

Sygn. akt I ACa 424/17

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 listopada 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Jarosław Marek Kamiński
Sędziowie	:	SA Beata Wojtasiak (spr.) SO del. Julita Uryga
Protokolant	:	Sylwia Radek-Łuksza

po rozpoznaniu w dniu 27 października 2017 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki z o.o. w E.**

przeciwko **Miastu G.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Łomży

z dnia 1 marca 2017 r. sygn. akt I C 702/15

I. **oddala apelację;**

II. **zasądza od pozwanego na rzecz powoda 11.250 zł tytułem zwrotu kosztów procesu za instancję odwoławczą.**

(...)

**Sygn. akt IA Ca 424/17**

## UZASADNIENIE

(...) Sp. z o.o. z siedzibą w E. wniosła o zasądzenie od Miasta G. kwoty 3.395.044,80 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 26.09.2015 r. do dnia zapłaty i zasądzenie na jej rzecz kosztów procesu według norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazała, że pozwany niezasadnie naliczył powódce karę umowną za 63 dni zwłoki w wykonaniu łączącej strony umowy oraz dokonał potrącenia z wierzytelnością powoda z tytułu przysługującego mu wynagrodzenia

do wysokości wiarytelności niższej. Podnosiła, że przesunięcie terminu zakończenia realizacji inwestycji z 31.03.2015 r., tj. z daty wynikającej z umowy, na dzień 29.05.2015 r. nastąpiło z przyczyn niezależnych i nieleżących po stronie powoda, natomiast opóźnienie, było w istocie konsekwencją wszczęcia procedury zmiany technologii wykonania niecki basenowej. Ponadto zaistniała konieczność opracowania nowego projektu wystroju wnętrz przez (...), a zamawiający dopiero po 2 miesiącach dokonał akceptacji materiałów wykończeniowych. Nadto zaistniała również konieczność wykonania innych prac dodatkowych, których przed rozpoczęciem realizacji inwestycji nie można było przewidzieć. Powoływała się nadto na § 9 łączącej strony umowy, z którego wynikało, że kary umowne zostały zastrzeżone na wypadek zwłoki, a nie opóźnienia i wywodziła, że skoro powstałe opóźnienie w realizacji inwestycji nie było następstwem zawinionych działań wykonawcy i powstało z przyczyn od niego niezależnych, to pozwany nie może naliczyć kary umownej. Niezależnie od powyższego powódka twierdziła, że w sprawie zaistniały przesłanki do zastosowania miarkowania kary umownej. Wskazała, że zamawiający bezpodstawnie naliczył kary umowne od wartości całej inwestycji tj. od kwoty 17.963.200 zł, natomiast przedmiot umowy obejmował dwie inwestycje, z których obiekt muzeum powódka zgłosiła do odbioru 31 stycznia 2015 r. a zatem dwa miesiące przed terminem. W ocenie powódki okolicznościami uzasadniającymi miarkowanie kary umownej są nie tylko same okoliczności powstania opóźnienia ale również fakt braku poniesienia jakiegokolwiek szkody na skutek opóźniania wykonania przedmiotu umowy.

Miasto G. wniosło o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych. W ocenie pozwanego faktyczną przyczyną opóźnienia było prowadzenie prac instalacyjnych basenu oraz czynności rozruchu technologicznego całej instalacji basenowej. Pozwany podniósł, że powódka nie wykazała żadnej przyczyny, która spowodowałaby skuteczne zwolnienie się od odpowiedzialności za niedotrzymanie terminu wykonania umowy, stąd też złożone przez pozwanego oświadczenie o potrąceniu jest skuteczne, zaś wiarytelności wzajemnie się umorzyły. Nadto podniósł, że nie ma podstaw do zmniejszenia kary umownej, zaś naliczona kara umowna nie prowadzi do bezpodstawnego wzbogacenia się wierzyciela.

***Wyrokiem z dnia 1 marca 2017r. Sąd Okręgowy w Łomży zasądził od Miasta G. na rzecz (...) Spółki z o.o. w E. kwotę 3.395.044,80 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 26 września 2015r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty z ustawowymi odsetkami za opóźnienie oraz orzekł o kosztach procesu.***

Powyższy wyrok został wydany w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 28 listopada 2013 r. strony, tj. (...) sp. z o.o. z siedzibą w E. Miasta G. (wykonawca) oraz pozwany, zawarły umowę, której przedmiotem była realizacja zamówienia pod nazwą; „Rozwój oferty turystycznej Miasta G. poprzez inwestycje w budowę infrastruktury turystyczno-rekreacyjno-sportowej”. Przedmiot zamówienia obejmował swym zakresem kryty basen oraz (...) (§ 2 umowy). Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 17.963.200 zł brutto, na które składała się kwota 12.149.010,66 zł za realizację budowy basenu i kwota 5.814.189,34 zł za realizację budowy (...) (§ 8 umowy). Termin rozpoczęcia zamówienia strony określiły na 28 listopada 2013 r., zaś termin zakończenia na 31 marca 2015 r. W umowie strony postanowiły, że za termin zakończenia wykonania zamówienia uważa się zakończenie robót budowlanych i zgłoszenie ich do odbioru końcowego (§ 3 umowy). Określono, że gotowość do odbioru końcowego wykonawca zgłosi zamawiającemu wpisem do dziennika budowy i pismem na adres zamawiającego (§ 10 ust. 1 umowy).

W § 9 ust. 1, 2 pkt 1 lit. a i ust. 5 strony postanowiły, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,3% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki a także ustaliły, że zamawiający będzie miał prawo potrącenia kary umownej z wynagrodzeniem wykonawcy.

Powyższa inwestycja realizowana była przy dofinansowaniu ze środków Unii Europejskiej, przy czym płatność z budżetu środków europejskich określono na kwotę 9.995.702,22 zł (§ 2 ust. 4 umowy). Pozwany zobowiązany był do zgłaszania do Województwa (...) w formie pisemnej zmiany dotyczącej realizacji Projektu przed ich wprowadzeniem

i nie później niż 30 dni kalendarzowych przed planowanym zakończeniem finansowym realizacji Projektu (§ 17 ust. 1 umowy).

Uczestnikami procesu budowlanego basenu krytego byli: Inwestor – Miasto G. reprezentowane przez Burmistrza Miasta G. (A. K. i od 01.12.2014 r. D. L.), Inspektor Nadzoru Inwestorskiego – firma: (...) sp. z o.o. z siedzibą w O. i z jej ramienia (...) (roboty konstrukcyjno-budowlane), P. S. (1) i C. W. (roboty sanitarne), H. P. (roboty elektryczne), J. C. (roboty telekomunikacyjne), Kierownik Budowy – A. K. (2) i J. J. (1). W trakcie realizacji inwestycji nastąpiła zmiana na stanowisku Burmistrza Miasta G. i od dnia 1 grudnia 2014 r. funkcję tę sprawuje D. L..

Dokumentacja projektowa basenu (projekt budowlany i projekt wykonawczy) została opracowana w drugiej połowie 2009 r. przez zespół (...) s.c. R. P., T. R.. Do czasu rozpoczęcia realizacji inwestycji dokumentacja techniczna nie była aktualizowana. W trakcie realizacji inwestycji zaistniała potrzeba dokonania zmian technologicznych i materiałowych gdyż ujawniły się błędy i braki w projekcie architektonicznym. Pojawiła się także potrzeba dokonania dodatkowych uzgodnień i zaprojektowania w przedmiocie kolorystyki płytek, których już nie produkowano. Najistotniejszą zmianą w realizacji projektu była zmiana konstrukcji niecki z panelowej na spawaną ze stali nierdzewnej. Zmiana ta wymagała dokonania szeregu uzgodnień autorskich, inspektorskich, inwestorskich oraz dokonania zamówienia materiałów niezbędnych do wykonania zmienionej technologii.

W czerwcu 2014 r. pojawiała się propozycja zmiany technologii wykonania niecki basenowej i powódka w dniu 30 czerwca 2014 r. przedstawiła inwestorowi propozycję zmiany technologii wykonania niecek basenowych z technologii M. (skręcane panele), którą przewidywała dokumentacja projektowa, na technologię niecek spawanych ze stali nierdzewnej. W dniu 12 sierpnia 2014 r. wykonawca przedstawił inwestorowi dane uzupełniające do propozycji zmiany technologii wykonania niecek basenowych wraz z dwiema ofertami materiałowo-cenowymi.

