancji , w sposób wskazany w punkcie 1 wyroku Sądu II instancji. W pozostałym zakresie , jako bezzasadny , podlegał on oddaleniu.

Nietrafny jest , podnoszony przez nią zarzut naruszenia przez Sąd I instancji art. 328 §2 kpc.

Zgodnie z utrwalonym , podzielanym przez Sąd Apelacyjny , w składzie rozstrzygającym sprawę , stanowiskiem Sądu Najwyższego , dotyczącym wykładni tej normy, skuteczne postawienie zarzutu jej naruszenia wymaga od strony wykazania, że wewnętrzna konstrukcja pisemnych motywów zaskarżanego orzeczenia jest tak , w sposób zasadniczy, wadliwa , że nie zawiera danych pozwalających na kontrolę instancyjną tak umotywowanego rozstrzygnięcia przez Sąd wyższej instancji.

Nieco inaczej rzecz ujmując , zarzut ten jest usprawiedliwiony jedynie wówczas, jeżeli uzasadnienie ocenianego instancyjnie orzeczenia nie pozawala na stwierdzenie czy prawo materialne i procesowe zostało przez Sąd I instancji prawidłowo zastosowane .

/ por. w tej kwestii , wskazane jedynie dla przykładu, judykaty Sądu Najwyższego z 21 listopada 2001r , sygn. I CKN 185/01 , z 20 lutego 2003r , sygn. I CKN 65/01 i z 4 października 2012r , sygn. I CSK 632/11- wszystkie powołane za zbiorem Legalis/

Równocześnie zarzut ten nie może posłużyć jako skuteczne narzędzie służące krytyce ustaleń faktycznych czy opartych na nich ocen prawnych, wyrażonych przez Sąd orzekający.

/ por. także w tej kwestii przykładowo wskazane orzeczenia Sądu Najwyższego z 19 października 2005r , sygn. V CK 624/04 i z 16 maja 2008r , sygn. III CSK 387/07 , powołane za zbiorem Legalis./

Wbrew ocenie wyrażonej przez skarżącą uzasadnienie wyroku z dnia 18 września 2014r , mimo , że nie jest wolne od braków, szczególnie w zakresie omówienia przyczyn niektórych spośród decyzji procesowych oraz oceny niektórych z przeprowadzonych dowodów / o czym będzie mowa w dalszej części motywów orzeczenia Sądu II instancji / , nie jest tak wadliwe , aby jego konstrukcja , naruszając normę art. 328 §2 kpc , wykluczała możliwość przeprowadzenia kontroli poprawności tak uzasadnionego wyroku przez Sąd odwoławczy

Z motywów tych wynika bowiem jakie fakty , istotne z punktu widzenia oceny roszczenia powódki , Sąd Okręgowy uznał za ustalone , które spośród dowodów stanowiły dla tych ustaleń podstawę oraz z jakich przyczyn z punktu widzenia obowiązujących norm materialnoprawnych obrona strony pozwanej przed nim okazała się , zdaniem Sądu , skuteczna, wykluczając uwzględnienie żądania I. S. (1) chociażby w części.

Już ta ocena jest , z przyczyn wyżej wskazanych , wystarczającą dla odparcia stawianego zarzutu.

O jej poprawności przekonuje dodatkowo to ,że jak dowodzi lektura motywów powołanych dla jego wsparcia , apelująca wykorzystuje go jako narzędzie prowadzenia polemiki z oceną dowodów przeprowadzoną przez Sąd instancji oraz wskazywania na braki nie tylko jej samej ale także dokonanych ustaleń , co - o czym także była uprzednio mowa- nie jest zabiegiem skutecznym dla uznania samego zarzutu za usprawiedliwiony.,

Nie ma racji powódka gdy podnosi zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 230 kpc oraz art. 233 §2 i 227 kpc , który miałyby , jej zdaniem , polegać na nie uznaniu za przyznane przez stronę przeciwną , iż nie wykonywała, po maju 2009r , żadnych prac przy instalacji wody lodowej oraz rozliczyła w swojej dokumentacji księgowej wierzytelności objęte pozwem.

Sięgnięcie po normę art. 230 kpc jako podstawę uznania doniosłych dla rozstrzygnięcia okoliczności faktycznych za przyznane przez stronę przeciwną , wymaga spełnienia określonych warunków wskazanych przez ustawę procesową , które, wbrew zapatrywaniu skarżącej , nie zostały spełnione. Po pierwsze przepis ten wymaga aby przeciwnik procesowy nie wypowiedział się co do tych okoliczności faktycznych . Już to wymaganie nie zostało zrealizowane, gdy zważyć , że spółka z K. konsekwentnie przeczyła zasadności roszczenia dochodzonego w pozwie i faktom , które I. S. (1) powoływała ona dla jego uzasadnienia w tym tych, które uznaje ona w ramach podnoszonego zarzutu za takie , które powinny być ocenione jako przyznane.

Po wtóre , podnosząc ten zarzut , apelująca nie zauważa , iż samo milczenie strony przeciwnej sporu w odniesieniu do pewnych , relewantnych z punktu widzenia rozstrzygnięcia faktów, nie jest podstawą do uznania ich za przyznane albowiem o tym czy ma czy też nie , zastosowanie art. 230 kpc , decyduje Sąd, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego przy uwzględnieniu charakteru i przedmiotu postępowania.

Nieco inaczej rzecz ujmując, to Sąd musi , w oparciu o analizę całego zgromadzonego materiału procesowego nabrać , usprawiedliwionego wynikiem tej analizy przekonania , że strona przeciwna nie zamierzała i nie zamierza przeczyć istnieniu faktów powołanych przez oponenta. W sytuacji , gdy w tym względzie istnieją jakikolwiek wątpliwości, okoliczności nie mogą być uznane za przyznane albowiem wówczas norma art. 230 kpc nie ma zastosowania.

/ por. bliżej w tej materii , wyrażające podobną myśl , wskazane jedynie dla przykładu, orzeczenia Sądu Najwyższego z 27 maja 1971r , sygn. II CR 122/71 i z dnia 18 czerwca 2004r , sygn. II CK 293/03 , obydwie powołane za zbiorem Lex. /

Zdaniem Sądu II instancji , już wobec braku spełnienia pierwszego z wyróżnionych warunków , stawiany zarzut , zważywszy na jego konstrukcję motywacyjną, należy uznać za chybiony .

Gdy do tego dodać , że w świetle całokształtu materiału procesowego, Sąd Okręgowy nie miał żadnej podstawy do uznania wskazywanych przez I. S. faktów za przyznane, ocena ta jest tym bardziej uzasadniona .

Już tylko na marginesie i dla porządku należy powiedzieć ,że wbrew stanowisku skarżącej , Sąd I instancji w uzasadnieniu wyroku [ jakkolwiek w tej jego części , która została poświęcona ocenie prawnej roszczenia dochodzonego w pozwie ] wskazał przyczyny dla których ocenił nie przedłożenie przez zamawiającą protokołu końcowego robót z 30 października 2009r za niedoniosłe / por. str. 12 uzasadnienia k. 1671 akt, podał także przyczyny dla których nie uznał za wykazane należności określonych w fakturach VAT dołączonych do pozwu/ por. str. 11 uzasadnienia k. 1670 akt /

Ma rację natomiast powódka gdy podnosi zarzut naruszenia art. 217 kpc w zw z art. 227 kpc , zrealizowany w następstwie nie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego.

