

Sygn. akt V AGa 70/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 lutego 2018r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Wiesława Namirska (spr.)
Sędziowie:	SA Grzegorz Stojek SA Tomasz Pidzik
Protokolant:	Anna Fic

po rozpoznaniu w dniu 16 lutego 2018r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa B. W.

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

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie

z dnia 10 maja 2016r., sygn. akt V GC 126/14

1. oddała apelację;
2. nie obciąża powoda kosztami postępowania apelacyjnego.

SSA Tomasz Pidzik	SSA Wiesława Namirska	SSA Grzegorz Stojek
-------------------	-----------------------	---------------------

Sygn. akt V AGa 70/18

UZASADNIENIE

Powód B. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) pozwem w postępowaniu nakazowym wniesionym do Sądu Okręgowego w Częstochowie domagał się zasądzenia na jego rzecz od pozwanego (...) Spółki z ograniczoną

odpowiedzialnością w C. kwoty 624.500 zł z ustawowymi odsetkami od 21 lutego 2014r. do dnia zapłaty oraz zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu według norm przepisanych.

Powód uzasadniając żądanie pozwu wskazał, że na podstawie zawartej pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane z dnia 8 lipca 2013 r., jako generalny wykonawca wykonał obiekt handlowo-usługowy (...), inwestycja została zakończona w 2013r., do zapłaty pozostała należność w wysokości dochodzonej pozwem, stanowiąca różnicę pomiędzy kwotą ujętą w fakturze VAT nr (...) z dnia 3 lutego 2013r. a kwotą 7.217,03 zł którą pozwany uiścił.

Sąd Okręgowy w Częstochowie wydał w dniu 30 czerwca 2014 r. nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym, w którym uwzględnił żądanie pozwu.

Pozwany (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w C. wniósł zarzuty od nakazu zapłaty zaskarżając nakaz w całości i domagając się uchylenia nakazu oraz oddalenia powództwa.

Pozwany wskazał, że należność ujęta w fakturze VAT dołączonej do pozwu została rozliczona pomiędzy stronami albowiem pozwany stosownie do postanowień umowy zatrzymał kwotę 180.000 zł wpłacona tytułem kaucji gwarancyjnej, o czym powód został powiadomiony. Ponadto, powód zlecił wykonanie części robót podwykonawcy, za co pozwany zapłacił podwykonawcy kwotę 72.000 zł. Następnie pozwany zatrzymał z przedmiotowej faktury kwotę 12.300 zł stanowiącą wynagrodzenie za tzw. prace zielone (nasadzenie drzew i krzewów oraz urządzenie trawnika). Uwzględniając powyższe kwoty, do zapłaty pozostaje kwota 360.000 zł, która zdaniem pozwanego wyczerpywała naliczone przez pozwanego kary umowne za nieterminowe oddanie obiektu budowlanego, to jest opóźnienie o 20 dni. Po przeprowadzeniu takiej operacji do zapłaty pozostaje kwota 7.217,03 zł, którą pozwany – zgodnie z twierdzeniem pozwu – uiścił.

W piśmie procesowym z 30 września 2014r. powód uznał należność pozwanego w kwocie 12.300 zł, zastrzegł również, że gotowy jest uznać za rozliczoną kwotę 72.000 zł uzależniając swoją decyzję w tym zakresie od stanowisko pozwanego co do pozostałej części roszczenia. Zakwestionował natomiast zasadność obciążenia go karą umowną w wysokości 360.000 zł podając, że faktyczne zakończenie robót nastąpiło 29 listopada 2014r., przy czym przekroczenie terminu oddania robót nastąpiło z przyczyn od powoda niezależnych.

Na rozprawie w dniu 15 stycznia 2015r. powód ograniczył żądanie pozwu do kwoty 360.000 zł, zrzekając się w pozostałej części roszczenia, w wyniku czego postanowieniem z 24 lutego 2015r. Sąd Okręgowy umorzył postępowanie co do kwoty 282.500 zł.

Sąd Okręgowy w Częstochowie wyrokiem z dnia 10 maja 2016 r. zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 108.000 zł z ustawowymi odsetkami w wysokości 8% od dnia 21 lutego 2014 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i 7% od dnia 1 stycznia 2016 r.;

w pozostałym zakresie powództwo oddalił oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 22.234 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Na skutek wniosku pozwanej o uzupełnienie wyroku Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 23 czerwca 2016 r. uchylił w całości nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 30 czerwca 2014 r., sygn. V GNc 111/14.

Sąd Okręgowy poczynił następujące ustalenia stanu faktycznego :

Strony w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej zawarły w dniu 8 lipca 2013 r. umowę o roboty budowlane, w ramach której powód B. W. jako generalny wykonawca zobowiązał się wobec pozwanego, jako inwestora do wykonania obiektu handlowo-usługowego (...), zgodnie ze stanowiącą załącznik do umowy dokumentacją. Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 3.600.000 zł netto oraz termin zakończenia robót wraz z przekazaniem dokumentacji na dzień 14.11.2013r. (§ 14 pkt 2 umowy). Ponadto strony umowy przewidziały możliwość

obciążenia wykonawcy karą umowną w wysokości 0,5% wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki w wykonaniu i oddaniu przedmiotu umowy, jednak nie więcej niż 20% przedmiotu umowy netto (§ 17 pkt 1 a umowy). Wynagrodzenie ryczałtowe miało być wypłacane powodowi przez pozwanego na podstawie miesięcznych faktur przedkładanych zamawiającemu z zatwierdzonymi przez Inspektora nadzoru protokołami częściowymi odbioru robót wykonanych, określających procentowe zaawansowanie elementów ujętych w harmonogramie rzeczowo-finansowym według załącznika nr 3 do umowy, potwierdzonych przez inspektora banku kredytującego (§ 3 pkt 4 umowy).

Powód przystąpił do prac budowlanych w dniu 19 lipca 2013 r. W trakcie wykonywania robót na placu budowy ujawniono fundamenty po istniejącym uprzednio w tym miejscu przedszkolu. Na podstawie przekazanej przez inwestora (pozwanego) powodowi (wykonawcy) dokumentacji budowlanej nie można było przed rozpoczęciem robót stwierdzić, że tego rodzaju przeszkoda w miejscu budowy występuje.

Bezspornym było, że w trakcie wykonywania robót powstała dodatkowo konieczność usunięcia starego ogrodzenia czy wycinki drzew, do wykonania której wymagane było uzyskanie stosownych zezwoleń. Usunięcie drzew zostało zlecone przez pozwanego powodowi, który prace te wykonał.

W trakcie współpracy stron, przy realizacji przedsięwzięcia będącego przedmiotem ww. umowy dochodziło ze strony pozwanego do opóźnień w terminach zapłaty za poszczególne etapy robót. I tak, faktura VAT nr (...) na kwotę 674.723,82 zł została opłacona z ponad miesięcznym opóźnieniem, faktura VAT nr (...) na kwotę 701.315,50 zł. została opłacona z 17-dniowym opóźnieniem, faktura VAT nr (...) na kwotę 568.198,50 zł została opłacona z 10-dniowym opóźnieniem.

Na wystąpienie zatorów płatniczych powód zwrócił uwagę pozwanemu m.in. pismem z 3.08.2013r. podając, że taki stan rzeczy opóźnia terminowość wykonania robót o około 1,5 tygodnia. Nie wstrzymało to jednak prac budowlanych przez powoda.

Odnosnie pierwszej ze wskazanych wyżej faktur w dniu 11 września 2013 r. strony zawarły porozumienie, na mocy którego przesunięto termin płatności faktury wystawionej przez powoda w dniu 1 sierpnia 2013 r. za pierwszy etap prac (tzw. zaawansowanie nr 1) na miesiąc wrzesień 2013 r. Przyjęto, że powód wystawi fakturę za ten etap prac w dniu 3 września 2013 r.

Po zakończeniu prac budowlanych przez powoda obiekt będący przedmiotem umowy o roboty budowlane został wydany inwestorowi (pozwanemu) w dniu 29 listopada 2013r.

W tym samym dniu powód, działając w imieniu inwestora wystąpił z wnioskiem o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. W dniu 13 grudnia 2013 r. Powiatowi Inspektor Nadzoru Budowlanego w Ł. wydał decyzję Nr (...) o udzieleniu powodowej spółce pozwolenia na użytkowanie przedmiotowego obiektu.

W dniu 3 lutego 2014r. powód wystawił fakturę VAT nr (...) z terminem płatności do 20 lutego 2014r. na kwotę 631.717,03 zł brutto, gdzie jako nabywca wskazany został pozwany. Ostatecznie strony rozliczyły należność z ww. faktury do kwoty 360.000 zł, która pozostała do zapłaty.

Pismem z 24 lutego 2014r. pozwany oświadczył powodowi, że obciąża go kwotą 360.000 zł tytułem kary umownej za 20 dni zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy.

Powód zakwestionował zasadność naliczenia kary umownej.

