

*Sygn. akt VI ACa 1887/14*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 21 stycznia 2016 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA Agata Zajac (spr.)*

*Sędziowie: SA Ewa Stefańska*

*SO (del.) Jolanta Pyżlak*

*Protokolant: Izabela Nowak*

*po rozpoznaniu w dniu 21 stycznia 2016 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.*

*przeciwko (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji powoda*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 16 września 2014 r.*

*sygn. akt XX GC 326/12*

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. kwotę 2 700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt VI ACa 1887/14

## UZASADNIENIE

Pozwem z marca 2012 r. (...) sp. z o.o. w W. wniosła o zasądzenie od pozwanej (...) sp. z o.o. w W. kwoty 110 719 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 10 grudnia 2010 r. do dnia zapłaty wskazując, że pozwana bezzasadnie obciążyła powoda karą umowną w kwocie 110 718,17 zł z tytułu opóźnienia w realizacji umowy i dokonała potrącenia tej kwoty z należnościami powoda wskazanymi w treści faktury nr (...) z 9 listopada 2010 roku.

Pozwana Spółka wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu.

Wyrokiem z dnia 16 września 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo i zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 3 617 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy dokonał następujących ustaleń faktycznych:

W dniu 31 sierpnia 2009 r. strony zawarły umowę o wykonanie posadzek w hali montażowo-naprawczej i pomieszczeniach pododdziałów Zakładu (...) przy ul. (...) w W., w której termin zakończenia prac określono na 6

miesiący od daty zawarcia umowy (28 lutego 2010 r.). Powód zobowiązał się do prowadzenia robót tak, aby nie kolidowały z ruchem odbywającym się na terenie zakładu. W § 13 pkt 1a umowy wykonawca zobowiązał się do zapłaty zamawiającemu kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,2% wartości przedmiotu umowy netto za każdy dzień opóźnienia.

W dniu 2 września 2009 r. sporządzono protokół wprowadzenia wykonawcy na teren robót, w którym określono termin rozpoczęcia robót na 7 września 2009 r., a zakończenia – na 28 lutego 2010 r.

Faktycznie funkcję kierownika robót pełnił prezes zarządu powodowej Spółki J. S., który dokonywał też wpisów do dziennika budowy.

Wpisy dokonywane do dziennika budowy 19 października 2009 r. (brak frontu robót w ślusarni), 16 grudnia 2009 r. (przeciek dachu, przerwano układanie żywicy na wydziale elektrycznym), 21 grudnia 2009 r. (układano kostkę betonową na peronach, w spawalni, śrutowano posadzkę na wydziale elektrycznym i układano grunt z żywicy epoksydowej).

Powód wykonywał prace remontowe z opóźnieniem w stosunku do terminów przyjętych w harmonogramie. Pismem z dnia 7 stycznia 2010 r. pozwany wezwał powoda do przyspieszenia tempa realizacji robót wskazując, że opóźnienie jest niezrozumiałe, gdyż wykonawca nie zgłaszał problemów, które mogły tak znacznie wpłynąć na termin zakończenia poszczególnych etapów.

W odpowiedzi powód informował pozwanego, że opóźnienia są spowodowane m.in. trudnościami z udostępnieniem pomieszczeń, brak przemieszczenia stanowisk pracy, niekorzystne warunki atmosferyczne na przełomie grudnia i stycznia i wskazał, że oczekuje szybszego i większego udostępnienia powierzchni zakładu ze względu na prace wyburzeniowe przy posadzkach betonowych.

Z kolei zamawiający wskazał na konieczność uwzględnienia przez wykonawcę w harmonogramie etapowania robót w sposób zapewniający ich koordynację z prawidłowym funkcjonowaniem Zakładu i konieczność prowadzenia robót w systemie tryzmianowym oraz w weekendy, a odnosząc się do przeciekającego dachu wskazał, że roboty na tym etapie miały być zakończone do 30 listopada 2009 r., zaś zgłoszenie przeciekania dachu nastąpiło 16 grudnia, więc gdyby roboty były wykonywane prawidłowo, nie byłoby konieczności ich przerywania.