Wada postępowania Sądu I instancji polega w tym zakresie nie tylko na tym , że dowodu tego , pomimo wniosku powódki nie przeprowadził, mimo , że był on konieczny dla ustalenia okoliczności istotnych w sprawie ale także na tym , że w motywach ocenianego orzeczenia nie znajdujemy wskazania przyczyn , które zdecydowały decyzji procesowej odmawiającej żądaniu I. S. (1) w tym zakresie.

W konsekwencji koniecznym było uzupełnienia o ten dowód postępowania przed Sądem II instancji, a wnioski z niego wynikające stały się jedną z podstaw uzupełnienia okoliczności faktycznych , które Sąd Apelacyjny uczynił podstawą wydanego wyroku.

Kwestia przeprowadzenia tego dowodu wymaga , kilku uwag natury wstępnej.

Z uwagi na argumentację jaką powoływała strona pozwana , broniąc się przed roszczeniem powódki , a w szczególności , jakie fakty wskazywała, by usprawiedliwić podnoszony przez siebie zarzut potrącenia wierzytelności wzajemnej z tytułu kary umownej za zawinione przez męża skarżącej przekroczenie terminu wykonania ogółu zamówionych robót , główny element sporu stron koncentrował się wokół tego , czy stronie pozwanej wierzytelność wzajemna z tego tytułu przysługuje, a o ile tak [choć jest istnienie następczyni wykonawcy negowała co do zasady ] , to za jaki okres i w jakiej ostatecznie wysokości, mogła ona zostać naliczona przez spółkę (...)

Uwzględniając to, jakie okoliczności powoływała zamawiająca spółka w oświadczeniu o potrąceniu skierowanym do A. S. (1) , jednoznacznie w nim wskazując , że zawinione opóźnienie po jego stronie wynika z nieukończenia , w umówionym czasie, instalacji klimatyzacyjnej , w tym nie napełnienia wytwórni wody lodowej docelowym chłodziwem w postaci glikolu, oraz określając okres zwłoki na zamknięty datami 30 września 2008r i 25 czerwca 2009r / por k. 151-152 oraz k. 1845 akt / oraz to , jakie zarzuty przeciwstawiła tym okolicznościom powódka , wniosek

dowodowy powódki postulował przeprowadzenie dowodu z opinii specjalisty z zakresu wykonawstwa tylko instancji klimatyzacyjnych.

Trzeba przy tym określić, iż zakres zadania eksperckiego, ostatecznie ukształtowany przez treść postanowienia dowodowego wydanego przez Sąd II instancji, został przez profesjonalnych pełnomocników stron zaakceptowany. Strony nie zgłosiły także uwag co do wyboru przez Sąd osoby eksperta nie formułując w tym zakresie żadnych własnych postulatów / por.k. 1822 akt, zapis dźwiękowy rozprawy apelacyjnej z dnia 10 czerwca 2015r - minuty 30-36 /

Opinia biegłego mgr inż. M. S. (1) sporządzona na piśmie i uzupełniona, wobec zarzutów powódki, tak pisemnie jak i ustnie na rozprawie w dniu 9 czerwca 2016r / k. 1857-1863, 1904-1908 i k. 1924 v, zapis dźwiękowy rozprawy apelacyjnej z dnia 9 czerwca 2016r; minuty 3-32 /, w ocenie Sądu II instancji, wypełniając granice zadania eksperckiego wyznaczonego treścią postanowienia o przeprowadzeniu dowodu, była wystarczającą dla poczynienia na jej podstawie ustaleń istotnych dla rozstrzygnięcia.

Ocena ta zdecydowała także o oddaleniu wniosku dowodowego pełnomocników powódki sformułowanego na rozprawie w dniu 9 czerwca 2016r / k. 1924 v, zapis dźwiękowy; minuty 31-41 /

Zarzut sprzeczności istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału procesowego strona powodowa wiąże z zarzutem wadliwej oceny dowodów, podnosząc, iż konstatacje faktyczne Sądu Okręgowego są wadliwe dlatego, że ocena ta jest bądź to newszechstronna albo też narusza reguły logicznego rozumowania.

Zgodnie z utrwalonym i akceptowanym przez Sąd Apelacyjny, w składzie rozstrzygającym sprawę, stanowiskiem Sądu Najwyższego wypracowanym na tle wykładni art. 233 §1 kpc, skuteczne postawienie tego oraz będącego jego pochodną zarzutu wadliwości ustaleń, wymaga od strony wykazania, w odniesieniu do zindywidualizowanych dowodów na czym polega nieprawidłowość postępowania Sądu w tym zakresie, a w szczególności dlaczego obdarzenie jednych dowodów walorem wiarygodności i odmowa tej cechy wobec innych, a także nadanie szczególnej doniosłości jednej ich grupie przy braku nadania takiej rangi dowodom przeciwnym, nie da się pogodzić z regułami doświadczenia życiowego lub [ i ] zasadami logicznego rozumowania.

Dopiero oparta na tych zasadach, w odwołaniu się do argumentów natury jurydycznej polemika z oceną i ustaleniami dokonanymi przez Sąd I instancji pozwala ocenić tę polemikę jako rzeczową i mogącą prowadzić do podzielenia tych zarzutów. Nie jest przy tym wystarczającym dla uznania ich za uzasadnione, przeciwstawienie stanowisku Sądu przez stronę własnej oceny zgromadzonych dowodów, w jej ocenie poprawnej, a co za tym idzie również uznanej za odpowiadającą rzeczywistości stanowi rzeczy, wersji faktów relewantnych z punktu widzenia rozstrzygnięcia.

/ por w tej kwestii wyrażające zbieżne z prezentowanym, stanowisko Sądu Najwyższego, zaprezentowane w judykatach z 23 stycznia 2001r, sygn. IV CKN 970/00 i z 6 lipca 2005r, sygn.. III CK 3/05 b, obydwa powołane za zbiorem Lex. /

Nie można też w ramach oceny zasadności obydwu zarzutów tracić z pola widzenia i nie uwzględniać tego, iż swobodna ocena dowodów i czynienie na podstawie wniosków z niej wynikających ustaleń, przynależy do podstawowych elementów składających się na jurysdykcyjną kompetencję Sądu rozstrzygającego sprawę.

Wobec tego, nawet w sytuacji, gdy z treści przeprowadzonych dowodów można, w zakresie ustaleń, wyprowadzić, w sposób równie uprawniony, wnioski przeciwne do tych, które sformułował Sąd, nie stanowi ona dostatecznej podstawy do podzielenia omawianych zarzutów, a Sąd dokonujący kontroli instancyjnej orzeczenia jest zobowiązany taką ocenę i ustalenia zaakceptować o ile tylko ocena mieści się ona w granicach kryteriów wyznaczonych przez normę art. 233 §1 kpc.

Analiza treści motywów jakimi posłużyła się powódka aby weryfikowane zarzuty uzasadnić, prowadzi do wniosku że w istocie stanowią one podstawę do własnej, przedstawionej przez skarżącą, interpretacji treści zgromadzonych w sprawie dowodów, jej zdaniem prawidłowej, przy tym odmiennej od tej do której odwołał się Sąd I instancji.