Powyższych ustaleń stanu faktycznego dokonał Sąd Okręgowy na dowodach w postaci dokumentów urzędowych oraz prywatnych zaoferowanych przez strony oraz na podstawie opinii biegłego geodety M. P. oraz częściowo na zeznaniach wskazanych wyżej świadków i przesłuchaniu powoda w części, w jakiej dowody te odnoszą się one do stanu faktycznego niezbędnego dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zdaniem Sądu Okręgowego, zeznania świadków i powoda, które Sąd przyjął za podstawę ustaleń faktycznych zasadniczo potwierdzają albo okoliczności bezsporne albo stwierdzone dokumentami, dlatego Sąd przyjął je za wiarygodne. Występujące co do niektórych kwestii sprzeczności w ich zeznaniach odnosiły się w istocie kwestii ocennych w zakresie przyczyn opóźnienia w oddaniu inwestycji przez powoda. Świadkowie zawnioskowani przez powoda: D. K. (koordynator robót ze strony powoda), A. P. (kierownik budowy), B. T. (podwykonawca powoda), T. H. (podwykonawca powoda), i B. K. (podwykonawca powoda), wskazując na przyczyny w opóźnieniu w wykonaniu inwestycji potwierdzili twierdzenia powoda w tym zakresie. Zeznali, że występowały opóźnienia w finansowaniu inwestycji przez pozwaną, ujawniły się w trakcie prac przeszkody w postaci nie ujawnionych w projekcie starych fundamentów przedszkola, występowały błędy projektowe oraz zaistniała konieczność dodatkowej wycinki drzew. O okolicznościach tych pozwana była na bieżąco informowana.

Z kolei zawnioskowany przez pozwaną świadek J. W., pełniący funkcję kierownika nadzoru ze strony inwestora zeznał, że podstawową przyczyną opóźnienia w wykonaniu inwestycji ze strony powoda było wykonanie przyłączy instalacyjnych niezgodnie

z projektem budowlanym. Roboty te były zostawione na koniec budowy, ze względu na złą organizację frontu robót przez generalnego wykonawcę, w szczególności poprzez niewłaściwe składowanie hałdy kostki brukowej, co uniemożliwiało przystąpienie do tych prac wcześniej. Spowodowało to wykonanie przyłączy niezgodnie z wcześniejszym projektem oraz konieczność wykonania projektu zamiennego, na podstawie którego uzyskano pozwolenie na budowę oraz sporządzenia nowego pomiaru geodezyjnego, który był niezbędny do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. To według świadka spowodowało opóźnienie o około 2 tygodnie w uzyskaniu zezwolenia na użytkowanie obiektu. Świadek jednocześnie potwierdził, że były problemy z płatnościami ze strony inwestora, ale prace nie były z tego powodu przerwane i powód zapewniał, że wykona inwestycję w terminie. Świadek przyznał również, że były przeszkody w postaci starych fundamentów, w związku

z tym zakres robót był nieco większy, lecz nie wpłynęło to na opóźnienie robót, albowiem powód zapewniał go na początku listopada, że termin robót nie jest zagrożony. Kwestia tych dodatkowych robót miała być przedmiotem dodatkowego porozumienia stron po zakończeniu robót, lecz do tego nie doszło, albowiem inwestycja została przez generalnego wykonawcę oddana po terminie.

Zdaniem Sądu Okręgowego, z zeznań wskazanych wyżej świadków wynika jedynie to, że pojawiały się przeszkody w realizacji inwestycji o których mówili świadkowie, lecz nie da się na ich podstawie ustalić, czy i w jakim stopniu poszczególne z tych przyczyn miały wpływ na wykonanie obiektu przez powoda po terminie wskazanym w umowie.

Sąd Okręgowy przyjął i podzielił opinię biegłego z zakresu geodezji i kartografii mgr inż. M. P. (k. 309-315), z jej uzupełnieniem na rozprawie w dniu 15 lutego 2016 r. (k. 358). Biegły w swojej opinii stwierdził, że na podstawie dokumentacji budowlanej,

w oparciu o którą udzielono pozwanemu pozwolenia na budowę nie można było jednoznacznie stwierdzić, że po wyburzeniu poprzednio istniejącego tam budynku pozostały nieusunięte fundamenty i musy, choć w ocenie biegłego zarówno inwestor, jak i wykonawca powinni brać taką możliwość pod uwagę. Strony po złożeniu uzupełniającej opinii przez biegłego nie wnosiły o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego, ani nie zaoferowały innych dowodów w tym zakresie.

Zeznaniom przesłuchanego w charakterze strony powoda B. W. Sąd Okręgowy dał wiarę co do okoliczności znajdujących oparcie w załączonych do akt dokumentach, bądź zeznaniach świadków. Odmówił natomiast wiarygodności zeznaniom powoda w zakresie jego twierdzeń, że nie było żadnych problemów z wykonaniem przyłączy instalacyjnych, gdyż stoją one w sprzeczności z załączoną do akt decyzją Prezydenta Miasta Ł. z dnia 27 listopada 2013 r. (nr DAR-UA.III.6740.960.2013) z której wynika, że zatwierdzony został zamienny projekt zagospodarowania i projekt instalacji: wodociągowej, sanitarnej, deszczowej, gazowej i elektrycznej, a więc z jakichś przyczyn wykonywany był projekt zamienny w tym zakresie. Nie zasługuje również na wiarę ta część zeznań powoda,

w której twierdził on, że wszystkie przyczyny w opóźnieniu prac były wpisywane do dziennika budowy, gdy tymczasem w dzienniku tym brak zapisów o wstrzymaniu jakichkolwiek prac, w szczególności z powodu opóźnienia w finansowaniu inwestycji przez pozwaną spółkę.

Odnosząc powyższe ustalenia stanu faktycznego pod obowiązujące normy prawne uznał Sąd Okręgowy powództwo za uzasadnione jedynie częściowo, a w szczególności do kwoty 108.000 zł z tytułu nieuiszczonej części wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, objętego fakturą VAT nr (...) z dnia 3 lutego 2013r. W pozostałej części tj. co do kwoty 252.000 zł powództwo zostało oddalone wobec skutecznego zdaniem Sądu Okręgowego, podniesienia zarzutu potrącenia obejmującego wierzytelność z tytułu kary umownej naliczonej za 14 dni zwłoki w oddaniu obiektu budowlanego.

Wskazano w szczególności, że bezspornym było, że do rozliczenia z faktury VAT nr (...) z dnia 3.02.2013r. pozostała kwota 360.000 zł, przy czym – w ocenie pozwanego – należność ta została umorzona na skutek dokonanego pismem z 24 lutego 2014r. potrącenia obejmującego należność z tytułu kary umownej za 20 dni zwłoki w oddaniu obiektu budowlanego. Kluczowym dla sprawy zagadnieniem była więc ocena skuteczności złożonego przez pozwanego pismem z 20 lutego 2014r. oświadczenia o potrąceniu, co bezpośrednio wiąże się z oceną zasadności obciążenia powoda karą umowną, którą strony przewidziały w § 17 pkt 1 a umowy .

Wskazując na przepis art. 483 § 1 k.c., zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kary umownej) podkreślił Sąd Okręgowy, iż strony umowy o roboty budowlane tego rodzaju zastrzeżenie (zarówno w interesie zamawiającego jak i wykonawcy) w umowie zawarły. W odniesieniu do wykonawcy (powoda) kara umowna mogła zostać naliczona w wysokości 18.000 zł (jako 0,5% z kwoty 3.600.000 zł) za każdy dzień zwłoki w przekroczeniu ustalonego na 14.11.2013r. terminu w oddaniu obiektu.

Pozwany twierdził, że powód ukończył roboty z 20-dniowym przekroczeniem umownego terminu. Twierdzenie to nie zostało udowodnione co do wskazanego przez pozwanego zakresu przekroczenia terminu. W świetle zabranego w sprawie materiału dowodowego przyjął Sąd Okręgowy, iż nastąpiło 14-dniowe przekroczenie ustalonego terminu oddania obiektu w stosunku do daty przewidzianej w umowie (14 listopada 2013 r.), to znaczy obiekt został wydany inwestorowi w dniu 29 listopada 2013r., co wynika z dziennika budowy (k. 46), a czego powód nie kwestionował. W konsekwencji w tym dniu powód nie pozostawał już w opóźnieniu z wykonaniem robót.

W dalszej kolejności celowym było ustalenie, czy owo opóźnienie było przez powoda zawinione. Powód twierdził, że przekroczenie terminu w oddaniu obiektu budowlanego nastąpiło wyłącznie z przyczyn leżących po stronie pozwanego.

Odwołując się do poglądu wyrażonego przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 maja 2014r., sygn. V CSK 402/13 podkreślił Sąd Okręgowy, że w przypadku zastrzeżenia kary umownej na wierzycielu spoczywa ciężar udowodnienia faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, natomiast zawinienie dłużnika objęte jest domniemaniem wzruszalnym, stąd na dłużniku ciąży powinność jego obalenia poprzez udowodnienie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikało z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności. Podobne stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z 13 czerwca 2003r., sygn. III CKN 50/01 stwierdzając wprost: „jeżeli dłużnik broni się zarzutem, że nie zawinił niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, to na nim spoczywa ciężar udowodnienia prawdziwości tego zarzutu (art. 6 k.c.)”.

