

Sygn. akt VI GC 137/09

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 października 2010 r.

Sąd Okręgowy w Toruniu Wydział VI Gospodarczy

w składzie następującym

przewodniczący SSO Jerzy P. Naworski

protokolant st. sekr. sądowy Olimpia Hordyk

po rozpoznaniu w dniu 27 września 2010 r. w Toruniu

na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Budowlano (...) sp. z o.o. we W.

przeciwko Przedsiębiorstwu (...) S.A. w C.

o zapłatę

I. zasądza od pozwanego Przedsiębiorstwa (...) S.A. w C. na rzecz powoda Przedsiębiorstwa Budowlano (...) sp. z o.o. we W. kwotę 316.301,13 zł (trzysta szesnaście tysięcy trzysta jeden 13/100) złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 26 września 2009 r.,

strona 2 wyroku z dnia 11 października 2010 r., sygn. akt VI GC 137/09

II. oddala powództwo w pozostałej części,

III. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 24.820,89 zł (dwadzieścia cztery tysiące osiemset dwadzieścia 89/100) złotych tytułem kosztów procesu

## UZASADNIENIE

Powód Przedsiębiorstwo Budowlano- (...) sp. z o.o. we W. domaga się zasądzenia od pozwanego Przedsiębiorstwa (...) S.A. w C. kwoty 522.779,99 zł z ustawowymi odsetkami. W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, że wykonał na rzecz pozwanego II etap przebudowy i modernizacji zabytkowego budynku Szpitala (...) w C., polegającej na nadbudowie budynku kinezyterapii, w tym montażu urządzeń oraz wyposażenia. Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe. Pozwany z wynagrodzenia powoda bezpodstawnie potrącił kwotę 316.3091,13 zł tytułem kary umownej za zwłokę. Powód wskutek braku współdziałania z powodem poniósł dodatkowe koszty związane ze świadczeniem przez pracowników pracy w godzinach nadliczbowych oraz w soboty i w dni wolne od pracy w wysokości 206.478,86 zł. Suma wymienionych roszczeń opiewa na kwotę dochodzoną pozwem. Na rozprawie w dniu 03 lutego 2010 r. powód wyjaśnił, że brak współdziałania ze strony pozwanego polegał na nieterminowym dostarczaniu urządzeń, wstrzymywaniu prac oraz wadliwej dokumentacji, dokonywania zmian rozwiązań konstrukcyjnych w trakcie robót oraz niepodejmowaniu kluczowych decyzji potrzebnych do prawidłowego wykonania robót (k. 869, s. 2).

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa i o zasądzenie od powoda kosztów procesu zrzucając, że obciążenie powoda karami umownymi nastąpiło zgodnie z postanowieniami umowy za 9 dni opóźnienia; nie ma również podstaw żądanie odszkodowania, które pozwany zakwestionował co do zasady i wysokości (k. 799-814). W piśmie procesowym z dnia 17 lutego 2010 r. pozwany podtrzymał dotychczasowe stanowisko oraz podniósł, że na skutek nieterminowego

wykonania przez powoda robót poniósł szkodę w wysokości 401.080,00 zł wynikającą z niemożności sprzedaży miejsc pełnopłatnych w szczycie sezonu letniego (k. 922) i dołączył do pisma dokumenty mające obrazować szkodę (k. 942).

### ***Ustalenia faktyczne***

W wyniku publicznego przetargu przeprowadzonego w oparciu o prawo zamówień publicznych na wykonanie przebudowy, nadbudowy i modernizacji Szpitala (...) w C. przy ul. (...) podzielonej na dwa etapy pozwany (inwestor, zamawiający) wybrał ofertę powoda. Strony w dniu 04 listopada 2008 r. zawarły umowę (...) o wykonanie zadania inwestycyjnego obejmującego dwa etapy (powoływanej dalej jako umowa nr (...) albo umowa podstawowa). Drugi z nich stanowiła nadbudowa budynku kinezyterapii, w tym montażu urządzeń oraz wyposażenia, do którego zakupu i dostarczenia zobowiązał się pozwany, a także wykonanie zasilenia energetycznego. Wynagrodzenie za każdy etap miało charakter ryczałtowy, przy czym za II etap wynosiło brutto 11.714.856,45 zł. Podział przedmiotu umowy na etapy i poszczególne rodzaje prac oraz terminu ich realizacji zostały ujęte w harmonogramie stanowiącym załącznik do umowy. Strony ustaliły, że w przypadku opóźnienia przez wykonawcy w realizacji któregokolwiek z etapów zadania określonych w harmonogramie realizacji robót, zamawiający obciąży wykonawcę karą umowną w wysokości 3% wynagrodzenia brutto za dany etap zadania. Zgodnie z przyjętym harmonogramem realizacja II etapu miała trwać od 17 listopada 2008 r. do dnia 24 lipca 2009 r. Umowa przewidywała powołanie przez zamawiającego inżyniera kontraktu oraz zobowiązywała zamawiającego m.in. do zakupu i dostarczenia wykonawcy, najpóźniej w terminie jednego miesiąca przed umownym terminem zakończenia etapu robót, urządzeń oraz wyposażenia. Przez opóźnienie przedstawicieli powoda rozumieli niedotrzymanie terminu umownego z przyczyn zawinionych przez wykonawcę.

dowód:

- zawiadomienie o wyborze oferty powoda, k. 42-43,
- umowa (...) (§ 2, 11 i 5 ust. 1 i 4, 7 pkt. 5), k. 45-58,
- harmonogram rzeczowo- finansowy, k. 59-63,
- zeznania świadka B. G. (1) na temat rozumienia pojęcia „opóźnienie”, którego zaistnienie strony obwarowały karą umowną, k. 870, s. 2,
- zeznanie powoda – prezesa zarządu - L. G. na temat rozumienia postanowienia o karach umownych, k. 999

Przedmiotem robót II etapu było wyburzenie górnej kondygnacji budynku, czyli stropodachu i ścian, a po odkryciu wzmocnienie stropu nad pierwszym piętrem, a następnie nadbudowa dwóch kondygnacji wraz z robotami wykończeniowymi i częściowym wyposażeniem. Część wyposażenia był zobowiązany dostarczyć inwestor wraz z umeblowaniem. Pozwany zobowiązał się też do wykonania niektórych robót we własnym zakresie (np. wymiany drzwi).

Kierownikiem budowy II etapu był M. N., kierownikiem robót J. S. (1), a kierownikiem robót instalacyjnych K. C.. Ze strony wykonawcy budową zajmowała się B. G. (1) – dyrektor do spraw technicznych:

dowód:

- zakresu robót (bezsportny, twierdzenie powoda przyznane przez pozwanego, protokół z rozprawy z dnia 03 lutego 2010 r., k. 870- k. 870, s. 2,
- zeznania świadka M. N., 877, s. 2,
- zeznania świadka J. S. (1), k. 875,
- zeznania świadka K. C., k. 873,

- zeznania świadka B. G. (1), s. 870, s. 2

Inwestorem zastępczym pełniącym również obowiązki nadzory inwestorskiego był (...) sp. z o.o. Ze strony inwestora prace nadzorował P. G. (1) i Z. B.

dowód:

- zeznania świadka B. G. (2), k. 967, s. 2,

- zeznania świadka Z. B., s. 972

Wbrew postanowieniom umowy nie został powołany inżynier kontraktu (okoliczność bezsporna).