Ponieważ powód wykonał posadzki w technologii zamiennej w stosunku do rozwiązań projektowych bez uzgodnienia z inspektorem nadzoru i projektantem, w dniu 20 stycznia 2010 r. odbyło się spotkanie w celu uzgodnienia możliwości pozostawienia robót zamiennie wykonanych oraz rozwiązania zamiennego co do reszty prac, ustalono także, że wykonawca uzyska opinię geologa dotyczącą badania nośności gruntu w hali w obszarze objętym wymiana posadzek i z dniem 21 stycznia 2010 r. wstrzymano roboty do czasu uzyskania opinii.

W dniu 12 lutego 2010 r. W. R. z Biura Usług (...) dokonał oględzin posadzek w hali remontowej stwierdzając zaleganie w warstwie podbudowy nieczynnych kanałów ciepłowniczych oraz starych fundamentów pod maszyny i urządzenia.

Prace podjęto 22 lutego 2010 r.

W marcu 2010 r. sporządzona została ekspertyza w której W. R. stwierdził, że podłoże gruntowe wymaga wzmocnienia i zaznaczył, że dalsze roboty należy kontynuować zgodnie z projektem wymiany posadzek przy uwzględnieniu wskazanych w ekspertyzie zaleceń, tj. z pozostawieniem w gruncie starych fundamentów i elementów ścian, które miały służyć jako żebra podporowe dla zbrojenia posadzek.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2010 r. pozwany poinformował powoda, że zaproponowany przez niego w dniu 29 marca harmonogram wykrocza poza czas możliwy na realizację zadania, tj. 1 kwietnia 2010 r. i że wyniki ekspertyzy nie wpłynęły na zwiększenie zakresu robót, a wręcz zmniejszyły ten zakres o znaczną część prac rozbiórkowych.

W piśmie z 7 maja 2010 r. powód oświadczył, że prace zostaną wykonane zgodnie z założeniami harmonogramu z dnia 29 marca 2010 r.

W dniu 24 maja 2010 r. strony podpisały aneks do umowy w którym termin realizacji robót został przedłużony – zgodnie z propozycją powoda – do 18 czerwca 2010 r.

W dniu 21 czerwca 2010 r. zakończono przesunięcie maszyny i przystąpiono do demontażu starej podłogi, układano kostkę na drodze głównej orz przystąpiono do demontażu posadzki od strony myjni przy wyjściu głównym.

W dniu 28 czerwca położono posadzkę pod maszynami elektrycznymi oraz wykonano budowanie drogi głównej. Po 28 czerwca wykonywano prace porządkowe.

Powód zgłosił roboty do odbioru w dniu 23 lipca 2010 r., pismem z 22 lipca 2010 r.

Protokół został podpisany przez powoda bez żadnych uwag co do terminów.

Pismem z 8 grudnia 2010 r. pozwany poinformował powoda o obciążeniu go karą umowną w kwocie 110 718,17 zł z tytułu opóźnienia o 35 dni w realizacji przedmiotu umowy, kwota ta została potrącona z należności powoda objętych fakturą nr (...) z dnia 9 listopada 2010 r.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy wskazał, że bezsporny jest fakt opóźnienia powoda w realizacji prac oraz wysokość wierzytelności.

Sąd Okręgowy uznał, że kara została przewidziana za opóźnienie w realizacji robót, jednak w orzecznictwie dominuje pogląd, że karą umowną może być obciążona tylko taka strona, która odpowiada za opóźnienie w spełnieniu świadczenia niepieniężnego, a nie wtedy, kiedy opóźnienie wynikało z okoliczności, za które strona odpowiedzialności nie ponosi.

W ocenie Sądu Okręgowego powód nie wykazał, że przyczyną niewykonania umowy w terminie do 18 czerwca 2010 r. są okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Sąd Okręgowy wskazał, że z zebranego materiału dowodowego nie wynika, aby po podpisaniu aneksu przedłużającego termin zakończenia prac do 18 czerwca 2010 r. nastąpiły zdarzenia, które uniemożliwiły powodowi dotrzymanie zaproponowanego przez siebie terminu – nie odnotowano przestojów, ani sytuacji, aby pozwany utrudniał współpracę czy odmawiał udostępnienia frontu robót.

