

Sygn. akt V ACa 761/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 kwietnia 2015r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Tomasz Pidzik
Sędziowie:	SA Grzegorz Stojek (spr.) SO del. Grzegorz Misina
Protokolant:	Barbara Knop

po rozpoznaniu w dniu 17 kwietnia 2015r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w G.

przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w C.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 27 maja 2014r., sygn. akt XIII GC 177/12

oddala apelację i zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt V ACa 761/14

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Katowicach zasądził od pozwanej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w C. na rzecz powódki (...) Spółki Akcyjnej w G. kwotę 1.055.202,95 zł oraz orzekł o kosztach procesu.

Rozstrzygnięcie oparł o następujące ustalenia faktyczne i oceny prawne.

Strony w dniu 18 marca 2010 r. zawarły umowę o roboty budowlane nr (...), w której powódka zobowiązała się całościowo wykonać z własnych materiałów i urządzeń roboty budowlane w postaci „Przebudowy budynku biurowego z nadbudową o jedną kondygnację na potrzeby siedziby (...) Sp. z o.o. w C. przy ul. (...)”. Roboty budowlane

będące przedmiotem umowy miały być wykonane zgodnie z projektem budowlanym, specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ofertą powódki, pozwoleniem na budowę, projektem wykonawczym i harmonogramem rzeczowo-finansowo-technicznym (§ 1 umowy). Powódka zobowiązała się do wykonania przedmiotu umowy w terminie 12 miesięcy od dnia protokolarnego przekazania placu budowy (§ 2 ust. 3 umowy). Strony postanowiły, że czas wykonania przedmiotu umowy może zostać przedłużony w razie: działania siły wyższej, wystąpienia okoliczności wynikających z zawinionych przez pozwaną działań lub zaniechań uniemożliwiających realizację robót oraz zaistnienia warunków atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie robót budowlanych zewnętrznych (§ 2 ust. 4 umowy). Termin wykonania umowy mógł ulec wydłużeniu również w razie konieczności wykonania robót dodatkowych. O przedłużeniu terminu wykonania przedmiotu umowy strony miały zdecydować odrębnym porozumieniem zawartym na piśmie, pod rygorem nieważności (§ 4 ust. 5 umowy). Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 10.430.000 zł netto plus podatek VAT. Ponadto strony postanowiły, że wynagrodzenie ryczałtowe podlegać będzie podwyższeniu lub obniżeniu w razie wykonywania robót zamiennych oraz dostarczania przez pozwaną materiałów i urządzeń, które uprzednio były kalkulowane przez powódkę w ofercie (§ 3 umowy). W przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych powódce przysługiwało odrębne wynagrodzenie. Wartość robót dodatkowych, termin ich wykonania, sposób i termin zapłaty strony miały ustalać w drodze negocjacji. Roboty dodatkowe miały być realizowane w oparciu o protokół konieczności, spisany przez upoważnione osoby działające w imieniu obu stron, który miał być podstawą do wystawienia faktury przez powódkę (§ 4 umowy). Zgodnie z § 6 umowy, pozwana miała obowiązek przystąpić do odbioru w terminie 3 dni roboczych od zgłoszenia gotowości do odbioru dla robót zanikających i odbiorów częściowych oraz w terminie 7 dni roboczych dla odbioru końcowego, a ponadto zakończyć odbiór końcowy całości robót w terminie 7 dni od dnia przystąpienia do odbioru. Gotowość do odbioru końcowego powód miał zgłosić wpisem do dziennika budowy oraz odrębnym pismem. W umowie wskazano, że odbiór końcowy uznaje się za dokonany z chwilą protokolarnego stwierdzenia bezusterkowego wykonania przedmiotu umowy. Całkowite rozliczenie przedmiotu umowy miało nastąpić fakturą końcową wystawioną po dokonaniu bezusterkowego odbioru końcowego na podstawie końcowego protokołu odbioru, bez wad i usterek (§ 7 ust. 2 i 4 umowy). Pozwana zobowiązała się zapłacić wynagrodzenie w terminie 30 dni od daty otrzymania poszczególnych faktur (§ 8 umowy). Strony postanowiły też, że w razie opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy powódka zapłaci pozwaną karę umowną w wysokości 0,2 % wartości całkowitego wynagrodzenia umownego netto określonego w § 3 umowy za każdy dzień opóźnienia. Dodatkowo strony zastrzegły, że łączna suma kar umownych nie może przekroczyć 10 % wartości całkowitego wynagrodzenia umownego netto (§ 9 umowy).

W dniu 25 marca 2010 r. doszło do protokolarnego przekazania placu budowy powódce. W tym dniu powódka przystąpiła do wykonywania robót budowlanych. W trakcie realizacji robót pojawiła się konieczność wykonania robót dodatkowych oraz zamiennych, wynikających z decyzji pozwaną, które wpłynęły na wydłużenie terminu określonego umową.

Jednym z pierwszych problemów, jaki ujawnił się po rozebraniu elewacji budynku, okazała się konieczność wymiany belek obwodowych, czego nie przewidywano przy zawieraniu umowy i czego nie obejmowała umowa stron. Powódka złożyła ofertę na roboty dodatkowe w postaci wymiany belek, która została przyjęta przez pozwaną. Wykonanie tych prac dodatkowych wydłużyło czas realizacji robót o 40 dni. Kolejną istotną pracą dodatkową okazała się konieczność wykonania nowego tarasu. Powódka złożyła ofertę, która została przyjęta przez pozwaną. Przedłużyło to czas wykonania prac o 10 dni roboczych. Roboty związane z wymianą belek obwodowych i konstrukcji tarasu mogły być wykonywane równoległe tak, że łączne opóźnienie rozpoczęcia robót wykończeniowych wyniosło 40 dni roboczych.

Jednym z pierwszych problemów, jaki powstał przed rozpoczęciem robót wykończeniowych, była konieczność wyrównania powierzchni istniejących stropów. Powódka w dniu 12 sierpnia 2010 r. złożyła ofertę na wykonanie tych prac dodatkowych. W dniu 22 listopada 2010 r. oferta została zaakceptowana przez inspektora nadzoru I. H. (1). Wykonanie tych robót przedłużyło czas realizacji zadania o 25 dni.

Zgodnie z wpisem w dzienniku budowy, projekt masztów na dachu budynku wraz z zamiennym pozwoleniem na budowę nr (...) z dnia 28 grudnia 2010 r. kierownik budowy otrzymał w dniu 10 stycznia 2011 r. Projekt

zamienny do pozwolenia na budowę obejmował zmiany funkcjonalne dla kondygnacji piwnic oraz realizację konstrukcji uzupełniającej dla masztów antenowych nadawczo-odbiorczych na kondygnacji stropodachu. Inwestor wystąpił do organu administracji budowlanej o zatwierdzenie projektu zamiennego, ponieważ zmiany, jakie zamierzał wprowadzić, stanowiły istotne odstępnie od zatwierdzonego podstawowego projektu budowlanego. Roboty związane z montażem pomostu technicznego agregatu wody lodowej oraz pomostu przejścia nad świetlikiem wykonywał inny podmiot na zlecenie inwestora. Ze względu na wykonywanie tych prac powódka nie mogła montować znacznej części instalacji wody lodowej z agregatem, a w wyniku tego również instalacji klimatyzacji. W związku z tym decyzja pozwanej realizacji robót według projektu zamiennego wydłużyła czas realizacji przez powódkę przedmiotu umowy o 102 dni.