Rozliczenie pierwszego etapu budowy nie stanowi przedmiotu sporu. Powód wykonał prace obejmujące ten etap przed umownym terminie, w dniu 24 lipca 2009 r.

dowód: protokół odbioru z dnia 06 kwietnia 2009 r., k. 185-189

W trakcie wykonywania robót przedstawiciele stron spotykali się systematycznie na wspólnych naradach dotyczących przebiegu prac. W protokole z dnia 12 stycznia 2009 r. strony ustaliły, że czas reakcji na roboty dodatkowe lub zamienne mogące wpływać na czas realizacji całości zadania na 24 godziny od momentu zgłoszenia przez wykonawcę.

dowód:

- protokoły z narad, k. 113-176,

- pkt. 2 protokołu z dnia 12 stycznia 2009 r., k. 113

Drugi etap miał zostawać wykonany do dnia 24 lipca 2009 r. Był on niezmiernie krótki i ryzykowny dla wykonawcy. Pierwotna umowa nie obejmowała robót wykonania elewacji małego basenu, który znajduje się poza budynkiem. Harmonogram wskazywał jedynie na roboty elewacyjne. W marcu lub w kwietniu inwestor zmienił liczbę metrów elewacji, co dotyczyło elewacji małego basenu.

W trakcie wykonywania robót elewacyjnych małego basenu doszło do ich wstrzymania z uwagi na wymianę stolarki okiennej wraz z zamurowaniem otworów. Od maja do 10 lipca powód nie mógł wykonywać tych prac.

dowód:

- zeznania świadka B. G. (2) na temat krótkiego i ryzykownego dla wykonawcy terminu zakończenia robót, k. 970,

- zeznania świadka B. G. (1), k. 871, s. 2,

- pkt. 1 protokołu z narady z dnia 21 maja 2009 r., k. 150,

- pkt. 1 protokołu z narady z dnia 27 maja 2009 r., k. 153,

- pkt. 1 protokołu z narady z dnia 03 czerwca 2009 r., k. 156,

- pkt. 1 protokołu z narady z dnia 10 czerwca 2009 r., k. 159,

- pkt. 1 protokołu z narady z dnia 17 czerwca 2009 r., k. 162,

- pkt. 1 protokołu z narady z dnia 24 czerwca 2009 r., k. 166,

- pkt. 1 protokołu z narady z dnia 01 lipca 2009 r., k. 168

Zgodnie z pierwotną dokumentacją wykonawca powinien wyburzyć istniejący strop nad I piętrem, zrobić nowy i go wzmocnić. Powód po przygotowaniu do wykonania tych robót, w tym m.in. zakupieniu teowników, stwierdził, że projekt jest wadliwy, gdyż obiekt posiada na poziomie stropu I pietra  $\frac{3}{4}$  płyt żelbetowych kanałowych, co powodowało, że zaprojektowane roboty nie były konieczne. W związku z tym powód zaproponował inwestorowi zachowanie stropu, a następnie za jego zgodą opracował we własnym zakresie dokumentację dotyczącą wzmocnień. W tym czasie powód nie mógł wykonywać żadnych robót II etapu z wyjątkiem demontażowych. Pozwany zaoszczędził z tego tytułu ok. 300 – 400 tyś zł.

dowód:

- zeznania świadka B. G. (1), k. 872, s. 2,
- zeznania świadka J. S. (1), k. 875,
- zeznania powoda – prezesa zarządu L. G., k. 999, s. 2,
- dziennik budowy, wpisy od 02 -11 stycznia 2009 r., k. 90-91,
- pkt. 17 protokołu z narady z dnia 11 marca 2009 r., k. 129-130

Zgodnie z umową inwestor był zobowiązany dostarczyć na 30 dni przed odbiorem urządzenia związane z wyposażeniem obiektu: technologiczne wanny do masażu, wyposażenia kuchenki, brodziki łącznie z kabinami natryskowymi. W połowie realizacji zadania inwestor zmienił projekt dotyczący natrysków w pokojach kuracjuszy. Pierwotnie nie miało być brodzików, lecz niecka zrobiona z gresu z kratką ściekową. Na naradzie w marcu inwestor podjął decyzję o wprowadzeniu brodzików i kabin prysznicowych. Inwestor we własnym zakresie zamówił kabiny i brodziki. Pozwany zamówił jednak brodziki jednakowej wielkości, które nie pasowały do niektórych łazienek. Nie wszystkie kabiny dostarczone przez pozwanego były ze szkła mrożonego, lecz przejrzyste. Od 28 czerwca 2009 r. wszystkie kabiny prysznicowe były do dyspozycji powoda nie było też problemów z brodzikami. Wykonawca wiedział, że kabiny są w magazynie, a zatem mógł je w każdej chwili odebrać.

Ostatnie 3 brodziki powód odebrał 03 sierpnia, a kabiny prysznicowe (5 sztuk) w dniu 06 sierpnia i tego samego dnia je zamontował. W trakcie wykonywania robót instalacyjnych dochodziło do zmian dokumentacji z uwagi na jej wadliwość. W czasie budowy występowały inne przeszkody, na przykład w piwnicy do wymiany były skorodowane leżaki sanitarne. Występowało szereg kolizji. Zmiany dokumentacji dotyczyły również instalacji elektrycznej, p-poż, wentylacji.

dowód:

- zeznania świadka Z. B. na temat kabin prysznicowych i brodzików, k. 972,
- zeznania świadka M. K. na temat kabin prysznicowych i brodzików, k. 974 – 975,
- notatka M. K. na temat przekazywania powodowi kabin i brodzików, k. 849,
- zeznania świadka B. G. (1), k. 871, s. 2,
- pkt. 11 protokołu z narady z dnia 11 marca 2009 r., k. 129,
- zeznania świadka K. C., k. 873 – 874,
- zeznania świadka J. S. (2), k. 875, s. 2,
- zeznania świadka Z. S., s. 876-877,

- zeznania świadka M. N., k. 977, s. 2,
- zeznania świadka B. G. (2) na temat konieczności wymiany leżaków kanalizacyjnych, k. 968, s. 2,
- dziennik budowy, wpisy z dnia 30 lipca i z dnia 03 sierpnia 2009 r., k.112

Jeszcze 03 lipca 2009 r. powód deklarował zakończenie robót II etapu w terminie umownym.

dowód: notatka służbowa z dnia 03 lipca 2009 r., 171

W dniu 09 lipca 2009 r. inwestor podjął decyzję, że należy wykonać roboty dodatkowe związane z tarasami, dojazdem i parkingiem przy budynku, z wyjściami z kawiarni i z budynku głównego z wejściem do parku. Bez wykonania tych robót budynek mógłby nie zostać dopuszczony do użytkowania. Nie doszło do zmiany pierwotnej umowy i ustalenia nowego harmonogramu robót. Powód wykonywał pierwotnie roboty dodatkowe na podstawie ustnych uzgodnień. Wykonanie robót związanych z wyjściem na tarasy i od strony głównej było konieczne. Część z tych robót została objęta umową nr (...). Roboty objęte tą umową zostały rozpoczęte w dniu 15 lipca 2009 r.

dowód:

- pkt. 8 protokołu z narady z dnia 09 lipca 2009 r., k. 172,
- zeznania świadka B. G. (1), k. 870-871,
- zeznania świadka J. S. (1), k. 875, s. 2,
- zeznania świadka Z. S., k. 876, s. 2,
- zeznania świadka M. N., k. 878,
- zeznania świadka B. G. (2) na temat otrzymania przez powoda decyzji o robotach zamiennych parkingu, drogi dojazdowej oraz robót dodatkowych objętych umową nr (...), konieczności wykonania robót związanych z wyjściem na tarasy i od strony głównej k. 970, s. 2, a także rozpoczęcia robót objętych umową nr (...), k. 969,
- zeznania świadka Z. B., k. 973, s. 2,
- wpis kierownika budowy do dziennika budowy na temat rozpoczęcia robót dodatkowych – drogi i tarasy, k. 110

Pozwany w piśmie z dnia 15 lipca 2009 r. ustalił termin odbioru robót II etapu na dzień 27 lipca 2009 r. W dniu 24 lipca 2009 r. kierownik budowy M. N. zgłosił roboty II etapu do odbioru. W dniu 27 lipca 2009 r. komisja powołana przez inwestora, przy udziale kierownika budowy M. N., stwierdziła, że roboty są kontynuowane i w związku z tym obiekt nie nadaje się do odbioru. Protokół został podpisany przez przedstawiciela wykonawcy. Trwały roboty wykończeniowe, malarskie, posadzkarskie, sprzątnię i przygotowanie do odbioru.

