

Sygn. akt I ACa 428/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 października 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Lublinie, I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia	SA Zbigniew Grzywaczewski
Sędzia:	SA Jolanta Terlecka
Sędzia:	SA Alicja Surdy (spr.)
Protokolant	st.sekr.sądowy Dorota Kabala

po rozpoznaniu w dniu 23 października 2013 r. w Lublinie na rozprawie

sprawy z powództwa Z. W.

przeciwko Skarbowi Państwa - Sądowi Okręgowemu w R. zastępowanemu przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa

o zapłatę

na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w R.

z dnia 5 marca 2013 r., sygn. akt I C 712/11

I. oddala apelację;

II. zasądza od powoda Z. W. na rzecz Skarbu Państwa - Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 2.788 (dwa tysiące siedemset osiemdziesiąt osiem) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt I ACa 428/13

UZASADNIENIE

W sprawie z powództwa Z. W. przeciwko Skarbowi Państwa – Sądowi Okręgowemu w R. o zapłatę kwoty 125.423,47 zł Sąd Okręgowy w (...) wyrokiem z dnia 5 marca 2013 r. oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 3.828,60 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

W pozwie z dnia 1 czerwca 2011 r. powód Z. W. wniósł

o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego

w R. kwoty 125 423,47 zł tytułem części wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane wraz z ustawowymi odsetkami od 24 marca 2011 r. oraz kosztów procesu. W piśmie procesowym z dnia 19 października 2011 r. powód rozszerzył

powództwo wnosząc o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego dodatkowo kwoty brutto 4.705,11 zł z tytułu wykonania wymienionych w kosztorysie ofertowym robót sanitarnych dodatkowych.

Pozwany Skarb Państwa – Sąd Okręgowy wR., zastępowany przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa, wnosił o Państwa wnosił o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył co następuje:

W dniu 22 września 2010 r. pomiędzy Sądem Okręgowym w R. reprezentowanym przez Dyrektora J. K. a Z. W. prowadzącym Przedsiębiorstwo (...),

w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę i adaptację pomieszczeń biurowych i sali rozpraw na bezpieczną salę rozpraw, adaptację pomieszczeń konwoju z dostosowaniem do nowej funkcji oraz przebudowę toalet w budynku Sądu Okręgowego w R. przy ulicy (...) w R., została zawarta umowa nr (...). W § 1 umowy strony postanowiły, że wykonawca przyjmie do wykonania przedmiot umowy zgodnie ze złożoną ofertą sporządzoną na podstawie Projektu budowlano - wykonawczego, Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz zgodnie ze Specyfikacją istotnych warunków zamówienia z 31 sierpnia 2010 r., która stanowi załącznik nr 1 do umowy. Wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot umowy sam, bez udziału podwykonawców, chyba że uzyska na to zgodę zamawiającego. W § 2 umowy strony ustaliły za wykonanie robót stanowiących przedmiot umowy wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 195.821,18 zł netto plus podatek VAT w kwocie 43.080,66 zł (238.901,84 zł brutto). W § 3 określono termin zakończenia robót na 22 listopada 2010 r. zaś § 10 umowy przewidywał, że ewentualne wady i usterki wykryte przy odbiorze końcowym usuwane będą przez wykonawcę w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie dłuższym niż 30 dni; to samo dotyczyło wad ujawnionych w toku eksploatacji w okresie rękojmi lub gwarancji. Postanowienia §11 ust. 1 lit. a) i c) umowy stanowiły m.in., że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną: za zwłokę w terminie wykonania przedmiotu umowy – w wysokości 0,5% łącznego ryczałtowego wynagrodzenia brutto za przedmiot umowy za każdy dzień zwłoki oraz za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym albo w okresie rękojmi lub gwarancji – w wysokości 0,5% łącznego ryczałtowego wynagrodzenia brutto przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki, liczony po upływie terminu wyznaczonego na usunięcie wad. W przepisie § 11 ust. 3 umowy wykonawca wyraził zgodę na potrącenie ewentualnych kar umownych z wynagrodzenia za przedmiot umowy i z wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W § 12 umowy ustalono, że wykonawca wniesie zabezpieczenie należytego wykonania umowy

w wysokości 8% ceny całkowitej podanej w ofercie, to jest kwotę 19.112,15 zł. Przepis § 16 umowy przewidywał, że w sprawach nią nieuregulowanych mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t.) oraz przepisy kodeksu cywilnego i prawa budowlanego.