Pismem z 21 sierpnia 2014 r. (...) sp. z o.o. z siedzibą w O., pełniąca nadzór inwestorski, pozytywnie zaopiniowała zamianę technologii wykonania niecek. Również architekt T. R. – autor projektu basenu w związku z wystąpieniem Wykonawcy wyraził zgodę na zmianę technologii wykonania niecek basenowych i stwierdził, że jest to zmiana nieistotna.

Pismem z 28 sierpnia 2014 r. Urząd Miasta wystąpił do Urzędu Marszałkowskiego Województwa (...) o wyrażenie zgody na zmianę technologii wykonania niecek basenowych. W dniu 4 września 2014 r. architekt T. R. dokonał wpisu w Dzienniku Budowy wskazując, że w związku z wystąpieniem nieszczelności niecek basenowych na basenie w O. zaleca zmianę systemu wykonania niecek ze skręcanych na spawane. W dniu 16 września 2014 r. Marszałek Województwa wskazał, że zmiana technologii wykonania niecek basenowych jest możliwa pod warunkiem, że będzie zgodna z zapisami umowy, przy czym zwrócił uwagę, iż w trakcie postępowania przetargowego zamawiający nie wyrażał zgody na zmianę technologii w związku z zapytaniami potencjalnych wykonawców.

Ostatecznie w dniu 27 października 2014 r. Urząd Miasta otrzymał z Urzędu Marszałkowskiego zgodę na zmianę technologii wykonania niecek basenowych.

W dniu 5 grudnia 2014 r. na naradzie technicznej inwestor zaakceptował wykonanie niecki basenowej ze stali nierdzewnej spawanej pod warunkiem, że nie zmienią się koszty realizacji inwestycji. Wykonawca potwierdził, że koszty inwestycji pozostaną nie zmienione.

W grudniu 2014 r. architekt T. R. otrzymał od wykonawcy niecek projekt warsztatowy, który został przez niego zatwierdzony w styczniu 2015 r. Termin wykonania niecki od momentu rozpoczęcia prac projektowych trwał od stycznia do końca maja 2015 r.

W dniu 8 grudnia 2014 r. wykonawca przedstawił pracownikom Urzędu Miasta propozycję płytek okładzinowych na posadzki i ściany w obiekcie basenu. Dopiero w dniu 10 lutego 2015 r. zamawiający zaakceptował materiały wykończeniowe.

W połowie lutego 2015 r. T. R. wykonał projekt architektoniczny wewnątrz w ramach podpisanej w dniu 12 stycznia 2015 r. umowy. Jednakże po rozpoczęciu robót ujawniło się szereg błędów i niezgodności w dokumentacji projektowej, które wymagały jej uzupełnienia lub przeprojektowania.

Pismem z 27 lutego 2015 r. wykonawca zwrócił się do inwestora z wnioskiem o dokonanie zmiany terminu zakończenia zamówienia z 31 marca 2015 r. na 31 maja 2015 r. powołując się między innymi na: odległy termin sporządzenia dokumentacji projektowej, zainteresowanie inwestora zmianami w zakresie technologii wykonania nitek basenowych, brak zapewnienia nadzoru autorskiego projektanta do końca 2014 r., konieczność przeprojektowania i uzupełnienia wskazanych elementów.

Pismem z 31 marca 2015 r. (...) sp. z o.o. z siedzibą w O. pełniącą funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego zaaprobowała propozycję wykonawcy wskazując na konieczność wykonania kanału rozprężnego popłuczyn z filtra jacuzzi i odprowadzenia wód do kanalizacji oraz brak fundamentów pod filtr jacuzzi i zbiornik wyrównawczy, konieczność dostosowania łazienek dla osób niepełnosprawnych do wymogów wynikających z warunków technicznych, na co niezbędne były dodatkowe rozwiązania projektowe.

W dniu 29 maja 2015 r. wykonawca zgłosił na piśmie inwestorowi do odbioru zakończenie robót w zakresie realizacji całości inwestycji. W dniu 2 czerwca 2015 r. przekazał inwestorowi dokumentację, natomiast w dniu 3 czerwca 2015 r. wpisem do dziennika budowy Inspektorzy Nadzoru Inwestorskiego potwierdzili zakończenie robót budowlanych.

Komisja odbiorcza, która rozpoczęła czynności w dniu 29 czerwca 2015 r. ustaliła, że przedmiot umowy został wykonany zgodnie z wydanymi pozwoleniami, umową i pozostałą dokumentacją a także, że termin umowy został przekroczony o 63 dni. Ustalono również, że kwota pozostała do zafakturowania końcowego wynosi 8.422.607,08 zł.

W dniu 19 sierpnia 2015 r. powódka wystawiła fakturę na kwotę 8.422.607,08 zł, która obejmowała cenę usług związanych z realizacją budowy basenu. W dniu 24 sierpnia 2015 r. wpłynęła ona do Urzędu Miasta G..

W dniu 27 sierpnia 2015 r. pozwany naliczył powódce kary umowne za 63 dni zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,3% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień w wysokości 3.395.044,80 zł. Pismem z 27 sierpnia 2015 r. oświadczył, że potrąca wierzytelność z tytułu kary umownej z wierzytelnością jaką powódka ma wobec pozwanego z tytułu wynagrodzenia wynikającego z faktury VAT nr (...).

Pismem z 4 września 2015 r. powódka wezwała pozwanego do zapłaty kwoty 3.395.044,80 zł tytułem nienależnie potrąconej wierzytelności do dnia 24 września 2015 r.

Inwestycja w zakresie budowy (...) została zrealizowana przez wykonawcę 2 miesiące przed umownym terminem zakończenia robót i odebrana przez inwestora.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, że powództwo zasługiwało na uwzględnienie w całości.

Na wstępie wskazał, że nie mógł zostać uwzględniony wniosek strony pozwanej o przesłuchanie stron, ponieważ okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy zostały już wyjaśnione i nie zachodziła potrzeba kontynuowania postępowania dowodowego. Wskazał, że w sprawie zostali przesłuchani świadkowie, którzy pełnili kluczowe funkcje w procesie inwestycyjnym, zaś zeznania obecnego Burmistrza Miasta G., który de facto nie uczestniczył w zasadniczych uzgodnieniach w zakresie zmiany technologii wykonania nitek basenowych nie wniosłyby do sprawy.

Podkreślił, że w niniejszej sprawie powódka nie kwestionowała rozliczenia wynagrodzenia wynikające z faktury do kwoty 5.027.562,28 zł. Sporna była kwota 3.395.044,80 zł, która nie została przez pozwanego zapłacona wobec naliczenia przez niego kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy.

Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Sąd doszedł do przekonania, że nie istniały podstawy do naliczenia kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, zaś w konsekwencji uznał, że po stronie

pozwanego nie istniała wierzytelność, której potrącenie skutkowałoby umorzenie należności powoda w kwocie 3.395.044,80 zł.

Bezspornym w niniejszej sprawie było, iż na wypadek nieterminowego wykonania umowy strony ustaliły możliwość obciążania wykonawcy karami umownymi (§ 9 umowy). Pozwany twierdził, że termin wykonania robót został przekroczony o 63 dni, przyjmując że zgłoszenie do odbioru zakończenia robót zostało dokonane w dniu 3 czerwca 2015 r. Powódka nie kwestionowała tego, że doszło do przekroczenia terminu, jednakże twierdziła, że zgłosiła obiekt do odbioru 29 maja 2015 r.

Sąd zgodził się ze stanowiskiem powoda, że do zakończenia robót budowlanych doszło 29 maja 2015 r., zgodnie z wpisem do dziennika budowy (§ 3 i 10 umowy) i że pozbawiona znaczenia była okoliczność późniejszego przekazania przez wykonawcę dokumentacji odbiorowej i ponowne zgłoszenie do odbioru w dniu 3 czerwca 2015 r. Ponadto z opinii technicznej rzeczoznawcy budowlanego wynika, że na dzień 29 maja 2015 r. obiekt nadawał się do użytku i pozwany mógł już przystąpić do jego odbioru.

Sąd wskazał, że mimo, iż do realizacji obiektu basenu doszło z 58-dniowym opóźnieniem, to brak jest podstaw do naliczenia kary umownej. Z § 9 ust. 2 umowy wynika, że kara umowna w wysokości 0,3% wynagrodzenia brutto zastrzeżona została na wypadek zwłoki – a więc okoliczności, za które powód odpowiedzialności nie ponosi – co w ocenie Sądu Okręgowego zostało przez powódkę wykazane.