dowód:

- pismo pozwanego z dnia 15 lipca 2009 r. w sprawie wyznaczenia terminu odbioru, k. 189,
- wpis do dziennika budowy z dnia 24 lipca 2009 r., k. 112,
- protokół z dnia 27 lipca 2009 r., k. 835-836,
- zeznania świadka B. G. (2), k. 969, s. 2

W piśmie z dnia 31 lipca 2009 r. pozwany podkreślając fakt niezakończenia budowy wskazał na możliwość domagania się zapłaty kar umownych. Pozwany w piśmie z dnia 03 sierpnia 2009 r. zakwestionował stanowisko pozwanego.

dowód:

- pismo pozwanego z dnia 24 lipca 2009 r., k.234,
- pismo powoda z dnia 03 sierpnia 2009 r., k. 235-239

Pismem z dnia 07 sierpnia 2009 r. (...) sp. z o.o. wskazał, że w trakcie realizacji inwestycji wystąpiły prace zaniechane oraz wprowadzone w to miejsce roboty zamiennie. Ilość roboczogodzin dla II etapu według sprawdzonych kosztorysów, jak wskazano w tym piśmie, dała oszczędności 3.7070,08 roboczogodzin w robotach dodatkowych i zamiennych, a zatem zakres robót powinien być zakończony przed terminem umownym.

dowód: pismo K. sp. o.o. wraz z wykazem roboczogodzin dodatkowych, zamiennych i zaniechanych, k. 829-833

Powód w dniu 10 sierpnia 2009 r. opracował aneks nr (...) do umowy nr (...) zawierający m.in. przesunięcie terminu zakończenia robót II etapu (roboty wewnętrzne na dzień 17 sierpnia, a zewnętrzne na dzień 28 sierpnia 2009 r.). Pozwany odmówił podpisania aneksu.

dowód:

- aneks nr (...) do umowy z załącznikami, k. 850-855

Protokół odbioru końcowego robót II etapu, podpisany przez strony w dniu 17 sierpnia 2009 r., wskazuje jako datę zakończenia robót 03 sierpnia 2009 r.

dowód: protokół odbioru z dnia 17 sierpnia 2009 r. z dokumentami odbiorowymi, k. 191-214

W dniu 21 sierpnia 2009 r. strony podpisały umowę (...) (powoływanej dalej jako umowa (...)) o wykonanie przez powoda robót dodatkowych do zadania objętego umową (...) polegających na wykonaniu pasażu pieszego, wymiany luksferów na okna PCV według protokołu konieczności z dnia 15 lipca 2009 r. Zgodnie z umową przekazanie frontu robót miało nastąpić do dnia 21 sierpnia 2009 r., a termin wykonania 28 sierpnia 2009 r. Umowa ta obejmowała także roboty, które nie „zmiściły się” finansowo w umowie podstawowej (...). Wynagrodzenie za wykonanie robót tych robót zostało określone na 60 tyś. zł, natomiast pozostałe roboty jako zamiennie zostały sfinansowane z umowy zasadniczej „za roboty zaniechane”. Wykonanie robót związanych z wyjściem na tarasy i od strony głównej było konieczne. W protokole z odbioru robót z dnia 01 września 2009 r. wskazano, że zostały wykonane w terminie od 21 do 28 sierpnia 2009 r.

dowód:

- umowa (...), k. 292-298,
- zeznania świadka B. G. (1), k. 871,
- zeznanie świadka B. G. (2), k. 970, s. 2,
- protokół odbioru, k. 299-300

Pracownicy powoda, z uwagi na krótkie termin realizacji robót od początku budowy pracowali po godz. 15<sup>00</sup>, w soboty i w niedziele, a w końcowej fazie, nawet do godz. 19<sup>00</sup>. Powód z tytułu pracy po godzinach, w soboty oraz w niedziele poniósł koszty w postaci dodatkowego wynagrodzenia pracowników, koszty zakupu obiadów, koszty ponadnormatywne wykorzystania środków transportu w kwocie 206.478,86 zł.

dowód:

- zeznania świadka M. N., k. 878,

- zeznania świadka B. G. (2), k. 970,
- dokumenty obrazujące poniesione przez powoda koszty, k. 301-781

Szpital należący do pozwanego ma 240 miejsc, które miały być zasiedlone od 06 sierpnia 2009 r., podczas gdy pierwsze osoby zostały zakwaterowane w dniu 27 sierpnia 2009 r. Gdyby obiekt mógł być wykorzystany przez pozwanego we wskazanym terminie pozwany mógłby sprzedać miejsca na wolnym rynku; straty pozwanego z tego tytułu wyniosły ok. 401 tyś zł.

dowód: zeznania świadka A. K., k. 971

Powód w dniu 26 sierpnia 2009 r. wystawił fakturę VAT nr (...) na resztę wynagrodzenia za wykonanie II etapu w kwocie 2.327.454,93 zł z terminem płatności na 25 września 2009 r. W piśmie z dnia 25 sierpnia 2009 r. pozwany naliczył powodowi kary umowne z opóźnienie II etapu za opóźnienie wynoszące 9 dni, tj. do dnia 02 sierpnia 2009 r. w kwocie 316.301,13 zł. Powód w piśmie z dnia 25 sierpnia 2009 r. zakwestionował zasadność naliczenia kar umownych. Pozwany w dniu 16 września 2009 r. wystawił notę obciążeniową tytułem kary umownej w wymienionej wysokości, informując o jej potrąceniu z wierzytelności powoda wynikającej z faktury nr (...). Pozwany podtrzymał swoje stanowisko w dalszej korespondencji. Wynagrodzenie przekraczające karę umowną zostało przez pozwanego zapłacone .

dowód:

- faktura z dnia 26 sierpnia 2009 r. wystawił fakturę VAT nr (...), z terminem płatności na 25 września 2009 r., k. 227,
- pismo pozwanego z dnia 25 sierpnia 2009 r., k. 241,
- pismo powoda z dnia 25 sierpnia 2009 r., k. 241-246,
- nota obciążeniowa z dnia 16 września 2009 r., k.250,
- korespondencja pozwanego, k. 247-255,
- przyznanie przez powoda zapłaty pozostałej części wynagrodzenia (uzasadnienie pozwu, k. 8)

Pismem z dnia 12 października 2009 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 316.301,13 zł tytułem reszty wynagrodzenia za roboty II etapu oraz kwoty 206.478,86 zł tytułem odszkodowania zgodnie z notą obciążeniową z tego samego dnia za zwiększone koszty pracy pracowników w godzinach nadliczbowych i w dni wolne od pracy, koszty obiadów i transportu. Pozwany zakwestionował roszczenia powoda. W toku dalszej korespondencji strony pozostały przy swoich stanowiskach

dowód:

- wezwanie do zapłaty , k. 256-257,
- nota obciążeniowa na kwotę 206.478,86 zł, k. 258-259,
- korespondencja stron, k. 281-290
- dokumenty obrazujący koszty poniesione przez powoda, k. 301-781

### **Ocena dowodów**

Sąd przeprowadził dowody z dokumentów dołączonych do pozwu i do odpowiedzi na pozew oraz dopuścił na wniosek powoda dowód z zeznań świadków: B. G. (1), J. S. (1), K. C., Z. S. i M. N., a na wniosek pozwanego dowód z zeznań

świadków: B. G. (2), A. K., Z. B., M. K., P. G. (2), I. S. i B. M. oraz z przesłuchania stron: za powoda, prezesa zarządu, L. G., za pozwanego, prezesa zarządu, S. S..