Przyjmując powyższy pogląd za własny stwierdził Sąd Okręgowy, że powód nie sprostał powinności wynikającej z rozkładu ciężaru dowodowego w tym zakresie. Powołując się na niezawinione przez niego okoliczności, które rzekomo skutkowały przekroczeniem terminu w wykonaniu przedmiotu umowy, bądź to okoliczności tych nie udowodnił

(błędów projektowych), bądź też nie wykazał, aby ich wystąpienie (opóźnienia płatnicze, wycinka drzew, ujawnienie starych fundamentów) wpłynęło na przedłużenie wykonania robót.

Dla wykazania takiego związku niezbędne było – w ocenie Sądu Okręgowego – zasięgnięcie opinii biegłego z zakresu budownictwa, o co jednak powód nie wnosił. Dopuszczony w sprawie dowód z opinii biegłego geodety niewiele w tym zakresie wniósł do sprawy. Na jego podstawie można jedynie przyjąć ustalenie, że w oparciu o dokumentację budowlaną nie można było jednoznacznie stwierdzić, że po wyburzeniu budynku pozostawiono nieusunięte fundamenty i mury, przy czym – w ocenie biegłego – zarówno inwestor, projektant jak i wykonawca powinni brać pod uwagę istnienie takich fundamentów. Nieprzydatny był natomiast tenże dowód dla ustalenia faktu, iż ujawnione fundamenty skutkowały opóźnieniem w terminowym zakończeniu robót. Podobnie rzecz się ma w odniesieniu do pozostałych okoliczności, to jest potrzeby wycinki drzew oraz zatorów płatniczych po stronie pozwanej. Odnośnie pierwszej przeszkody to – nie można wykluczyć – że nie zaburzała ona procesu budowy, gdyż czekanie na stosowne zezwolenia nie tamowało możliwości wykonywania robót. Podobnie zdaniem Sądu Okręgowego, bez zasięgnięcia wiedzy biegłego, posiadającego wiadomości specjalne z zakresu budownictwa, nie sposób oszacować, czy i w jakim stopniu na proces budowlany wpłynęły opóźnienia w płatnościach za wykonanie poszczególnych etapów robót. Zwrócił Sąd Okręgowy uwagę, że opóźnienie w płatności pierwszej faktury wynosiło ponad miesiąc, tymczasem oddanie obiektu nastąpiło z opóźnieniem 14-dniowym. Nie sposób zatem dokonać automatycznego przełożenia długości terminu w opóźnieniach płatniczych pozwanego na przedłużenie z tej przyczyny całego procesu budowlanego. Rolą powoda w niniejszym procesie było wykazanie, że brak terminowych płatności ze strony pozwanego utrudniał bądź uniemożliwiał mu prowadzenie przez określony czas prac np.

z powodu braku dostaw materiałów, niemożności korzystania ze sprzętu budowlanego, wypowiedzenia umów ze strony podwykonawców, itd., a jeżeli takie przypadki wystąpiły to o jaki konkretnie okres spowodowały one wydłużenie terminu oddania inwestycji. Ocenic to może na podstawie zebranej dokumentacji tylko osoba posiadająca wiadomości specjalne zwłaszcza, że w dzienniku budowy brak jakichkolwiek zapisów o wstrzymaniu prac, w szczególności z powodu opóźnienia w finansowaniu inwestycji przez pozwaną spółkę. Powód nie wykazał też, że z przyczyn od siebie niezawinionych zaistniała konieczność sporządzenia projektu budowlanego zamiennego w zakresie instalacji przyłączy, co miało miejsce już po upływie określonego w umowie terminu zakończenia robót i czy z tego powodu prace uległy opóźnieniu, a jeżeli tak, to o jaki okres..

Zważył Sąd Okręgowy, że powód w okolicznościach stwierdzonych utrudnień ze strony pozwanego w zakresie finansowania inwestycji, czy też problemów innego rodzaju, nie skorzystał z przysługujących mu z mocy umowy uprawnień. Dotyczy to zwłaszcza możliwości przedłużenia terminu zakończenia robót (§ 14 pkt 3 umowy), czy nawet rozwiązania umowy m.in. z uwagi na przedłużający się ponad 14 dni brak zapłaty (§ 16 pkt 5 umowy), co uprawniałoby z kolei powoda do naliczenia kary umownej (§ 17 pkt 3 umowy). Brak stanowczej i prawnie relewantnej reakcji powoda na dostrzeżone przeszkody pozwala domniemywać, że nie było one na tyle poważne, aby zagrażały terminowemu zakończeniu prac. Nielogiczne i niezgodne z doświadczeniem życiowym jest bowiem, aby powód jako profesjonalista narażał się na odpowiedzialność za nieterminowe wykonanie umowy, za działania będące następstwem okoliczności leżących po stronie kontrahenta. Takie założenie częściowo potwierdza np. treść pisma z 3.03.2013r. (k. 120), z którego wynika, że przeszkoda w postaci ujawnienia starych fundamentów nie uniemożliwiała terminowego zakończenia robót.

W ocenie Sądu Okręgowego, dla stwierdzenia, czy podniesione przez powoda okoliczności mające na celu uwolnić go od naliczenia kary umownej, rzeczywiście skutkowały nienależytym wykonaniem zobowiązania po jego stronie (przekroczeniem terminu do oddania obiektu, a jeżeli tak to o jaki czas), niezbędne były wiadomości specjalne z zakresu budownictwa, którymi dysponuje biegły. Powód – zgodnie z art. 6 k.c. i art. 232 zd. 1 k.p.c. - takiego dowodu nie zaoferował, tym samym fakty z których wywodził skutki prawne nie zostały udowodnione.

W konsekwencji przyjął Sąd Okręgowy, że zasadnym było obciążenie przez pozwanego powoda karą umowną za okres 14 dni zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy, co stanowi należność w kwocie 252.000 zł (18.000zł x 14 dni). Złożone przez pozwanego pismem z 24 lutego 2014r. oświadczenie o potrąceniu uznać należało za skuteczne

w odniesieniu do kwoty 252.000 zł. Zgodnie zatem z art. 498 k.c. oraz postanowieniami umowy wierzytelność powoda umorzyła się na skutek potrącenia, a do zapłaty na rzecz powoda pozostała kwota 108.000 zł stanowiąca różnicę pomiędzy kwotą 360.000 zł (pozostałą częścią należności z faktury VAT nr (...) z dnia 3 lutego 2013r.) a kwotą 252.000 zł (wierzytelnością przedstawioną do potrącenia).

O odsetkach orzeczono na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. uwzględniając przy tym, termin płatności faktury określony na 20 lutego 2014r.

W punkcie 2 wyroku powództwo w pozostałej części oddalono jako nieuzasadnione w oparciu o art. 6 k.c.

O kosztach orzeczono na zasadzie art. 100 zd. 1 k.p.c. Powód wygrał sprawę w 17,29% i w takim też stosunku powinien partycypować w kosztach procesu, które w niniejszym postępowaniu wyniosły 48.594,51 zł. i obejmowały: opłaty od pozwu w kwocie 7.807,00 zł. i 23.419,00 zł., koszty opinii biegłego w kwocie 2.934,51 zł. oraz koszty zastępstwa prawnego każdej ze stron po 7.217,00 zł. Powód dotychczas poniósł koszty w wysokości 17.958,51 zł, powinien natomiast ponieść koszty w kwocie 40.192,51 zł.

W związku z powyższym należało zasądzić od powoda na rzecz pozwanego kwotę 22.234,00 zł. jako różnicę pomiędzy kosztami należnymi a faktycznie poniesionymi. Tak też orzeczono w punkcie 3 sentencji wyroku.