Sąd I instancji zwrócił uwagę na opinię biegłego, z której wynikało, że stwierdzone problemy z realizacją inwestycji takie jak: brak dokumentacji kanału rozprężnego jacuzzi, kolizja posadowienia fundamentów basenu rekreacyjnego i sportowego, brak projektowego zasilania w wodę zbiornika przelewowego wanny (...), brak projektu architektonicznego wykonania wnętrza, konieczność dostosowania łazienek dla osób niepełnosprawnych do warunków technicznych, zmiany w zakresie urządzeń wynikały z niezgodności i braków w dokumentacji projektowej. Zwrócił również uwagę, że mając na względzie termin sporządzenia projektów (II połowa 2009 r.) oraz termin podpisania umowy pomiędzy stronami (11.2013 r.) częściowo wynikało to znacznego upływu czasu a co za tym idzie ze zmian w zakresie technologii i rozwiązań przyjętych w projekcie.

Sąd Okręgowy, mając na uwadze zeznania przesłuchanych w sprawie świadków a także opinię biegłego wskazał, że najistotniejszą przyczyną przekroczenia terminu umownego wykonywania robót była zmiana w projekcie w zakresie konstrukcji niecki z panelowej na spawaną. Zmiana na technologię wykonania niecek spawanych ze stali nierdzewnej była uzasadniona pod względem technicznym jak i funkcjonalnym i nie wiązała się z podwyższeniem kosztów inwestycji, co wynikało z charakterystyki porównawczej przedstawionej przez Inwestora, ofert (k. 111-115, 130-136), opinii Architekta (wpis do dziennika budowy str. 14, zeznania k. 698v) oraz opinii biegłego. Uznał zatem, że przekroczenie przez powódkę umownego terminu wykonania robót w związku z w/w zdarzeniami nie było przez nią zawinione, ani nie wynikało z jej niedbalstwa.

Sąd przyjął, że wykonawca na etapie podpisywania umowy nie miał obowiązku weryfikowania aktualności i kompletności dokumentacji projektowej, co wynika z przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz z przepisów kodeksu cywilnego. Wykonawca przed przystąpieniem do realizacji inwestycji nie ma wpływu na rozwiązania projektowe. Wykonawca prognozując termin zakończenia robót na potrzeby umowy nie miał zatem obowiązku przewidywania, że w trakcie realizacji inwestycji zaistnieje konieczność uzupełnienia i zmian projektu, oczywiście zaistniałych z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy, a co za tym idzie uwzględnienia ich przy planowaniu terminów robót. Nadto z góry nie można było przewidzieć, czy w ogóle takie zmiany będą konieczne, jaki będzie ich charakter i jaki one będą miały wpływ na terminowość wykonania robót. doszło.

Z tych też względów nie uwzględnienie przez wykonawcę ewentualnych zmian projektowych nie uzasadniało w ocenie Sądu przypisania powodowi odpowiedzialności za przekroczenie terminu w wykonaniu robót budowlanych, natomiast główną przyczyną, która zadecydowała o dwumiesięcznym przekroczeniu terminu był powolny proces decyzyjny po stronie inwestora.

Sąd Okręgowy ustalił, że propozycja zmiany systemu wykonania niecki basenowej pojawiła się w czerwcu 2014 r., natomiast inwestor wyraził na nią zgodę dopiero 5 grudnia 2014 r. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdził, że powódka natychmiast po uzyskaniu od inwestora zgody na zmianę systemu wykonania niecek podpisała umowę z ich wykonawcą – spółką (...). Wykonawca niecek również bez żadnej zwłoki przystąpił do sporządzenia projektu warsztatowego, a następnie po uzyskaniu jego akceptacji od architekta bez żadnej zwłoki przystąpił do montażu niecek. Po stronie architekta w tym procesie także nie wystąpiło żadne opóźnienie. Mając na uwadze, że termin montażu niecki od rozpoczęcia prac projektowych wynosi około 7 miesięcy, to należało przyjąć, że po uzyskaniu zgody od inwestora montaż niecek został wykonany w terminie możliwie najszybszym, tj. do końca maja 2015 r.

W ocenie Sądu Okręgowego podjęcie ostatecznej decyzji przez inwestora nastąpiło ze znacznym opóźnieniem, które nie było usprawiedliwione. W ocenie Sądu Okręgowego powód już po 16 września 2014 r. miał wszelkie dane, informacje i podstawy do podjęcia ostatecznej decyzji w przedmiocie zmiany technologii wykonania niecek basenowych. Inwestor jako Zamawiający powinien bowiem wiedzieć, że zgoda na zastosowanie innej niecki basenowej nie naruszałaby zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i w tym przedmiocie kierować się stanowiskiem Urzędu Marszałkowskiego wyrażonym w piśmie z 11 września 2014 r. Powódka została bowiem wybrana w drugim postępowaniu przetargowym (pierwsze zostało unieważnione), podczas którego potencjalni wykonawcy nie zadawali pytań w kwestii niecek. Wątpliwości Urzędu Marszałkowskiego nie wymagały zatem wyjaśnień, a już z pewnością wymiany pism która trwała do 7 października 2014 r. Ponadto umowa o dofinansowanie nie przewidywała, aby decyzja Inwestora była uzależniona od zgody Instytucji Zarządzającej (...), co wynika z zapisów § 17 umowy oraz pisma Urzędu Marszałkowskiego. Dlatego Inwestor nie był zobligowany do oczekiwania na zgodę od Urzędu Marszałkowskiego. Nie mniej taką zgodę uzyskał 27 października 2014 r. i mimo tego zgodę na zmianę technologii wykonania niecek basenowych wyraził dopiero 5 grudnia 2015 r. W ocenie Sądu opóźnienie inwestora związane było z kampanią wyborczą i wyborami na urząd Burmistrza Miasta G. , które odbyły się w dniu 30 listopada 2014 r., jednakże okoliczność ta pozostawała bez znaczenia dla skutków działań po stronie Urzędu Miasta jako Inwestora.

Sąd uznał zatem, że okresu pomiędzy 31 marca 2015 r. a 3 czerwca 2015 r. nie można uznać za czas zwłoki, za który zgodnie § 9 umowy łączącej strony pozwany mógłby naliczyć karę umowną. Z kolei brak wierzytelności z tytułu kary umownej stanowi jednocześnie o braku istnienia jednej z przesłanek potrącenia.

Końcowo Sąd Okręgowy dodał, że wysokość kary umownej była rażąco wygórowana. Zdaniem Sądu powód bezpodstawnie naliczył kary umowne od kwoty przewidzianej za wykonanie całego projektu, tj. od kwoty 17.963.200 zł skoro przedmiot umowy obejmował dwie inwestycje, natomiast obiekt muzeum powód zgłosił przed terminem. Stad też zdaniem Sądu, naliczenie kary umownej, gdyby była ona uzasadniona, powinno nastąpić jedynie od kwoty 12.149.010,66 zł, tj. od wynagrodzenia przewidzianego za realizację budowy basenu.

Reasumując, Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 3.395.044,80 zł, która odpowiada wynagrodzeniu powódki za wykonanie obiektu budowlanego, pomniejszonemu z tytułu niezasadnie naliczonej i potrąconej przez pozwanego kary umownej. O odsetkach zaś Sąd orzekł na podstawie art. 481 k.c. przyjmując, że termin wymagalności roszczenia, a zatem i odsetek wynika z § 15 ust. 4 umowy, który przewidywała 30-dniowy termin realizacji faktury począwszy od dnia doręczenia jej zamawiającemu. Faktura wpłynęła do Urzędu Miasta G. 24 sierpnia 2015 r., stad też Sąd zasądził odsetki zgodnie z żądaniem pozwu .

O kosztach procesu orzekł na mocy art. 98§ 1 i 3 k.p.c.