Na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2010 r. Sąd oddalił wniosek powoda o przeprowadzenie dowodu z dokumentu dołączonego do pisma procesowego z dnia 22 marca 2010 r. (k. 1017, s. 2). Dokument ten stanowiący dowód wydania kabin prysznicowych (k. 990) pochodzi z dnia 04 sierpnia 2009 r., a zatem nie było przeszkód do jego uzyskania przez powoda i przedstawienia już w pozwie. Bez znaczenia jest to, że powód nim nie dysponował nie przesądza w żadnym razie o tym, że nie mógł go powołać już w pozwie. Pełnomocnik powoda złożył zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. dotyczące oddalenia tego wniosku (k. 1017, s. 2).

Powód w pkt. 5 petitum pozwu wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego „na okoliczność nieterminowego wykonania przez powoda umowy z powodu okoliczności leżących po stronie pozwanego; braku możliwości po stronie powoda wykonania robót w umownym terminie przez pracowników powoda bez możliwości świadczenia pracy w godzinach nadliczbowych; bezpośredniego adekwatnego związku przyczynowego między niezachowaniem umownego terminu wykonania robót przez powoda a nieterminowym dostarczeniem przez pozwanego rozwiązań projektowych i urządzeń podlegających montażowi przez powoda (k. 5). W piśmie procesowym z dnia 12 kwietnia 2010 r. pełnomocnik powoda podtrzymał ten wniosek, a ponadto rozszerzył tezę dowodową (k. 1011-1012).

Pełnomocnik pozwanego wniósł o oddalenie wniosku w części stanowiącej rozszerzenie tezy dowodowej z uwagi na prekluzję (k. 1018, s. 2).

Postanowieniem z dnia 21 kwietnia 2010 r. Sąd oddalił wniosek powoda o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego celem ustalenia okoliczności wskazanych w pozwie i w piśmie procesowym z dnia 12 kwietnia 2010 r. oraz z urzędu dopuścił dowód z opinii biegłego celem sprawdzenia poprawności wyliczenia dokonanego przez inwestora zastępczego robót zaniechanych i robót wykonanych w zamian zaniechanych oraz ustalenia, czy roboty objęte umową nr (...) zostały częściowo wykonane w ramach umowy podstawowej (k. 1018, s. . Pełnomocnik powoda zgłosił zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. co do oddalenia jego wniosku, a pełnomocnik pozwanego co do dopuszczenia dowodu z opinii biegłego z urzędu (k. 1019).

Oddalenie wniosku pełnomocnika powoda o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na wskazane przez niego okoliczności nie wchodzi w rachubę. W świetle art. 278 § 1 k.p.c. sąd może wezwać jednego lub kilku biegłych w celu zasięgnięcia ich opinii w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych. Nie ma uzasadnionych podstaw do uznania, że okoliczności wskazane przez powoda wymagają tego rodzaju wiadomości. Wręcz przeciwnie to na powodzie spoczywa ciężar wykazania, że nieterminowe oddanie robót II etapu było spowodowane okolicznościami, za które nie odpowiada. To samo dotyczy roszczenia o naprawienie szkody. Przesłanki określone w art. 471 k.c., w myśl reguły wynikającej z art. 6 k.c., musi wykazać poszkodowany. Wprawdzie uzasadniony jest pogląd, że samo poczynienie ustaleń faktycznych może wymagać dysponowania wiedzą specjalną i doświadczeniem zawodowym w danej dziedzinie (por. wyrok SN z dnia 20 czerwca 1984 r., II CR 197/84), ale in concreto taka sytuacja nie występuje. Powód domaga się w istocie, aby biegły przesądził czy jego roszczenie jest zasadne.

Co do rozszerzenia tezy dowodowej dla biegłego w piśmie procesowym z dnia 12 kwietnia 2010 r. (k. 1011-1012), to pomijając prekluzję „aktualne pozostają poprzednie uwagi w tej materii.

Stosownie do art. 232 zd. 2 k.p.c. sąd może dopuścić dowód nie wskazany przez stronę. Z uwagi na to, że w znacznej mierze spór sprowadzał się do oceny, czy roboty zaniechane przez pozwanego mogły równoważyć roboty dodatkowe oraz czy te ostatnie były objęte częściowo umową podstawową Sąd dopuścił z urzędu dowód celem odpowiedzi na te pytania, gdyż wymagają one wiadomości specjalnych.

Po przedstawieniu przez biegłego C. K. opinii i złożeniu wyjaśnień ustnych pozwany w piśmie procesowym z dnia 11 sierpnia 2010 r. (k. 1108- k. 1114) wniósł o jej uzupełnienie zarzucając, że nie odpowiada postanowieniu Sądu i jest nieprzydatna w procesie, wniósł o jej uzupełnienie (k. 1114), a na rozprawie w dniu 08 września 2010 r. o uzupełniające przesłuchanie świadka B. G. (2). Ten pierwszy wniosek jest bezzasadny. Biegły odpowiedział na postawione przez Sąd



pytania w takim zakresie, w jakim było to możliwe. Co do wniosku o dodatkowe przesłuchanie świadka, to biegły zajął stanowisko w kwestii wyliczenia dokonanego przez inwestora zastępczego w sprawie robót zaniechanych oraz dodatkowych i zamiennych, co czyni wniosek bezprzedmiotowym. W konsekwencji wnioski dowodowe pozwanego zostały oddalone. Pełnomocnicy pozwanego wnieśli zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. (k. 1134-k.1134, s. 2).

Nie zasługiwał także na uwzględnienie wniosek o przeprowadzenie dowodu z kolejnej opinii uzasadniony bliżej przez pozwanego w piśmie procesowym z dnia 20 września 2010 r. (k. 1138-k.1143) oraz podtrzymany na rozprawie w dniu 27 września 2010 r. (k. 1165). Pomijając to, że wnioskowani przez pozwanego biegli opracowali już na zlecenie pozwanego opinię prywatną (k. 1145-k.1155), sprawa, której zbadania domaga się pozwany została już dostatecznie wyjaśniona przez biegłego C. K.. Wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii kolejnego biegłego został oddalony. Pełnomocnicy pozwanego zgłosili zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. (k. 1167, s. 2).

Zeznania świadka B. G. (1) (k. 869, s. 2- k. 873) są wiarygodne. Świadek jest zatrudniona u powoda na stanowisku dyrektora do spraw technicznych i uczestniczyła od początku w przygotowaniu oferty, zawarciu umowy, a następnie w jej realizacji, nadzorując budowę. Świadek brała też udział w naradach przedstawicieli stron dotyczących budowy. Jej zeznania są precyzyjne, jasne i logiczne, znajdują potwierdzenie w innych dowodach osobowych i dowodach z dokumentów. Istotne znaczenie ma ta część zeznań świadka, która dotyczy umowy z dnia 21 sierpnia, obejmująca te roboty, które nie zmieściły się finansowo w umowie podstawowej z dnia 04 listopada 2008 r. Znajdują one potwierdzenie w innych dowodach, w tym w zeznaniach świadka J. S. (1) (k. 875, s. 2) powoda oraz w opinii biegłego C. K.. Świadek zeznała, że powód był gotów zakończyć roboty w sierpniu, lecz pozwany się na to nie zgodził; strony nie przesunęły formalnie terminu, lecz zawarły dodatkową umowę, umożliwiającą zakończenie robót II etapu, takich, jak wyjścia, schody, tarasy (k. 871).

Zeznania świadka K. C. (k. 873 - k. 875) - kierownika robót instalacyjnych - dotyczyły jedynie przebiegu robót instalacyjnych. Zeznania świadka dotyczące przebiegu robót tego rodzaju nie budzą wątpliwości, natomiast nie są wiarygodne zeznania w tej części, w której świadek twierdzi, że inwestor nie dostarczył w terminie brodzików i kabin, co miało wpływ na nieterminowe zakończenie robót. Ta część zeznań nie znajduje potwierdzenia w materiale dowodowym, z którego wynika, że nie było przeszkód, aby wykonawca otrzymał te urządzenia wcześniej. Świadek przyznał, że sam odbierał kabiny z magazynu inwestora oraz, że dopiero 21 lipca 2009 r. zorientował się, że 10 sztuk kabin jest z niewłaściwym szkłem (k. 874, s. 2).