Przyczyny opisane w pozwie jako uniemożliwiające wykonanie umowy w terminie ujawniły się przed podpisaniem przez strony aneksu z 24 maja 2010 r.

W tej dacie powód zdawał sobie sprawę z etapu zaawansowania prac, prac pozostałych do wykonania i terminu niezbędnego na ich dokończenie. Już w lutym 2010 r. powodowa spółka miała świadomość utrudnień związanych z potrzebą wzmocnienia podłoża gruntowego, wypełnienia dawnych kanałów cieplowniczych pospółką z zagęszczeniem; zbutwiałe podkłady torowe, nie ujęte w planie budynku, ujawniono już w styczniu i marcu 2010 r.

Występując z prośbą o przesunięcie terminu realizacji umowy do 18 czerwca 2010 r. powód miał zatem świadomość utrudnień i zakładał, że roboty zostaną w tym terminie wykonane, skoro sam termin ten zaproponował.

Ani w dacie podpisania aneksu, ani później, powód nie zgłaszał pozwanemu żadnych nowych utrudnień, ani nadzwyczajnych okoliczności, z powodu których nie był w stanie wywiązać się z terminu.

J. S. zeznał, że po 28 czerwca 2010 r. trwały prace porządkowe, jednak nie wyjaśnił w sposób przekonujący, dlaczego prace te nie mogły być wykonane wcześniej, nie wiadomo, dlaczego powód dopiero 16 czerwca wystąpił o przesunięcie maszyny i dlaczego nie mógł tego zrobić wcześniej.

W ocenie Sądu Okręgowego zeznania J. S. nie dają wystarczających podstaw do przyjęcia, że powód nie wykonał umowy w terminie z przyczyn od niego niezależnych.

Sąd Okręgowy stwierdził, że kara umowna została prawidłowo wyliczona za 35 dni opóźnienia i zasadnie potrącona z należnego powodowi wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy wskazał też, że przyjęte rozwiązania zmniejszyły zakres robót powoda o znaczną część prac rozbiórkowych, a także wskazał na zawodowy charakter działalności prowadzonej przez powoda.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniosła powodowa Spółka, zaskarżając wyrok w całości i zarzucając oparcie rozstrzygnięcia na błędnym ustaleniu stanu faktycznego będącego podstawą wyrokowania oraz błędnej ocenie materiału dowodowego, w szczególności wskazanych w treści uzasadnienia apelacji zapisów dokumentu - dziennika budowy i zeznań J. S.) odnośnie przypisania powódce winy w opóźnieniu realizacji prac, uprawniającego pozwaną do naliczenia i potrącenia z wierzytelnością powódki kary umownej w kwocie dochodzonej przez powódkę w niniejszym postępowaniu.

Wskazując na powyższe skarżąca wniosła o zmianę wyroku w całości i orzeczenie zgodnie z żądaniem pozwu, wraz z zasądzeniem od pozwanej na rzecz powódki kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, względnie o uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji z uwzględnieniem kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Pozwana wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów.

#### ***Sąd Apelacyjny zważył co następuje:***

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych, które Sąd Apelacyjny w pełni przyjmuje za własne, za bezzasadne uznając podniesione w apelacji zarzuty błędu w ustaleniach faktycznych i błędnej oceny materiału dowodowego.

Konstrukcja apelacji opiera się bowiem na przedstawieniu przez skarżącą własnej wersji zdarzeń, obiegającej zarówno od dokonanych przez Sąd Okręgowy ustaleń, jak i od podstawy faktycznej zakreślonej w pozwie, bez podniesienia zarzutów odnoszących się do dokonanej przez Sąd Okręgowy oceny dowodów. Dla skutecznego podniesienia zarzutów w zakresie ustaleń faktycznych i oceny dowodów nie wystarcza samo stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, konieczne jest także wskazanie przyczyn dyskwalifikujących w tym zakresie postępowanie Sądu orzekającego.

Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych, znajdujących oparcie w wynikach przeprowadzonego postępowania dowodowego, a dokonana przez ten Sąd ocena dowodów nie przekracza granic swobodnej oceny wskazanych w art. 233 § 1 k.p.c.