***Apelację od powyższego wyroku wywiódł pozwany zarzucając:***

***1. naruszenie przepisów procesowych, tj.***

**- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, dokonanie jego oceny wybiórczo z pominięciem dowodów i okoliczności, z których wynikały fakty wykazujące, iż opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy o roboty budowlane nastąpiło wskutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi strona powodowa, tj. pominięcie:**

- faktu, iż opóźnienia robót w stosunku do harmonogramu wystąpiły, jak wynika z wpisu w dzienniku budowy dokonany przez Inspektora nadzoru inwestorskiego P. S. (2), już na dzień 26 maja 2014 r., czyli ponad miesiąc przed zgłoszeniem przez Wykonawcę propozycji zmiany technologii wykonania niecki basenowej,**

- faktu, iż Inspektor nadzoru inwestorskiego wielokrotnie wpisami w dzienniku budowy z dnia 26 maja 2014 r., 3 czerwca 2014 r., 6 czerwca 2014 r., 12 listopada 2014 r., 18 listopada 2014 r., 23 lutego 2014 r., 2 marca 2015 r., 10 marca 2015 r., 16 marca 2015 r., 23 marca 2015 r., 30 marca 2015 r., 14 kwietnia 2015 r., 21 kwietnia 2015 r. stwierdzał opóźnienia w realizacji inwestycji i apelował do wykonawcy o zwiększenie tempa robót;**

- faktu, iż z treści wpisów w dzienniku budowy począwszy od wpisu z dn. 26 maja 2014 r., 29 maja 2014 r., 06 czerwca 2014 r., w zestawieniu z treścią pisma Wykonawcy z dn. 8 sierpnia 2014 r., uznanymi przez sąd za wiarygodne zeznaniami świadka J. P. („Prezes nie miał wyjścia bo wówczas wykonanie niecki według pierwotnego projektu było nierealne”), a także opinii biegłego z zakresu budownictwa (odpowiedź biegłego na pyt. Sądu nr 21 - „płyta żelbetowa wymaga dostosowania do każdej technologii”), wynika że wykonawca rozpoczął realizację niecek basenowych ze stali nierdzewnej w technologii spawanej, nieprzewidzianej pierwotnie w projekcie budowlanym, już 26 maja 2014 r., co oznacza iż Wykonawca faktycznie rozpoczął realizację nowej technologii samowolnie, bez wymaganej zgody Inwestora, inspektora, architekta, marszałka województwa na 35 dni przed doręczeniem Inwestorowi pisemnego wniosku o zmianę technologii wykonania niecki, a późniejsze ubieganie się o stosowne zgody było działaniem pozornym, wynikającym z konieczności zminimalizowania zakresu odpowiedzialności wykonawcy z tytułu nienależytego wykonywania umowy;**

- faktu, że wykonawca wbrew poczynionemu na naradzie technicznej w dniu 12 czerwca 2014 r. zobowiązaniu do przedstawienia kalkulacji porównawczej obu technologii wykonania niecki basenu w terminie do dn. 18 czerwca 2014 r., nie wykonał go ani terminowo ani prawidłowo, bowiem kalkulacja została przedstawiona Inwestorowi dopiero w dniu 30 czerwca 2014 r. (11 dni zwłoki) pismem z dnia 25 czerwca 2014 r. a ponadto nie zawierała konkretnego porównania kosztów wykonania obu technologii niecek basenowych i w konsekwencji na dzień narady technicznej z dnia 25 lipca 2014 r. i później Inwestor w dalszym ciągu oczekiwał na przedstawienie stosownej analizy porównawczej, dopiero pismem z dnia 8 sierpnia 2014 r. doręczonym Inwestorowi 12 sierpnia 2014 r. wykonawca dostarczył odpowiednią kalkulację kosztów obu technologii wykonania niecek basenowych z załączeniem dwóch porównawczych ofert cenowych pochodzących od konkretnych firm, co oznacza iż wykonawca licząc od dnia 18 czerwca 2014 r., w którym miał zgodnie z ustaleniami stron przedstawić odpowiednią kalkulację porównawczą obu technologii wykonania niecek, z własnej winy opóźnił proces podejmowania decyzji w kwestii zmiany technologii wykonania niecek o łącznie 54 dni;**

- faktu, iż na naradzie technicznej z dnia 12 czerwca 2014 r. z udziałem najważniejszych uczestników (...) wobec stwierdzanych opóźnień zapewniał przyspieszenie tempa robót i nadrobienie opóźnień, co znajduje odzwierciedlenie w protokole z narady, faktu wprowadzenia Inwestora w błąd przez Wykonawcę zobowiązanego do szczególnej staranności, poprzez zadeklarowanie przez stronę powodową w piśmie z dnia 25 czerwca 2014 r., że zmiana technologii wykonania niecki basenowej nie wymaga zmiany projektów wykonawczych, podczas gdy zmiana okazała się konieczna, trwała**

*około miesiąca oraz wymagała akceptacji architekta, która również przesunęła w czasie procedurę zmiany technologii wykonania niecki, co spowodowało zawinione przez wykonawcę opóźnienie, faktu, że wykonawca pismem z dnia 16 września 2014 r. dostał wyraźną odmowę Inwestora co do zmiany technologii niecki, a mimo to zignorował stanowisko Inwestora i nadal zabiegał o zmianę decyzji, naciskając by podmiot finansujący wyraził zgodę na zmianę technologii;*

- faktu, iż wykonawca pragnąc skłonić inwestora do wyrażenia zgody na zmianę technologii wykonania niecki w piśmie z dnia 6 listopada 2014 r. sporządzonym przez wykonawcę po wyrażeniu w piśmie z dnia 23 października 2014 r. przez Województwo (...) na zmianę technologii, zapewniał, że „zmiana ta nie wpłynie na termin zakończenia całego zadania oraz poszczególnych jego etapów” realizując tym samym postanowienia § 9 ust. 7 umowy nr (...), co oznacza, że zgoda inwestora na zmianę technologii była wyrażona pod warunkiem dotrzymania przez wykonawcę terminu umownego;*

- faktu, iż na naradzie technicznej z dnia 5 grudnia 2014 r., na której wykonawca uzyskał zgodę Inwestora na zmianę technologii wykonania niecki basenowej, wykonawca wobec stwierdzanych wówczas opóźnień zobowiązał się, iż zakończy realizację inwestycji zgodnie z terminem umownym, tj. do 31 marca 2015 r., co znajduje potwierdzenie w protokole z narady i oznacza, że zgoda na zmianę technologii była wydana pod warunkiem dotrzymania terminu umownego;*

- faktu, iż na naradzie technicznej z dnia 19 grudnia 2014 r. (2 tygodnie po uzyskaniu zgody Inwestora na zmianę technologii wykonania niecki basenowej), na której zostały stwierdzone opóźnienia w realizacji inwestycji, wykonawca po raz kolejny zobowiązał się do terminowego zakończenia robót, co znajduje potwierdzenie w protokole z narady i oznacza, że na dzień 19 grudnia 2014 r. terminowe zakończenie pomimo zwłoki dłużnika na wcześniejszym etapie było wówczas nadal możliwe;*

- faktu, iż na naradzie technicznej z dnia 16 stycznia 2015 r., 9 lutego i 23 lutego 2015 r. (prawie 3 miesiące po uzyskaniu zgody Inwestora na zmianę technologii wykonania niecki basenowej) Wykonawca po raz kolejny potwierdził, iż zobowiązuje się do dotrzymania końcowego terminu zakończenia robót, co znajduje potwierdzenie w protokole z narady i oznacza, że na dzień 16 stycznia 9 i 23 lutego 2015 r. terminowe zakończenie pomimo zwłoki wykonawcy na wcześniejszym etapie było wówczas nadal możliwe, faktu, iż jedną z przyczyn opóźnienia był zbyt wolny montaż niecki basenowej głównej przez podwykonawcę firmę (...) sp. z o.o. za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność, jak za własne działania i zaniechania, co wynika z uwagi Inspektora nadzoru poczynionej na radzie budowy z dn. 30 marca 2015 r. (protokół z Rady Budowy z dn. 30 marca 2015 r.);*

- faktu, iż jedną z przyczyn opóźnienia był problem z dostawami stali, z której wykonywane są niecki, co wynika z oświadczeń Prezesa (...) Sp. z o.o. oraz dwóch przedstawicieli wykonawcy niecek utrwalonych w notatce ze spotkania roboczego wyżej wymienionych z Burmistrzem Miasta G. i pracownikami UM w G. w dn. 7 kwietnia 2015 r.;*

- faktu, iż pomimo złożenia Inwestorowi w dniu 7 kwietnia 2015 r. harmonogramu robót technologicznych, w którym zobowiązano się do zakończenia rozruchu technologicznego do dnia 8 maja 2015 r. (notatka z dnia 7 kwietnia 2015 r. i stanowiący załącznik do notatki harmonogram robót technologicznych basenu w G.), wykonawca i podwykonawca nie wywiązali się ze złożonej deklaracji i na dzień 12 maja 2015 r. trwały dopiero roboty czyszczenia niecki rekreacyjnej (protokół budowy z dnia 12 maja 2015 r.), rozruch technologiczny rozpoczął się dopiero 21 maja 2015 r. (pismo wykonawcy z 20 maja 2015 r.), a zakończył dopiero 26 maja 2015 r. (wpis w*



*dzienniku budowy kierownika budowy J. J. z tego dnia), czyli z 17 dniową zwłoką w stosunku do terminu deklarowanego;*

*- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, nieprawidłową, arbitralną, bez zachowania zasad bezstronności, ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego, wyprowadzenie wniosków nie wynikających z zebranego materiału, a ponadto sprzecznych z zasadami logicznego myślenia i doświadczeniem zawodowym, a przez to faktyczne zaniechanie właściwej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oparcie rozstrzygnięcia na niespójnej zawierającej błędy wewnętrzne i wydanej na podstawie błędnych założeń opinii biegłego poprzez:*