Ta interpretacja jest też podstawą do stwierdzenia , iż poprawnie ustalone okoliczności faktyczne usprawiedliwiają wnioski zgodnie z którymi A. S. (1) wszystkie zlecone mu roboty budowlane wykonał w terminie , o czym świadczy jego gotowość do ich odbioru potwierdzona wpisem do dziennika budowy z daty 28 października 2008r.

Roszczenie I. S. (1) wobec strony pozwanej zgłoszone w pozwie jest w całości zasadne , uwzględniając tak postanowienia umowy zawartej przez strony ., sposób jej realizacji na placu budowy, oraz to , iż strona pozwana nie tylko nie współdziałała przy wykonaniu zobowiązania ale także nie zapłaciła za całość rzeczywiście zrealizowanych robót , zakres których był , za jej przyczyną, szerszy od pierwotnie uzgodnionego.

Według , zdaniem skarżącej , odpowiadających rzeczywistości ustaleń nie było podstaw faktycznych do tego aby zamawiająca spółka mogła skutecznie dokonać potrącenia wierzytelności wzajemnej wobec pretensji finansowych następczyni prawnej wykonawcy , zważywszy na to , w czym V. (...) upatrywała jej powstania oraz określenia jej wymiaru ilościowego dlatego , że po pierwsze A. S. nie był zobligowany do napełnienia wytwórni wody lodowej , stanowiącej element instalacji klimatyzacyjnej w obiekcie V. Rondo (...) glikolem , a instalacja ta w całości , prawidłowo później wypełniona , na czas prób, innym chłodziwem [ wodą ] była gotowa już w marcu 2008r i tylko z przyczyn za które odpowiada zamawiająca przez spółkę z K. nie odebrana.

Prawidłowa ocena dowodów i poprawnie dokonane ustalenia powinny , w ocenie skarżącej, prowadzić do uznania za uzasadnione także domaganie się przez nią zwrotu równowartości kaucji gwarancyjnej , w kwocie dochodzonej pozwem , jako że roboty zostały zrealizowane poprawnie , a upłynął już określony umownie termin , po którym zwrot tego świadczenia miał nastąpić.

Z podanych wyżej przyczyn, tak zbudowane i umotywowane zarzuty nie mogą być uznane za usprawiedliwione.

Sposób w jaki Sąd Okręgowy dokonał oceny dowodów i ustaleń faktycznych zawiera braki , które jednak albo to nie mają wpływu na treść rozstrzygnięcia albo też mogą podlegać uzupełnieniu przez Sąd II instancji wobec czego, tym bardziej, stawiane zarzuty należy odepierać.

W tym kontekście wskazać należy ,iż rzeczywiście Sąd I instancji pominął w ramach oceny relacje świadków A. B. (1) i W. I. (1) - osób , które wykonywały na placu budowy elementy stolarki aluminiowej/ por k. 1360 i 1363 akt / Pominiecie to jednak pozostaje bez znaczenia dla oceny omówionych zarzutów dlatego , iż wada ta nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Relacja obydwóch świadków jest fragmentaryczna skoro byli tylko jednymi z wielu wykonawców robót branżowo różnych od prac A. S. różnych branżowo , w ramach realizowanej inwestycji nie mając bliższych związków gospodarczych z poprzednikiem powódki . Ich prace nie współzależały również od siebie. Nie mieli wobec tego własnych informacji o wzajemnych relacjach pomiędzy zamawiającą, a właścicielem firmy (...).

Ich bardzo ogólne stwierdzenia o braku koordynacji prac oraz o tym , że pozwana otrzymywała od ubezpieczyciela świadczenia kompensujące dokonywane zabory materiałów z placu budowy także mogą stanowić dostatecznej podstawy do dokonywania w oparciu o nie , jak chce tego skarżąca, stanowczych ustaleń w tym zakresie.

Uznanie omówionych zarzutów za nietrafne ma tę konsekwencję , że ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy , Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne.

Wskazane wyżej braki stwierdzone w motywach ocenianego orzeczenia powodują, iż wymagają one uzupełnienia , w oparciu o przeprowadzoną przed Sądem Apelacyjnym opinię biegłego oraz , na podstawie okoliczności , które nie były pomiędzy stronami przedmiotem sporu albo też takich , których źródłem były dokumenty wiarygodności których żadna z nich nie kwestionowała.

Uzupełnienie to przedstawia się następująco:

Zgodnie z treścią umowy zawartej przez strony, A. S. (1) zobowiązywał się do wykonania robót wskazanych w jej art. 1, w tym kompletnych zrealizowanych w zgodzie z regułami sztuki, wymienionych tam instalacji. Jedną z nich była instalacja klimatyzacyjna.

Mąż powódki miał ponosić we własnym zakresie wszystkie związane z tym wykonawstwem koszty, w tym również takie, które nie były wymienione w jego ofercie i to również w sytuacji, gdyby miały się wiązać z koniecznością użycia większej ilości materiału lub ze zwiększonym nakładem pracy niż to wykonawca pierwotnie, podpisując umowę, zakładał.

Zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz stosowana powszechnie praktyką, wykonanie instalacji klimatyzacyjnej wymagało także napełnienia jej elementów [wytwórni wody lodowej] docelowym chłodziwem jakim był glikol - przewidziany w wykazie materiałów, a obowiązek ten, spoczywa na wykonawcy.

W przeciwnym bowiem razie [braku takiego wypełnienia] sama instalacja nie może być uznana za zrealizowaną w sposób kompletny i nie może prawidłowo funkcjonować.

/ dowód : postanowienia art. 1 i 6 umowy stron z 21 czerwca 2006 k. 137 i 139 akt, opinia biegłego M. S. k. 1860 akt /

Na potrzeby prób skuteczności działania instalacja klimatyzacyjna na terenie budynku Rondo (...), została wypełniona wodą.

Próby takie, zrealizowane przez pracowników firmy serwisowej (...) we wrześniu, a następnie w październiku 2008r nie powiodły się m. in z powodu braku zapewnienia odpowiedniego napięcia oraz zbyt niskiego cienia chłodziwa w podlegającej sprawdzeniu instalacji.

Na polecenie spółki (...) czynności odbiorowe tej części robót A. S. zostały przeniesione na wiosnę 2009r. Przed okresem zimowym została spuszczone z całej instalacji woda.

/ pismo A. S. do zamawiającej z dnia 24 listopada 2008r k.965 akt /

Od początku kwietnia 2009r zamawiająca zaczęła domagać się od A. S. (1) podjęcia prac związanych z uruchomieniem instalacji klimatyzacyjnej w tym wytwórni wody lodowej.

Pierwsze z wezwań, datowane na 6 kwietnia 2009r, spotkało się negatywną odpowiedzią ze strony wykonawcy, który w piśmie z dnia 14 kwietnia 2009r wskazał, że taki obowiązek po jego stronie nie wynikał z umowy stron. Nie wykluczał wykonania związanych z tym czynności ale dopiero po wywiązaniu się przez zamawiającą ze wszystkich, dotąd nie zrealizowanych zobowiązań finansowych wobec niego, na podstawie odrębnie zawartej umowy.