Po rozpoczęciu w dniu 24 września 2010 r. realizacji prac objętych przedmiotową umową stron powód zlecił wykonanie ich części, a mianowicie wykonanie boksów dla osób zatrzymanych osobie trzeciej -K. P.. Wykonane i przetransportowane na miejsce montażu boksy nie mogły być wniesione do budynku Sądu przez otwory drzwiowe. Ostatecznie wykonawca odczekał do końca tygodnia i przeniósł boksy na salę rozpraw przez wyjęte w tym celu okno.

Ponadto przy wykonywaniu w październiku 2010 r. otworów do osadzenia nadproża w łazience dla niepełnosprawnych otworzył się kanał dymowy, który się zawalił. Po tygodniu, gdy została podjęta decyzja o zalaniu go betonem, kanał został odbudowany.

W trakcie prac strony zdecydowały również, że w zamian za zaniechanie części prac objętych kosztorysem podstawowym o wartości 3.929,63 zł (wylewki samopoziomującej - poz. 17, szafki gospodarczej - poz. 32, przecierania tynków na suficie - poz. 54, wylewki samopoziomującej - poz. 58) wykonawca wykona roboty sanitarne o wartości 3.865,65 zł netto (4.705,11 zł brutto).

W dniu 28 grudnia 2010 r. powód dokonał w dzienniku budowy zapisu

o zakończeniu robót i zwrócił się o dokonanie odbioru. Zakończenie robót zgłosił także kierownik budowy i inspektor nadzoru.

Po przeprowadzonych w dniu 10 stycznia 2011 r. czynnościach odbioru robót wykonanych przez firmę powoda komisja odbiorowa w składzie: J. S., M. T., przy udziale B. E., J. W., M. P., Z. D. i Z. W., stwierdziła, że: 1) w sali bezpiecznej nie zamontowano urządzeń klimatyzacyjnych firmy określonej w ofercie oraz, że należy przemaalować sufit w kabinie dla zatrzymanych, poprawić gładź gipsową na ścianach i przemaalować ściany obok okna; 2) w pomieszczeniach dla zatrzymanych należy poprawić cokół przy drzwiach do kabiny, uzupełnić fugi, zlikwidować prześwit między posadzką a drzwiami; 3) w toalecie dla zatrzymanych należy wymienić mozaikę na ścianie, dekor i płytki ściennie przy nadprożu; 4) w toalecie dla niepełnosprawnych z uwagi na nierówności należy wymienić mozaikę na ścianie; 5) w toalecie na I piętrze należy wymienić mozaikę na ścianach I i II kabiny, przemaalować część ściany, ułożyć płytki na części ścian działowych, zmienić miejsce zainstalowania opraw oświetleniowych; 6) w toalecie na II piętrze m.in. naprawić klamkę, uzupełnić fugę na ścianach, przemaalować część sufitu i ścian, wymienić mozaikę na ścianach I i II kabiny. Protokół został podpisany przez wszystkich uczestników odbioru z tym, że przez Z. W. z adnotacją, że nie zgadza się z uwagami dotyczącymi sali rozpraw.

Wobec stwierdzonych uchybień w wykonanych pracach roboty nie zostały odebrane i pozwany pismem z 11 stycznia 2011 r. wezwał powoda do ich usunięcia w terminie do 24 stycznia 2011 r. Powód ponownie zgłosił zakończenie prac pismem z 24 stycznia 2011 r.