Zasada swobodnej oceny dowodów określona powyższym przepisem wyraża się w jej ocenie według własnego przekonania Sądu, opartego na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego. Jej istotną cechą jest bezstronność, brak arbitralności i dowolności, przestrzeganie zasad logicznego rozumowania i zasad doświadczenia życiowego w wyciąganiu wniosków.

Niewątpliwie wszechstronne rozważenie zebranego materiału oznacza uwzględnienie wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu oraz wszystkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych środków dowodowych, a mających znaczenie dla ich mocy dowodowej i wiarygodności.

Ocena dokonana przez Sąd I instancji w ocenie Sądu Apelacyjnego odpowiada zasadniczo wskazanym wyżej kryteriom, wszystkie przeprowadzone dowody zostały przez Sąd Okręgowy przywołane i omówione w sposób obiektywny, rzetelny i wszechstronny.

Dokonując oceny dowodów sąd określa, czy środek dowodowy z uwagi na jego cechy indywidualne i okoliczności obiektywne zasługuje na wiarę. Podstawą selekcji dowodów jest zatem ich wiarygodność. Natomiast kryteriami oceny wiarygodności są doświadczenie życiowe, inne źródła wiedzy, poprawność logiczna, prawdopodobieństwo wersji. W orzecznictwie wskazuje się, że "ramy swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1) wyznaczone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego oraz regułami logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i ważąc ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego" (zob. wyrok SN z dnia 10 czerwca 1999 r., II UKN 685/98, Lex nr 41437, wyrok SA w Szczecinie z dnia 17 września 2008 r., I ACa 1195/06, Lex nr 516569).

Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że postawienie zarzutu obrazy art. 233 § 1 k.p.c. nie może polegać na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego przyjętego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów; skarżący może tylko wykazywać, posługując się wyłącznie argumentami jurydycznymi, że Sąd rażąco naruszył ustanowione w wymienionym przepisie zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów i że naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2000 r., I CKN 1169/99, OSNC 2000/7-8 poz. 139 i z dnia 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000, OSNC 2000/10 poz. 189). Jeżeli zatem z materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dawały się wysnuć wnioski odmienne.

Tymczasem podniesione przez skarżącą zarzuty nie odnoszą się do dokonanej przez Sąd Okręgowy oceny dowodów, zaś stanowisko powódki ogranicza się do polemiki z prawidłowymi ustaleniami sądu I instancji, które Sąd Apelacyjny w pełni przyjmuje za własne.

Przede wszystkim jednak należy wskazać, że zarzuty apelacji dotyczą innych faktów, niż te, na które powodowa Spółka wskazywała w treści pozwu.

Żądanie powódki oparte jest na uznaniu, że pozwana bezzasadnie dokonała potrącenia z należnego powódce wynagrodzenia – którego wysokość nie była sporna – należności obejmującą karę umowną, która w ocenie powódka została naliczona mimo braku podstaw do obciążenia powódki skutkami opóźnienia w realizacji robót objętych zawartą przez strony umową, przy czym sam fakt opóźnienia nie jest sporny. Bezsporne jest też, że w § 13 pkt 1 umowy strony uzgodniły kary umowne obciążające wykonawcę, w tym za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,2% wartości przedmiotu umowy netto określonego w § 9 ust. 2 (1 581 688,20 zł) za każdy dzień opóźnienia.

Trafnie przy tym Sąd Okręgowy wskazał, że w razie kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania zobowiązania, kara należy się jedynie, gdy dojdzie do zwłoki dłużnika (art. 476 k.c.). Oczywiście, stosownie do art. 473 § 1 k.c. strony mogą umownie rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika. Jeżeli strony zastrzegłyby kary umowne w każdym wypadku niewykonania zobowiązania, bez znaczenia dla obowiązku zapłaty kary umownej byłyby przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania. Jednakże odpowiedzialność dłużnika w zakresie kary umownej bez względu na przyczynę niewykonania zobowiązania powinna być w umowie wyraźnie określona, nie ma bowiem podstaw do dorozumienia rozszerzonej odpowiedzialności dłużnika, zaś stosownie do art. 6 k.c. obowiązek udowodnienia rozszerzonej odpowiedzialności powoda spoczywał na stronie pozwanej, która dokonała potrącenia roszczenia z tytułu kary umownej z należnościami powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace (tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 października 2010 r. II CSK 180/10). Takiego dowodu strona pozwana nie przedstawiła, zatem należy uznać, że roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.