Kolejne wezwanie ze strony spółki (...), zawarte w piśmie z 29 kwietnia 2009r, spotkało się z istotnie innym, w stosunku do poprzedniego, stanowiskiem wykonawcy, który w piśmie datowanym na 8 maja 2009r, proponując dokonanie rozliczenia finansowego stron na nowych warunkach, wyrażał gotowość wykonania prac związanych z uruchomieniem instalacji klimatyzacyjnej na własny koszt.

Kwestia zakresu obowiązków umownych wykonawcy, w zakresie uruchomienia wytwórni wody lodowej [napełnienia instalacji docelowym chłodziwem- glikolem] była przedmiotem dalszej korespondencji stron.

W związku ze złożeniem przez V. (...) oświadczenia o potrąceniu wierzytelności wzajemnej z tytułu kary umownej wobec niewykonania tej części zobowiązania umownego w terminie poprzednik powódki za pośrednictwem swojego profesjonalnego pełnomocnika przyznawał, że napełnienie instalacji glikolem było jego obowiązkiem w ramach umowy, którego w terminie nie wykonał, jednocześnie jednak podnosząc, że było to spowodowane przyczynami przez niego niezawinionymi, za które odpowiada tylko zamawiająca.

/ dowód : notatka służbowa z dnia 6 kwietnia 2009r k. 170 akt , odpowiedź wykonawcy z 14 kwietnia 2009 k. 174, , notatka służbowa z 29 kwietnia 2009 k. 172 , pismo A. S. z 8 maja 2009 r k. 950 akt pismo pełnomocnika wykonawcy do pełnomocnika zamawiającej z 3 lipca 2009 k. 173-174 akt /

Wobec takiego stanowiska , w warunkach nie funkcjonowania instalacji klimatyzacyjnej, strona powodowa zdecydowała się na skorzystanie z usług innej firmy - spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) z W. , której powierzyła czynności związane ze sprawdzeniem sposobu wykonawstwa elementów tej instalacji , jej szczelności , przeprowadzenie jej czyszczenia , napełnienia glikolem oraz finalnego uruchomienia.

Wykazane w toku sporu koszty , jakie w związku z tymi czynnościami zostały przez pozwaną poniesione, pozostając w związku z zakresem obowiązków umownych poprzednika prawnego I. S. (1) zamknęły się w ogólnej kwocie netto 73053 zł na którą złożyły się stwierdzone fakturami sumy 18 405 zł , i 54 648 zł

/ dowód : oferta spółki (...) z 6 maja 2009r k. 156 -157, protokół przeglądu stanu instalacji klimatyzacyjnej z dnia 18 maja 2009r k. 162-163 , faktura z dnia 25 maja (...) nr (...)k.166, faktura z tego samego dnia nr(...)wraz z adnotacją o wartości robót , zapłata za które obciąża stronę pozwaną k. 167 akt /

Po dokonanych, we wskazanym zakresie , uzupełnieniu stanu faktycznego , przechodząc do oceny zarzutów natury materialnoprawnej, Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku , iż można je podzielić jedynie w części.

Jak wynika z poczynionych w sprawie ustaleń , wykonawca A. S. (1) i zamawiająca spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (...) w K. były związane zawartą w dniu 21 kwietnia 2006r umową o roboty budowlane.

Zgodnie z treścią art. 647 kc wykonawca był zobowiązany do wykonania przyjętych na siebie prac zrealizowanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej , natomiast zamawiająca była zobligowana , w szczególności, do dostarczenia projektu , odebrania robót i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Nawiązując do tego ostatniego obowiązku po stronie zamawiającej , wskazać należy , że następczyni prawna A. S. skonstruowała dochodzone roszczenie jako składające się z wierzytelności częściowych, wynikających niejako z trzech, niezależnych od siebie , źródeł :

Pierwszym była należność stwierdzona fakturami nr (...), drugim była ta pretensja finansowa , która odpowiadała wartości mającym być wykonanym robotom dodatkowym lub zamiennym oraz równowarta materiałom skradzionym podczas wykonywania robót oraz tym pracom , które okazały się niezbędne dla przywrócenia stanu sprzed dokonanych zaborów, a trzecim suma odpowiadająca podlegającej zwrotowi kaucji gwarancyjnej .

Oceniając jako w części nietrafny zarzut naruszenia przez Sąd I instancji art. 647 kc w zw z art. 6 kc , który w ocenie apelującej miał być zrealizowany przez to , że Sąd uznał za niewykazane wierzytelności dochodzone pozwem , w odniesieniu do należności objętych wskazanymi wyżej fakturami, powiedzieć na wstępie należy , że strona pozwana stanowczo i konsekwentnie w toku sporu kwestionowała zasadność roszczenia w tej części.

Nawiązując do argumentów jakie powołała V. (...) , kwestionując tę część wierzytelności powódki ocenić należy , że I. S. (1) nie wykazała aby rzeczywiście było ona jej należna.

Przede wszystkim nie zostało w sposób jednoznaczny przez nią określone czy kwoty wskazane w tych dokumentach traktuje ona jako odpowiadające wartości robót dodatkowych czy też prac zamiennych czy też może jako stanowiące brakującą część należnego , nie spełnionego dotąd świadczenia z tytułu wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy.

O ile potraktować je jako należność za roboty dodatkowe lub ewentualnie zamienne to następczyni prawna wykonawcy domaga się ich niezasadnie z przyczyn , które zostaną podane w dalszej części motywów , w której zostanie omówiona

kwestia możliwości ubiegania się przez wykonawcę , w świetle postanowień umownych sum odpowiadających wartości robót dodatkowych.

O ile przyjąć , że jest to część dotąd niezapłaconego wynagrodzenia uzgodnionego umownie , podzielić należy ocenę Sądu niższej instancji , że w tym zakresie powódka swojego roszczenia nie udowodniła. Przeciwnie stanowisko powódki, wyrażone w obszernych redakcyjnie motywach środka odwoławczego pomija fakt podniesienia przez zamawiającą argumentu , iż zapłaciła wykonawcy za zrealizowane prace łącznie kwoty odpowiadające temu wynagrodzeniu jakie było uzgodnione w umowie.

Wobec takiego stanowiska obowiązkiem procesowym skarżącej było wykazanie w ramach postępowania , że tak nie było , a kwota ujęta łącznie we wskazanych wyżej dokumentach finansowych po pierwsze odpowiada wartości rzeczywiście wykonanych prac, a po wtóre ,jak dotąd, nie znalazły one pokrycia w otrzymanym przez wykonawcę świadczeniu wzajemnym .

Weryfikacja tej należności przez pryzmat obydwu tych kryteriów nie została przez powódkę przeprowadzona , w szczególności nie wniosowała ona o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego właściwej specjalności dla jej dokonania , a w ocenie Sądu Apelacyjnego wymagało to wiadomości specjalnych.

W odniesieniu do drugiego źródła wiarygodności powódki zwrócić trzeba uwagę , że dokonane jest w jego ramach rozróżnienie na należność wynikającą z realizacji prac dodatkowych oraz równowartość skradzionych materiałów i robót , które , wedle skarżącej, należało wykonać aby przywrócić stan robót sprzed ich dokonania.

Uwzględniając to rozróżnienie przypomnieć należy , że po pierwsze, wynagrodzenie umowne było przez zamawiającą określone jako ryczałtowe.