Komisja w tym samym składzie, i z udziałem tych samych osób, dokonała po raz kolejny czynności odbioru w dniu 1 lutego 2011 r. i stwierdziła, że:

1) w sali bezpiecznej nie zamontowano nadal urządzeń klimatyzacyjnych zgodnych ze złożoną ofertą (nie dokonano wymiany tych urządzeń);
2) w pomieszczeniu dla zatrzymanych nie przeprowadzono regulacji drzwi do kabiny, nie usunięto prześwitów przy drzwiach; 3) w toalecie dla zatrzymanych nie zlikwidowano zabrudzeń i zarysowań na dekorze; 4) w toalecie na pierwszym piętrze należy ponownie wymienić mozaikę na ścianie I i II kabiny, położyć fugi w kolorze zgodnym z projektem oraz zlikwidować otwory przy oprawach oświetleniowych; 5) w toalecie na drugim piętrze należy ponownie wymienić mozaikę na ścianie I i II kabiny i położyć fugę zgodną z projektem. Powód i kierownik budowy J. W. odmówili podpisania tego protokołu.

W tej sytuacji pozwany pismem z dnia 2 lutego 2011 r. poinformował powoda o naliczeniu kar umownych zgodnie z §11 ust. 1 lit. c umowy (zwłoka w usunięciu wad). Następnie nastąpiła wymiana korespondencji między stronami. Ostatecznie firma powoda usunęła wszystkie uchybienia stwierdzone przez komisję podczas odbioru w dniu 1 lutego 2011 r. i pismem z dnia 6 kwietnia 2011 r. zgłosiła gotowość do odbioru robót. Komisja odebrała roboty w dniu 15 kwietnia 2011.

Po odbiorze robót powód złożył pozwanemu fakturę nr (...) na kwotę 140.040,38 zł brutto (113.853,97 zł netto), fakturę nr (...) na kwotę 4.743,68 zł brutto (3.856,65 zł netto) oraz fakturę (...) na kwotę 13.8901,84 zł brutto (11.2928,33 zł netto). Pozwany poinformował powoda pismem z dnia 17 maja 2011 r., że z faktury nr (...) z dnia 18 kwietnia 2011 r. na kwotę 138.901,84 zł potrącił kary umowne w łącznej kwocie 125.423,47 zł obejmującej: karę umowną w kwocie 40.613,31zł za zwłokę 34 dni (od 23 listopada do 26 grudnia 2010 r.) w terminie wykonania umowy (238 901,84 zł x 0,5% x 34 dni) oraz karę umowną w kwocie 84.810,16 zł za zwłokę 71 dni (od 25 stycznia do 5 kwietnia 2011 r.) w terminie usunięcia usterek (238 901,84 x 0,5% x 71 dni). W następstwie czego wypłacił powodowi tytułem wynagrodzenia kwotę 113.478,37 zł.

Kwestionując zasadność potrącenia dokonanego przez pozwanego powód wykazywał, że niedotrzymanie terminu zakończenia robót określonego w umowie na dzień 22 listopada 2010 r. wynikało z konieczności wykonania dodatkowych prac, które nie były przewidziane w umowie ale były niezbędne do jej zrealizowania.