W pierwotnym projekcie elewacja miała być położona w systemie S., to jest profili aluminiowych, w których umieszcza się trójwarstwowe tafle szklane. W trakcie oczekiwania na decyzję o wymianie belek obwodowych i prac związanych z wymianą tych belek powódka zaproponowała zmianę systemu S. na podobny system elewacyjny S. (1), tańszy i prostszy w realizacji. Strony z udziałem projektanta prowadziły rozmowy w tym przedmiocie, jednak ostatecznie ustaliły, na wniosek powódki, że elewacja będzie wykonana w pierwotnie założonym systemie S.. Wykonanie elewacji w tym systemie wymaga zamówienia, po pierwsze, profili aluminiowych, po drugie, szkła trójwarstwowo klejonego. Na wykonanie takiego zamówienia trzeba czekać parę miesięcy. W realiach budowy, o którą chodzi w sprawie, powódka jednak nie mogła przed wymianą belek obwodowych wcześniej zamówić ani profili, ani szkła, gdyż w celu wykonania takiego zamówienia budynek trzeba było najpierw zwymiarować, żeby ustalić dokładne wymiary elewacji, a było to niemożliwe przed wykonaniem prac związanych między innymi z wymianą belek obwodowych. Dlatego też ani propozycja zmiany systemu elewacji, ani termin zamówienia profili aluminiowych, czy szkła nie miał wpływu na przedłużenie czasu wykonywania prac przez powódkę.

Zgodnie z harmonogramem robót, prace wykończeniowe miały rozpocząć się w dniu 1 września 2010 r. i zakończyć w dniu 18 lutego 2011 r., czyli miały trwać 5,5 miesiąca. Projekt wykończenia wnętrza został przekazany powódce dopiero w dniu 17 grudnia 2010 r. Zakres projektu wykończenia wnętrza był znacznie szerszy niż projektu budowlano-wykonawczego. W związku z tym decyzja pozwanej o realizacji robót wykończeniowych zgodnie z projektem wykończenia wnętrza wydłużyła wykonanie robót o 107 dni.

Pozostałe prace dodatkowe oraz zamienne wynikające z decyzji pozwanej, których wykonanie zostało stwierdzone protokołami konieczności, a których w sumie sporządzono 106, spowodowały – łącznie z wyżej wskazanymi już pracami dodatkowymi – wydłużenie wykonania przedmiotu umowy o 396 dni. Jednakże w związku z tym, że pewne zakresy robót mogły być wykonywane równolegle, przez parę brygad, ogólny czas wykonania robót wzrósł o 313 dni.

Na termin wykonania robót miały wpływ także działania projektantów z biura (...). Idzie o czas i sposób rozwiązywania przez projektantów problemów pojawiających się przy realizacji przedmiotu umowy. Łącznie ich opóźnienia w dostarczaniu projektów spowodowały przedłużenie wykonania robót o 111 dni.

Z kolei problemy związane z projektem wykończenia wnętrza opracowanym przez biuro (...) w K. spowodowały przedłużenie wykonania robót o 57 dni.

Wpływ na termin wykonania prac miały również działania pozwanej, co związane było z oczekiwaniem na akceptację ofert składanych przez powódkę na wykonanie robót dodatkowych. Spowodowało to wydłużenie terminu wykonania robót o 92 dni.

Pozwana zdecydowała, że sama dostarczy część materiałów, na które powódka musiała oczekiwać. Spowodowało to wydłużenie czasu realizacji przedmiotu umowy. Gdy idzie o lampy, powódka oczekiwała na ich dostarczenie przez pozwaną łącznie 155 dni, a w przypadku wyposażenia łazienek i grzejników – 142 dni.

Z wpisów w dzienniku budowy wynika, że powódka w okresie od 15 grudnia 2010 r. do 5 maja 2011 r. z uwagi na rozpoczęcie montażu instalacji przeciwpożarowej nie mogła przez 141 dni prowadzić robót wykończeniowych.

Ponadto na przedłużenie czasu wykonywania prac miało wpływ także zdarzenie polegające na przewróceniu się drzewa na elewację budynku, co wywołało konieczność naprawienia elewacji, a także decyzja pozwanej o zmianie rozmiarów otworów przeznaczonych na bramy garażowe, co uniemożliwiło wykonywanie robót w tej części budynku, w tym prac elewacyjnych, do czasu dostarczenia nowego projektu i ostatecznych decyzji inwestora w tym zakresie.

Powódka zgłosiła zakończenie robót budowlanych w dniu 30 grudnia 2011 r. Pozwana wyznaczyła termin odbioru na 16 stycznia 2012 r. W dniu 16 stycznia 2012 r. pozwana odmówiła dokonania odbioru, wskazując na szereg usterek, z których jednak żadna nie była wadą istotną, uniemożliwiającą dokonanie odbioru. Najistotniejsza z nich dotyczyła pochwyty balustrady na pierwszym piętrze, gdzie należało pospawać połączenia, ponieważ spawanie zostało wykonane nieestetycznie i wymagało poprawy.

Do podpisania protokołu odbioru końcowego robót doszło w dniu 1 lutego 2012 r. Komisja odbiorowa stwierdziła wykonanie przedmiotu odbioru zgodnie z umową, protokołami konieczności i zmianami wprowadzonymi w trakcie realizacji robót, z zachowaniem wymaganych ilości i jakości wykonanych robót oraz bez wad fizycznych.

W dniu 16 lutego 2012 r. powódka wystawiła końcową fakturę VAT nr (...) na kwotę 1.932.108,02 zł brutto (1.570.819,53 zł netto).

W dniu 7 marca 2012 r. pozwana wystawiła notę obciążeniową nr (...) na kwotę 1.055.202,95 zł z tytułu kary umownej, powołując się na § 9 pkt 1 i 4 oraz § 3 pkt 1 i 2 umowy z 18 marca 2010 r. Następnie złożyła powódce pisemne oświadczenie (w piśmie z 8 marca 2012 r.) o potrąceniu wierzytelności o zapłatę kwoty 1.055.202,95 zł z tytułu kary umownej z przysługującą powódce wierzytelnością o zapłatę wynagrodzenia określonego w fakturze VAT nr (...) z 16 lutego 2012 r.

Powódka w piśmie z 20 marca 2012 r. oświadczyła, że nie akceptuje obciążenia karą umowną i wezwała pozwaną do zapłaty.

Powódka z dniem 31 grudnia 2013 r. zmienił firmę na obecną: (...) Spółka Akcyjna w G..

Sąd Okręgowy podzielił pisemną opinię M. L. (biegłej z zakresu wykonawstwa i kosztorysowania w budownictwie lądowym, instalacjach wodnych, kanalizacyjnych, grzewczych i gazowych), jako opinię pełną, zrozumiałą, rzetelnie sporządzoną, a także zgodną z zasadami wiedzy i logiki. Biegła w sposób precyzyjny wyliczyła w dniach i uzasadniła przyczyny wydłużenia terminu wykonania prac przez powódkę, za które nie ponosi ona odpowiedzialności, wskazując, że do opóźnienia w wykonaniu robót doszło z przyczyn niezależnych od powódki, które jej nie obciążają i że za przyczyny opóźnienia w większości odpowiada pozwana bądź przyczyny te były niezależne od obu stron. W związku ze zgłoszonymi przez pozwaną uwagami biegła na rozprawie w dniu 27 maja 2014 r. udzieliła odpowiedzi na dodatkowe pytania stron. Sąd Okręgowy oddalił wniosek pozwanej o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego, gdyż dotychczasowa opinia została sporządzona przez fachowca w dziedzinie objętej opiniowaniem, jest wyczerpująca, zrozumiała i szczegółowa, przez co nie zachodziła potrzeba powołania kolejnego biegłego. Sąd Okręgowy oddalił też wniosek pozwanej o określenie dodatkowego terminu do ustosunkowania się do wyjaśnień biegłej złożonych w sprawie, albowiem pozwana dysponowała odpowiednim czasem do zapoznania się z opinią i nawet złożyła obszernie pismo z 19 lutego 2014 r., w którym starała się podważyć opinię biegłej, zaś na rozprawie biegła nie podała żadnych nowych okoliczności, jakie wcześniej nie byłyby znane, wystarczająco obszernie wyjaśniając wszelkie wątpliwości dotyczące opinii, którą sporządziła. Biegła na rozprawie w dniu w dniu 27 maja 2014 r. odniosła się do wszystkich zastrzeżeń pozwanej i udzieliła odpowiedzi na zadawane jej pytania. Wyznaczanie więc kolejnego terminu do ustosunkowania się przez pozwaną do udzielonych przez biegłą wyjaśnień spowodowałoby jedynie przewlekłość postępowania. Równocześnie zarzuty pozwanej do opinii biegłej dotyczyły albo kwestii zupełnie nieistotnych, jak pomyłka w zakresie sygnatury akt, którą biegła wyjaśniła, albo stanowiły personalny atak na biegłą, jak zarzuty dotyczące braku profesjonalizmu, kwalifikacji, kompetencji i wiedzy, działania w sposób amatorski, które były zupełnie pozbawione podstaw i miały za zadanie zdyskredytowanie biegłej z uwagi na niekorzystną dla pozwanej treść opinii; zarzuty tego rodzaju mogą świadczyć o braku zarzutów merytorycznych pozwanej do treści opinii. Ponadto