Taki jego charakter zgodnie z ukształtowanym stanowiskiem orzecznictwa sądowego oraz zgodnych wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa cywilnego materialnego powoduje , że zasadniczo nie może ono ulec zmianie nawet w sytuacji, gdy podczas wykonywania umowy okaże się , iż założenia stron przyjęte dla jego określenia okazały się nietrafne. Decydując się na takie ukształtowanie wynagrodzenia każda ze stron ponosi ryzyko. Wykonawca , związane z tym , że będzie musiał zadowolić się nim nawet wówczas , gdy przyjdzie mu zaangażować większą ilość [ droższych ] materiałów i robocizny dla wykonania swojego zobowiązania . Ryzyko to odnosi się także do sytuacji zamawiającego , który ma wprowadzić pewność jakiej wysokości sumę będzie musiał drugiej stronie świadczyć, ale równocześnie będzie musiał to świadczenie spełnić nawet gdyby okazało się , że wykonawca zrealizował roboty taniej. Odstępstwo od reguły niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego zostało przewidziane, w mającym dla umowy o roboty budowlane odpowiednie zastosowanie normy art. 632 §2 kc , tym nie mniej skoro w rozstrzyganej sprawie skarżąca , do faktów mogących stanowić podstawę jej zastosowanie , nie odwoływała się - prowadzenie dalszych rozważań odnoszących się do tego zagadnienia jest zbędne.

Ukształtowanie wynagrodzenia jako ryczałtowego ma m. in. i to następstwo , iż generalnie rzecz biorąc wyklucza ono możliwość skutecznego ubiegania się przez wykonawcę o sfinansowanie przez zamawiającą realizacji przez niego prac dodatkowych , a tym bardziej zamiennych o ile ich rozmiar lub rodzaj byłby różny od tego , który został umownie określony .Założenie ustawodawcy bowiem jest takie , iż niezależnie od tego jakie koszty wykonawca rzeczywiście poniesienie, realizując przedmiot umowy, zakres jego wiarygodności z tytułu wynagrodzenia określa suma ryczałtowa.

Zatem taka możliwość , skutecznego ubiegania się ekwiwalent za nie , jakkolwiek w ustawie nie wyłączona, musi być wykładana ściśle jako możliwość zupełnie wyjątkowa, powstająca wówczas gdy te [ dodatkowe prace ] wykraczają poza zakres robót umówionych, a ponadto takich , które są niezbędne dla właściwego wykonania umowy i równocześnie takich , których realizacji nie można było przewidzieć , w czasie , kiedy strony kształtowały wynagrodzenie jako ryczałtowe.

Nieco inaczej rzecz ujmując , w opisanych warunkach, możliwość skutecznego ubiegania się o wynagrodzenie za takie roboty jest możliwa, gdy wykonawca zrealizował prace rodzajowo i zakresowo inne niż umówione, a ich wartość nie znajduje pokrycia , w całości lub w części, w sumie ryczałtowej.

Ta wyjątkowość , odniesiona do okoliczności rozstrzyganej sprawy , musi być potraktowana jako szczególna , gdy weźmie się pod uwagę , że jak wynika z art. 2 umowy z dnia 21 kwietnia 2006r A. S. (1) zapewnił , iż przed jej podpisaniem wziął pod uwagę warunki w jakich przyjdzie mu ją realizować i przyjął na siebie ciężar [ w tym finansowy ] tego , że będzie potencjalnie musiał wykonywać prace , które nie wynikają z analizy założeń projektowych inwestycji.

Do tego trzeba dodać , iż strony , w art. 3 umowy , przewidziały możliwość uzyskania przez wykonawcę dodatkowego wynagrodzenia za roboty dodatkowe ale tylko takie , które zostały, przed podjęciem ich realizacji ,na piśmie zaakceptowane przez zamawiającą.

Wskazane , jako generalne , oraz te wynikające z postanowień umownych warunki na jakich potencjalnie A. S. (1) mógł ubiegać się o wynagrodzenie za zrealizowane roboty dodatkowe , nie zostały przez jego następczynię prawną udowodnione w sporze.

Nie dowiodła , że te roboty , które traktowała jako mające te cechy rzeczywiście takimi były, w tym, w szczególności aby ich rzeczowy charakter wykraczał poza przedmiot świadczenia wykonawcy uzgodniony umownie przez strony za który wynagrodzenie wyrażała wiążąco suma ryczałtu, a nadto były one takimi , które okazały się być niezbędnymi dla prawidłowego wykonania jego zobowiązania.

Nie zdołała udowodnić , że roboty te były objęte procedurą wcześniejszej akceptacji dla nich po stronie zamawiającej , której spełnienie, zgodnie z powołanym postanowieniem umownym, warunkowało możliwość skutecznego ubiegania się o wynagrodzenie za nie.

Ustalenie ich rzeczywistej realizacji i charakteru jako dodatkowych czy zamiennych z punktu widzenia umówionego zakresu świadczenia wykonawcy i wynagrodzenia za nie jako ryczałtowego , jaka jest ich rzeczywista wartość i w jakim zakresie zamawiająca miałaby być nią obciążona , zważywszy na jej stanowcze zaprzeczenie aby wierzytelność z tego tytułu , co do zasady, powódce przysługiwała , wymagało wiadomości specjalnych. Mimo to skarżąca wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego , która mogłaby posłużyć tego rodzaju ustaleniom, nie formułowała.

Nie sprostanie tym obowiązkom procesowym , których konsekwencje mogą obciążać wyłącznie I. S. (1), czynią pozbawionymi znaczenia z rozważanego punktu widzenia jej twierdzenia o tym , iż strona przeciwna za część prac dodatkowych [ nie objętych żądaniem zapłaty w niniejszej sprawie ] , wykonawcy zapłaciła.

Podobnie, jako nieudowodnioną , należy ocenić wierzytelność powódki , której podstawą były dodatkowe wydatki jakie jej poprzednik prawny miał ponieść z racji ukradzionych mu z miejsca realizacji świadczenia umownego materiałów oraz konieczności usunięcia szkód w już zrealizowanych robotach na skutek tych kradzieży.

Powódka wprawdzie przedłożyła wykaz ruchomości , które miały podlegać zaborowi oraz dokumenty rozliczeniowe , które w jej ocenie, miały określać wartość wskazanych wyżej robót ale , w warunkach takich , kiedy strona przeciwna stanowczo i konsekwentnie zaprzeczała zasadzie swojej odpowiedzialności za wyrównanie wynikających stąd uszczerbków majątkowych po stronie A. S. , pozostały materiał dowodowy nie dostarczył żadnych danych mogących pozytywnie zweryfikować wielkości , które w tych dokumentach zostały zawarte .

Nieco uszczegóławiając tę ocenę należy zwrócić uwagę ,że jak podnosi to także Sąd Okręgowy , zgodnie z postanowieniem art. 12 umowy stron, niebezpieczeństwo poniesienia szkód na każdym etapie realizacji prac, aż do chwili ich odbioru przez zamawiającą, obciążało wykonawcę . Po wtóre samo , zawarte w przedłożonych dokumentach określenie „ robocizna „ nie jest wystarczające dla powiązania jej zakresu i rodzaju z następstwami kradzieży, czyniąc tę pozycję poniesionych kosztów jako wskazaną zupełnie dowolnie.