Zeznania świadka J. S. (1) (k. 875-k. 876), kierownika robót, nie budzą zastrzeżeń. Świadek przedstawił problem stropu nad pierwszym piętrzem, który zgodnie z dokumentacją miał być rozebrany, natomiast z inicjatywy wykonawcy został zachowany, co spowodowało oszczędności w granicach 300 tys. zł. Świadek potwierdził, że w ostatniej chwili pozwany zlecił wykonanie robót związanych z dojściem do budynku.

Zeznania świadka Z. S. (k. 876- k. 877, s. 2), kierownika działu wykonawstwa u powoda, są wiarygodne. Świadek potwierdził, że roboty zewnętrzne wykonane na podstawie umowy nr (...) były powiązane z robotami II etapu i nie dało się ich ściśle rozdzielić (k. 976, s. 2). Decyzję co do ich wykonania pozwany podjął dopiero w czerwcu, a co do ich zlecenia na naradzie w lipcu 2009 r. Inwestor podzielił roboty objęte tą umową w ten sposób, że część ujął w ryczałcie za II etap, a kwota, która się nie mieściła została ujęta w umowie nr (...). Świadek wskazał też na inne roboty, które utrudniały zakończenie inwestycji w terminie.

Świadek M. N. (k. 877, s. 2 – k. 878), kierownik budowy, twierdzi, że przyczyną niedotrzymania terminu były błędy projektowe, co budzi zastrzeżenia. Konieczność wykonania robót nieprzewidzianych w dokumentacji pierwotnej wymienionych przez świadka, sama przez się, nie usprawiedliwia jeszcze niedotrzymania terminu. Świadek potwierdził, że pod koniec budowy inwestor podjął decyzję o robotach zewnętrznych (taras na długości prawie całego budynku, z drogą dla niepełnosprawnych, schody zewnętrzne w dwóch miejscach, roboty przed wejściem głównym, parking i droga dojazdowa), których wykonanie warunkowało uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. Świadek zeznał, że z uwagi na krótki terminy robotnicy pracowali od początku budowy do godz. 17<sup>00</sup>, w soboty i w niedziele, a następnie

pracowali nawet do 19<sup>00</sup> (k. 787). O ile ta część zeznań świadka nie budzi zastrzeżeń, o tyle nie są wiarygodne zeznania, że było to wynikiem decyzji inwestora, które nie zapadały szybko (k. 787).

Zeznania świadka B. G. (2) (k. 967, s. 2 - k. 971), pracownika (...) sp. z o.o. sprawującego nadzór inwestorski, w części dotyczącej kabin i brodzików (k. 967, s. 2 – k. 968) nie budzą zastrzeżeń. Istotne znaczenie mają zeznania świadka dotyczące robót dodatkowych związanych z wyjściem na taras i od strony głównej, co do których decyzja inwestora zapadła dopiero w lipcu. Świadek przyznał, że ich wykonanie było konieczne oraz, że roboty objęte umową nr (...) zostały sfinansowane częściowo z umowy zasadniczej, z wynagrodzenia za roboty zaniechane (k. 970, s. 2). Ta część zeznań nie budzi zastrzeżeń, gdyż znajduje potwierdzenie w zeznaniach świadka powoda oraz w treści umowy nr (...). Nie są natomiast wiarygodne zeznania świadka, że termin wykonania robót objętych tą umową nie może być łączony z robotami zamiennymi z umowy podstawowej (k. 970, s. 2) oraz, że przyczyny za nieterminowego zakończenia robót odpowiada wykonawca (k. 968), a po stronie inwestora nie było żadnych okoliczności, które by wpływały na termin; nie było też okoliczności obiektywnych (k. 968, s. 2). W tej części zeznania świadka nie są spójne, skoro sam przyznaje, że roboty związane z wyjściem na tarasy i od strony głównej były konieczne, a wynagrodzenie za prace objęte umową nr (...) częściowo sfinansowane z umowy zasadniczej. Ponadto świadek przyznał, że termin był niezmiernie krótki i ryzykowany dla wykonawcy (k. 970), a 9-cio dniowe opóźnienie nie było duże (k. 969). Zeznaniom tym przeczą też inne dowody, w tym z zeznań świadków powoda.

Zeznania A. K. (k. 971- k. 971, s. 2) nie budzą zastrzeżeń. Dotyczą one miejsc w szpitalu i możliwości ich wykorzystania przez pozwanego. Miejsca powinny być zasiedlone od 06 sierpnia 2009 r., natomiast pierwsze osoby zostały zakwaterowane w dniu 27 sierpnia 2009 r., co spowodowało straty wyliczone przez świadka na prawie 401 tys. zł.

Zeznania świadka Z. B. (k. 971, s. 2 – k. 974) dotyczące kabin prysznicowych i brodzików, które miał dostarczyć inwestora są wiarygodne. Świadek przyznał, że pozwany miał dostarczyć powodowi te urządzenia, przy czym brodziki miały być 90x90, a kabiny ze szkła mrożonego. Świadek przyznał, że pierwotnie nie wszystkie kupione przez pozwanego kabiny były ze szkła mrożonego, gdyż 31 kabin było przezroczystych. Do dnia 28 czerwca 2009 r. wszystkie kabiny były prawidłowe i od tego momentu nie było przeszkód, aby wykonawca je montował. Świadek zeznał, że z brodzikami nie było żadnych problemów; były one w magazynie pozwanego i nie było przeszkód, aby wykonawca je odbierał (k. 972). Zeznania świadka znajdują potwierdzenie w zeznaniach M. K. oraz w jego notatce (k. 849). Także dalsza część zeznań świadka nie budzi zastrzeżeń, co dotyczy zwłaszcza stwierdzenia, że prawdopodobnie nie doszłoby do odbioru robót II etapu, gdyby nie były wykonane wyjścia na tarasy oraz dojazd i parkingi przed wyjściem (k. 973, s. 2).

Zeznania świadka M. K. są wiarygodne. Świadek zeznał, że kabina i brodziec stanowi jeden element, i że pracownik powoda sukcesywnie odbierał je z magazynu pozwanego. Wprawdzie część kabin była niewłaściwa, lecz dostawca wymienił je 26 czerwca 2009 r. (k. 974-975).

Zeznania świadka I. S. (k. 991, s. 2 – k. 992, s. 2), dyrektora Szpitala (...), jakkolwiek wiarygodne, nie mają większego znaczenia. Świadek przedstawiła jedynie swoją ocenę prowadzonych w obiekcie robót.

Zeznania B. M. (k. 992, s. 2 – k. 995, s. 2), inspektora nadzoru, w części dotyczącej oceny przyczyny niedotrzymania terminu i obciążające odpowiedzialnością powoda nie są wiarygodne. Świadek wniosek na temat możliwości dotrzymania terminu, mimo wykonania szeregu robót dodatkowych, wywiódł z porównania roboczogodzin koniecznych do ich wykonania z liczbą roboczogodzin robót zaniechanych (k. 993). Dalsza część zeznań stanowi ocenę świadka na temat przyczyn nieterminowego wykonania robót czy pojęcia „opóźnienia”.

Zeznania świadka P. G. (2) (k. 995, s. 2 – k. 999) w części obciążającej odpowiedzialnością za zwłokę w wykonaniu robót powoda nie są wiarygodne. Zeznania świadka dotyczące brodzików (k. 976, s. 2) nie budzą zastrzeżeń. Świadek przyznał też fakt wykonania robót dodatkowych tarasu, schodów oraz wejścia od strony ogrodowej; wskazał na te roboty (k. 976, s. 2 i k. 998, s. 2).