w zarzutach do opinii, co najmniej kilkakrotnie powtarzanych, pozwana zawarła zupełnie nowe zarzuty w sprawie, których nie podnosiła w odpowiedzi na pozew. Chodzi o to, że zdaniem pozwanej powódka zatrudniła zbyt małą liczbę pracowników i posłużyła się zbyt małą liczbą maszyn do wykonywania przedmiotu umowy, żeby mimo zakresu prac zamiennych i dodatkowych wykonać przedmiot umowy w pierwotnie założonym terminie. Ponadto według pozwanej powódka powinna zatrudnić pracowników na dwóch zmianach i zmienić harmonogram prac w taki sposób, żeby mimo prac zamiennych i dodatkowych przedmiot umowy wykonać w pierwotnym terminie. Pozwana stwierdziła też, że powódka powinna poszukiwać „oszczędności czasowych”. Pozwana nie podała, że powołanie takich zarzutów nie było możliwe w odpowiedzi na pozew. Sąd Okręgowy stwierdził, że z całą pewnością potrzeba powołania takich zarzutów nie powstała po wydaniu przez biegłą opinii w sprawie, tym bardziej że przedstawiciele pozwanej byli obecni na budowie (inspektorem nadzoru była I. H. (1), pracownik pozwanej), natomiast pozwana nigdy, ani w czasie wykonywania prac, ani później, w korespondencji przedprocesowej stron, ani nawet w odpowiedzi na pozew nie zarzuciła, że powódka opóźniła się z wykonaniem prac dlatego, że zatrudniała za małą liczbę pracowników, czy posłużyła się niedostateczną liczbą maszyn oraz nie zarzuciła, że powódka miała obowiązek zmienić harmonogram prac. Zarzuty pozwanej, że biegła nie przeprowadziła wizji lokalnej budynku, w stanie w jakim obecnie się znajduje, jak też nie zażądała dodatkowej dokumentacji „dotyczącej obsługi organizacyjnej, logistycznej i technologicznej budowy”, przy czym pozwana nie wyjaśniła, co rozumie pod tym pojęciem, Sąd Okręgowy uznał za niezasadne. Biegła wyjaśniła, że obecny stan budynku, po zakończeniu wszystkich prac, z którego pozwana korzysta, w żaden sposób nie był pomocny do ustalenia przyczyn opóźnienia w pracach, zaś dokumentacja znajdująca się w aktach sprawy była wystarczająca do sporządzenia opinii i nie było potrzeby występowania do którejkolwiek ze stron o przedłożenie dodatkowych dokumentów. Ponadto pozwana nie złożyła wniosku o dopuszczenie dowodu z żadnych innych dokumentów, jak też nie powoływała się na inne dokumenty i wzywała do ich złożenia przez powódkę. Sąd Okręgowy podzielił ocenę biegłej, że zarzuty pozwanej są tego rodzaju, że dla ich oceny biegła musiałaby przybrać funkcję „niemalże” kierownika owej budowy i cofnąć się w czasie. Odnosząc się do zarzutów pozwanej, że biegła miała ustalić, czy wobec zleconych prac zamiennych i dodatkowych powódka mogła tak zaplanować prace, aby wykonać przedmiot umowy w pierwotnie założonym terminie oraz że biegła nie uwzględniła w opinii tego, że powódka, zdaniem pozwanej, wystąpiła z propozycją zawarcia aneksu o wydłużeniu terminu zakończenia prac dopiero po upływie pierwotnego terminu, wynikającego z umowy, Sąd Okręgowy wyjaśnił, że nie były to okoliczności objęte tezą postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego i nie było to zadaniem biegłej. Na rozprawie w dniu 17 października 2013 r., kiedy Sąd Okręgowy ogłosił postanowienie o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego, pełnomocnik pozwanej był obecny, lecz nie zgłosił zastrzeżenia do postanowienia, ani nie wnosił u jego uzupełnienie. Pozwana nie złożyła także wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na te okoliczności.

Sąd Okręgowy nie dał wiary zeznaniom świadków I. H. (1), M. K., S. N., H. P., L. W., Z. N. oraz prezesa zarządu pozwanej K. P. w zakresie, w którym zeznawali, że za opóźnienie w wykonaniu prac odpowiedzialna jest powódka oraz że zlecenie powódce prac zamiennych i dodatkowych nie skutkowało przedłużeniem czasu wykonania prac. W tej części zeznania wskazanych osób pozostawały w sprzeczności z resztą materiału dowodowego, w tym z dokumentami, w szczególności dziennikiem budowy, korespondencją stron oraz z zeznaniami świadków A. B. (1), P. K. oraz prezesa zarządu powódki M. M., którym Sąd Okręgowy dał wiarę, a także z opinią biegłej sądowej M. L..

Do stosunku prawnego łączącego strony zastosowanie ma przepis art. 647 kc, wedle którego przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Powódka dochodziła zapłaty kwoty 1.055.202,95 zł tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, objętego fakturą VAT nr (...). Pozwana powołała się na złożone przed procesem oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością o wynagrodzenie, o czym była wcześniej mowa.

Podnosząc zarzut umorzenia wierzytelności na skutek dokonanego potrącenia, pozwana nie zakwestionowała dochodzonej wierzytelności. W związku z tym dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie miało ustalenie, czy

pozwanej przysługiwała wierzytelność przedstawiona do potrącenia. Obowiązek zgłaszania dowodów spoczywa na stronach (art. 3 kpc), a ciężar udowodnienia faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie (art. 227 kpc) spoczywa na stronie, która z faktów tych wywodzi skutki prawne (art. 6 kc).

Powódka udowodniła wykonanie prac, za które domaga się wynagrodzenia oraz oddanie przedmiotu umowy pozwanej. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że odbiór robót jest elementem przełomowym w stosunkach między stronami umowy o roboty budowlane. W razie braku zastrzeżeń co do jakości potwierdza bowiem wykonanie zobowiązania i otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia.