- przyjęcie, iż pozwany mógł, a nawet musiał wyrazić zgodę na zmianę technologii już po 16 września 2014 r. mimo że podmiot finansujący w piśmie z dnia 11 września 2014 r. wyraził wątpliwości co do zgody na zmianę sugerując naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych,*

- przyjęcie, że zakończenie robót i samo zgłoszenie gotowości do odbioru robót jest równoznaczne z terminem wykonania zamówienia, o którym mowa w § 3 ust. 2 umowy z dnia 28.11.2013 r., chociaż zgodnie z istotą umowy o roboty budowlane, wyrażoną wprost w § 10 umowy, nie ma możliwości przyjęcia, że doszło do faktycznego zakończenia robót w sposób jednostronny, bez formalnego potwierdzenia tego faktu przez inspektora nadzoru, a miało to miejsce dopiero 3 czerwca 2015 r., a ponadto zgłoszenie do odbioru musi być poprzedzone lub połączone z przekazaniem inwestorowi pełnego kompletu dokumentacji odbiorowej;*

- przyjęcie, z pominięciem wniosków płynących z dowodów z dokumentów - dziennika budowy i protokołów z narad, wyłącznie na podstawie hipotez z opinii biegłego i niejednoznacznych zeznań świadków, że nieistotne z punktu widzenia skali inwestycji (2 budynki) błędy projektu, polegające m.in. na braku dokumentacji kanału rozprężnego jaccuzzi, braku projektowego zasilania w wodę zbiornika przelewowego wanny (...) oraz przeprojektowanie w związku z koniecznością dostosowania łazienek dla osób niepełnosprawnych, brak projektu aranżacji wnętrz, konieczność zmiany urządzeń w zakresie kamer, brak płytek o kolorystyce przewidzianej w projekcie, miały wpływ na terminowe zakończenie inwestycji (16-17 strona wyroku), podczas gdy w/w roboty wykonane zostały w terminie i powyżej wskazane okoliczności nie kolidowały z innymi pracami, które miały rzeczywisty wpływ na przesunięcie terminu zakończenia inwestycji, tj. pracami związanymi z montażem niecki, a nadto wszystkie prace objęte brakami - zgodnie z wpisem w dzienniku budowy - zostały zakończone w terminie umownym, podczas gdy prace nad montażem niecki trwały jeszcze 2 miesiące;*

*- art. 233 § 1 k.p.c. w zw. art. 471 k.c. poprzez dowolne, nieoparte wszechstronnym rozważeniem zebranego materiału dowodowego przyjęcie, iż strona powodowa wzruszyła przewidziane w art. 471 k.c. działające na rzecz strony pozwanej domniemanie, iż nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z łączącej strony umowy o roboty budowlane nastąpiło wskutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi strona powodowa i przyjęcie, że opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy nastąpiło wskutek okoliczności niezawinionych przez stronę powodową i od niej niezależnych, podczas gdy z zebranego w sprawie materiału dowodowego jasno wynika, iż opóźnienie w realizacji inwestycji polegającej na budowie basenu nastąpiło wskutek niedołożenia należytej staranności wymaganej od strony powodowej jako podmiotu prowadzącego działalność profesjonalną, co należy kwalifikować w świetle art. 476 k.c. jako zwłokę, za którą strona pozwana z uwagi na § 9 łączącej strony umowy mogła naliczyć karę umowną;*

*- art. 227 k.p.c. w zw. z art. 299 k.p.c. polegające na niedopuszczeniu dowodu z przesłuchania stron, podczas gdy nie zostały w sprawie wyjaśnione wszystkie fakty istotne dla jej rozstrzygnięcia, w szczególności nie została wyjaśniona kwestia przebiegu procesu decyzyjnego po stronie Inwestora,*

*- art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. polegające na dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego w zakresie budownictwa na okoliczności niewymagające wiadomości specjalnych, a jedynie oceny z punktu widzenia obowiązujących norm prawnych, która powinna zostać dokonana wyłącznie przez Sąd rozpatrujący sprawę, a nie biegłego;*

*- naruszenia przepisu art. 217 § 1-3 k.p.c. oraz art. 236 k.p.c. przez brak wydania postanowienia dowodowego w przedmiocie wniosku pozwanej zwartego w piśmie z dnia 2 grudnia 2015 r. (odpowieź na pozew) oraz w piśmie z dnia 27.01.2016 r. o dopuszczenie dowodu z dokumentów tj. umowy na dostawę i montaż niecek basenowych z firmą (...) wraz ze wszystkimi fakturami wystawionymi na podstawie tej umowy, projektu warsztatowego oraz dokumentacji potwierdzającej zamówienie stali na nieckę oraz zleceń wytłaczania i gięcia blachy na budowę niecki na okoliczność daty zawarcia umowy i terminu jej wykonania.*

**2. Na skutek ww. naruszeń przepisów postępowania zarzucił :**

*- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, polegający na przyjęciu, iż zmiana w realizacji projektu w zakresie konstrukcji niecki basenu z panelowej na spawaną była korzystna w aspekcie użytkowania obiektu (str. 6 wyroku), co stanowi wyraz nieuzasadnionego przesunięcia ciężaru oceny Sądu w kierunku usprawiedliwienia postępowania wykonawcy, podczas gdy zgodnie z § 6 Umowy z dnia 28.11.2013 r. zmiany były możliwe nie z uwagi na ich korzystność, ale na równowagę, co oznacza, że aspekt korzystności nie jest istotny z punktu widzenia rozstrzygnięcia sprawy;*

*- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, polegający na przyjęciu, że brak umowy o nadzór autorski wpłynął na sposób dokonywanych uzgodnień i czas przebiegu procesu decyzyjnego w sprawie zmiany technologii niecki basenu po stronie Inwestora (str. 9 wyroku), podczas gdy przepisy prawa budowlanego nie nakładają obowiązku zawierania takich umów, a w świetle umowy zgoda projektanta na zmianę technologii nie była wymagana. Brak umowy o nadzór autorski nie miał ponadto znaczenia w sprawie, bowiem uchybienia projektowe nie miały wpływu na termin realizacji prac. Mimo braku umowy projektant miał obowiązek odniesienia się do zmian i wyrażenia swojej opinii, co oznacza że brak umowy o nadzór autorski w żaden sposób nie miał wpływu na opóźnienie prac związanych z montażem niecki basenu w nowej technologii;*

*- błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, polegający na przyjęciu, że opóźnienie w realizacji inwestycji w zakresie budowy basenu spowodował w istocie powolny proces decyzyjny po stronie Inwestora (str. 9 wyroku), podczas gdy całokształt zgromadzonego materiału dowodowego i jego prawidłowa ocena prowadzi do wniosku, że to wykonawca, samowolnie, niezgodnie z umową i bez uprzedniej zgody Inwestora rozpoczął proces zmiany technologicznej już na etapie przygotowania podłoża pod płytę niecki, a następnie, mimo uzyskania odmowy Inwestora na zmianę technologii, mając świadomość że brak zgody doprowadzi do załamania inwestycji i narazi go na olbrzymie konsekwencje finansowe, wprowadzając Inwestora w błąd, wykorzystując swoją pozycję jako profesjonalisty i obawę Inwestora przed utratą finansowania, naciskał na uzyskanie przez Inwestora wymaganych zgód podmiotu finansującego i wyrażenie zgody na zmianę technologii, jeszcze w grudniu 2014 r. przekonując że nie wpłynie to na zmianę terminu wykonania umowy, by w konsekwencji wykorzystać ww. okoliczności (tj. zarzut braku współdziałania) jako przesłanki do ekskulpacji*

*w ramach art. 471 k.c. bądź miarkowania kary umownej za zwłokę z uwagi na przyczynienie się Inwestora. W istocie przyczyną opóźnienia w realizacji basenu było bezpodstawne założenie przez wykonawcę, że otrzyma w odpowiednim czasie zgodę na zmianę technologii niecki basenu, co pozwoli mu na kontynuację już wcześniej rozpoczętych prac. Jako profesjonalista zobowiązany do zachowania staranności w stopniu wynikającym z zawodowego charakteru działalności wykonawca podjął ww. decyzje na własne ryzyko.*