Jednak w ocenie Sądu Okręgowego wskazane przez powoda okoliczności, nie podniesione w pozwie lecz przywoływane dopiero w wyjaśnieniach powoda składanych w sprawie, nie uzasadniają braku zachowania przez powoda terminu zakończenia robót. Ani z wyjaśnień powoda ani też z zeznań świadków lub ze złożonych do sprawy dokumentów nie wynika dokładnie jakie prace dodatkowo zostały wykonane, jak długo one trwały, w jakim zakresie i jak długo wstrzymywały one prace na poszczególnych odcinkach robot. Ponadto, jak zasadnie wywodził pozwany, do obowiązków powoda jako wykonawcy należało ustalenie czy boksy dla zatrzymanych będzie można wnieść na salę rozpraw przez otwór drzwiowy lub okienny, czy też należy je montować wewnątrz sali. Powód nie dokonywał także w dzienniku budowy wpisów o okolicznościach utrudniających lub uniemożliwiających mu wykonanie prac i zachowanie przewidzianego w umowie terminu ich zakończenia. Także wykonanie przez powoda prac sanitarnych, określonych w kosztorysie ze stycznia 2011 r., nie mogło być przyczyną opóźnienia w dotrzymaniu terminu wykonania umowy, gdyż prace określone w tym kosztorysie zostały zlecone przez pozwanego jako zamienne w styczniu 2011 r. i wtedy też, czyli już po upływie określonego w umowie terminu zakończenia robót, były wykonywane przez powoda.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy uznał, że termin zakończenia prac ustalony w umowie na 22 listopada 2010 r. nie został dotrzymany z przyczyn dotyczących powoda i dlatego pozwany zasadnie naliczył z tego tytułu karę umowną za 34 dni zwłoki w terminie wykonania przedmiotu umowy.

Podczas odbioru prac w dniu 10 stycznia 2011 r. zostały stwierdzone liczne uchybienia w wykonanych robotach. Powód w protokole z 10 stycznia 2011 r. napisał, że nie zgadza się z uwagami dotyczącymi sali rozpraw oraz w ogóle nie podpisał protokołu komisji z 1 lutego 2011 r.. Ostatecznie jednak wykonał prace zalecone przez komisję i w dniu 6 kwietnia 2011 r. zgłosił gotowość odbioru prac poprawkowych. W tej sytuacji należy przyjąć, iż powód jako profesjonalista, wykonując zalecone przez komisję prace, potwierdził zasadność uwag komisji co do wadliwości części wcześniej wykonanych prac. Wobec tego należy uznać, iż pozostawał w zwłoce 71 dni, od wyznaczonego przez pozwanego na 24 stycznia 2011 r. terminu usunięcia wad stwierdzonych w protokole z dnia 10 stycznia 2011 r. a termin usunięcia tych wad nie został dotrzymany z przyczyn dotyczących powoda. Dlatego też pozwany zasadnie naliczył z tego tytułu karę umowną za 71 dni zwłoki w usunięciu wad, które polegały na: 1) niezamontowaniu w sali bezpiecznej urządzeń klimatyzacyjnych firmy określonej w ofercie; 2) niestarannym pomalowaniu sufitu w kabinie dla zatrzymanych i ściany obok okna oraz położeniu gładzi gipsowej na ścianach w pomieszczeniach dla zatrzymanych; 3) złym położeniu w pomieszczeniach dla zatrzymanych cokołu przy drzwiach do kabiny, brakach w położeniu fugi i prześwicie między posadzką a drzwiami; 4) niestarannym wykonaniu robót w toalecie dla zatrzymanych, toaletach dla niepełnosprawnych i toaletach na I i II piętrze, które skutkowało zleceniem wymiany mozaiki, dekoru lub płytek oraz przemalowania części ścian i położenia odpowiednich fug.

Z uwagi na powyższe żądanie powoda zasądzenia od pozwanego kwoty 125.423,47 zł, jako niezasadnie potrąconej z umówionego wynagrodzenia, należało uznać za bezzasadne. Powód podpisywał przedmiotową umowę jako profesjonalny wykonawca robót budowlanych, prowadzący od 1987 r. działalność gospodarczą w zakresie usług remontowo - budowlanych

i zatrudniający do ich wykonania inne osoby. Miał zatem pełne rozeznanie we wszystkich warunkach umowy, duże doświadczenie w wykonywaniu takich prac i dobre rozeznanie na rynku budowlanym. Należy uznać, że zawierając przedmiotową umowę świadomie zgadzał się na wszystkie jej warunki, w tym na zapłatę określonej w niej odpowiedniej kary umownej w przypadku zwłoki w terminie zakończenia prac bądź zwłoki w terminie usunięcia wad tych prac stwierdzonych przy odbiorze końcowym lub w okresie gwarancji (rękojmi). Z tych przyczyn należy też stwierdzić brak podstaw do miarkowania naliczonej przez pozwanego kary umownej.