Apelację od powyższego wyroku w części oddalającej powództwo oraz zasądzającej w związku z tym od powoda na rzecz pozwanego kwotę 22.234 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, tj. w punkcie 2 i 3 wyroku wniósł powód, który podniósł następujące zarzuty :

1. sprzeczność istotnych ustaleń faktycznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego polegającą na błędnym przyjęciu, iż:

- powód nienależycie wykonał swoje zobowiązania wobec pozwanego wynikające z zawartej przez strony umowy o wykonawstwo robót budowlanych z dnia 8 lipca 2013 r.,

- pozwany uprawniony był do skutecznego obciążenia powoda karą umowną w wysokości 252.000 zł oraz uprawniony był do skutecznego i ważnego jej potrącenia z wynagrodzenia należnego powodowi,

- 14 dniowe opóźnienie w oddaniu obiektu budowlanego zostało przez powoda zawinione i powstało wyłącznie z przyczyn leżących po stronie powoda,

- powód nie wykazał, iż opóźnienie w oddaniu obiektu budowlanego nie zostało przez niego zawinione,

- powód nie wykazał, iż okoliczności i zdarzenia, jakie miały miejsce w trakcie wykonywania prac budowlanych spowodowały konieczność spowolnienia tempa prac, a tym samym niezawiniony przez niego brak możliwości oddania obiektu budowlanego w pierwotnie ustalonym terminie umownym (vide np.: pisma powoda do pozwanego z k. 116-117 akt,

w którym już w sierpniu 2013 r. informuje pozwanego o skutkach zwłoki w zapłacie przez pozwanego należności za wykonanie poszczególnych etapów robót),

- dla przyjęcia powstania niezawinionego przez powoda opóźnienia w terminowości wykonania robót budowlanych konieczne jest wykazanie, iż roboty te zostały wstrzymane, podczas gdy opóźnienie takie może wynikać również ze spowolnienia tempa prac na skutek wystąpienia przeszkód nie leżących po stronie generalnego wykonawcy, a tym samym nie musi wiązać się ze wstrzymaniem robót, które w praktyce związane jest z poniesieniem szkody majątkowej w znacznej wysokości,

oczekiwanie na uzyskanie zezwolenia na wycinkę drzew nie tamuje możliwości wykonania tego rodzaju prac, podczas gdy wycinka taka bez zezwolenia nie mogła zostać dokonana, gdyż byłaby nielegalna, a co więcej - narażałaby powoda

na wielotysięczne kary finansowe nakładane w trybie administracyjnym oraz na odpowiedzialność kamą z art. 144 kodeksu wykroczeń,

- powód mógł skorzystać z uprawnienia umownego polegającego na możliwości przedłużenia terminu zakończenia robót (§14 pkt 4 umowy - w uzasadnieniu wyroku omyłkowo wskazał Sąd § 14 pkt 3 umowy), podczas gdy przedmiotowe wybitnie niejasne, nieprecyzyjne i ogólnikowe postanowienie umowne nie dawało powodowi takiego uprawnienia, a w szczególności uprawnienia do jednostronnej zmiany ostatecznego terminu oddania obiektu budowlanego w zaistniałych okolicznościach, jakie miały miejsce w trakcie wykonywania prac;

2. obrazę przepisów postępowania mającą istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, a to:

a/ art. 233 § 1 k.p.c. poprzez niewłaściwą ocenę przeprowadzonych w toku postępowania dowodów, a w szczególności dowodów z przedłożonych przez powoda dokumentów (w tym sporządzonych przez niezależne podmioty trzecie - np. k. 127 akt), jak i samych zeznań powoda, a nadto nie uwzględnienie dowodów potwierdzających w pełnej rozciągłości treść zeznań powoda, skutkujące nietrafnym przyjęciem, iż:

- przedstawione przez powoda okoliczności nie mogły skutkować i nie skutkowały co najmniej 14 dniowym opóźnieniem w oddaniu obiektu budowlanego w stosunku do terminu umownego pierwotnie przez strony określonego,

- powód nie wykazał braku swojej winy w powstaniu 14 dniowego opóźnienia w oddaniu obiektu budowlanego,

- powód narażał się na odpowiedzialność za nieterminowe wykonanie umowy oraz za działania będące następstwem okoliczności leżących po stronie pozwanego, podczas gdy powód nie miał podstaw do powzięcia przypuszczenia, iż nieterminowe oddanie obiektu budowlanego w świetle okoliczności i zdarzeń, jakie miały bezspornie miejsce w trakcie procesu budowlanego potraktowane zostanie przez pozwanego jako zaistniałe z winy powoda, a nadto powód przez cały okres realizacji inwestycji wykazywał się dobrą wolą nakierowaną na jak najszybsze i bezkonfliktowe zakończenie budowy pomimo uchybień w płatnościach ze strony pozwanego;

b/ art. 278 § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie, iż ustalenie zasadności twierdzenia powoda o tym, iż „wystąpienie obiektywnych, niezależnych od stron przeszkód w postaci : ujawnienia na placu budowy starych fundamentów po przedszkolu, konieczności usunięcia starego ogrodzenia, przeprowadzenia wycinki drzew po uprzednim uzyskaniu na to stosownych zezwoleń oraz błędów projektowych mogło samodzielnie lub w połączeniu z nieterminowym realizowaniem przez pozwanego swoich zobowiązań pieniężnych na rzecz powoda skutkować i skutkowało co najmniej 14 dniowym opóźnieniem w oddaniu obiektu budowlanego w stosunku do pierwotnego terminu umownego, co w tym stanie rzeczy nie dawało pozwanemu prawa do obciążenia powoda karą umowną w wysokości 252.000 zł” stanowi wypadek wymagający wiadomości specjalnych, a tym samym rodzący konieczność przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa;

c/ art.278 k.p.c. poprzez przyjęcie, iż ustalenie zasadności twierdzenia powoda o tym, iż „brak terminowego realizowania przez pozwanego swoich zobowiązań pieniężnych na rzecz powoda mogło samodzielnie lub w połączeniu z ww. przeszkodami skutkować i skutkowało co najmniej 14 dniowym opóźnieniem w oddaniu obiektu budowlanego w stosunku do pierwotnego terminu umownego, co w tym stanie rzeczy nie dawało pozwanemu prawa do obciążenia powoda karą umowną w wysokości 252.000 zł” stanowi wypadek wymagający wiadomości specjalnych, a tym samym rodzący konieczność przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa;

3/ obrazę przepisów prawa materialnego, a to:

a/ art 6 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 1 k.c. poprzez przyjęcie, iż:

- to na powódzie spoczywał obowiązek wykazania, iż brak terminowego w stosunku do pierwotnych postanowień umownych przekazania pomiędzy stronami obiektu budowlanego nie był przez powoda zawiniony, podczas gdy z uwagi na treść łączącej strony umowy

(a w szczególności § 17 pkt 1 lit. a, w którym mowa o „zwłocę”) obowiązek dowiedzenie winy powoda obciążał pozwanego, gdyż tylko w przypadku powstania zwłoki (a więc winy powoda) pozwany uprawniony był do naliczenia kary umownej,

- pozwany nabył uprawnienie do skutecznego obciążenia powoda karą umowną w wysokości 252.000 zł oraz uprawniony był do potrącenia jej z wynagrodzenia należnego powodowi,

b/ art. 484 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie skutkujące wadliwym przyjęciem, iż pozwany uprawniony był do obciążenia powoda karą umowną w pełnej wysokości, pomimo tego, iż powód domagał się od pozwanego odstąpienia od naliczenia kary umownej (a więc

w tym również przynajmniej jej zmniejszenia) z uwagi na jej rażąco wygórowaną wysokość, a nadto z uwagi na wysokość kary:

- nieadekwatną do dobrej woli powoda w zakresie sprawnego i bezkonfliktowego zrealizowania inwestycji,

- nieadekwatną do przyczyny jej naliczenia oraz w praktyce braku jakichkolwiek negatywnych dla pozwanego skutków niewielkiego obiektywnie (jak i w stosunku do czasu trwania procesu budowlanego) przesunięcia w czasie daty oddania obiektu budowlanego,

- nie uwzględniającą faktu, iż budowa - pomimo obiektywnych, nie znanych stronom w dacie zawarcia umowy trudności oraz zatorów płatniczych ze strony pozwanego - została w całości ukończona,

- uniemożliwiająca powodowi dokonanie zapłaty należności podmiotom (podwykonawcom), którzy na zlecenie powoda i za zgodą pozwanego wykonywali roboty na spornej budowie, a tym samym krzywdzącą osoby trzecie;

d/ art. 5 k.c. poprzez jego niezastosowanie wyrażające się w przyjęciu po stronie

pozwanego skutecznego uprawnienia do obciążenia powoda karą umową w wysokości

252.000 zł za 14 dniowe opóźnienie w oddaniu obiektu budowlanego w stosunku do

pierwotnego terminu umownego w sytuacji, w której:

- pozwany wielokrotnie i regularnie popadał w zwłokę ze spełnianiem swoich zobowiązań pieniężnych na rzecz powoda, a w szczególności nieterminowo i ze znacznym wielodniowym (a w jednym przypadku ponad miesięcznym) opóźnieniem dokonywał na rzecz powoda zapłaty za wykonanie poszczególnych etapów robót,

- pozwany nie poniósł jakiegokolwiek szkody mogącej mieć związek z 14 dniowym opóźnieniem w oddaniu obiektu budowlanego w stosunku do pierwotnego terminu umownego, a w szczególności nie został w żaden sposób obciążony finansowo przez właściciela sieci sklepów (...) - spółkę (...) S.A.,

- opóźnienie w oddaniu obiektu budowlanego nie wpłynęło w jakikolwiek sposób na dalsze przekazanie go spółce (...) S.A., gdyż przekazanie to nastąpiło dopiero

w dniu 16 grudnia 2013 r. i dokonane zostało przez powoda - vide: protokół zdawczo - odbiorczy z k. 86-88 akt,

- kara umowna zastrzeżona została w wysokości rażąco wygórowanej i nieadekwatnej do charakteru, przyczyn oraz skutków naruszenia terminu końcowego oddania obiektu budowlanego,