Przepis art. 498 § 1 kc stanowi, że gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem. W myśl art. 498 § 2 kc skutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Zgodnie z art. 499 zdanie pierwsze kc, potrącenia dokonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Oświadczenie o potrąceniu, o którym mowa w art. 499 kc, jest czynnością materialnoprawną, której skutkiem, w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 498 § 1 kc, jest umorzenie wzajemnych wierzytelności w określonym zakresie. Natomiast zarzut potrącenia jest czynnością procesową, polegającą na żądaniu oddalenia powództwa w całości lub w części z powołaniem się na okoliczność, że roszczenie objęte żądaniem pozwu wygasło wskutek potrącenia. Oświadczenie o potrąceniu stanowi zatem materialnoprawną podstawę zarzutu potrącenia. Do dokonania potrącenia może dojść zarówno w ramach postępowania sądowego, jak i poza nim. W trakcie postępowania sądowego uprawniony może połączyć złożenie oświadczenia woli o potrąceniu z podniesieniem zarzutu potrącenia. Sąd Okręgowy podzielił pogląd judykatury, że zarzut potrącenia jest formą dochodzenia roszczenia zrównaną w skutkach z powództwem, przez co do zarzutu potrącenia mają zastosowanie wymagania stawiane wobec pozwu w zakresie określenia żądania, przytoczenia okoliczności faktycznych oraz wskazania dowodów, a w szczególności dokładnego określenia wierzytelności, jej wysokości, wykazania jej istnienia oraz wyrażenia woli potrącenia w celu wzajemnego umorzenia skonkretyzowanych wierzytelności. Sam fakt, że stronie pozwanej przysługują jakiegokolwiek roszczenia nie oznacza, że może domagać się oddalenia powództwa, jeśli nie podniesie skutecznie zarzutu umorzenia wzajemnych wierzytelności.

Zgodnie z art. 483 § 1 kc, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Przepis art. 484 § 1 kc stanowi, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Zastrzeżenie kary umownej w umowie skutkuje modyfikacją reguł odpowiedzialności kontraktowej w tym sensie, że wierzyciel jest zobowiązany do wykazania faktu zastrzeżenia kary umownej i niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika. Przewidziana przez strony w umowie kara umowna stanowi odzwierciedlenie regulacji art. 483 § 1 kc, dopuszczającej możliwość zastrzeżenia w umowie swoistej sankcji cywilnoprawnej, zryczałtowanej postaci odszkodowania, jako formy naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Stanowi ona surogat odszkodowania mającego kompensować negatywną dla wierzyciela konsekwencję wynikającą z niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania i jako taka z woli stron zostaje powiązana z określoną postacią nienależytego wykonania zobowiązania bądź jako następstwo niewykonania zobowiązania. W doktrynie i orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że choć odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody, to jest uwarunkowana pozostałymi przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 kc. Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy, zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej

jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa. Nie ulega jednak wątpliwości, że zgodnie z art. 473 § 1 kc dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Może zatem rozszerzyć swoją odpowiedzialność kontraktową przyjmując odpowiedzialność także za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z przyczyn od niego niezależnych, np. z powodu siły wyższej. Jeżeli strony chcą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, to zgodnie z art. 473 § 1 kc muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne – niż wynikające z ustawy – okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone. Stosownie do art. 56 kc czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów, a w świetle art. 353<sup>1</sup> kc swoboda umów ograniczona jest właściwościami (naturą) stosunku prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współżycia społecznego. Strony nie mogą więc w umowie tak rozszerzyć odpowiedzialności dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania ani dotyczącej kary umownej, by jej zakres był sprzeczny z istotą (naturą) odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania oraz z naturą kary umownej. Nie mogą zatem przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel.

Pozwanej nie przysługiwała wierzytelność o zapłatę kary umownej, jaką przedstawiła do potrącenia z wierzytelnością powódki względem niej o wynagrodzenie za roboty budowlane w rozmiarze określonym w fakturze VAT nr (...), uznając że powódka wykonała przedmiot umowy po terminie, gdyż do odbioru robót doszło dopiero 1 lutego 2012r., podczas gdy w umowie termin zakończenia robót ustalony był na dzień 25 marca 2011 r. Sąd Okręgowy wyjaśnił, że co do zasady możliwe jest obciążenie wykonawcę przez zamawiającego prace budowlane karą umowną za nieterminowe wykonanie prac, ale tylko wówczas, gdy uchybienie terminowi jest zawinione lub gdy strony precyzyjnie oznaczyły inne okoliczności, za jakie kontrahent odpowiada w razie nieterminowego wykonania robót. W żadnym wypadku jednak taka możliwość nie istnieje wtedy, gdy niedochowanie terminu wynika z okoliczności zawinionych i leżących po stronie zamawiającego. Z tych przyczyn oraz z uwagi na treść § 9 umowy pozwana mogłaby naliczyć skutecznie karę umowną tylko wtedy, gdyby opóźnienie w wykonaniu prac wynikało z okoliczności zawinionych przez powódkę.

Tymczasem wyniki postępowania dowodowego prowadzą do wniosku, że to pozwana odpowiada za przesunięcie terminu zakończenia prac przez powódkę. Opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy wystąpiło z uwagi na konieczność wymiany skorodowanych węzłów obwodowych, czego nie można było przewidzieć przy zawieraniu umowy i przeznaczyć na to odpowiedni czas. Przedłużenie prac z tej przyczyny wyniosło około 40 dni. Konieczność wykonania tych robót miała wpływ na opóźnienie w wykonaniu następnych, bowiem dopiero po zakończeniu wymiany wieńców obwodowych można było przystąpić do wykonania elewacji w systemie S., której elementy są wykonywane na zamówienie. W związku z tym należało najpierw dokładnie wymierzyć fasadę budynku i wymienić wieńce obwodowe, aby dokonać właściwego zamówienia. Kolejną, najważniejszą przyczyną przedłużenia wykonania przedmiotu umowy były liczne, dokonywane przez pozwaną zmiany projektowe w wykonaniu aranżacji i wykończeniu wewnątrz, zmiany rodzajów materiałów oraz opóźnienia w ich dostarczaniu przez pozwaną, a także zlecenie powodowi wykonania ponad 100 prac dodatkowych i zamiennych. W przypadku prac zamiennych zmiana technologii i materiałów zazwyczaj skutkowałą zwiększoną czasochłonnością ich wykonywania i tym samym przedłużała czas wykonania robót przez powódkę. Przedłużenie wykonania prac było też wywołane koniecznością oczekiwania na decyzję projektanta lub pozwanej co do rozwiązania problemów pojawiających się na budowie oraz oczekiwanie na akceptację przez pozwaną oferty na wykonanie prac dodatkowych złożonej przez powódkę. Wszystkie te okoliczności albo wprost obciążają pozwaną, albo są okolicznościami niezależnymi od powódki, a jako takie nie mogą stanowić podstawy do obciążenia powódki karą umowną przewidzianą w § 9 umowy.

Bezzasadne jest też naliczenie przez pozwaną kary umownej za okres po 30 grudnia 2011 r. Powódka zgłosił do odbioru przedmiot umowy właśnie 30 grudnia 2011 r., zaś pozwana niezgodnie z umową wyznaczyła termin odbioru końcowego dopiero na 16 stycznia 2012 r. W dniu 16 stycznia 2012 r. pozwana nie dokonała odbioru, wskazując na występowanie licznych usterki, które jednak były tego rodzaju, że nie uniemożliwiały korzystanie z budynku zgodnie

z jego funkcją, a tym samym nie były wadami uniemożliwiającymi dokonanie odbioru. Najistotniejsza wada dotyczyła bowiem nieestetycznego zespawania połączeń balustrady, co należało poprawić.