**3. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.**

*- art. 471 k.c. w zw. z 472 k.c., art. 355 k.c., art. 647 k.c., 651 k.c., w zw. z art. 476 k.c., w zw. z 483 k.c. oraz naruszenie art. 498 k.c. polegające na przyjęciu przez Sąd I instancji, iż potrącenie kary umownej z wynagrodzenia należnego wykonawcy nie wywołało skutków prawnych bowiem zamawiającemu nie przysługiwała wobec wykonawcy żadna wierzytelność, z uwagi na fakt, że przekroczenie umownego terminu wykonania robót nie było przez powoda zawinione, a okresu opóźnienia pomiędzy 31 marca 2015 r. a 3 czerwca 2015 r. nie można zakwalifikować jako okresu zwłoki, za który zgodnie z § 9 łączącej strony umowy pozwany mógł naliczyć karę umowną, podczas gdy powód wykonał przedmiot umowy z 63 dniowym opóźnieniem, które, jak wskazuje zebrany w sprawie materiał dowodowy, powstało wskutek niezachowania przez powoda należytej staranności rygorystycznie wymaganej od niego jako podmiotu prowadzącego działalność profesjonalną, tj. wskutek okoliczności, za które w świetle przytoczonych przepisów powód ponosi pełną odpowiedzialność, co oznacza, iż opóźnienie powoda należy kwalifikować zgodnie z art. 476 k.c. jako zwłokę, za którą pozwany z uwagi na § 9 łączącej strony umowy mógł naliczyć karę umowną,*

*- art. 651 k.c. poprzez jego niezastosowanie do oceny, czy wykonawca ponosi odpowiedzialność za okoliczności, które zdaniem Sądu I instancji spowodowały opóźnienie zaistniałe w sprawie, tj. brak dokumentacji kanału rozprężnego jacuzzi, kolizja posadowienia fundamentów basenu sportowego i rekreacyjnego, brak projektowego zasilania w wodę zbiornika przelewowego wanny (...), brak projektu architektonicznego wykonania wnętrza, konieczność dostosowania łazienek dla osób niepełnosprawnych do warunków technicznych, brak kamer przewidzianych w projekcie, brak kolorystyki płytek przewidzianej w projekcie, podczas gdy w świetle ww. przepisu wykonawca był zobligowany do niezwłocznego zawiadomienia inwestora o wszelkich okolicznościach, które mogły wpłynąć na prawidłowe tj. terminowe wykonanie umowy, czego powód nie uczynił - mając świadomość ww. braków projektu, jak i wpływu zmiany technologii wykonania niecki na terminowe wykonanie robót.*

*W związku z powyższym wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powódki na rzecz pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych ewentualnie uchylenie wyroku Sądu I instancji i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania.*

*Powódka w odpowiedzi na apelację wniosła o jej oddalenie oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powódki kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.*

**SĄD APELACYJNY USTALIŁ I ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:**

**Apelacja okazała się nieuzasadniona.**

Sąd Okręgowy wszechstronnie rozważył zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynił prawidłowe, niesprzeczne z tym materiałem ustalenia faktyczne, które Sąd Apelacyjny podziela w całości. Wbrew wywodom skarżącego Sąd I instancji nie dopuścił się żadnego z zarzucanych uchybień - w sposób prawidłowy zgromadził w sprawie materiał dowodowy, poddał go wnikliwej ocenie, a w konsekwencji ustalił stan faktyczny odpowiadający treści

zaoferowanych przez obie strony dowodów. Stąd też Sąd Apelacyjny, uznając ustalenia te za prawidłowe, przyjął je za własne, czyniąc integralną częścią swojego stanowiska i uznając za zbędne ponowne ich przytaczanie w tym miejscu.

W odniesieniu do zarzutów apelacyjnych generalnie wskazać należy, że wiele z nich dotyczy okoliczności faktycznych i prawnych, które wbrew twierdzeniom strony pozwanej nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Sąd Odwoławczy po dokonaniu kontroli instancyjnej i ponownym rozważeniu podstaw faktycznych sporu i zaoferowanych przez strony środków dowodowych stoi na stanowisku, że zarzuty apelacji w znakomitej większości sprowadzają się do polemicznego w swym charakterze przywołania poglądu skarżącego, prezentowanego już na wcześniejszym etapie postępowania, bez poparcia ich podstawami natury merytorycznej, mogącymi skutecznie wykazać błąd w rozumowaniu Sądu I instancji.

Niewątpliwie chybiony jest zarzut naruszenia art.227 k.p.c. w zw. z art. 299 k.p.c., motywowany oddaleniem przez Sąd I instancji wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań stron. Oceniając zasadność tego zarzutu wskazać należy, że dowód z przesłuchania stron ma charakter subsydiarny, a zatem potrzeba jego przeprowadzenia materializuje się wtedy, gdy pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Nie jest rolą tego dowodu umożliwienie stronie osobistego odniesienia się do twierdzeń i wywodów strony przeciwnej. W judykaturze podkreśla się, że kwestia konieczności przeprowadzenia dowodu z przesłuchania strony należy do zakresu swobodnej decyzji Sądu opartej na analizie zgromadzonego materiału dowodowego w zakresie jego spójności i zupełności. Przyjmuje się, że jego przeprowadzenie konieczne jest, gdy nie ma możliwości przeprowadzenia innych dowodów, lub gdy brak jest dowodów. W rezultacie nieprzesłuchanie strony może stanowić naruszenie art. 299 k.p.c. tylko wówczas, gdy mogło ono wpłynąć na wynik sprawy, rozumiany jako wyjaśnienie wszystkich istotnych i spornych okoliczności dotyczących stosunków prawnych pomiędzy stronami sporu, albo gdy dowód z przesłuchania strony był jedynym dowodem, którym dysponował sąd (tak m. in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 lutego 2010r., sygn. akt II CSK 369/09, Lex nr 570129). W realiach niniejszej sprawy przeprowadzone zostało postępowanie dowodowe, które pozwoliło na wyjaśnienie okoliczności spornych. To, że ostateczny wynik tego postępowania odbiegał od oczekiwań skarżącego, bowiem przeprowadzone dowody nie potwierdziły stawianych przez niego zarzutów, nie oznacza wcale, że w sprawie zachodziła konieczność skorzystania z dowodu z przesłuchania stron. Godzi się zauważyć, że Sąd Okręgowy w uzasadnieniu swojego wyroku wskazał, że przesłuchał świadków pełniących istotną rolę w procesie decyzyjnym i samo przesłuchanie stron niewiele by do sprawy wniosło, tym bardziej, że skarżący nie precyzował okoliczności, które nie zostały dotychczas wyjaśnione i przemawiałyby za uwzględnieniem tego wniosku.

Trudno zgodzić się ze skarżącym, jakoby Sąd Okręgowy naruszył art. 277 k.p.c. w zw. z art. 278§1k.p.c. poprzez dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczności niewymagające wiadomości specjalnych czy też okoliczności podlegających wyłącznej ocenie Sądu. Wprawdzie teza postawiona przez Sąd I instancji była w istocie bardzo obszerna, gdyż starał się on znaleźć odpowiedzi na pytania stawiane przez obie strony, tym niemniej uzasadnienie wyroku jest skonstruowane prawidłowo i ocena własna sądu jest oddzielona od kwestii wymagających wiadomości specjalnych, zaś główną kwestią, wymagającą takich wiadomości specjalnych, była niewątpliwie ocena czasu niezbędnego do montażu niecek basenowych. Należy podkreślić, że dowód z opinii biegłego w całości korelował z innymi dowodami w sprawie, na co słusznie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy.

Nietrafne są również zarzuty naruszenia art. 217§1 - 3 k.p.c. oraz art. 236 k.p.c. Faktem jest, że odnośnie wniosku dowodowego pozwanego zawartego w odpowiedzi na pozew o dopuszczenie dowodu z dokumentów w postaci: umowy powódki na dostawę i montaż niecek basenowych z firmą (...) sp. z o.o., projektu warsztatowego oraz dokumentacji potwierdzającej zamówienie stali na nieckę oraz zleceń wytłaczania i gięcia blachy na budowę niecki na okoliczność daty zawarcia umowy i terminu jej wykonania, Sąd I instancji nie wydał odrębnego postanowienia dowodowego i umowy tej nie zażądał, jednakże uchybienie to nie miało żadnego wpływu na treść rozstrzygnięcia. Zaznaczenia wymaga, że na rozprawie w dniu 13 stycznia 2016r. pozwany de facto nie zaprzeczył, że jest w posiadaniu tej umowy, co oznacza, że mógł ją przedłożyć, jeśli w jego ocenie miałyby ona mieć istotne znaczenie w niniejszej sprawie (rozprawa 01:56:12.446).