- postanowienia umowy sformułowane zostały w sposób dla powoda rażąco niekorzystny (np. prawo odstąpienia powoda od umowy dopiero po 30 dniach braku możliwości prowadzenia robót z winy pozwanego - § 16 pkt 3 przy jednoczesnym braku postanowienia o automatycznym przedłużeniu terminu oddania obiektu o liczbę dni, w których z winy pozwanego prowadzenie robót nie było możliwe),
- powód wykazał się w najwyższym stopniu dobrą wolą nakierowaną na sprawne i bezkonfliktowe zakończenie inwestycji (vide np. porozumienie z k. 52 akt, pismo powoda do pozwanego z k. 117 akt),
- przed doręczeniem pozwanemu wystawionej przez powoda faktury VAT obejmującej sporną kwotę (a więc przez okres ponad dwóch miesięcy) pozwany nie informował w jakikolwiek sposób powoda o zamiarze obciążenia go karą umowną w tak znacznej wysokości, a uczynił to dopiero po doręczeniu mu spornej faktury VAT - vide: nota obciążeniowa nr (...) z k. 85 akt,
- 14 dniowe opóźnienie w oddaniu obiektu budowlanego nastąpiło z przyczyn nie leżących po stronie powoda (w postaci m.in. błędów projektowych, ujawnienia starych fundamentów przedszkola, konieczności uzyskania pozwoleń na wycinkę drzew, a tym samym konieczności wykonania nowych prac, nie ujętych w pierwotnie ustalonym przez strony harmonogramie),
- pozwany nie wykazał się ze swojej strony jakąkolwiek elastycznością w reagowaniu na nowe okoliczności i przeszkody ujawniające się w trakcie realizacji inwestycji, w tym nawet na okoliczności przez siebie zawinione (zatory płatnicze uniemożliwiające powodowi zamawianie materiałów budowlanych, regulowanie należności podwykonawcom, płacenie za wynajem sprzętu budowlanego), w konsekwencji czego przyjęcie takiego uprawnienia po stronie pozwanego w opisanej sytuacji winno być potraktowane jako nadużycie prawa podmiotowego, a tym samym nie powinno korzystać z ochrony ze względu na sprzeczność ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa do naliczenia kary umownej oraz z zasadami współżycia społecznego, a w szczególności: a) zasadą zobowiązującą podmioty gospodarcze do wzajemnej lojalności i uczciwej współpracy przy prowadzeniu działalności gospodarczej, b) zasadą adekwatności odpowiedzialności finansowej jednej ze stron umowy względem drugiej do charakteru, przyczyn i skutków odstąpienia od pierwotnych założeń umownych.

Z ostrożności procesowej, a to wyłącznie na wypadek nie podzielenia przez Sąd odwoławczy powyższych zarzutów naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. i art. 278 § 1 k.p.c., na podstawie art. 368 § 1 pkt 4 kpc powód wniósł dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność wykazania, iż:

- powstałe w trakcie procesu budowlanego przeszkody w postaci ujawnienia na placu

budowy starych fundamentów po przedszkolu, ujawnienia błędów projektowych, konieczności usunięcia starego ogrodzenia i przeprowadzenia wycinki drzew po uprzednim uzyskaniu na to stosownych zezwoleń wiązały się z koniecznością wykonania prac nowych, nie dających się przewidzieć i nie przewidzianych przez strony w dacie zawarcia umowy o wykonanie robót budowlanych,

- wyżej wymienione przeszkody spowodowały lub co najmniej mogły spowodować niezawinione przez powoda i od niego niezależne co najmniej 14 dniowe opóźnienie w oddaniu obiektu budowlanego,
- brak terminowej realizacji przez pozwanego swoich zobowiązań pieniężnych na rzecz

powoda samodzielnie lub w połączeniu z ww. przeszkodami spowodował lub co najmniej mógł spowodować niezawinione przez powoda i od niego niezależne co najmniej 14 dniowe opóźnienie w oddaniu obiektu budowlanego.

Podnosząc powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda łącznie kwoty 360.000 zł (tj. dodatkowo kwoty 252.000 zł) z odsetkami za zwłokę w wysokości ustawowej od

dnia 21 lutego 2014 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania przed Sądem I instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł, zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych, ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania przy uwzględnieniu kosztów postępowania apelacyjnego.

Strona pozwana w odpowiedzi na apelację wniosła o oddalenie apelacji oraz o zasądzenie od powoda kosztów zastępstwa adwokackiego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje :

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia stanu faktycznego poczynione przez Sąd pierwszej instancji i przyjmuje je za własne.

Oceniając wiarygodność przeprowadzonych dowodów Sąd Okręgowy nie przekroczył granic swobodnej oceny dowodów określonych przepisem art. 233 § 1 k.p.c. Za chybione należało uznać zarzuty apelującego dotyczące prawidłowości poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 czerwca 1999 r. (sygn. akt II UKN 685/98) ramy swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.) 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, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Błąd w ustaleniach faktycznych następuje, gdy zachodzi dysharmonia pomiędzy materiałem zgromadzonym w sprawie a konkluzją, do której dochodzi sąd na skutek przeinaczenia dowodu oraz wszelkich wypadków wadliwości wynikających z naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. Przepis ten byłby naruszony, gdy ocena materiału dowodowego koliduje z zasadami doświadczenia życiowego lub regułami logicznego wnioskowania. Tak rozumianego zarzutu sprzeczności ustaleń Sądu z treścią materiału dowodowego Sądowi pierwszej instancji w niniejszej sprawie skutecznie zarzucić nie można. Strona, która chce podważyć sędziowską ocenę dowodów, nie może ograniczyć się do przedstawienia własnej oceny i twierdzić jedynie, że ustalenia faktyczne są wadliwe, albo wskazywać stan faktyczny, który zdaniem apelującego, odpowiada rzeczywistości. Dla skutecznego podważenia sędziowskiej oceny dowodów konieczne jest wskazanie umiejscowionych w realiach sprawy, przyczyn, dla których ocena dowodów nie spełnia kryteriów z art. 233 § 1 k.p.c. Należy więc wykazać, że sąd przekroczył granice swobodnej oceny dowodów. Dopóki zaś skarżący nie wykaze istotnych błędów logicznego rozumowania, sprzeczności oceny z doświadczeniem życiowym, braku wszechstronności czy też bezzasadnego pominięcia dowodów, które prowadzą do wniosków odmiennych, dopóty nie można uznać, że sąd naruszył art. 233 § 1 k.p.c.

Odnosząc powyższe do zarzutów apelującego w zakresie naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów, a także do podnoszonego zarzutu sprzeczności istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego wskazać należy, iż zarzuty powyższe kwestionowały ocenę dowodów poczynioną przez Sąd pierwszej instancji oraz ustalenia, w świetle których powód nie wykazał, by przekroczenie o 14 dni terminu umownego wykonania robót o objętych umową stron nie zostało zawinione przez powoda, a w konsekwencji by naliczone przez pozwaną kary umowne do wysokości objętej zaskarżonym wyrokiem nie znajdowały oparcia w realiach realizowania robót i w postanowieniach zawartej pomiędzy stronami umowy.

Należy podkreślić, że wbrew zarzutowi apelującego, Sąd pierwszej instancji nie odmówił wiary dowodom, w świetle których w toku realizowania robót pojawiły się przeszkody mające wpływ na realizowanie robót lecz odmówił wiary zeznaniom powoda

w części, w jakiej nie znajdowały one oparcia w dokumentach, do których powód się odwoływał. I tak wskazać należy, że nie znajdowały oparcia zeznania powoda w zapisach dziennika budowy, co do którego powód odwoływał się twierdząc, że przyczyny opóźnienia robót były odzwierciedlane w dzienniku. Tymczasem poza wpisem uczynionym w dniu 20 sierpnia 2013 r. (k.38), z którego wynika że wykonano gruntowny wymiennik ciepła

„+ dodatkowo usuwanie fundamentów i murów starego przedszkola”, a także wpisem z tej samej daty o treści „kontrola budowy, potwierdzam rozbiórki starych fundamentów i murów...” brak jest jakichkolwiek innych wpisów potwierdzających zaistnienie okoliczności mających wpływ na realizację robót. Co zresztą istotne, z powyższych zapisów nie wynika, czy i jaki wpływ na tempo prowadzenia robót i możliwość ich prowadzenia miało usuwanie fundamentów. W sytuacji, gdy wpisy te uczynione zostały: pierwszy przez kierownika budowy z ramienia powoda jako generalnego wykonawcy zaś drugi przez inspektora nadzoru, nie sposób przyjąć, by potwierdzały one w jaki sposób usuwanie murów i fundamentów wpłynęło na możliwość dotrzymania terminu umownego zakończenia robót.

Niewątpliwie dziennik budowy stanowi zasadniczy dokument, na podstawie którego ustala się przebieg realizacji robót w ramach konkretnej inwestycji, w tym postęp robót i jakość ich wykonania, czasookres realizacji konkretnych prac czy ich etapów oraz ewentualne przeszkody umożliwiające prowadzenie robót. Brak rzeczonoego dokumentu, czy jego fragmentu odnoszącego się do konkretnych robót, skutkuje ustaleniem okoliczności związanych z realizacją robót na podstawie innych dowodów zaoferowanych przez strony.