Także żądanie powoda dotyczące zasądzenia kwoty 4.705,11 zł brutto (3.856,65 zł netto) tytułem zapłaty za roboty wykonane dodatkowo należało uznać za bezpodstawne. Strony zawarły umowę w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zasadach określonych w przepisach ustawy z 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t.).
Umowa

ta przewidywała wynagrodzenie ryczałtowe, które nie mogło być podwyższone, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac, chyba, że wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć wykonanie zamówienia groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąco strata. Zakres umowy (w tym ilość i rodzaj wykonanych prac oraz wynagrodzenie za nie) był ograniczony wynikiem przetargu zorganizowanego na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych, a więc zlecenie powodowi wykonania robót dodatkowych (nieobjętych umową) było niedopuszczalne. Z tych względów należy przyjąć, że prace wykonane przez powoda na podstawie kosztorysu ze stycznia 2011 r. zostały wykonane w zamian za zaniechanie części prac określonych w umowie i załącznikach tej umowy. Bezsporne jest przy tym, że wartość zaniechanych prac (ustalonych w kosztorysie podstawowym na kwotę 3.929,63 zł netto) przewyższa wartość prac sanitarnych wykonanych przez powoda na podstawie jego kosztorysu ze stycznia 2011 r. (określonych w nim na kwotę 3.865,65 zł netto).

Uznając, że potrącenie przez pozwanego z wynagrodzenia powoda kary umownej było zgodne z umową z dnia 22 września 2010 r., przepisami ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz przepisami Kodeksu Cywilnego (w szczególności art. 647-658, 627-646, 483-484 i 498-505), Sąd Okręgowy powództwo powoda o zasądzenie kwoty 125.423,47 zł z tytułu bezpodstawnego naliczenia kar umownych i potrącenia ich z należnego mu wynagrodzenia w kwocie 238.901,84 zł oraz kwoty 4.705,11 zł z tytułu wynagrodzenia za dodatkowo wykonane prace oddalił jako bezzasadne (punkt pierwszy wyroku).

Wobec takiego rozstrzygnięcia sprawy Sąd obciążył powoda w punkcie drugim wyroku kosztami procesu poniesionymi przez pozwanego, zasądając od powoda na rzecz pozwanego kwotę 3.828,60 zł obejmującą zwrot kosztów zastępstwa procesowego. Podstawą orzeczenia w tej części był art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i art. 99 k.p.c. oraz § 2 ust. 1 i 2 i § 6 pkt. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U.2013.461 j.t.).

W apelacji powód Z. W. zaskarżył wyrok w całości i zarzucił:

1. Niewyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na treść rozstrzygnięcia, a mianowicie art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez bezzasadne oddalenie wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na szczegółowo określone okoliczności;
2. Naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na treść rozstrzygnięcia, a mianowicie art. 316 § 1 k.p.c. w zw. z art. 325 k.p.c., polegające na wydaniu orzeczenia z pominięciem istniejącego stanu rzeczy i nieustosunkowanie się do zgłoszonego przez pełnomocnika powoda w piśmie z dnia 13 sierpnia 2012 r. żądania ewentualnego dotyczącego miarkowania kary umownej na zasadzie art. 484 § 2 k.c.;
3. Naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 484 § 2 k.c. polegające na jego niezastosowaniu w sytuacji, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana, gdyż obejmuje połowę wynagrodzenia wykonawcy a zakwestionowane roboty dotyczyły przeważnie kwestii estetycznych.

Na zasadzie art. 380 k.p.c. powód wnosił o rozpoznanie niepodlegającego zaskarżeniu zażaleniem postanowienia z dnia 19 lutego 2013 r. oddalającego wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego.