Dłużnik może się więc uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność.

Niewątpliwie na powodowej Spółce spoczywał ciężar wykazania, iż opóźnienie w realizacji robót jest wynikiem okoliczności, za które powódka odpowiedzialności nie podnosi.

Tym samym już w pozwie, w ramach okoliczności faktycznych będących podstawą żądania, powódka powinna określić, jakie okoliczności, od niej niezależne, spowodowały opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy i przedstawić dowody dla wykazania tych okoliczności.

Należy bowiem wskazać, że zgodnie z art. 321 k.p.c. Sąd jest związany granicami żądania powództwa i nie może wypadku dysponować przedmiotem procesu przez określenie jego granic niezależnie od zakresu żądania ochrony określonej przez powoda. Zakaz orzekania ponad żądanie, będący przejawem zasad dyspozycyjności i kontrydiktoryjności, oznacza, że o treści wyroku zarówno w sensie pozytywnym, jak i negatywnym decyduje żądanie strony. Sąd nie może zasądzać czego innego od tego, czego żądał powód (aliud), więcej niż żądał powód (super), ani na innej podstawie faktycznej niż wskazana przez powoda. Zakaz orzekania ponad żądanie odnosi się zatem, bądź do samego żądania (petitum), bądź do jego podstawy faktycznej (causa petendi). W art. 321 § 1 k.p.c. jest bowiem mowa o żądaniu w rozumieniu art. 187 § 1 k.p.c., a w myśl tego unormowania obligatoryjną treść każdego pozwu stanowi dokładnie określone żądanie oraz przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 25 czerwca 2015 r. V CSK 612/14). Sąd orzeka więc o całym przedmiocie sporu, ale tak jak go określił powód. Sąd może orzekać jedynie o roszczeniach, które wynikają z faktów przytoczonych przez powoda. Podstawą orzeczenia nie mogą być zaś okoliczności faktyczne, których powód nie objął swymi twierdzeniami (art. 321 § 1 k.p.c.). Związanie sądu granicami żądania obejmuje nie tylko wysokość i rodzaj dochodzonego świadczenia, ale także elementy motywacyjne uzasadniające żądanie.

W uzasadnieniu pozwu skarżąca wskazała przyczyny opóźnień w realizacji robót jako:

- 19 października 2009 r. – brak frontu robót w ślusarni
- 16 grudnia 2009 r. – przeciek dachu
- 7 stycznia 2010 r. i 5 marca 2010 r. ujawniono po odsłonięciu zbutwiałe podkłady torowe, nie ujęte w planie budynku
- podobne przeszkody ujawniły się w dniach 28 kwietnia i 20 maja 2010 r.

Powódka wskazała też, że niejednokrotnie stwierdzano po odsłonięciu kanały ciepłownicze, fundamenty starych maszyn i innych urządzeń bądź budowli podpowierzchniowych – nie ujętych w żadnej dokumentacji projektowej, co wymagało ich usunięcia siłami pozwanego. Z uwagi na powyższe powódka wystąpiła o akceptację nowego harmonogramu robót ze wskazaniem terminu końcowego na dzień 18 czerwca 2010 r., uwzględniającego zaistniałe okoliczności, pozwany na to nie wyraził zgody, mimo poparcia wniosku powoda ekspertyzą geotechniczną gruntu.

Dopiero pozwana Spółka wskazała, że dwukrotnie zmieniany był termin zakończenia prac: z powodu opinii geologicznej wskazywanej przez powódkę termin przesunięto do 1 kwietnia 2010 r., zaś z uwagi na inne wskazywane przez powódkę przeszkody pozwana wyraziła zgodę na przedłużenie umowy do 18 czerwca 2010 r. i zawarto w dniu 24 maja 2010 r. stosowny aneks – co na obecnym etapie postępowania nie jest okolicznością sporną. Niesporne jest też, że termin 18 czerwca 2010 r. został zaproponowany przez powodową Spółkę, na etapie zaawansowanego wykonywania umówionych robót i przy pełnej świadomości jakie są problemy z realizacją prac.