W tym aspekcie, ocena zeznań powoda przeprowadzona przez Sąd pierwszej instancji jak i ocena zeznań świadków odniesiona została do całokształtu materiału dowodowego, w tym dowodu z opinii biegłego sądowego, o czym będzie mowa poniżej, w świetle której część starych fundamentów została uwidoczniiona na mapach, co z kolei winno skutkować braniem przez uczestników procesu inwestycyjnego pod uwagę, że tego rodzaju pozostałości fundamentów i murów w gruncie istnieją. Należy również wskazać, że w dniu 29 sierpnia 2013 r. kierownik budowy ze strony generalnego wykonawcy zamieścił kolejny wpis w dzienniku budowy, z którego wynika, że zakończono roboty obejmujące zagęszczanie pod posadzkę i rozpoczęto murowanie ścian, co potwierdza że w okresie do 29 sierpnia 2013 r. wykonano i kontynuowano prace, których wykonanie musiało być poprzedzone usunięciem fundamentów i murów. Należy również podkreślić, iż 14 dniowe „opóźnienie” w realizacji robót wzmiankowane w dzienniku budowy w dacie 22 października 2013 r. (k.42), a więc w tym czasie powód miał z pewnością wiedzę o tym, że inwestor takie opóźnienie dostrzega. Nie zasługiwał zatem na uwzględnienie zarzut powoda, że nie miał podstaw do powzięcia przypuszczenia, iż nieterminowe oddanie obiektu budowlanego w świetle okoliczności i zdarzeń w trakcie prowadzenia robót, potraktowane zostanie przez pozwaną, jako zaistniałe z winy powoda. Co najmniej na etapie uczynienia takiego wpisu w dzienniku budowy powód, jako wykonawca robót posiadał uprawnienie co najmniej do dokonania przez kierownika budowy wpisu w dzienniku budowy pojawiających się w ocenie powoda przeszkód dla terminowego realizowania robót względnie do wystąpienia o przedłużenie terminu realizacji robót ze wskazaniem przyczyn, które zdaniem powoda miały wpływ na brak możliwości dotrzymania terminu wykonania przedmiotu umowy. Takiego wpisu w dzienniku budowy brak, brak też dowodu potwierdzającego inicjatywę powoda skierowaną do inwestora w celu przesunięcia terminu zakończenia robót.

Nie może być zatem skutecznym zarzut naruszenia art.233 § 1 k.p.c. oraz zarzut błędu w ustaleniach stanu faktycznego, w świetle których brak było podstaw dla przyjęcia, że obciążenie powoda karami umownymi za okres 14 dni nie było uzasadnione.

Niezasadnym był zarzut naruszenia art.278 k.p.c. albowiem zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie dawał Sądowi meriti podstawy dla ustalenia, że okoliczności, w jakich powód realizował przedmiot umowy usprawiedliwiały przekroczenie przez powoda terminu umownego realizacji prac. W tym zakresie Sąd Apelacyjny podziela ocenę Sądu pierwszej instancji w świetle której dowód z opinii biegłego sądowego zmierzający do ustalenia, czy zwłoka pozwanej realizowaniu zapłat poszczególnych części wynagrodzenia miała, a jeśli tak jaki wpływ na tempo prowadzenia przez powoda robót, a w konsekwencji czy stanowiła przyczynę usprawiedliwiającą przekroczenie przez powoda umownego terminu realizacji robót. Powyższa ocena umożliwić bowiem miała, czy poprzez brak terminowych płatności przez pozwaną doszło do zaistnienia przyczyny mającej wpływ na niezrealizowanie robót w terminie, a jeśli tak w jakim zakresie czasowym.

Wbrew pocenie apelującego, nie jest rzeczą sądu dokonywanie oceny dla której wymagane jest posiadanie wiedzy specjalnej z zakresu budownictwa i finansowania robót budowlanych niezbędnej dla ustalenia czy i w jakim zakresie powód nie mógł odpowiadać za niedotrzymanie terminu umownego z tytułu braku terminowych zapłat przez pozwaną. Powyższej ocenie nie uchybia okoliczność zastrzeżenia umownego, w świetle którego powód uprawniony był do naliczenia odsetek od nieterminowych wpłat pozwanej.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia prawa materialnego wskazać należy, że nieuzasadnionym były zarzuty naruszenia przepisów art.483 § 1 k.c. w związku z art.484 k.c. i art. 6 k.c.

Naruszenia powyższych przepisów upatrywał powód w przyjęciu przez Sąd pierwszej instancji, że powód nie udowodnił, iż uchybienie terminowi umownemu do wykonania robót budowlanych nie było zawinione przez powoda, a w konsekwencji w przyjęciu że pozwana nabyła prawo do obciążenia powoda karami umownymi, a nadto w niezastosowaniu przez Sąd pierwszej instancji instytucji miarkowania kar umownych naliczonych przez pozwaną pomimo iż powód domagał się od pozwanej „odstąpienia” od naliczenia kar umownych z uwagi na ich rażące wygórowanie, nieadekwatność wobec dobrej woli powoda w wyniku czego roboty zostały ukończone oraz fakt, iż brak zapłaty wynagrodzenia uniemożliwiał powodowi wywiązanie się z zobowiązań płatniczych wobec podwykonawców robót.

Na gruncie art. 483 k.c. kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań. Dłużnik, godząc się na karę umowną, bierze tym samym na siebie gwarancję wykonania zobowiązania. Treścią zastrzeżenia kary umownej jest zobowiązanie się dłużnika do zapłaty wierzycielowi określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Zapłata kary umownej stanowi niejako automatyczną sankcję przysługującą wierzycielowi w stosunku do dłużnika w wypadku niewykonania przez niego lub nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn, za które dłużnik odpowiada.

Podkreślić przy tym należy, że zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika z art. 471 k.c., gdyż od przewidzianego tym przepisem odszkodowania kara umowna różni się tylko tym, że przysługuje ona niezależnie od poniesionej szkody. Dłużnik jest zatem zwolniony z obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaze, że przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania uzasadniającego naliczenie kary umownej są okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Odnosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że na podstawie zapisu zawartego w § 17 ust.1 pkt a powód, jako generalny wykonawca był zobowiązany zapłacić na rzecz pozwanej kary umowne za zwłokę w wykonaniu i oddaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki jednak nie więcej niż 20% przedmiotu umowy netto.

Umowa stron determinowała zatem odpowiedzialność powoda z tytułu kar umownych za zawinione przekroczenie terminu umownego wykonania robót i oddania obiektu, przy czym na gruncie art. 483 k.c. wina w przekroczeniu przez powoda terminu jest objęta domniemaniami (art.471 k.c.) zaś powód, kwestionując naliczenie kar umownych miał obowiązek domniemania to obalić poprzez wykazanie nie tylko, że nie ponosi odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie robót ale i w jakim stopniu – w wymiarze czasowym, przekroczenie terminu umownego było wywołane przez pozwaną. Temu obowiązkowi, co trafnie wskazał Sąd pierwszej instancji, powód nie sprostał.

Wśród przyczyn, które zdaniem powoda uniemożliwiły wykonanie robót w terminie umownym powód wskazywał : brak realizowania przez pozwaną obowiązku zapłaty części (rat) wynagrodzenia umownego, ujawnienie starych fundamentów, konieczność wycinki drzew oraz błędy projektowe.

Należy podkreślić, że z tytułu wykonywania robót objętych umową stron pozwana, jako zamawiający zobowiązała się regulować w terminach i na warunkach określonych umową należności za zrealizowane przez powoda roboty (§ 6 ust.1 pkt e) jak również oświadczyła, że zapewni środki pieniężne na wynagrodzenie wykonawcy, niezbędne dla wykonania zakresu robót objętych umową stron (§ 6 ust.2 umowy). Wskazując tryb warunkujący możliwość wystawienia przez powoda faktur za wykonane roboty i określając termin ich płatności (§ 3 ust.7 i 4 umowy) strony postanowiły także, że w przypadku zwłoki ze strony pozwanej, jako zamawiającego w płatności jakiegokolwiek kwoty należnej zgodnie z umową, powodowi przysługiwały odsetki ustawowe za każdy dzień zwłoki (§ 3 ust.10 umowy). Powodowi przysługiwało uprawnienie do rozwiązania umowy z winy pozwanej, jako zamawiającego lub odstąpienia od umowy m.in. w sytuacji, gdy z powodu opóźnienia wykonania przez pozwaną zobowiązań umownych skutkujących niemożnością realizacji robót przez okres dłuższy niż 30 dni oraz wówczas jeżeli brak zapłaty przez pozwaną przedłużyła się ponad 14 dni z winy pozwanej (§ 16 ust.3 pkt a i pkt b).