Zeznania powoda – prezesa zarządu - L. G. (k. 999- k.1001) są w zasadzie wiarygodne. Nie budzi zastrzeżeń stwierdzenie powoda, że postanowienie o karach umownych traktował w ten sposób, że wykonawca musi je zapłacić, jeżeli niedotrzymanie terminu nastąpi z jego winy. Wiarygodne są też zeznania na temat robót dodatkowych zleconych przez pozwanego na początku lipca 2009 r. o wartości ok. 210 tys zł, z czego roboty o wartości 150-160 tys. zł były objęte umową podstawową, natomiast pozostała część umową nr (...). Te roboty warunkowały dotrzymanie terminu, chodziło o tarasy, dojazdy, pasaż, parkingi i zieleń (k. 1000). Nie budzą też zastrzeżeń zeznania L. G. dotyczące poszukiwania robotników już w kwietniu 2009 r.

Zeznania pozwanego – prezesa zarządu - S. S. (k. 1001-k. 1002) nie są wiarygodne jeżeli chodzi o rozumienie przyczyn, w których inwestor mógł domagać się kar umownych oraz, że pozwany robót nieobjętych umową nr (...) nie traktował jako dodatkowe, lecz zamiennie. Wiarygodne są natomiast zeznania pozwanego w tej części, w której S. S. przyznał, że pozwany nie zlecał powodowi poza umową nr (...) robót dodatkowych, lecz pozostałe roboty nieobjęte tą umową podstawą traktował jako zamiennie (k. 1001, s. 2). Nie da się natomiast zaakceptować bez zastrzeżeń, bo podważają go inne dowody, stwierdzenia, że wykonanie robót objętych tą umową w żadnym razie nie warunkowało wykonanie robót podstawowych, bo był dostęp do budynku z dwóch innych wejść dotąd stosowanych (k. 1001, s. 2).

Biegły C. K. był zobowiązany do wskazania, czy poprawne jest wyliczenie dokonane przez inwestora zastępczego robót zaniechanych i robót wykonanych w zamian zaniechanych oraz stwierdzenia, czy roboty objęte umową nr (...) zostały częściowo wykonane w ramach umowy podstawowej (k. 1031). Opinia biegłego (k. 1039-k. 1092) oraz jego ustne zeznania złożone na rozprawie w dniu 08 września 2010 r. (k. 1132-1134) stanowią miarodajny dowód w sprawie. Zarówno opinia pisemna, jak i ustne wyjaśnienia, są jasne logiczne i nie budzą zastrzeżeń. Biegły odpowiadając na pierwsze z postawionych pytań stwierdził, że rozliczenie opracowane przez inwestora zastępczego jest nieczytelne oraz niezrozumiałe, co spowodowało, że biegły we własnym zakresie dokonał rozliczenia biorąc pod uwagę zebrany materiał dowodowy, uzupełniony materiałami stron procesu. Co do odpowiedzi na drugie z postawionych pytań biegły wskazał, że przedmiotem umowy nr (...) jest nowy zakres robót polegających na wykonaniu pasażu pieszego oraz wykonanie luksferów, nieobjętych pierwotną umową (k. 1065-k. 1066). Na rozprawie w dniu 08 września 2010 r. biegły zeznał, że w celu odpowiedzi na pierwsze pytanie był zmuszony do uzyskania od stron dalszych dokumentów w postaci kosztorysów, których nie było w aktach sprawy. Wartość robót dodatkowych i zamiennych wykonanych przez powoda, za które pozwany nie zapłacił wynosi 290.164,00 zł (zeznania, k. 1032, s. 2, wyliczenie, k. 1070). Nie budzi zastrzeżeń stanowisko biegłego, że nie da się zastąpić godzinę pracy robót zaniechanych godziną pracy robót wykonanych, a liczba godzin potrzebna do wykonania w danym okresie konkretnych robót nie ma nic wspólnego z terminem umownym ich wykonania, gdyż wartość robót nie pozwala na ocenę czasokresu ich wykonania. Biegły podkreślił, że na wykonanie robót dodatkowych i zamiennych o podanej przez niego wartości, tj. 290.164,00 zł wymaga czasu, a ten nie został uwzględniony w pierwotnej umowie, która ich nie obejmowała. Biegły zakwestionował tezę, zgodnie z którą czas na wykonanie robót dodatkowych i zamiennych o znacznie większej wartości niż zaniechanych mógł być krótszy z uwagi na różną wartość. Według biegłego, roboty dodatkowe i zamiennie, które wykonał powód wymagały dłuższego czasu niż 9 dni. Biegły wyjaśnił, że prawdopodobnie inwestor zastępczy wyliczył liczbę godzin prac zaniechanych przyjmując wartość robocizny łącznie z kosztami pośrednimi i zyskiem, a następnie podzielił przez stawkę 10 zł/godz. (k. 1033, s. 3).

### ***Ustalenia prawne***

Roszczenie powoda składa się z dwóch części. Pierwsza obejmuje kwotę 316.301,13 zł stanowią resztę wynagrodzenia za wykonane roboty. Pozwany nie kwestionuje wiarygodności powoda z tego tytułu, lecz twierdzi, że na skutek potrącenia tej wiarygodności z jego wiarygodnością z tytułu kar umownych za 9 dni opóźnienia w wykonaniu robót II etapu w tej właśnie wysokości doszło do ich wzajemnego umorzenia. Dalsza część roszczenia w kwocie 206.478,86 zł stanowi odszkodowanie poniesione przez powoda na skutek, jak przyjmie, nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanego. Z uwagi na różne podstawy i okoliczności dotyczące obu roszczeń konieczna jest odrębna analiza każdego z nich.

## 1. Roszczenie o zapłatę kwoty 316.301,13 zł

Wprawdzie powód dochodzi reszty wynagrodzenia, ale z uwagi na złożenie przez pozwanego oświadczenia o potrąceniu wzajemnych wierzytelności istota sporu w tej części sprowadza się do przesądzenia istnienia wierzytelności pozwanego z tytułu kar umownych za opóźnienie w wykonaniu robót II etapu wynoszące 9 dni.

Poza sporem jest, że II etap robót zgodnie z umową powinien być wykonany do dnia 24 lipca, natomiast ich przekazanie pozwanemu nastąpiło w dniu 03 sierpnia 2009 r. Wbrew pełnomocnikowi powoda (uzasadnienie pozwu, k. 8), faktowi naliczenia przez pozwanego kar nie za rzeczywisty okres opóźnienia, który wynosił 10 dni, lecz za 9 dni, nie należy przypisywać żadnego znaczenia. To wierzyciel bowiem decyduje, czy domagać się wierzytelności w pełnej wysokości, czy tylko jakiejś części.

Wstępne zagadnienie dotyczące kar umownych sprowadza się do wykładni § 5 ust. 4 zd. 1 nr (...) umowy, zgodnie z którym w przypadku opóźnienia przez wykonawcę w realizacji któregokolwiek z etapów zdania określonych w harmonogramie realizacji robót, zamawiający obciąża wykonawcę karą umowną w wysokości 0,3 % wynagrodzenia brutto za dany etap zadania, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w wykonaniu w terminie umownym danego etapu zadania w stosunku do terminu wykonania danego etapu określonego w harmonogramie stanowiącego załącznik do umowy (k. 47).

Według pełnomocnika powoda, mimo użycia w przytoczonym postanowieniu pojęcia „opóźnienie”, chodzi w nim w istocie o zwłokę w rozumieniu art. 476 k.c. Powód przedstawia następujące argumenty przemawiające za tym stanowiskiem. Po pierwsze, kodeks cywilny nie reguluje skutków opóźnienia za spełnienie świadczenia niepieniężnego. Po drugie, wykonawca w umowie nie przyjął na siebie odpowiedzialności za naruszenie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które z mocy ustawy nie odpowiada. Po trzecie, akcesoryjność kary umownej wyklucza możliwość jej zastrzeżenia z powodu okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, a odpowiedzialność wykonawcy robót budowlanych *ex contractu* jest oparta o zasadę winy (uzasadnienie pozwu k. 12-13).