Po trzecie ocenę , iż ta wierzytelności rzeczywiście jest powódce należna wyklucza fakt , że nie zdołała wykazać , iż rzeczywiście zamawiająca otrzymywała od ubezpieczyciela świadczenia wyrównujące szkody wynikające z tych kradzieży i nie przekazywała ich wykonawcom , mimo , że partycypowali oni w kosztach zapewnienia ochrony ubezpieczeniowej inwestycji. Poza odosobnionymi depozycjami powódki w tym zakresie, nie mogą stanowić potwierdzenia tych faktów enigmatyczne i ogólne stwierdzenia świadków A. B. i W. I..

Po czwarte mimo , iż podobnie jak w odniesieniu do wierzytelności z tytułu robót dodatkowych, określenie rozmiaru ilościowego wierzytelności z tego źródła wymagało wiadomości specjalnych za pośrednictwem których wielkości podawane w przedłożonych przez następczynię wykonawcy dokumentach mogłyby zostać zweryfikowane. I. S. nie formułowała wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego , służącej takiej weryfikacji.

Podobnie jak poprzednio , w tej sytuacji , bez znaczenia jest twierdzenie skarżącej , iż wcześniej zamawiająca kompensowała wykonawcom poniesione w ten sposób szkody.

W ramach oceny przysługiwania powódce wierzytelności z tytułu robót dodatkowych oraz stanowiącej wyrównanie strat wywołanych kradzieżami , odeprzeć należy zarzut skarżącej , w ramach którego neguje ona nie przyznanie jej tych należności na podstawie przepisów regulujących instytucje bezpodstawnego wzbogacenia , uzyskanego w ten sposób jej kosztem przez spółkę (...).

Przy jego ocenie należy przyznać rację apelującej tylko o tyle , iż rzeczywiście Sąd I instancji zaniechał oceny możliwości takiej kwalifikacji tej części roszczenia .

Tym nie mniej wada ta nie skutkuje podzieleniem stawianego zarzutu albowiem przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu w odniesieniu do tej części świadczenia dochodzonego pozwem w ogóle nie mają zastosowania.

Przede wszystkim dlatego , że zarówno sposób zapłaty za ewentualnie wykonane roboty dodatkowe oraz to , kto ponosi odpowiedzialność za szkody wynikłe w trakcie wykonywania prac , było przymiotem uregulowania umownego, a zatem to umowa była , także i w tym zakresie podstawą rozliczeń stron tego tytułu.

Jej obowiązywanie do końca trwania wzajemnych relacji pomiędzy stronami, nie było przez nikogo negowane. W takiej sytuacji sięganie po konstrukcje bezpodstawnego wzbogacenia dla oceny prawnej tego żądania powódki jest z przyczyn konstrukcyjnych zupełnie wykluczone.

Już tylko na marginesie i dla zapewnienia kompletności wyводу należy wskazać , że nawet gdyby założyć , że ta konstrukcja prawna mogłaby zostać zastosowana to i tak -również na tej podstawie - ta część roszczenia I. S. (1) , nie mogłaby zostać uwzględniona.

Przeciwny pogląd apelującej nie uwzględnia tego , iż jego rozmiar ilościowy nie byłby w tym przypadku prostym zsumowaniem wartości mających być ukradzionymi materiałów i urządzeń oraz prac restytucyjnych [ o ile byłoby możliwe ustalenie ich rzeczywistego rozmiaru i charakteru rzeczowego ] Świadczenie to bowiem musiałoby odpowiadać zakresowi wzbogacenia tymi wartościami zamawiającej , w porównaniu do tej wartości świadczenia wykonawcy , które był zobowiązany spełnić na rzecz V. (...) , w ramach podstawy [ obligacyjnej ] , która wiązała strony, za które przewidziane było wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym.

Nie może budzić wątpliwości , że w tych warunkach, ustalenie zakresu wzbogacenia wymagało wiadomości specjalnych , a I. S. (1) nie wniosowała w sporze o prowadzenie dowodu z opinii biegłego , której przedmiotem miałyby być jego określenie.

Niezasadnie skarżąca podnosi zarzut naruszenia art. 647 kc w zw z art. 632 i 65 §2 kc , upatrując jego realizacji w przyjęciu przez Sąd Okręgowy , że strony w umowie nie przewidziały możliwości wykonywania prac dodatkowych. Zarzut ten należy odeprzeć dlatego , że Sąd takiego ustalenia nie czyni , wskazując w motywach rozstrzygnięcia na inne przyczyny dla których , w jego ocenie , wierzytelność z tytułu realizacji tych prac skarżącej nie przysługuje.

Nie ma racji I. S. (1) , gdy powołując zarzut naruszenia art. 548 kc w zw z art. 638 i 656 kc neguje stanowisko Sądu I instancji , zgodnie z którym zobowiązanie wykonawcy nie zostało przezeń w całości wykonane.

Stanowisko to , świetle poczynionych w sprawie ustaleń , w tym tych o które Sąd Apelacyjny uzupełnił je jest poprawne.

Nie można budować uzasadnionej oceny , iż A. S. w całości i wymaganym terminie zrealizował swoje zobowiązanie , jak chce tego powódka , w odwołaniu się do faktu dokonania wpisu do dziennika budowy przez reprezentanta wykonawcy-kierownika budowy - w dniu 28 października 2008r, którym stwierdzono zrealizowanie wszystkich prac.

Jak wynikało z bowiem z relacji , przesłuchanego w sprawie inspektora nadzoru inwestorskiego A. L. , aprobata dla tego wpisu z jego strony , była niezbędna dla ubiegania się przez zamawiającą o wydanie pozwolenia na użytkowanie obiektu. W tym czasie pozostały jeszcze do realizacji dalsze prace , takie , których charakter nie wpływał negatywnie na możliwość uzyskania tego rodzaju decyzji (...) inwestora. / por k. 307 akt/

Nie można też , jak wskazuje powódka, budować takiego wniosku na tym , iż zamawiająca takie pozwolenie ostatecznie otrzymała , dokonywała częściowych odbiorów czy też upatrywać dla niego podstawy w tym , że A. S. przeprowadził jednostronny odbiór swoich robót. Trzeba bowiem wziąć pod uwagę , że niezależnie od tego , kto był zobowiązany do zakupu docelowego chłodziwa [ glikolu ] dla stanowiącej element instalacji klimatyzacyjnej wytwórni wody lodowej , czynności związane z napełnieniem nim tej instalacji oraz ostatecznym jej rozruchem , przynależąc , zgodnie z umową do A. S. (1), zostały zrealizowane przez spółkę (...), w okresie późniejszym, aniżeli daty wskazanych wyżej wpisów w dzienniku budowy czy dokumentów odbiorowych na które powołuje się apelująca.

Wniosek ten stanowi również podstawę do odparcia kolejnego zarzutu , naruszenia art. 647 kc w zw z art. 6 kc i 471 kc , skoro wbrew stanowisku zawartemu w jego motywach , powołane wyżej ustalenia są dostateczną podstawą dla sformułowania oceny , że wykonawca nie dochował terminu realizacji przedmiotu umowy z przyczyn , które właśnie jego obciążają.