O ile bezspornym pomiędzy stronami, że pozwana Spółka nie wywiązywała się z obowiązku zapłaty w terminie należności za wykonywane przez powoda roboty (harmonogram płatności i daty realizowanych przez pozwaną wpłat –k.140 i rozliczenie- k.171), o tyle powód nie realizował swoich uprawnień umownych celem uwolnienia się od ewentualnej odpowiedzialności za niedotrzymanie terminu umownego zakończenia robót. Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego brak jest podstaw dla przyjęcia, że brak zapłaty przez pozwaną miał wpływ na tempo realizacji robót, a w szczególności że stanowił przyczynę dla której powód nie zrealizował robót w terminie umownym. Takie twierdzenie na gruncie przeprowadzonego w sprawie postępowania dowodowego nie jest uprawnione zwłaszcza iż powód nie wykazał, czy i w jakim zakresie czasowym brak terminowych wpłat przez pozwaną miał wpływ na obowiązek dotrzymania umownego terminu zakończenia robót.

W świetle postanowień umownych powód przystępując do realizacji prac miał obowiązek zapewnić finansowanie prowadzenia robót także wobec podwykonawców, co w świetle przywołanych postanowień umownych dotyczących przypadku braku zapłaty przez pozwaną (ustawowe odsetki bądź odstąpienie od umowy) powód winien był mieć na uwadze.

Należy również wskazać, że podnoszona przez powoda okoliczność braku zawinienia przez powoda w niedotrzymaniu terminu wykonania robót nie mogła być kwalifikowana

w kategorii przyczynienia się pozwanej do niezrealizowania przez powoda umowy w terminie albowiem takich twierdzeń powód nie artykułował, a ponadto przedmiotem postępowania nie była szkoda powoda ale wynagrodzenie za wykonane roboty i naliczone przez pozwaną kary umowne.

Odnosząc się do ujawnionych w toku prowadzonych prac fundamentów po wyburzonych w okresie wcześniejszym obiektach nie sposób zgodzić się z apelującym, że konieczność usuwania tych fundamentów miała wpływ na termin zakończenia robót,

a w szczególności nie sposób ustalić w oparciu o zebrane dowody, by konieczność usuwania tych fundamentów w znaczący sposób wpłynęła na termin zakończenia prac. W pierwszej kolejności wskazać należy za biegłym sądowym mgr.inż. M. P., że w oparciu

o dokumentację budowlaną na podstawie której wydano pozwolenie na budowę nie można było jednoznacznie stwierdzić, że po wyburzeniu budynku pozostawiono nieusunięte fundamenty i mury w zakresie całych istniejących poprzednio budynków tym niemniej wiadomo było o takich przeszkodach w części zaznaczonej na mapie linią przerywaną czerwoną, oznaczoną jako r. (ruina, k.316) tym niemniej, uczestnicy procesu inwestycyjnego, w tym powód jako wykonawca robót powinni brać pod uwagę możliwość istnienia takich fundamentów co do pozostałej części zburzonego budynku.

Podzielając ocenę Sądu pierwszej instancji co do dowodu z wydanej w sprawie opinii biegłego (pisemnej oraz uzupełniającej ustnej) podkreślić należy, że argumentacja powoda

w świetle której prace obejmujące usunięcie istniejących w gruncie fundamentów, miały wpływ na niedotrzymanie umownego terminu zakończenia robót wskazać należy, że nawet przy przyjęciu że powoda nie obciążała wina za brak wiedzy że takie fundamenty w gruncie istnieją w rozmiarze większym aniżeli wynikało to z map, na które wskazał

biegły, to potrzeba usuwania fundamentów nie miała wpływu na niedotrzymanie umownego terminu realizacji robót. Powód przyznał w korespondencji skierowanej do pozwanej, że konieczność usunięcia fundamentów spowoduje opóźnienie w realizacji robót o jeden dzień (vide: pismo powoda do pozwanej z dnia 3 sierpnia 2013 r. –k.120). Jednodniowe opóźnienie w toku realizacji robót budowlanych jest opóźnieniem, które w okresie całego procesu inwestycyjnego nie ma wpływu na dotrzymanie umownego terminu wykonania prac.

Co do kwestii wycinki drzew oraz zmian projektu w oparciu o który prace były realizowane wskazać należy, że roboty objęte umową stron ujęte zostały w harmonogramie (k.113-115), w którym przewidziane zostały w ramach robót rozbiórkowych i przygotowawczych prace obejmujące niwelację terenu, usunięcie przeszkód i wycinkę drzew (poz.I.3. harmonogramu –k.113). O ile zatem pojawiła się potrzeba wycinki innych drzew aniżeli objętych harmonogramem, niewątpliwie właściwym było uczynienie stosownego wpisu w dzienniku budowy, z którego wynikać by miało na jakim etapie prowadzenia robót taka potrzeba zaistniała, a także czy i w jaki sposób brak realizacji tej wycinki względnie jej wykonania wpływało na możliwość i tempo prowadzenia robót. Kalendarium procesu inwestycyjnego opracowane przez biegłego sądowego mgr inż.M. P., stanowiące załącznik nr 2 do opinii (k.317-320), specyfikuje daty wydania stosownych pozwoleń

w przedmiocie wycinki czterech drzew, co stanowi dowód na okoliczność daty i przedmiotu tych decyzji jednakże brak jest jakiegokolwiek wpisu w dzienniku budowy świadczącego o tym, by potrzeba wycięcia tych drzew wpływała na możliwość prowadzenia robót względnie tempo ich prowadzenia.

Podobnie rzecz się ma w odniesieniu do zmian projektowych dotyczących wykonania instalacji, do których według ustaleń Sądu pierwszej instancji doszło, a czego dowodem było wydanie w dniu 27 listopada 2013 r. decyzji Prezydenta Miasta Ł. z dnia 27 listopada 2013 r. (nr DAR-UA.III.6740.960.2013) mocą której zatwierdzono zamienny projekt zagospodarowania oraz projekt instalacji wodociągowej, sanitarnej, deszczowej, gazowej i elektrycznej.

Nie sposób przyjąć za apelującym, by zeznania świadków stanowiły dowód na okoliczność ustalenia braku winy powoda za niedotrzymanie terminu zakończenia robót oraz na okoliczność, że przeszkody w realizacji prac na które wskazywał powód czyniły usprawiedliwionym czasookres, o jaki powód przekroczył termin realizacji robót.

Odnosząc się do argumentacji apelującego osadzonej na zarzutach naruszenia art.233 § 1 k.p.c. i art.278 k.p.c. podkreślić należy, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał ustalić, że powód nie ponosił żadnej winy za opóźnienie w realizacji robót,

a w sytuacji gdyby winę powoda wykluczyć, co jednak w sprawie nie ma miejsca, także nie dawał podstaw do przyjęcia, by zaistniała zwłoka względnie nie kwestionowane przez powoda opóźnienie (nie zawinione przekroczenie terminu) było usprawiedliwione okolicznościami realizowania prac, w tym wskazywanych przez powoda przeszkód.

Co do zarzutu braku miarkowania przez Sąd pierwszej instancji naliczonych przez pozwaną kar umownych wskazać należy, że stosownie do art. 484 § 1 k.c. strony mogą zastrzec w umowie karę umowną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania

i wówczas przysługuje ona wierzycielowi bez względu na wysokość poniesionej szkody. Zgodnie z art. 484 § 2 k.c., dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Przewidziane w przytoczonym przepisie uprawnienie dłużnika do żądania zmniejszenia kary umownej jest materialnoprawnym środkiem jego obrony przed żądaniem wierzyciela zasądzenia na jego rzecz określonej kwoty tytułem zastrzeżonej w umowie kary (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2008 r., III CSK 168/08, oraz z dnia

13 czerwca 2013 r., V CSK 375/12, M. Prawn. 2014, nr 19, s. 1026). Sąd Apelacyjny podziela pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 czerwca 2017 r., sygn.. ICSK 625/16, w świetle którego na stronie chcącej z niego skorzystać spoczywa powinność złożenia oświadczenia woli stosownej treści, a więc sformułowania postulatu obniżenia żądanej przez wierzyciela kary do określonej przez dłużnika kwoty, wskazania przesłanki przewidzianej w art. 484 § 2 k.c., uzasadniającej ten postulat oraz faktów i dowodów świadczących o istnieniu tej przesłanki (por. wyroki Sądu

Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2010 r., IV CSK 494/09, z dnia 6 lutego 2008 r., II CSK 421/07, z dnia 8 marca 2013 r., III CSK 193/12, z dnia 23 lipca 2014 r., V CSK 503/13, oraz z dnia 23 marca 2006 r., IV CSK 89/05).

Wniosek dłużnika, a w konkretnym przypadku powoda, powinien być złożony we właściwym terminie oraz w sposób pozwalający na podjęcie przez pozwaną stosownych działań umożliwiających jej obronę jej interesu. Dokonywana przez Sąd Najwyższy i sądy powszechne we wcześniejszym orzecznictwie bardziej liberalna wykładnia oświadczenia woli dłużnika, zakładająca, że w każdym żądaniu oddalenia powództwa o zasądzenie kary umownej, niezależnie od motywów takiego żądania, mieści się *implicite* wniosek

o zmniejszenie kary umownej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lipca 1998 r., I CKN 802/97, z dnia 14 lipca 1976 r., I CR 221/76) nie znajduje wystarczającego uzasadnienia w treści art. 484 k.c., zwłaszcza jeśli zważyć na zasady dyspozycyjności i kontradiktoryjności procesu cywilnego.