Pozwanej nie wykazała zawinienia przez powódkę niedotrzymania terminu wykonania przedmiotu umowy. Poza niedopuszczalnymi zarzutami co do wykształcenia, kwalifikacji i doświadczenia zawodowego biegłej, czy oczywistej omyłki co do sygnatury akt wskazanej w opinii, które Sąd Okręgowy uznał za wyraz taktyki procesowej pozwanej zmierzającej do zdyskredytowania biegłej, pozostałe zarzuty pozwana wielokrotnie powtarzała tak w samym piśmie z 19 lutego 2014 r., jak i na rozprawie w dniu 27 maja 2014 r. Co najmniej kilka z powtarzanych zarzutów (że powódka mogła i powinna tak zorganizować pracę przez zwielokrotnienie zmian roboczych i zwiększenie zatrudnienia pracowników oraz zgromadzenie materiału, żeby pozyskać „oszczędności czasowe”, a więc nadrobi opóźnienie, za które odpowiadała pozwana) to nowe zarzuty procesowe, których pozwana nie zgłosiła w procesie wcześniej. W odpowiedzi na pozew, ani w dalszym toku procesu pozwana nie zarzucała, że powódka miała obowiązek zwiększyć zatrudnienie i gromadzić materiały na zapas, czy też podejmować nadzwyczajne działania, jak prace nocne, w celu nadrobienia opóźnienia, za które odpowiada pozwana. Są to zarzuty spóźnione i jako takie sprekludowane. Z uwagi na datę wytoczenie powództwa zastosowanie w niniejszej sprawie znajdują przepisy dotyczące prekluzji. Zgodnie z art. 479<sup>14</sup> § 2 zdanie pierwsze kpc, w odpowiedzi na pozew pozwany jest obowiązany podać wszystkie twierdzenia, zarzuty oraz dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykaże, że ich powołanie w odpowiedzi na pozew nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynika później. Podnosząc wskazany wyżej zarzut, pozwana nie wykazała, że nie mogła go podnieść wcześniej, w szczególności w odpowiedzi na pozew, ani że potrzeba jego powołania powstała dopiero w piśmie z 19 lutego 2014 r. Na mocy obecnie obowiązujących przepisów zarzuty pozwanej w tym zakresie także byłyby spóźnione i nie podlegałyby uwzględnieniu w sprawie, zmierzały wprost do przewlekłości postępowania. Sąd Okręgowy nie uwzględnił ich więc, jako spóźnione, a także z tej przyczyny, że do zakończenia procesu inwestycyjnego pozwana nie zwróciła się do powódki, by zatrudniła większą liczbę pracowników, wykonywała roboty w porze nocnej itp. oraz nie wskazała żadnych zastrzeżeń do prac powódki, wręcz uznała jakość wykonanych robót za bardzo dobrą.

Konkluzje opinii mają potwierdzenie w zeznaniach świadków A. B. (1) i P. K. oraz częściowo I. H. (1) oraz w dokumentach zgromadzonych w aktach sprawy, w tym korespondencji stron, dzienniku budowy. Nie było więc potrzeby dalszej ich weryfikacji, a w szczególności powołania kolejnego biegłego.

Jak wynika z zeznań M. M., prezesa zarządu powódki, pozwana zaproponowała powódce zrezygnowanie z naliczenia kary umownej w razie zawarcia umowy ramowej, na mocy której pozwana świadczyłaby usługi ochrony mienia dla powódki przez kilka lat. Pozwana została zaproszona do złożenia oferty, ale złożyła ofertę zawierającą nierealnie wysoką cenę. Oferta nie została przyjęta przez większościowego udziałowca powódki. Można więc przypuszczać, że ostatecznie naliczenie kary umownej było działaniem odwetowym pozwanej za nieprzyjęcie oferty usług z zakresu ochrony.

Ponieważ pozwanej nie przysługiwała wierzytelność o zapłatę kary umownej za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy, oświadczenie pozwanej o potrąceniu było nieskuteczne w świetle art. 498 i art. 499 kc. Nie wywołało więc skutku w postaci umorzenia wierzytelności służącej powódce, której dochodzi w sprawie. Pozwana nie zarzucała zaś, że w dochodzona wierzytelność uległa umorzeniu z innych przyczyn albo że z innych przyczyn była niezasadna.

Powództwo było zatem zasadne, przez co zasługiwało na uwzględnienie na podstawie art. 647 kc.

Orzeczenie o kosztach procesu Sąd Okręgowy umotywował wynikiem sprawy, jej charakterem oraz znacznym wkład pracy pełnomocnika powódki w przyczynienie się do jej wyjaśnienia i rozstrzygnięcia oraz treścią art. 98 § 1 i 3 w związku z art. 99 kpc, jak też § 2 pkt 1 i 2 oraz 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jednolity w Dz. U. z 2013 r. poz. 490; dalej: rozporządzenie z dnia 28 września 2002 r.).



W apelacji pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje.

Zarzuciła naruszenie przepisów postępowania. Po pierwsze, przez sprzeczne z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego ustalenie, że uchybienie terminowi wykonania przedmiotu umowy nastąpiło z przyczyn niezawinionych i niezależnych od powódki, w szczególności w takim zakresie, który usprawiedliwiłaby naliczenie kar umownych w wysokości 1,055.202,95 zł, to jest za minimum 50 dni opóźnienia. Po drugie, przez bezzasadne oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego w celu odniesienia się do wszystkich elementów procesu budowlanego mających wpływ na terminowość wykonania robót. Po trzecie, art. 233 § 1 kpc przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i wyprowadzenie wniosków, które nie wynikają z materiału dowodowego i nieuzasadnioną odmowę wiarygodności zeznaniom świadków: I. H. (1), M. K., S. N., H. P., L. W., Z. N. oraz K. P. przesłuchanego za stronę pozwaną. Po czwarte, art. 98 kpc oraz § 2 rozporządzenia z dnia 28 września 2002 r. poprzez przyznanie powódce zwrotu kosztów procesu w wysokości nieusprawiedliwionej okolicznościami sprawy.

Ponadto zarzuciła naruszenie prawa materialnego. Po pierwsze, art. 484 § 1 kc przez jego niezastosowanie, mimo że ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że zaistniały przesłanki obciążenia powódki karą umowną przewidzianą w § 9 umowy z tytułu opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy co najmniej o 50 dni. Po drugie, art. 498 § 1 i 2 kc przez jego niezastosowanie, mimo że ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynikało, że wystąpiły przesłanki potrącenia, zaś pozwana złożyła powódce oświadczenie o potrąceniu.

W odpowiedzi na apelację powódka wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Z postanowienia z 17 października 2013 r. (k. 1529-1530) wynika, że dowód z opinii został przez Sąd Okręgowy dopuszczony w celu ustalenia:

- czy pierwotny zakres prac wynikający z umowy i przekazanej wraz z umową dokumentacji powódka mogła wykonać w terminie przyjętym przez strony,
- czy roboty dodatkowe i zamiennie wynikające z decyzji pozwanej i protokołów konieczności uniemożliwiały wykonanie przedmiotu umowy w terminie określonym umową czy też miały ten skutek, że wydłużyły czas wykonania przedmiotu umowy ustalony przez strony i jeśli tak, o ile,
- jaki wpływ na termin wykonania przedmiotu umowy miały działania projektantów w aspekcie czasu i sposobu rozwiązywania przez nich problemów pojawiających podczas wykonywania robót budowlanych i jeśli skutkiem postępowania projektantów było przedłużenie wykonania przedmiotu umowy, to o ile dni doszło do wydłużenia jego wykonania z tej przyczyny,
- jaki wpływ na termin wykonania przedmiotu umowy miały działania pozwanej, w tym dostarczanie przez nią materiałów i rozwiązywanie problemów pojawiających się podczas wykonywania robót budowlanych, a jeśli wpłynęło to na ten termin, to o ile dni opóźniło to wykonanie przedmiotu umowy,
- czy niedotrzymanie terminu wykonania przedmiotu umowy było następstwem przyczyn obciążających powódkę i jeśli tak, w jakim zakresie i o ile dni z tych przyczyn wydłużył się czas wykonania przedmiotu umowy, czy też jest to następstwem przyczyn niezależnych od stron, opisanych w § 2 pkt 4-6 umowy o roboty budowlane,
- czy 16 stycznia 2012 r. możliwy był odbiór przedmiotu umowy czy też usterki opisane w notatce z tego dnia były wadami istotnymi, uniemożliwiającymi odbiór.