Niezasadne okazały się zaprezentowane w apelacji i bardzo obszerne w swej treści argumenty o sprzeczności istotnych ustaleń Sądu I instancji z zebranymi dowodami oraz naruszeniu art. 233 § 1 k.p.c. W judykaturze ugruntowany jest pogląd, że strona nie może skutecznie podnieść zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. twierdząc, że dokonano wadliwych ustaleń faktycznych, tylko dlatego, że stan faktyczny ustalono w sposób odbiegający od jej oczekiwań. Podkreślić należy, iż istota zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych nie może opierać się na odmiennej ocenie materiału dowodowego, innymi słowy na forsowaniu własnego poglądu strony na daną kwestię. Stawiając tego rodzaju zarzut skarżąca powinna zatem wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne im je przyznając (tak Sąd Najwyższy m.in. w orzeczeniach z dnia: 23 stycznia 2001 roku, IV CKN 970/00, LEX nr 52753, 12 kwietnia 2001 roku, II CKN 588/99, LEX nr 52347, 10 stycznia 2002 roku, II CKN 572/99, LEX nr 53136).

Skarżący uchybień takich nie wskazał, a w ocenie Sądu Apelacyjnego przeprowadzona przez Sąd Okręgowy ocena zgromadzonego materiału dowodowego pozostaje w granicach dyspozycji art. 233 § 1 k.p.c., poczyniona została w oparciu o wszystkie dowody zaferowane przez strony, zgodnie z obowiązującymi zasadami procesowymi, dlatego też pozostaje pod ochroną prawa i musi się ostać.

Przechodząc do meritum, w pierwszym rzędzie wskazać trzeba, że strona powodowa bezspornie przekroczyła określony w umowie z dnia 28 listopada 2013r. (nr (...)) termin wykonania robót budowlanych. Według § 3 ust. 2 umowy – termin realizacji zamówienia upływał w dniu 31 marca 2015 r. Zgodnie z wpisem do dziennika budowy zakończenie robót budowlanych nastąpiło w dniu 29 maja 2015r. , tego samego dnia pozwany otrzymał również pisemne zgłoszenie do odbioru końcowego (czyli 58 dni po terminie). Podkreślenia przy tym wymaga, że w § 9 ust. 2 umowy przewidziano odpowiedzialność wykonawcy (powódki) na wypadek zwłoki w terminowej realizacji zobowiązania, co oznacza, że chcąc uwolnić się od negatywnych skutków z tym związanych, winna była wykazać, że przekroczenie umownego terminu nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych (brak elementu zawinienia). Powyższe wprost wynika z treści art. 476 k.c., który stanowi, że dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Przepis ten ustanawia zatem domniemanie prawne, zgodnie z którym przekroczenie umownego terminu spełnienia świadczenia następuje z winy dłużnika. Dopiero obalenie tego domniemania poprzez np. wykazanie, że do opóźnienia doszło z winy kontrahenta, uwalnia dłużnika od odpowiedzialności odszkodowawczej względem niego.

Bezsprzecznie w realiach niniejszej sprawy powódka wykazała, że przekroczenie umownego terminu wykonania robót nie było przez nią zawinione ani też nie wynikało z jej niedbalstwa.

Wbrew twierdzeniom pozwanego, zauważyć w tym miejscu należy, że Sąd I instancji bynajmniej nie uznał, że zasadniczą przyczyną, usprawiedliwiającą powódkę miał być brak (obligatoryjnego) nadzoru autorskiego do dnia 12 stycznia 2015r. Kwestia ta, choć zauważona przez Sąd, nie została uznana pierwszoplanową, natomiast Sąd ten przypisał istotne znaczenie (k. 1142- 1143 odw.) potrzebie zmiany technologii wykonania niecki z panelowej na spawaną ze stali nierdzewnej, zaistniałym problemom z wyborem płytek i prowadzeniu prac okładzinowych oraz błędom i niezgodnościom w dokumentacji projektowej, po czym uznał że wszystkie te kwestie obciążają Inwestora.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie wytrzymuje krytyki stanowisko skarżącego zawarte w pkt. 4 apelacji, jakoby powód niejako przymuszał pozwanego do zmiany technologii wykonania basenu. Nic takiego nie miało miejsca, zaś to właśnie inwestor mógł konsekwentnie żądać zastosowania zmiany technologii przewidzianej w dokumentacji projektowej, natomiast pismo powoda z dnia 25 czerwca 2014r. (111-115) jest jedynie prośbą lub sugestią podjęcia takiej zmiany, leżąca w interesie zamawiającego, w tym sensie że stanowi ono korzystniejsze rozwiązanie technologiczne. Z kolei wywód pozwanego, co do tego, że zgoda z jego strony na zmianę technologii nastąpiła „pod warunkiem dotrzymania przez powoda terminu umownego” jest nadinterpretacją, bowiem pozwany wprost tego nie wyraził i warunek taki nie

wynikał też z poprzedzającego tę zgodę pisma Urzędu Marszałkowskiego z 27 października 2014r. ( k. 146), na które powoływała się strona pozwana.

Uwadze skarżącego, który zarzuca stronie powodowej samowolne rozpoczęcie prac przygotowawczych do montażu niecek spawanych już w maju 2014 r., a więc na długo przed wyrażeniem zgody przez pozwanego, umyka jednakże okoliczność, że owe prace przygotowawcze nie są uzależnione od charakteru technologii wedle której montowane są następnie niecki. Zasadnie zwróciła na to uwagę strona powodowa w odpowiedzi na apelację.

Odnosząc się do zarzutu skarżącego, jakoby kluczowe znaczenie miało w niniejszej sprawie, kto wystąpił z inicjatywą zmiany technologii w zakresie konstrukcji niecki i że powódka winna zgłosić to już na etapie postępowania przetargowego wskazać trzeba, że do obowiązków wykonawcy nie należało specjalistyczne badanie projektu budowlanego.

Analizując tę kwestię należy przede wszystkim zauważyć, że z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r., sygn. akt III KKN 629/98). Wykonawca ma zatem obowiązek dokonać wstępnego sprawdzenia dokumentacji projektowej, kierując się w tym względzie zawodową starannością i wiedzą techniczną. Badanie to ma głównie na uwadze sprawdzenie kompletności i poprawności dokumentów niezbędnych do realizacji danej inwestycji. Konsekwencją niedopełnienia przez wykonawcę obowiązku zawiadomienia, o którym mowa w art. 651 k.c. będzie powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej, jeżeli szkoda nie powstałaby, gdyby wykonawca dopełnił ciążącego na nim obowiązku (por. wyrok S.N. z dnia 26 czerwca 2008r. II CSK 101/08, LEX nr 637702).

W przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, zaś powódka dopełniła należytej staranności i niezwłocznie na etapie prowadzonych prac zawiadomiła inwestora o wykrytych wadach projektu czy też ich brakach. Nie zachodzi zatem podstawa do stawiania zarzutu, jakoby w zakresie zmiany technologii wykonania niecki basenowej powódka winna skierować zapytanie już na etapie przetargowym. Wprawdzie w poprzednim postępowaniu przetargowym ( w którym powódka nie uczestniczyła) inna firma wystąpiła z zapytaniem w tym przedmiocie (bezsporne), ale fakt ten, sam w sobie, nie może obciążać strony powodowej.

Sąd Apelacyjny nie podzielił odmiennego stanowiska skarżącego, gdyż w istocie inna technologia wykonana niecki basenowej to co innego niż parametry, a tego mogłyby dotyczyć ewentualnie pytania na etapie przetargu. Natomiast z opinii biegłego, potwierdzonej przez inspektora nadzoru oraz projektanta wynikało, że zmiana technologii niecki na spawaną nie spowodowała zwiększenia kosztów jej wykonania, jak również nie była zmianą istotną w stosunku do projektu. Na takim stanowisku stanął również Urząd Marszałkowski Województwa (...) wyrażając zgodę na zmianę niecki na spawaną, o ile nie spowoduje to zmiany umowy (pismo z dnia 11 września 2014r. k. 139-140). W tych okolicznościach zarzut naruszenia art. 651 k.c. okazał się całkowicie niezasadny.

Nie można też zgodzić się ze skarżącym, że skoro zapis § 9 ust. 7 umowy nakazywał by powódka informowała o zagrożeniach uchybienia terminu, to pozwany w ogóle nie miał świadomości, że jego zgoda na zmianę technologii będzie miała wpływ na ten termin. Zdaniem Sądu Apelacyjnego rozumowanie to jest sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego i zupełnie odrywa się od tego, że proces decyzyjny po stronie pozwanego w niniejszej sprawie był czasochłonny. Zgodzić się należało zatem z Sądem Okręgowym, że zasadniczą przyczyną przesunięcia terminu zakończenia inwestycji był powolny proces decyzyjny po stronie inwestora. Nie ulegało bowiem wątpliwości, że od złożenia propozycji zamiany technologii wykonania niecek basenowych z właściwą kalkulacją w sierpniu 2014r.