Pełnomocnik pozwanego dokonana przez powoda analiza pojęć „opóźnienie” i „zwłoka” nie ma znaczenia, skoro strony w umowie zastrzegły w umowie kary umowne za opóźnienie, a nie za jego kwalifikowaną postać, jaką jest zwłoka. W związku z tym zamawiający był uprawniony do naliczenia kar za sam fakt niewykonania II etapu w określonym umową terminie (k. uzasadnienie odpowiedzi na pozew, k. 806).

Prezes zarządu powoda L. G. zeznał, że w umowie używa zarówno określenia „opóźnienie”, jak i „zwłoka”, lecz przed procesem nie zastanawiał się różnicami między nimi, natomiast zapis o karach umownych traktował w ten sposób, że chodzi o niedotrzymanie terminu z winy wykonawcy (k. 999). Z kolei pozwany S. S. stwierdził, że umowa nie przewidywała możliwości przesunięcia terminu zakończenia robót, to nie można go zmienić, natomiast w świetle prawa zamówień publicznych inwestor musi dochodzić kar umownych, niezależnie od przyczyn niedotrzymania terminu (k. 101).

Wykładnia oświadczeń woli stron dokonana przez pryzmat dyrektyw określonych w art. 65 § 1 i 2 k.c. nie pozostawia wątpliwości, że pojęcia „opóźnienie” zostało użyte w § 5 ust. 4 zd. 1 umowy w znaczeniu, jakie nadaje mu nie język prawny, lecz język potoczny. Przemawiają za tym nie tylko zeznania L. G., które są wiarygodne i świadczą o tym, że strony nie rozważały kwestii, jakie znaczenie ma użycie w analizowanym postanowieniu terminu „opóźnienie”. Wbrew pozorom, poprawności tego wniosku nie podważają zeznania pozwanego, który jedynie jest przekonany, że w świetle prawa zamówień publicznych inwestor musi dochodzić kar umownych, niezależnie od przyczyn niedotrzymania terminu (k. 1001). Dokonując wykładni oświadczeń woli należy się kierować także okolicznościami towarzyszącymi zawarciu umowy; wykluczyć też nie można przypisywanie znaczenia okolicznościom mającym miejsce już złożeniu oświadczenia woli. Zgodnie z art. 65 § 2 k.c. w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

O tym, że strony nie przywiązywały większej wagi do tego, że w języku prawnym sens pojęć „opóźnienie” i „zwłoka” nie jest identyczny świadczy już tylko użycie ich w tej samej umowie w różnych kontekstach. Poza § 5 ust. 4, w którym jest mowa o opóźnieniu w realizacji robót, o zwłoce stanowi § 12 ust. 10, zgodnie z którym w przypadku zwłoki w zapłacie wynagrodzenia, na podstawie faktur częściowych lub faktury końcowej, w stosunku do terminów określonych w ust. 3 i 6 zamawiający zobowiązuje się do zapłaty wykonawcy odsetek ustawowych za każdy dzień opóźnienia. Treść tego ostatniego postanowienia nie pozostawia wątpliwości, że strony w istocie utożsamiały te pojęcia, skoro w pierwszej jego części jest mowa o zwłoce, a w drugiej o opóźnieniu. Jest to tym bardziej oczywiste zważywszy, że zgodnie z art. 481 § 1 k.c. odsetki należą się za opóźnienie, a nie za zwłokę. Nie ma uzasadnionych podstaw do uznania, że w § (...) strony nadały pojęciu „opóźnienie” inne znaczenie niż „zwłoka”. Przemawia za tym także treść dokumentów sporządzanych przez pozwanego dotyczących naliczenia i wezwania do zapłaty kar, w których jest mowa o karach nie za opóźnienie, lecz za zwłokę. Wystarczy wskazać na pismo pozwanego z dnia 25 sierpnia 2009 r. (k. 240), notę księgową z dnia 16 września 2009 r. (k. 250), czy pismo z dnia 02 października 2009 r. (k. 253). Trudno w związku z tym przyjąć, że pozwany podpisując umowę miał na myśli nie karę za zwłokę, lecz za opóźnienie z znaczeniu języka prawnego.

Niezależnie od tego rację ma pełnomocnik powoda, że przyjęcie na siebie przez dłużnika odpowiedzialności za niedotrzymanie terminu, niezależnie od przyczyn nie wchodzi w rachubę. Wprawdzie stosownie do art. 473 § 1 k.c. dłużnik może na siebie przyjąć odpowiedzialność za naruszenie zobowiązania z powodu okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, ale muszą one, co wynika *expressis verbis* z brzmienia przepisu, być oznaczone. Treść § 5 ust. 4 umowy podstawowej prowadzi do wniosku, że powód nie przyjął na siebie odpowiedzialności *ex contractu* z powodu okoliczności, za które nie odpowiada z mocy ustawy. Tym samym należy uznać, że strony zastrzegły kary umowne za zwłokę w wykonaniu robót, co pozwala dłużnikowi na uwolnienie się od obowiązku jej zapłaty na zasadach ogólnych określonych w art. 471 *in fine* w zw. z art. 472 k.c.

Niewątpliwie powód wykonał w trakcie realizacji II etapu budowy szereg robót dodatkowych. Pomijając drobne roboty, które niewątpliwie nie miały wpływu na termin, w rachubę wchodziły także prace wymagające zmiany dokumentacji projektowej oraz znacznych nakładów sił i środków.

Wbrew stanowisku powoda, nie zostało wykazane, że na termin wykonania robót II etapu miało wpływ niedostarczenie przez pozwanego kabin czy brodzików. Pozwany udowodnił, że począwszy od 26-28 czerwca 2009 r. nie było żadnych przeszkód do odbioru kabin. Także kwestia brodzików nie miała żadnego znaczenia. W związku z tym nie ma dostatecznych podstaw do uznania, że powód nie miał możliwości zakończenia robót w terminie z tej przyczyny .

Istotne zasadnicze znaczenie z punktu widzenia terminu wykonania II etapu miało przede wszystkim wykonanie przez powoda robót dodatkowych. Nie ma wątpliwości co do tego, że inwestor dopiero w lipcu podjął decyzję o konieczności wykonania prac zewnętrznych od strony ogrodu i od strony ulicy, co znajduje jednoznaczne odbicie w treści protokołu z narady z dnia 09 lipca 2009 r. Zakres tych robót obejmował m.in. wykonanie schodów, wyjścia ewakuacyjnego od klatki schodowej, schody na nowy taras z balustradą, tarasy bez balustrady, taras od łącznika do podjazdu z balustradą (k. 172). Nie ma wątpliwości, w świetle treści tego dokumentu oraz wiarygodnych zeznań świadków B. G. (3) (k. 871 i k. 872, s. 2), Z. S. (k. 876, s. 2), M. N. (k. 878), powoda L. G. (k. 999, s. 2) oraz ustaleń biegłego, że roboty te, mimo że nie były objęte formalnie umową, zostały wykonane w jej ramach, a dalsze, które nie zmieściły się w niej finansowo, zostały rozliczone w ramach umowy nr (...). Przemawiają za tym także zeznania pozwanego, prezesa zarządu, S. S., który przyznał, że zlecone powodowi poza umową nr (...) roboty były traktowane jako zamiennie (k. 1001, s. 2), a zatem wykonane w zamian zaniechanych.

Nie ma podstaw do uznania, że powód był zobowiązany do ich wykonania zgodnie z pierwotną umową, a tym samym, aby umowny termin zakończenia robót uwzględniał ich zakres. W konsekwencji roboty II etapu nie mogły być zakończone w terminie, skoro dopiero w dniu 07 lipca 2009 r. inwestor podjął decyzję o konieczności wykonania robót dodatkowych o wartości ponad 200 tys. zł, co wyraźnie obrazuje opracowana przez biegłego tabela zestawiająca zbiorczą wartość robót (k. 1070), a powód rozpoczął ich wykonywanie w dniu 15 lipca 2009 r. (wpis do dziennika budowy, k. 110). Bez znaczenia jest to, że z uwagi na roboty zaniechane rozliczenie robót dodatkowych nastąpiło w

większości w ramach podstawowej umowy nr (...), a to, co się w niej nie „zmieściło”, zostało ujęte rozliczone w ramach umowy nr (...) (zestawienie, k. 1070).