Odwołując się do poprzednich stwierdzeń należy dodatkowo wskazać , że rzeczywiście [ o czym będzie mowa szerzej w ramach oceny wiarygodności z tytułu kaucji gwarancyjnej oraz zarzutu potrącenia ]z przyczyn za które odpowiada tylko zamawiająca, nie było możliwości przeprowadzenia prób technicznych funkcjonowania instalacji klimatyzacyjnej budynku, jeszcze w 2008r. Co więcej to jej decyzja przeniosła odbiór tej części prac na wiosnę roku następnego. Tym nie mniej po pierwszym wezwaniu do ich zrealizowania wykonawca niezasadnie temu wezwaniu odmówił , powodując , że ostatecznie instalacja została docelowo uruchomiona ,przez inny podmiot , w oparciu o odrębną umowę ze stroną pozwaną.

Pozostałe zarzuty prawnomaterialne wiążą się z zagadnieniem skuteczności zarzutu potrącenia wiarygodności wzajemnej , którym broniła się w sporze strona pozwana.

Na wstępie jednak należy wskazać , że w ocenie Sądu II instancji , zasadnym jest w części , zarzut naruszenia art. 647 kc w zw z art. 6 kc.

Oto bowiem wbrew stanowisku Sądu I instancji, materiał dowodowy zgromadzony w sprawie uzasadnia wniosek , iż w sposób usprawiedliwiony I. S. (1) dochodzi wiarygodności z tytułu zwrotu kaucji gwarancyjnej, na która złożyły się potrącenia 5 % kwot z każdej zapłaconej przez zamawiającą faktury.

Z tego tytułu I. S. (1) dochodziła kwoty 301 222 , 36 złotego z ustawowymi odsetkami od dnia 25 maja 2009r.

Strona pozwana , w ramach swojego ostatecznie ukształtowanego stanowiska procesowego nie kwestionowała tego , iż tego rodzaju należność przysługiwała następczyni prawnej wykonawcy i przeciwstawiała jej dochodzeniu jedynie zarzut potrącenia wiarygodności wzajemnej z tytułu kary umownej , twierdząc , iż w ten sposób doszło do jej umorzenia .

W związku z oceną tej części roszczenia powódki dodać jeszcze należy , iż wierzytelność z tytułu zwrotu kaucji gwarancyjnej była przedmiotem sporu stron, ostatecznie zakończonego wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 31 marca 2010r , w sprawie o sygnaturze I ACa 206/10.

Wówczas powództwo A. S. (1) zostało uznane za przedwczesne albowiem nie wykazał on , iż przed dniem wyrokowania upłynął termin 180 dni od daty oddania mieszkań do użytku , co warunkowało ,zgodnie z umową możliwość skutecznego ubiegania się o zwrot świadczenia z tego tytułu.

Taka przyczyna oddalenia powództwa wykonawcy powalała na ponowną ocenę zasadności tak identyfikowanego roszczenia jego następczyni prawnej.

Sposób obrony przed nim ze strony zamawiającej , w ramach której nie kwestionowała ona podstaw faktycznych jej powstania ani [ ostatecznie ] jej wymiaru ilościowego , odwołując się jedynie do skutku materialnoprawnego, jaki wywołało wobec niej oświadczenie o potrąceniu wierzytelności wzajemnej powoduje , że przedmiotem oceny Sądu II instancji , przez pryzmat pozostałych zarzutów środka odwoławczego , pozostaje to czy rzeczywiście oświadczenie o potrąceniu wywołało taki skutek oraz [wobec zarzutu skarżącej dotyczącego miarkowania kary umownej ] , przy przyjęciu tej skuteczności , czy jego zakres objął całość pretensji finansowej I. S. (1) z tego źródła.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego , ustalone w sprawie fakty dotyczące sposobu realizacji obowiązków umownych przez A. S. (1) , w szczególności w odniesieniu do tej ich części wokół której ogniskował się spór stron [ wykonania instalacji klimatyzacyjnej ] , stanowią dostateczną podstawę do odrzucenia zarzutu skarżącej , w ramach którego podnosi ona naruszenie art. 498 kc w zw z art. 483 §1 v i 484 §1 kc , upatrując jego realizacji w przyjęciu , że wierzytelność za tytułu kary umownej za zawinione opóźnienie wykonawcy w realizacji obowiązków umownych, w ogóle powstała.

Jak już była o tym nowa , mimo , że zgodnie z treścią umowy oraz stanowiącymi załączniki do niej ; wykazem materiałów oraz harmonogramuję robót, a także uwzględniając zasady ukształtowane praktyką wykonawczą przy tego rodzaju pracach , obowiązkiem A. S. (1) było wykonać i oddać do dyspozycji zamawiającej kompletną i sprawną instalację klimatyzacyjną w tym jej element - wytwórnię wody lodowej, wypełnionej docelowym chłodziwem [ glikolem ] - wymienionym we wskazanych załącznikach .

Z punktu widzenia realizacji tego obowiązku bez znaczenia pozostawało to , kto ma nabyć to chłodziwo , szczególnie gdy weźmie się pod uwagę , że poprzednik powódki, w piśmie z dnia 14 kwietnia 2009r, odpowiadającym na wezwanie do wykonania tego obowiązku [ wypełnienia wytwórni wody lodowej glikolem ] stanowczo odmówił, twierdząc , że nie jest do tego zobowiązany.

Nie można też tracić z pola widzenia i nie uwzględniać przy ocenie jego stanowiska tego , że w dalszej korespondencji z zamawiającą zmienił zdanie i nie twierdząc już że ten obowiązek go nie obciąża wskazywał czy to warunki na jakich zrealizuje jednak i tę część świadczenia umownego czy to na niezawinione przezeń przeszkody uniemożliwiające jego wykonanie.

Spośród tych przeszkód , które wówczas powoływał a na które, w toku sporu, zwracała uwagę także jego następczyni , [ powtarzając je w uzasadnieniu apelacji], żadna nie dotyczy takiej , która miałaby mieć miejsce po pierwszym wezwaniu do zakończenia wykonawstwa instalacji które skierowała zamawiająca w dniu 6 kwietnia 2009r.

To daje podstawę do wnioskowania , iż co do zasady , wbrew omawianemu zarzutowi, wykonawcą zawinił nie zachowanie terminu , w jakim zgodnie z umową, miał wykonać całość przyjętych na siebie robót. To kwalifikowane opóźnienie decyduje o powstaniu, po stronie spółki (...), wierzytelności wzajemnej z tytułu kary umownej , do której podstawą jest postanowienie art. 11 umowy z dnia 21 czerwca 2006r.

Podzielając zapatrywanie prawne Sądu Okręgowego co do tego , że oświadczenie o potrąceniu zostało dokonane wobec wykonawcy w sposób skuteczny przez pełnomocnika zamawiającej , który legitymował się umocowaniem do składania w imieniu pozwanej oświadczeń woli o charakterze materialnoprawnym, przechodząc do oceny wymiaru

ilościowego tej wierzytelności, Sąd II instancji uznaje, że pozwana mogła, w sposób usprawiedliwiony, naliczyć karę umowną jedynie za okres pomiędzy 14 kwietnia 2009r i 25 czerwca 2009r, który jest ostatnim dniem o jakim stanowi oświadczenie o potrąceniu.