( pismo powoda z dnia 12 sierpnia 2014r. k. 121-129) do wyrażenia zgody przez pozwanego, tj. do 5 grudnia 2014r. upłynął długi okres czasu.

Słusznie uznał Sąd Okręgowy, że już 16 września 2014r., tj. po otrzymaniu pisma z Urzędu Marszałkowskiego, pozwany mógł podjąć samodzielną decyzję w tej sprawie. Podkreślić należy, że Sąd ten również trafnie w obszernym uzasadnieniu wypunktował przyczyny, dla których opóźnienie nie może być uznane za usprawiedliwione ( k. 1149), stąd też nie ma potrzeby ich ponownego przytaczania.

Krytycznie w tym miejscu należy się odnieść do stanowiska pozwanego wyrażonego w apelacji, że to nie zwłoka pozwanego lecz zwłoka powoda powinna być liczona od 16 września 2014r. albowiem już wówczas inwestor odmówił zgody na dokonanie zmiany technologii. Argumentacja ta pozostaje również w sprzeczności z zasadami doświadczenia życiowego, które nakazuje przyjąć, że skoro toczyły się rozmowy pomiędzy stronami a Urzędem Marszałkowskim odnośnie możliwości zmiany technologii, to czas oczekiwania przez powódkę na podjęcie decyzji w tym względzie należało uznać za usprawiedliwiony.

Ponadto w apelacji skarżący starał się wskazać na różne przejawy zwłoki powódki i błędne pominięcie, że powódka pismem z dnia 6 listopada 2014r. na naradzie technicznej z 19 grudnia 2014r. deklarowała terminowe zakończenie robót, podobnie jak na naradach z dnia 16 stycznia 2015r. (k. 347) oraz 9 i 23 lutego 2015r. (k. 333). Pozwany podnosił, że jedną z przyczyn opóźnienia był zbyt wolny montaż niecek przez firmę (...), a także zarzucał pominięcie, że z notatki z 7 kwietnia 2015r. ( k. 669) i harmonogramu ( k. 669 odw.) i z ustaleń na Radzie Budowy z 27 kwietnia 2015r. (k. 271) wynikało, że powódka zobowiązała się przystąpić do rozruchu niecek basenowych już 8 maja 2015r. Ponadto twierdził, że wielokrotnie wzywał powódkę do terminowego wykonania inwestycji, a także kwestionował stanowisko Sądu I instancji, który przyjął, że wpływ na opóźnienie miały również błędy projektu lub braki kolorystyki płytek przewidzianej w projekcie, podczas gdy rzeczywisty wpływ miał tylko montaż niecek.

W ocenie Sądu Apelacyjnego o ile można się zgodzić z ostatnim z tych zarzutów, gdyż z zeznań świadków: T. R. – projektanta (k.698odw.), P. S. (2) - inspektora nadzoru ( k. 697 odw.), T. S. – biegłego sądowego ( k.999 pkt. 20 opinii) można wyprowadzić wnioski, że prace związane z nieprawidłowościami w dokumentacji technicznej i z koniecznością dostosowania łazienek dla niepełnosprawnych do warunków technicznych oraz z aranżacją wewnątrz zakończyły się 31 marca 2015 r., tym niemniej – zdaniem Sądu Apelacyjnego - za zasadniczą przeszkodę w terminowym ukończeniu zadania tj. za przesunięcie terminu montażu niecek basenowych winien odpowiadać pozwany.

W szczególności nie można uznać by niecki były montowane zbyt wolno. Zaznaczenia wymaga, że umowa powódki z ich wykonawcą - firmą (...) została zawarta w dniach 6-7 grudnia 2014r. ( notatka z 7.04. 2015r. k. 669) a zatem niezwłocznie po dniu 5 grudnia 2014r, kiedy to inwestor wyraził zgodę na zmianę technologii. W konsekwencji, skoro umowa została zawarta 6-7 grudnia 2014r. , zaś prace przy montażu niecek zostały rozpoczęte w styczniu 2015r., to nie można zarzucić działaniom powódki niedochowania staranności czy też nadmiernej opieszałości. Jeśli zważyć, że w opinii biegłego, podtrzymanej na rozprawie przed Sadem Okręgowym w dniu 15.02.2017r., montaż niecek trwa około 6 miesięcy, to nie można uznać, by powódce, która zakończyła prace w dniu 29.05.2015r., a więc przed upływem tego okresu, można postawić zarzut opieszałości czy zwłoki.

Wprawdzie rzeczywiście powódka deklarowała w styczniu i lutym 2015r. zachowanie terminu, zaś pozwany ją ponaglał, to jednak wypowiedzi obu stron były w tej mierze ogólnikowe. Dobitnie świadczy o tym zapis w protokole z narady technicznej z dnia 23 lutego 2015r. o treści: „Wykonawca poinformował, że zintensyfikuje roboty i dołoży wszelkich starań w celu dotrzymania terminu końcowego”. Równie ogólnikowe są ponaglenia zapisane w Dzienniku Budowy przez inspektora nadzoru, które odnoszą się do konieczności intensyfikacji bądź też przyspieszenia konkretnych robót. Należy zwrócić również uwagę na fakt, że analiza wpisów z Dziennika Budowy nie pozwala na przyjęcie, by inspektor nadzoru sprawujący nadzór odnotował przestój w tych pracach czy też zalecał wykonanie określonych czynności.

Sąd Apelacyjny rozważał natomiast w szczególności, jakie znaczenie miał harmonogram przedstawiony przez powódkę, o czym była wzmianka w notatce z dnia 7 kwietnia 2015r. ( k.669 odw.) z deklaracją rozpoczęcia rozruchu

w konkretnym terminie tj. 8 maja 2015r., podczas gdy rozruch ten nastąpił 21- 26 maja 2015r. W ocenie Sądu Odwoławczego jednakże także temu stanowisku strony powodowej należy przypisać jedynie li tylko charakter deklaracji i dołożenia wszelkich starań, co oznacza, że po także po dniu 8 maja 2015 roku nie można przypisać jej 17 dniowej zwłoki. Bezsparnie przez cały czas po tej dacie trwały prace i nigdy nie stwierdzono nieuzasadnionego przestoju. Na marginesie można zauważyć, że o solidności wykonawcy świadczy fakt, że gdy tylko posiadał on właściwe środki, to realizował inwestycję nawet przed czasem, czego dowodzi ukończenie prac przy (...) z dwumiesięcznym wyprzedzeniem. Natomiast Sąd Apelacyjny dostrzega, że z protokołów Rady Budowy z dnia 12, 18, 25 maja 2017r. wynikało ewidentnie, że powódka borykała się z brakiem zapewnienia docelowego zasilania obiektów basenu w energię elektryczną, który to obowiązek leżał po stronie inwestora. Dlatego też stronie powodowej nie można czynić zarzutu, że w sposób zawiniony współprzyczyniła się do przesunięcia terminu zakończenia prac o 17 dni, bowiem doszło do tego na skutek okoliczności, za które nie ponosi ona odpowiedzialności.

Nie można nie zauważyć w tej sprawie, że pozwany - któremu proces decyzyjny w przedmiocie zmiany technologii wykonania nisek basenowych zajął blisko 3 miesiące (od 16.09.2014 r. do 5.12.2014 r.) - w istocie dążył do przerzucenia ciężaru odpowiedzialności z tego tytułu na powódkę, nie dostrzegając przy tym ani wpływu swego działania na popadnięcie powódki w 2-miesięczne opóźnienie, ani faktu, że prace w zmienionej technologii mogły jej zająć, jak to wyżej wskazano, około 6 miesięcy. Taka postawa pozwanego nie może być zaaprobowana.

W efekcie Sąd Apelacyjny uznał, że brak jest podstaw do przyjęcia, by nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy nastąpiło z przyczyn zawinionych przez wykonawcę, a co za tym idzie by pozwany mógł naliczyć i potrącić karą umowną za zwłokę w wykonaniu umowy. Tym samym niezasadne okazały się zgłoszone przez pozwanego zarzuty naruszenia prawa materialnego, tj. art. 471 k.c. w zw. z art. 476 k.c. oraz art. 483 k.c.

Z tych względów apelacja, jako bezzasadna, podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego postanowił zaś na zasadzie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 zd. 1 zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu oraz na mocy § 2 pkt. 8 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z dnia 5 listopada 2015 r.).

B. J. (2) M. J. U.