Wprawdzie pozwany nie podpisał aneksu nr (...) do umowy, ale nie ma to znaczenia dla oceny przyczyn zwłoki w sytuacji, gdy powstała ona z powodu okoliczności, za które powód nie odpowiada. Biorąc pod uwagę opinię biegłego, wiarygodne zeznania świadków powoda i samego powoda należy dojść do wniosku, że wykonanie robót dodatkowych w ramach pierwotnej umowy o zakresie określonym w protokole z narady z dnia 07 lipca 2009 r., nie objętych umową nr (...), o wartości przekraczającej 200 tys. zł stanowiło podstawową przyczynę niedotrzymania terminu umownego. Uprawniona jest też teza, oparta o zebrane w sprawie dowody, w tym zeznania biegłego, że roboty te były funkcjonalnie związane z II etapem budowy (zeznania biegłego, k. 1132, s. 2). Ich wykonanie wymagało, z uwagi na zakres prac, czasu. Biegły C. K. nie ma wątpliwości, że czas potrzebny na ich wykonanie był dłuższy niż 9 dni (zeznania, k. 1133-k. 1133, s. 2) i ta ocena nie budzi wątpliwości Sądu orzekającego. Także zeznania świadków powoda i samego powoda potwierdzają poprawność tego wniosku. Nie ma, jak to ustalił biegły C. K., podstaw do uznania, że roboty te, także pod względem czasu, mogą być zrównoważone robotami zaniechanymi i potraktowanie jako zamiennie.

Wykonanie robót dodatkowych, o których mowa, w ramach II etapu spowodowało uchybienie terminowi umownemu, z powodu okoliczności, za które powód nie odpowiada. Niezależnie od tego należy też wskazać na dalsze roboty, zwłaszcza związane z wykonaniem elewacji małego basenu, które mogły mieć wpływ na termin zakończenia robót. Z analizowanego punktu widzenia nie ma znaczenia ani podpisanie przez kierownika budowy M. N. protokołu z dnia 27 lipca 2009 r. (k. 835-k.836) oraz brak w protokole odbioru II etapu stwierdzenia wykonawcy na temat przyczyn niedotrzymania terminu.

W konsekwencji, świetle art. 483 § 1 w zw. z art. 471 in fine k.c., odpowiedzialność powoda za zwłokę jest wyłączona, a zatem oświadczenie pozwanego potrąceniu z wierzycelności powoda wierzycelności z tytułu kar umownych w kwocie 316.301,13 zł nie mogło odnieść skutku.

Z przedstawionych względów kwotę 316.301,13 zł należało zasądzić od pozwanego na rzecz powoda tytułem reszty wynagrodzenia (art. 647 k.c.) z ustawowymi odsetkami od wskazanego w pozwie dnia, tj. od 26 września 2009 r. (art. 481 § 1 k.c.). Pozwany pozostawał w opóźnieniu w zapłacie tej części wynagrodzenia, a termin płatności został określony w fakturze nr (...) z dnia 26 sierpnia 2009 r. na 25 września 2009 r. (k. 227).

## 2. Roszczenie odszkodowawcze w kwocie 206.478,86 zł

Powód domaga się odszkodowania twierdząc, że termin zakończenia robót przyjęty w umowie był realny, lecz na skutek nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanego zmuszony był polecić swoim pracownikom świadczenie pracy w godzinach nadliczbowych, w soboty oraz w dni wolne od pracy. Spowodowało to wypłatę dodatkowego wynagrodzenia pracownikom, koszty zakupu obiadów, koszty ponadnormatywne wykorzystania środków transportu w kwocie 206.478,86 zł (dokumenty obrazujące poniesione przez powoda koszty, k. 301-781).

Istota problemu w tej części sprowadza się do analizy przesłanych wymaganych przez normę art. 471 k.c., a więc szkody, naruszenia zobowiązania i normalnego związku przyczynowego między tymi faktami. O ile zwiększone wydatki poniesione przez powoda zostały wykazane, choć ich wysokość budzi zastrzeżenia, to nie ma podstaw do uznania, że zostały spełnione pozostałe przesłanki niezbędne do uznania odpowiedzialności kontraktowej pozwanego, a zwłaszcza naruszenie przez pozwanego zobowiązania. Bez znaczenia jest uznanie, że niedotrzymanie terminu było spowodowane okolicznościami, za które powód nie odpowiada, gdyż wykonanie robót dodatkowych w żadnym razie nie stanowi o nienależyтым wykonaniu zobowiązania przez pozwanego. Powód nie udowodnił, że pozwany naruszył zobowiązanie wynikające z umowy nienależycie je wykonując. Ustalenie w protokole z dnia 12 stycznia 2009 r. (k. 113), że czas reakcji na roboty dodatkowe lub zamiennie mogące wpływać na czas realizacji całości zadania na 24 godziny od momentu zgłoszenia przez wykonawcę nie stanowi o tym, że niedochowanie tego terminu przesądza o naruszeniu umowy. Pomijając tę okoliczność powód i tak nie przedstawił dowodów precyzyjnie wykazujących fakt niedotrzymania ustalonego terminu, a ogólnikowe stwierdzenia świadków powoda i samego powoda na ten temat nie są wystarczające. Nawet jednak gdyby przyjąć, że pozwany podejmował w niektórych sprawach decyzje zbyt opieszale,

z uchybieniem przyjętego terminu, to nie wystarcza sam ten fakt do uznania poniesionych przez powoda kosztów jako szkody pozostającej w normalnym związku przyczynowym z tym zaniechaniem pozwanego w rozumieniu art. 361 § 1 k.c.

Więcej przemawia za tym, że przyjęty przez powoda termin zakończenia robót II etapu był krótki i ryzykowny, co zmusiło powoda do poniesienia większych wydatków związanych z pracą po godzinie 15<sup>00</sup>, w soboty i w niedziele. Wystarczy przytoczyć wiarygodne zeznania świadka M. N., kierownika budowy, aby dojść do wniosku, że robotnicy na budowie musieli pracować także po godz. 15<sup>00</sup> oraz w soboty i w niedziele ze względu na krótkie terminy (k. 878). Powód nie tylko nie przedstawił miarodajnych dowodów na okoliczność naruszenia zobowiązania przez pozwanego, ale także nie wykazał, że opieszałość w podejmowaniu decyzji spowodowała poniesienie przez powoda kosztów, których zasądzenia domaga się w procesie. Nie wystarczy wykazać faktu poniesienia kosztów związanych z dodatkową pracą swoich pracowników, a do tego w istocie ograniczył się powód.

Z przedstawionych względów, z uwagi na niewykazanie istnienia przesłanek z art. 471 k.c., roszczenie w tej części jest bezzasadne i jako takie podlega oddaleniu (pkt. II wyroku).

O kosztach procesu należało orzec stosownie do art. 100 zd. 1 k.p.c. Powód wygrał proces w 60,50%, a pozwany w 39,50%. Zgodnie z zestawieniem kosztów procesu przedstawionym przez pełnomocnika powoda, w ramach których powód przyjął wynagrodzenie radcy prawnego w wysokości 14.000,00 zł, powód poniósł koszty w kwocie 50.177,87 zł (k. 1157), co uwzględniając stopień wygrania sprawy oznacza, że należą mu się koszty w kwocie 30.357,61 zł. Koszty po stronie pozwanego, to wynagrodzenie pełnomocnika procesowego, które Sąd ustalił w wysokości żądanej przez powoda, tj. na 14.000,00 zł oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa (17,00 zł), co uwzględniając stopień wygrania procesu daje kwotę 5.536,72 zł. Różnicę w kwocie 24.820,89 zł należało zasądzić od pozwanego na rzecz powoda (pkt. III wyroku).

(...)

(...)

(...)K. Ł.,

(...)

(...)

(...)