O kwalifikowanym opóźnieniu w wykonaniu kompletnej instalacji klimatyzacyjnej po stronie A. S. (1) nie można, jak to nietrafnie przyjmuje Sąd niższej instancji mówić wcześniej, w sytuacji, gdy o nieskuteczności technicznych prób jej funkcjonowania decydowały przyczyny za które odpowiadała V. (...) nie zapewniając czy to odpowiedniego ciśnienia w instalacji, na skutek zamkniętych klimakonwektorów w lokalach wydanych uprzednio przysłym właścicielom czy posiadaczom, czy to właściwego napięcia elektrycznego. Nie mogą obciążać wykonawcy także konsekwencje decyzji zamawiającej o tym, że ostatecznie odbiór tej instalacji zostaje przeniesiony na wiosnę kolejnego roku, z którą wiązało się także polecenie spuszczenia wody z instalacji na okres zimowy.

O zwłoce wykonawcy należy, zważywszy na fakt, iż pozwana nie przedłożyła dowodu doręczenia wezwania z 6 kwietnia 2009r, natomiast mówić od dnia 14 kwietnia 2009r, kiedy w reakcji na pierwsze z wezwań do ukończenia instalacji A. S. stanowczo odmówił wykonania tych prac, niezasadnie uznając, iż nie jest do nich zobowiązany.

Zatem okres zwłoki zamknięty datami 14 kwietnia i 25 czerwca 2009r wynosi 72 dni.

Wierzytelność pozwanej z tytułu kary umownej, zważywszy na ustalony w art. 11 umowy mechanizm jej wyliczenia wynosi zatem 396 000 złotych, będąc sumą wyższą aniżeli pretensja finansowa I. S. (1) z tytułu zwrotu kaucji gwarancyjnej.

Prima facie zatem należałoby uznać, że także i ta część jej roszczenia powinna ulec oddaleniu. Tak jednak nie jest albowiem w częściowym uwzględnieniu zarzutu apelacyjnego naruszenia art. 484 §2 kc, Sąd II instancji stanął na stanowisku, że kara umowna przysługująca zamawiającej jest rażąco wygórowana, wobec czego wierzytelność stad wynikająca dla spółki (...), zgodnie z zarzutem powódki, podlega mechanizmowi miarkowania.

Powracając do treści oświadczenia strony pozwanej o potrąceniu wierzytelności wzajemnej zauważyć należy, że jej powstanie spółka z K. wiązała wyłącznie z faktem zawinionego opóźnienia wykonawcy w realizacji jedynie instalacji klimatyzacyjnej.

Wobec tego zakres przeprowadzonego ograniczenia został powiązany z kryterium rozmiaru szkody jaką zamawiająca poniosła w związku koniecznością zastąpienia A. S. (1) w zakończeniu prac przy tej instalacji oraz przedsięwzięciem czynności sprawdzających i naprawczych w związku z docelowym jej uruchomieniem. Czynności te pozwana zleciła spółce (...), zawierając z nią odrębną umowę.

Wykazana przez zamawiającą w toku sporu skala dodatkowych związanych z tym kosztów, odnoszonych jednak tylko do tych czynności, które zastępowały niezrealizowane obowiązki umowne A. S. [zatem nie uwzględniając kosztów nabycia samego glikolu, brak bowiem podstaw do przyjęcia tego aby obowiązek taki spoczywał na wykonawcy oraz należności stwierdzonej w fakturze nr (...) wobec nie wykazania, iż rzeczywiście została przez pozwaną zapłacona, zapłacona zamyka się wielkością netto 73053 złoteo.

Wzajemna relacja pomiędzy tak ustaloną szkodą zamawiającej, a należną jej karą umowną wynosi zatem - w pewnym przybliżeniu- 18 %.

Wobec tego, stosując przyjęte kryterium, uzasadnione jest ograniczenie wierzytelności zamawiającej z tego tytułu w skali 82 %. Zatem wyraża ją suma 71280 złotych, według następującego wyliczenia:

$$396\ 000\ \text{zł} \times 0,82 = 324\ 720\ \text{zł},$$

$$396\ 000\ \text{zł} - 324\ 720 = 71\ 280\ \text{złoteo}.$$

Przyjęty rozmiar ograniczenia wierzytelności pozwanej prowadzi do kolejnego wniosku prawnego , że roszczenie powódki , które jest uzasadnione , wyraża suma 229 942, 36 zł , ustalona na podstawie następującego wyliczenia :

$301\ 222, 36\ \text{zł} - 71280 = 229\ 942, 36\ \text{zł}$ .

Taka też sumę , wraz z odsetkami za opóźnienie liczonymi od daty wskazanej w żądaniu , wobec której pozwana nie podnosiła żadnych zarzutów, Sąd II instancji przyznał powódce zmieniając wyrok Sadu I instancji , w następstwie częściowego uwzględnienia apelacji , zgodnie z brzmieniem punktu 1 sentencji orzeczenia , na podstawie art. 386 §1 kpc

Rozstrzygając o kosztach procesu , Sąd , stosując art. 100 kpc stosunkowo je pomiędzy stronami rozdzielił.

Uwzględniając, iż powódka wykazała swoje roszczenie w 26 % , a w pozostałym zamawiająca skutecznie się przed nim obroniła , wynikająca stąd proporcja była podstawą dla rozliczeń z tego tytułu.

Po stronie powódki uwzględnione przez Sąd Apelacyjny , jako celowe koszty zamknęły się kwotą 29 034 zł [ 7217 zł/ wynagrodzenie jednego pełnomocnika i opłata skarbową/ + 21817 zł / poniesione koszty sądowe / Nie zostały uwzględnione koszty dojazdu pełnomocnika do siedziby Sądu orzekającego albowiem powódka była reprezentowana także przez pełnomocnika wykonującego zawód w siedzibie Sądu Okręgowego.

Po stronie przeciwnej była to kwota 7217 złotych. Zatem łącznie sumę kosztów obu stron wyrażała kwota 36 251 zł. Z niej powódka pokryła 29 034 zł a była do tego zobowiązana do wysokości 26 825 zł .Należna jest jej zatem ,od przeciwniczki procesowej, kwota różnicy czyli 2 894 złote.

Wskazana wyżej wzajemna proporcja, w jakiej strony wykazały zasadność swoich stanowisk procesowych była także podstawą do określania zakresu , w jakim zostały zobowiązane do pokrycia brakującej części wydatków związanych z postępowaniem / poniesionych przez Skarb Państwa kosztów stawiennictwa świadków/.

W pozostałym zakresie apelacja, jako niezasadna , podlegała oddaleniu w oparciu o art. 385 kpc.

Rozstrzygając o kosztach postępowania Apelacyjnego , Sąd II instancji , stosując art 100 kpc w zw z art. 108 §1 i 391 §1 kpc także wziął pod rozważę to , w jakim zakresie środek zaskarżenia powódki został uznany za trafny.

Stosując ten sam co poprzednio mechanizm , uwzględniając , iż I. S. (1) poniosła w postępowaniu odwoławczym ogółem 27 217 zł [ 5400 + 21 817 zł ] , a przeciwniczka 5400 złotych , uznał , że V. (...) jest zobowiązana z tego tytułu zwrócić powódce kwotę 3 081 zł.

Ta sama co uprzednio proporcja była podstawą do określenia skali, w jakiej pozwana jest zobowiązana partycypować w obowiązku poniesienia części opłaty od apelacji oraz tego , w jakich częściach obydwie strony pokrywają wydatek związany z przeprowadzonym przed Sądem II instancji dowodem z opinii biegłego.

SSA Grzegorz Krężolek SSA Andrzej Struzik SSA Jerzy Bess