Tym niemniej w uzasadnieniu pozwu powódka nie powoływała się na żadne okoliczności, które zaistniały pod dniem podpisania aneksu zmieniającego termin realizacji robót, zgodnie z propozycją powódki, a które uniemożliwiały dotrzymanie tego terminu z przyczyn od powodowej Spółki niezależnych.

Ze złożonych w toku postępowania pism powódki kierowanych do pozwanej Spółki wynika, że mimo wskazywanych w piśmie z 7 maja 2010 r. (k. 161) trudności powodowa Spółka deklarowała dotrzymanie terminu uzgodnionego ostatecznie w aneksie, zaś nie zostały złożone inne pisma, z których wynikałoby, że powodowa Spółka wskazywała w toku realizacji umowy na przeszkody wpływające na terminowość prac.

Dopiero w apelacji powódka wskazała na konkretne zdarzenia, zaistniałe po dniu podpisania aneksu:

- na terenie prac ujawniono kolejną przeszkodę tj. kanał ciepłowniczy i otwory technologiczne, które zostały zasypane piaskiem i zestabilizowane cementem

- niezapowiedziane przez pozwanego remonty na terenie frontu robót, stwierdzone wpisami w dzienniku budowy z 7 i 14 czerwca 2010 r.

- dopiero 21 czerwca Zakład pozwanego zakończył „przesuwanie maszyn w (...) co dopiero wówczas pozwoliło na demontaż starej podłogi pod tymi maszynami – po dokonaniu odkrywki ponownie ujawniono nieinwentaryzowane przez pozwaną pozostałości – starą ławę fundamentową

- 22 lipca 2010 r. – nie opisany w dokumentacji kanał techniczny.

W ocenie Sądu Apelacyjnego wskazywanie nowych okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu dopiero na etapie postępowania apelacyjnego, stanowi zmianę podstawy faktycznej pozwu, niedopuszczalną na tym etapie postępowania wobec treści art. 383 k.p.c.

Ponadto w ocenie Sądu Apelacyjnego samo wskazanie przez powodową Spółkę na utrudnienia występujące w trakcie realizacji prac nie daje podstaw do uznania, że są to okoliczności powodujące opóźnienie prac z przyczyn niezależnych od powoda.

Z zeznań J. S. wynika, że od 6 do 16 czerwca 2010 r. pozwana wymieniała podkłady i tory kolejowe, zatem dopiero 16 czerwca 2010 r. powódka mogła rozpocząć układanie nawierzchni o powierzchni 300 mkw, a dopiero 21 czerwca 2010 r. udostępniono fragment do ułożenia terakoty, nie zostały jednak przedstawione zakresy prac wykonywanych wcześniej ani przyczyny, dla których prace te nie zostały wykonane wcześniej. Niezrozumiałe jest też wskazanie, że po 28 czerwca 2010 r. wykonywano tylko prace porządkowe w sytuacji, gdy prace zostały zgłoszone do odbioru dopiero 23 lipca 2010 r. Z kolei wskazane w apelacji zapisy w dzienniku budowy, stwierdzające wystąpienie utrudnień, nie wskazują na konieczność wstrzymania robót, ani nie określają, w jakim stopniu stwierdzone „utrudnienia” wpłynęły za zakres prac lub brak możliwości ich kontynuowania.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zarówno treść wpisów w dzienniku budowy, jak i wskazanych w apelacji okoliczności jest zbyt ogólna, aby można było określić w jakim stopniu te kwestie wpłynęły na brak możliwości dotrzymania przez powoda terminu realizacji robót.

Tym samym należy podzielić stanowisko Sądu Okręgowego, iż pozwana była uprawniona do obciążenia powodowej Spółki karą umowną zgodnie z postanowieniami umowy i w konsekwencji do potrącenia tej należności z wierzytelnością powodowej Spółki o zapłatę wynagrodzenia.

Mając powyższe na względzie i uznając podniesione w apelacji zarzuty za bezzasadne, na podstawie art. 385 k.p.c. orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c.