W opinii (k. 1540-1559) biegła M. L. udzieliła odpowiedzi, że:

- możliwe było wykonanie pierwotnego zakresu prac w umówionym terminie,
- roboty dodatkowe i zamiennie wynikające z decyzji pozwanej i protokołów konieczności uniemożliwiły wykonanie przedmiotu umowy w umówionym terminie i biegła szczegółowo wskazała w dniach opóźnienie z tej przyczyny w odniesieniu do każdej z prac zamiennych i dodatkowych, z tym że z uwagi na możliwość jednoczesnego wykonywania części robót ostatecznie opóźnienie z tej przyczyny określiła jako wynoszące 313 dni,
- działania projektantów opóźniły wykonanie przedmiotu umowy o 57 dni,
- na wydłużenie terminu wykonania przedmiotu umowy łącznie o 228 dni miały wpływ działania pozwanej związane z rozwiązywaniem problemów pojawiających się podczas wykonywania robót budowlanych, z czego czas akceptacji oferty wydłużył termin wykonania przedmiotu umowy o 92 dni, czas oczekiwania przez powódkę na decyzję co do aranżacji wykończenia wnętrz wyniósł 73 dni (na rozprawie w dniu 27 maja 2014 r. biegłą sprostowała omyłkę pisarską w oznaczeniu strony odpowiedzialnej za wstrzymanie prac przez 73 dni w ten sposób, że błędnie wpisała powódkę zamiast pozwanej), wstrzymanie z przyczyn obciążających pozwaną prac związanych z wykończeniem wnętrz w zakresie montażu sufitów podwieszanych i lamp trwało łącznie przez 155 dni, natomiast prace związane z wyposażeniem łazienek i montażem grzejników uległy z przyczyn obciążających pozwaną opóźnieniu o 142 dni, zaś przez 141 dni powódka nie mogła wykonywać robót wykończeniowych, gdyż pozwana nie wykonała instalacji przeciwpożarowej,
- opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy nie było następstwem przyczyn niezależnych od stron, które opisały w § 2 pkt 4-6 umowy,
- w dniu 16 stycznia 2012 r. możliwy był odbiór przedmiotu umowy, gdyż usterki opisane w notatce z tego dnia nie uniemożliwiały korzystania z przedmiotu umowy.

Wnioski opinii biegłą wywiodła z okoliczności, które wskazała, przedstawiając materiał sprawy, na jakim się oparła i sposób rozumowania w opinii, który nie zawiera wad logicznych.

Jeśli idzie o zarzuty pozwanej do opinii biegłej M. L., jakie zostały zawarte w piśmie z 19 lutego 2014 r., biegłą odniosła się do nich na rozprawie w dniu 27 maja 2014 r. (k. 1624-1632). Biegłą wskazała swe kwalifikacje i ponad 30-letnie doświadczenie zawodowe w zakresie budownictwa, w tym na doświadczenie w opiniowaniu jako biegły sądowy. Wyjaśniła przyczynę omyłki w oznaczeniu sądu zlecającego opinię i sygnatury akt postępowania, w którym ją opracowała. Wyjaśniła też brak potrzeby oględzin wykonanego już obiektu, gdyż nie prowadziłoby to do wyjaśnienia przyczyn opóźnienia wykonania przedmiotu umowy. Oglądanie budynku w czasie opiniowania nie doprowadziłoby opiniującego do ustalenia, co wykonywane było w budynku w określonym czasie w przeszłości. Materiałem potrzebnym do analizy tego zagadnienia jest natomiast dokumentacja budowy, którą określiła, znajdująca się w aktach sprawy, a także zeznania świadków złożone w procesie. Odnosząc się do zagadnień dotyczących przyczyn niedotrzymania terminu wykonania przedmiotu umowy, wskazała na nieprzewidzianą wcześniej konieczność wymiany wieńców obwodowych i opracowania z tej przyczyny projektu zamiennego. Potrzeba wykonania wieńców obwodowych wpłynęła na czas zamawiania elementów elewacji, gdyż systemy fasadowe montowane są na podkonstrukcjach, przez co budynek musi być doprowadzony do takiego stanu, w którym możliwy jest pomiar części fasadowej w celu zamówienia systemu fasadowego. Podkreśliła, że arkusze blachy do wykonania systemu, o który chodzi w niniejszej sprawie, są różnej wielkości i przez to zróżnicowane cenowo. Do wykonania poszczególnych elementów potrzebna jest określona ilość blachy, co ma znaczenie dla czasu dokonania zamówienia, gdyż wywołuje to konieczność pomiaru odpowiednich elementów budynku. Wprawdzie poszczególne elementy elewacji wykonywane są w warsztacie, z blachy, o której była mowa, to jednak ich wykonanie wymaga projektu, w którym właśnie muszą być szczegółowe wymiary budynku, po uprzedni wykonaniu tzw. podkonstrukcji. Biegłą wyjaśniła przyczyny niemożności uprzedniego wykonywania wielu określonych elementów budynku przed uzyskaniem stosownych pozwoleń (zagadnienie masztów) bądź wykonaniem robót, które musiały być w danej części obiektu wcześniej wykonane (jak np. niemożność montażu lamp przed wykonaniem sufitów podwieszanych, chociaż instalacja

elektryczna jest już wykonana, niemożność wykonywania prac na dachu przed zakończeniem montażu mostu technologicznego związanego z agregatem wody, możliwość montażu daszków szklanych na określonym etapie zaawansowania prac, po podjęciu przez pozwaną decyzji co do materiałów i sposobu zamontowania) oraz wskazała na zakres prac zamiennych (których najwięcej wykonano na etapie wykończeniowym) i dodatkowych, wpływający na czas wykonania przedmiotu umowy, jak też na zależność między zmianą materiałów wykończeniowych a cenę, ale również wpływającą na sposób wykonania prac wykończeniowych. Podkreśliła, że każda ze stron dostarczała materiały. Biegła wyjaśniła ponadto niemożliwość wykonywania prac wykończeniowych przed uzyskaniem decyzji konstruktora i inwestora, gdy określona ściana szklana powinna mieć oznaczoną odporność przeciwpożarową, która nie jest wskazana w projekcie. Na rozprawie w dniu 27 maja 2014 r. biegła wyjaśniła też, że w aktach sprawy nie było materiałów pozwalających ustalić, czy z uwagi na wpływ terminu wykonawczego brak określonego materiału i tak nie miał wpływu na opóźnienie wykonania przedmiotu umowy, przez co nie analizowała tego zagadnienia. Stwierdziła, że nie wie, czy z akt sprawy wynika, kiedy materiały były zamawiane, a kiedy dostarczane, gdyż nie badała tego oraz że na terminy wykonawcze ma wpływ zamawianie i dostarczanie materiałów. Biegła wyjaśniła, że z materiału dowodowego sprawy nie wynikało, że można było wykonywać inne prace wykończeniowe w czasie oczekiwania na spóźnione dostarczenie dokumentów. Biegła analizowała materiały sprawy w celu wyjaśnienia, jakie prace były możliwe do wykonania na danym etapie i omówiła to w pisemnej opinii. Dokumentacja nie pozwala dokładnie ustalić stanu robót w ściśle oznaczonym dniu (szło na rozprawie o 1 września 2010 r.), gdyż nie był odnotowywany w dzienniku budowy. Biegła wyjaśniła też, że do opracowania pisemnej opinii posłużyła się tabelami, jakie znajdują się w aktach.

Wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii kolejnego biegłego pozwana motywowała tym, że jej zdaniem biegła miała obowiązek wskazać jakie jeszcze dowody powinny być złożone do akt sprawy, żeby w oparciu o nie ustalić przyczyny opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy, mając na uwadze stan opóźnienia wynikający z dziennika budowy. Wniosek ten Sąd Okręgowy oddalił na rozprawie w dniu 27 maja 2014 r., podobnie jak wniosek pozwanej o określenie czasu do odniesienia się do ustnej opinii biegłej, pozwana zaś w odniesieniu do tego wniosła zastrzeżenie, o którym mowa w art. 162 kpc (k. 1632).

Wyjaśnienia, jakie biegła złożyła na rozprawie, gdy odnosiła się do zarzutów pozwanej, nie zawierają nowości, które mogły być zaskoczeniem dla pozwanej, ze względu na co konieczne byłoby wyznaczenie czasu do odniesienia się do nich. Pozwana nie wskazuje ich zresztą również w apelacji, podnosząc jedynie, że bezzasadnie oddalony został omawiany wniosek.

Nie sposób zgodzić się z zarzutem, że oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii kolejnego biegłego nastąpiło z naruszeniem prawa (art. 286 kpc). Sąd Okręgowy dokonał niewadliwej oceny opinii biegłej M. L.. Opinia nie jest niezupełna i niejasna. Odpowiada na pytania zadane przez Sąd Okręgowy, zaś biegła odniosła się do zarzutów pozwanej w sposób pozwalający na ocenę zarzutów do opinii. Samo więc niezadowolenie pozwanej z konkluzji opinii nie jest wystarczającą przyczyną dopuszczenia dowodu z opinii kolejnego biegłego. Zadaniem biegłego nie jest poszukiwanie dowodów za strony procesu, lecz ocena dowodów przedstawionych przez nie, jeśli do tego konieczne są wiadomości specjalne (art. 278 kpc). Tymczasem w rozpoznawanej sprawie pozwana, reprezentowana przez zawodowego pełnomocnika, oczekiwała wskazania przez biegłego, jakimi środkami dowodowymi udowodnić powinna swe twierdzenie. W odniesieniu do zarzutu zawartego w apelacji, gdzie pozwana wprost mówi o 1 września 2010 r., jako umówionym terminie przystąpienia do prac wykończeniowych, trzeba zwrócić uwagę, że przedmiotem zarzutu jest to, że biegła nie ustaliła, czy opóźnienie w dostarczeniu powódce dokumentacji projektowej prac wykończeniowych (107 dni) miało wpływ na termin wykonania przedmiotu umowy, gdyż biegła nie konfrontuje wniosku z wpisami w dzienniku budowy, bowiem nie ustaliła, czy ze względu na stan zaawansowania robót w dniu 1 września 2010 r. w ogóle możliwe było rozpoczęcie prac wykończeniowych. Abstrahuje to od wyjaśnień biegłej, że dokumentacja nie pozwala dokładnie ustalić stanu robót w dniu 1 września 2010 r., gdyż nie był odnotowywany w dzienniku budowy. Trudno zaś przyjąć, by w zakresie długotrwałych robót budowlanych zeznania świadków w odniesieniu do okoliczności sprzed kilku lat stanowiły właściwą bazę ustaleń co do stanu zaawansowania robót w konkretnych dniach. Wymagałoby to zresztą najpierw złożenia takich szczegółowych zeznań przez świadków co do wszystkich istotnych okoliczności sprawy, co nie nastąpiło. Poza tym zarzut oderwany jest od innych zdarzeń obciążających pozwaną,

jakie wpłynęły na opóźnienie wykonania prac wykończeniowych, o czym była mowa powyżej, przy prezentacji opinii biegłej M. L.. Dodać można, że z zeznań świadka A. B. (1) (k. 1378, 1379, 1380, 1382) wynika, że powódka otrzymała „pierwszą wersję nowego projektu aranżacji wnętrza” w połowie grudnia 2010 r., który był „uszczegóławiany do końca 2011 r.” i że „projekt nie był kompletny, by można było dokonać na jego podstawie wszystkich zamówień”, wbrew twierdzeniu zawartemu w apelacji co do treści zeznań tego świadka. Ponadto, że umowa przewidywała wykonanie robót wykończeniowych w zakresie objętym projektem, ale „od tego odstąpiono na rzecz nowego projektu”, dokonywano zmian aranżacyjnych, dotyczących nawet ślusarki drzwiowej i w zakresie przeszkleń na nietypową, której wykonanie jest czasochłonne, zmiany zostały wprowadzone nawet w czasie wykonywania drugiego piętra, poza tym inwestor wyłączył dostawę i montaż lamp, a po ich dostarczeniu ponownie zlecił ich montaż powódce, ale dostarczał je do stycznia 2012 r., podobnie jak nie dotrzymał terminu dostarczenia innych materiałów wykończeniowych. Świadek ten zeznał również o 130 pracach dodatkowych zleconych na etapie wykończenia wnętrza, związanych z ich aranżacją, jako wpływających na czas wykonania prac przez powódkę. Podobnie zeznał świadek P. K., że dostarczony w grudniu 2010 r. poddawany był następnie zmianom (k. 1413). Świadek I. H. (1) zeznała, że projekt zamienny aranżacji w wyższym standardzie dotyczył wszystkich materiałów i mógł wiązać się ze zmianami technologii wykonania oraz że był kompletny (k. 1454), z czego nie sposób wywieść, że umożliwiał zamawianie materiałów, zwłaszcza że z zeznań wcześniejszych świadków wynika okoliczność odmienna. Zarzut pozwanej nie znajduje też potwierdzenia w zeznaniu świadka H. P., do których apelujący odwołał się w kwestii możliwości zamawiania materiałów wykończeniowych na podstawie projektu. Świadek H. P., który jest współautorem części architektonicznej przebudowy i rozbudowy budynku objętego umową stron (k. 1484), zeznał w zakresie prac wykończeniowych jedynie to, że „budynek mógł być wykończony bez wykonywania szczegółowego projektu wykończenia wnętrza według naszych wytycznych. Projekt wykończeniowy uściślał wykonanie prac aranżacyjnych.” (k. 1488-1489). Nie pozwala to ustalić, że powódka miała możliwość na podstawie samego projektu w chwili jego dostarczenia wykonawcy dokonania zamówienia wszystkich materiałów, które były konieczne do wykonania wnętrza. Nie sposób więc podzielić zarzut, że opinia biegłej nie pozwala na wyrokowanie, gdyż nie wyjaśniono w niej zagadnienia wpływu czasu zamawiania materiałów wykończeniowych na termin wykonania prac.

Posłużenie się przez biegłą w opinii tabelami sporządzonymi przez powódkę nie dyskwalifikuje opinii, gdy nie ma podstaw do ustalenia, że są nieprawidłowe, skoro biegła się nimi posłużyła, a zarzut pozwanej w tym przedmiocie nie sprowadza się do wartości merytorycznej tabel, lecz wyłącznie autorstwa.