W rozpoznawanej sprawie powód w odpowiedzi na zarzut potrącenia zgłoszony przez pozwaną obejmujący naliczone wobec powoda kary umowne za opóźnienie robót za okres

20 dni w wysokości 360.000 zł żądał nieuwzględnienia powyższego zarzutu, podnosząc że nie ponosi on winy za opóźnienie w wykonaniu robót, a w konsekwencji kwestionował podstawę naliczenia kar umownych przez pozwaną.

W toku postępowania prowadzonego przed Sądem pierwszej instancji, powód nie podniósł zarzutu miarkowania kar umownych, a zatem nie sformułował postulatu obniżenia żądanej przez pozwaną jako wierzyciela kary umownej do określonej przez dłużnika kwoty lecz kwestionował co do zasady swoją odpowiedzialność za opóźnienie w wykonaniu robót objętych umową stron, podnosząc że przyczyny tego opóźnienia zostały wywołane przez pozwaną. Nie sposób zatem na etapie postępowania apelacyjnego skutecznie podnosić zarzut naruszenia art. 484 § 2 k.c. albowiem wobec braku podniesienia przez powoda zarzutu miarkowania kar umownych nie było rzeczą Sądu pierwszej instancji stosowanie instytucji miarkowania kar objętych zarzutem potrącenia także w sytuacji, gdy okoliczności podnoszone przez powoda dla wykazania przyczyn opóźnienia w wykonaniu przez niego robót mogłyby stanowić okoliczności mające znaczenie dla kwestii miarkowania naliczonych kar umownych.

Nieuzasadnionym był zarzut apelującego dotyczący naruszenia art. 5 k.c. wyrażającego się niezastosowaniem wskazanego przepisu i przyjęciem, że pozwana legitymowała się uprawnieniem do naliczenia wobec powoda kar umownych pomimo: wielokrotnych zwłok pozwanej w zapłacie na rzecz powoda wynagrodzenia za wykonane etapy robót, braku po stronie pozwanej szkody związanej z przekroczeniem terminu wykonania robót, rażąco wygórowanej kary umownej i braku wpływu przekroczenia terminu na oddanie obiektu przez pozwaną na rzecz (...) S.A., braku informowania przez pozwaną o zamiarze naliczenia kar umownych, a także wykonania przez powoda całości robót.

Należy podkreślić, że klauzula generalna niedopuszczalności czynienia ze swego prawa użytku sprzecznego z zasadami współzycia społecznego ma na celu zapobieganie stosowaniu prawa w sposób prowadzący do skutków nieetycznych lub rozmiągających się w sposób zasadniczy z celem danej regulacji prawnej. Jeśli więc uwzględnienie powództwa, a w konkretnym przypadku uwzględnienie zarzutu potrącenia, zgodnego z literą prawa, powodowałoby skutki rażąco niesprawiedliwe i krzywdzące (*summum ius summa iniuria*), nie dające się zaakceptować z punktu widzenia norm moralnych i wartości powszechnie uznawanych w społeczeństwie, art. 5 k.c. zezwala na jego oddalenie. Należy jednak pamiętać, że istotą prawa cywilnego jest ochrona praw podmiotowych, tak więc odmowa udzielenia tej ochrony osobie, która korzysta z przysługującego jej prawa podmiotowego w sposób zgodny z jego treścią, może mieć miejsce zupełnie wyjątkowo i musi być uzasadniona istnieniem szczególnych okoliczności uzasadniających przyjęcie, że w określonym układzie stosunków uwzględnienie powództwa prowadziłyby do skutków szczególnie dotkliwych i nieakceptowanych (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 sierpnia 2015 r., II CSK 555/14).

W ocenie Sądu Apelacyjnego, niedopuszczalne jest zmniejszenie kary umownej na podstawie przepisu art. 5 k.c.. Przesłanki miarkowania kary umownej są bowiem szczegółowo uregulowane art. 484 § 2 k.c.; nie można zaś zastępować konkretnej regulacji prawnej przez stosowanie art. 5 k.c.. Poza tym wyrok zmniejszający karę umowną kształtuje w tym zakresie prawo podmiotowe wierzyciela. Zastosowanie przepisu art. 5 k.c. chroni przed nadużyciem prawa podmiotowego, natomiast nie można na podstawie wskazanego przepisu kształtować tego prawa.

Sąd Apelacyjny oddalił wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa jako spóźniony w świetle art.381 k.c. Sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później. Istotą tego przepisu jest dyscyplinowanie stron procesowych, zobowiązanie ich do powoływania wszystkich znanych dowodów przed sądem pierwszej instancji pod rygorem ich pominięcia w instancji odwoławczej, co ma zapewnić realizację ważnych zasad procesowych tj. koncentracji dowodów i sprawności postępowania.

Strona, która dopuszcza się zaniedbania w zakresie przysługującej jej inicjatywy dowodowej w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, musi się liczyć z tym, że sąd drugiej instancji jej wniosku dowodowego nie uwzględni.

Sankcją spóźnionego zgłoszenia przez stronę twierdzeń i dowodów jest ich pominięcie przez sąd. Wydaje się, że w pojęciu "pominięcia twierdzeń i dowodów" mieści się oddalenie spóźnionych wniosków dowodowych, a pośrednio również spóźnionych twierdzeń, które tymi dowodami miały być wykazane. Oddalone będą także wnioski dowodowe zgłoszone zbyt późno w stosunku do twierdzeń, które przytoczone zostały w czasie właściwym. W takim wypadku twierdzenia o faktach, jeśli wymagały dowodzenia, nie będą mogły być przedmiotem dowodu i w konsekwencji stanowić podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. Pominięciu spóźnionych twierdzeń i dowodów mogą się także sprzeciwiać inne wyjątkowe okoliczności zachodzące w danym postępowaniu. Za "wyjątkowe okoliczności" ustawodawca uznał już brak winy w powołaniu twierdzeń i dowodów we właściwym czasie i wpływ uwzględnienia spóźnionego materiału procesowego na przewleczenie postępowania. Charakter innych okoliczności, które miałyby uzasadniać uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów, każdorazowo będzie podlegał ocenie sądu w ramach jego dyskrecyjnej władzy, która to ocena w konkretnym przypadku była prawidłowa.

Należy podkreślić, że właściwe określenie aspektów procesu dowodzenia prowadzi do przyjęcia, że art. 6 k.c. traktuje o ciężarze dowodu w sensie materialnoprawnym i wskazuje kogo obciążają skutki nieudowodnienia istotnego faktu. W szczególności, przepis art. 232 k.p.c. nakłada na stronę obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi ona skutki prawne, zaś w zdaniu drugim zezwala sądowi na dopuszczenie dowodu niewskazanego przez stronę. W zakresie objętym zdaniem pierwszym tego artykułu sąd nie może go naruszyć, gdyż wynikająca z niego norma nie jest kierowana do sądu. Kwestia niewskazania przez stronę stosownych środków dowodowych mogłaby co najwyżej prowadzić do naruszenia przez sąd art. 6 k.c., gdyby przyjął on za podstawę rozstrzygnięcia fakty, pomimo niewskazania stosownych dowodów przez stronę wywodzącą z tych faktów skutki prawne.

W konkretnym przypadku powód nie podołał ciężarowi dowodzenia faktów, z których wyprowadzał twierdzenie, że nie ponosi winy z przekroczenie terminu realizacji robót, zaś przede wszystkim wykazania, że okoliczności prowadzenia robót miały wpływ na niedotrzymanie terminu umownego a przekroczenie tego terminu o 14 dni było uzasadnione podnoszonymi przez powoda konkretnymi „przeszkodami”. W konsekwencji, wniosek dowodowy powoda zgłoszony w apelacji był spóźniony w rozumieniu art.381 k.p.c.

Mając na uwadze całokształt naprowadzonych zważeń, Sąd Apelacyjny na podstawie art.385 k.p.c. oddalił apelację powoda, jako pozbawioną podstaw.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art.102 k.p.c., mając na względzie trudną sytuację finansową powoda, która skutkowałą częściowym zwolnieniem powoda od opłaty sądowej od apelacji. Uznać należało, że zachodzi szczególnie uzasadniony wypadek w rozumieniu art.102 k.p.c. nakazujący skorzystanie z odstępstwa od obciążania strony przegrywającej postępowanie apelacyjne albowiem powód wnosząc apelację mógł pozostawać w przekonaniu o słuszności wnoszenia środka odwoławczego zwłaszcza, że kwestionując zasadność naliczenia kar umownych przez pozwaną podważał zasadę swojej odpowiedzialności uznając błędnie, że kwestionowanie to obejmuje żądanie miarkowania kar.

SSA Tomasz Pidzik SSA Wiesława Namirska SSA Grzegorz Stojek