Jeśli zaś idzie o system fasadowy, pozwana kwestionuje kompetencje biegłej przez odwołanie się do zeznań świadków A. B. (1), P. K. i I. H. (2), z których ma wynikać, że – wbrew opinii biegłej – zamówienia elementów fasadowych dokonuje się u producenta, który dostarcza arkusze blachy, jeszcze przed zwymiarowaniem budynku i dopiero na etapie przygotowania montażowego dokonuje się obmiaru budynku oraz stosownego cięcia i przygotowania elementów. Świadek A. B. (2) w odniesieniu do tej okoliczności zeznał: „Przy przebudowach i remontach, aby rozpocząć montaż fasad aluminiowych, niezbędnym jest wykonanie szczegółowych pomiarów elementów, do których fasada będzie zamontowana” (k. 1377). Z kolei świadek P. K. zeznał w tym przedmiocie: „Wszystkie te trzy elementy, to znaczy słup nośny żelbetowy, taras zewnętrzny i belki obwodowe stropów I i II piętra miały wpływ na rozpoczęcie pomiarów, które były podstawą do rozpoczęcia projektowania, wykonywania rysunków warsztatowych elewacji zewnętrznej (...)” oraz „Po akceptacji inwestora naszej oferty na belki obwodowe projektanci przystąpili do pomiarów nowo wykonanych belek obwodowych i następnie zostały wykonane rysunki warsztatowe konstrukcji aluminiowej, co z kolei umożliwiło zamówienie aluminium i szkła przeznaczonego na elewację (k. 1411), jak też: „Pocięcie aluminium może nastąpić tylko i wyłącznie na podstawie rysunków warsztatowych” (k. 1412). Jasno z zeznań tego świadka wynika, że zamówienie aluminium i szkła możliwe jest dopiero po zwymiarowaniu i opracowaniu rysunków warsztatowych, niezależnie od tego, że zeznał też, że „Sztangi aluminium były przez nas już wcześniej zamówione, każda ma długość od czterech do sześciu metrów” (k. 1412), gdyż czas wcześniejszego zamówienia nie został przez niego sprecyzowany jako czas poprzedzający dokonanie pomiarów umożliwiających wykonanie rysunków warsztatowych. Poza tym z zeznań tego świadka wynika też, że szkło o skomplikowanej, wielowarstwowej budowie, z warstwą gazu, „jest robione wyłącznie pod konkretne zamówienie, tak samo jak elewacja z płyt aluminiowych” (k. 1413), co jasne jest z uwagi na warstwę gazu w tafli szkła, przez co muszą być ściśle dochowane wymiary. Zrozumiałe jest więc zeznanie świadka

P. K. na rozprawie w dniu 18 grudnia 2012 r., gdy zeznał: „Teoretycznie, żeby zamówić stolarkę S. u producenta nie jest potrzebne wymierzenie budynku. Teoretycznie z chwilą, kiedy mieliśmy podpisany z inwestorem kontrakt na modernizację budynku było możliwe zamówienie u producenta stolarki aluminiowej S. dla całego budynku. Stolarkę zamówiliśmy (...), kiedy został wykonany projekt wykonawczy elewacji” (k. 1427). Idzie przecież nie o teoretyczną możliwość, ale o faktyczne dopasowanie wymiarów systemu fasadowego do konkretnego obiektu, wymagającego przygotowania do montażu elewacji. Odwołanie się przez pozwaną w apelacji do fragmentu zeznań świadka I. H. (1), jakie złożyła na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2013 r. („Powód mógł zamówić profile do tego systemu już po podpisaniu umowy. Podejrzewam, że było możliwe zarezerwowanie terminu dostawy jeszcze przed wykonaniem pomiarów, bo firmy wystawiają przecież faktury pro forma” – k. 1451) jest chybione, gdyż świadek ten wówczas nie wypowiedziała się w ogóle o zagadnieniach technicznych wykonywania systemu elewacji, a jedynie o samej możliwości dokonania zamówienia u producenta, choć nie to jest zagadnieniem istotnym dla rozstrzygnięcia. Gdy zaś mówiła o zagadnieniach technicznych wykonania elewacji, zeznała, że przysyłane elementy są dostosowywane, docinane do konkretnych elementów na budowie podczas montażu i że po wykonaniu belki obwodowej było możliwe wykonanie pomiarów koniecznych do wykonania elewacji, a ponadto, że wykonanie belek obwodowych zakończyło się w sierpniu 2010 r. i że wtedy możliwe też było zamówienie tafli szklanej (k. 1453). W oparciu o zeznania świadków przywołane w apelacji nie sposób więc podważyć prawidłowości opinii biegłej M. L.. Co do wpływu propozycji zmiany systemu fasadowego w zakresie obejmującym elementy z aluminium, świadek P. K. zeznał, że próba w tym przedmiocie została podjęta w lipcu 2010 r., gdy trwał montaż wieńców obwodowych (k. 141), a zatem jeszcze zanim możliwe było dokonanie pomiarów belek obwodowych, które wtedy nie były jeszcze wykonane. Sąd Okręgowy trafnie więc ustalił, że propozycja zmiany systemu elewacji oraz termin zamówienia profili aluminiowych i szkła nie miały wpływu na czas wykonywania przedmiotu umowy. Nie zmienia tej oceny wyrażone przez biegłą podczas rozprawy przypuszczenie, że mogło być inaczej, na które zwrócił uwagę autor apelacji. Wyraźnie bowiem ta wypowiedź biegłej na rozprawie stanowi przypuszczenie, które nie było odniesione do wyników postępowania dowodowego, ale do samego faktu, że system elewacyjny wykonywany jest na zamówienie i trzeba czekać na jego realizację (k. 1626, 1627), zważywszy nawet na powołane zeznania świadka I. H. (1).

W pisemnej opinii biegła szczegółowo wskazywała też na prace zamienne i dodatkowe, które miały wpływ na wydłużenie czasu realizacji inwestycji, motywując obszernie stanowisko w tym przedmiocie ze wskazaniem czasu. Wbrew więc zarzutowi apelacji opartemu o wypowiedź biegłej z rozprawy w dniu 27 maja 2014 r., że biegła ograniczyła się do stwierdzenia samej teoretycznej możliwości wpływu zlecenia prac zamiennych na przedłużenie wykonywania robót budowlanych, biegła opisała w opinii faktyczny wpływ zlecenia prac zamiennych i dodatkowych w realiach rozpoznawanej sprawy.

Chybiony jest też zarzut naruszenia art. 233 § 1 kpc w zakresie oceny zeznań świadków I. H. (1), M. K., S. N., H. P., L. W. oraz zeznań Z. N.. W istocie idzie bowiem skarżącemu o ocenę przez te osoby faktów, co było przedmiotem opinii, jako okoliczność wymagająca wiadomości specjalnych. Skarżący kwestionuje przecież ocenę zeznań tych osób w części, w jakiej zawierają ich opinię co do tego, że za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy odpowiedzialna jest powódka oraz że zlecenie powódce prac zamiennych i dodatkowych nie miało wpływu na czas wykonania przedmiotu umowy.

Podsumowując tę część rozważań, Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i, jako prawidłowe, przyjmuje je za własne.

Jeśli idzie o zarzuty naruszenia prawa materialnego, trzeba w tej sytuacji podkreślić, że wobec nieudowodnienia podstawy do obciążenia karą umowną i stanu potracalności wierzycelności z tego tytułu z wierzycelnością dochodzoną, trafne jest stanowisko Sądu Okręgowego o bezskuteczności oświadczenia o potrąceniu wierzycelności, przez co zarzut potrącenia nie mógł odnieść zamierzonego skutku, zaś przepisy prawa materialnego zostały prawidłowo zastosowane.

Stopień komplikacji sprawy, mnogość wątków faktycznych w niej poruszanych, koniecznych dla rozstrzygnięcia, nakład pracy są tego rodzaju, że stosownie do art. 109 § 2 kpc zasadne było zasądzenie wynagrodzenia w podwójnej stawce.

Apelacja – jako bezzasadna – podlegała zatem oddaleniu (art. 385 kpc).

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono stosownie do jego wyników i wartości przedmiotu zaskarżenia (art. 98 § 1 i 3 w związku z art. 99 kpc, § 6 pkt 7 w związku z § 12 ust. 1 pkt 2 powołanego wcześniej rozporządzenia z 28 września 2002 r.).