We wnioskach apelacji powód wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie na rzecz powoda od pozwanego kwoty 125.423,47 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 24 marca 2011 r. oraz kwoty 4.705,11 zł, a także kosztów procesu, ewentualnie o dokonanie stosownego zmniejszenia na podstawie art. 484 § 2 k.c. kary umownej jako rażąco wygórowanej oraz zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył co następuje: apelacja powoda Z. W. na uwzględnienie nie zasługuje.

Zasadniczym zarzutem podniesionym w apelacji jest zarzut niewyjaśnienia wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia w następstwie naruszenia przepisów postępowania, tj. art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c., które miało wpływ na treść rozstrzygnięcia, a polegało na niezasadnym zdaniem powoda oddaleniu jego wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego budowlanego.

Z powyższym zarzutem łączy się wniosek powoda o rozpoznanie na zasadzie art. 380 k.p.c. niepodlegającego zaskarżeniu zażaleniem postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 19 lutego 2013 r., oddalającego wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego budowlanego.

Wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego budowlanego powód pierwotnie zgłosił już w pozwie na okoliczność, że: 1) ułożona na ścianie mozaika nigdy „nie ma równości powierzchni porównywalnej z płytkami o dużej powierzchni” oraz, że brak jest normy budowlanej określającej poziom równości ściany pokrytej mozaiką (k.9) i takiej treści wniosek podtrzymał na rozprawie w dniu 1 grudnia 2011 r. (k.131-131v). Następnie w piśmie procesowym z dnia 9 lutego 2012 r. (k.153-155) powód wniósł o powołanie konkretnie wskazanego biegłego budowlanego dodatkowo na okoliczności: 2) czy były przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia roboty polegające na wykonaniu na sali rozpraw podestu dla składu orzekającego, wzmocnieniu ścianki przeszklonej w obudowie metalowej, wykonaniu konstrukcji metalowej z płytkami typu gres na kanale c.o. w sali rozpraw, wykonaniu nadproża w WC dla osób niepełnosprawnych na parterze związane z osunięciem się kanału spalinowego, wymianie rur – pionów c.o. oraz wymianie grzejników i wymianie pionu wodociągowego zimnej wody; 3) czy zakres i sposób wykonania prac związanych z wykonaniem wylewek w sali bezpiecznej miał wpływ na termin wykonania umowy; 4) czy wykonanie boksów dla zatrzymanych miało wpływ na termin wykonania umowy oraz czy dokumentacja dotycząca zamówienia, z uwagi na czasochłonność robót związanych z ich wykonaniem i montażem, powinna uwzględniać zasady konstrukcji i montażu boksów; 5) czy zachodziła konieczność wymiany klimatyzatora firmy (...) na klimatyzator firmy (...) mimo zgodności ich parametrów; 6) czy powyższe prace dodatkowe miały wpływ na termin wykonania umowy. Na rozprawie w dniu 19 lutego 2013 r. dodatkowo wnioskował o zobowiązanie biegłego do podania jaka była wartość prac, których wadliwe wykonanie zarzucał pozwany (k. 217v).

Sąd Okręgowy postanowieniem (punkt 2) zapadłym na rozprawie w dniu 19 lutego 2013 r. przedmiotowy wniosek powoda oddalił z uwagi na to, że dotyczy on okoliczności, których ustalenie nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (k.217v-218).

W okolicznościach sprawy brak jest podstaw do uznania, iż oddalając przedmiotowy dowód Sąd Okręgowy naruszył przepis art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c., i że uchybienie to miało wpływ na treść rozstrzygnięcia.

Przede wszystkim należy mieć na uwadze, że apelujący nie wykazał jaki konkretnie wpływ miałyby okoliczności wskazane w tezie dowodowej na sposób rozstrzygnięcia sprawy. Same okoliczności sformułował ogólnikowo i w ogóle nie powiązał ich z treścią łączącej strony umowy.

Sąd Okręgowy ustalił, że w **§ 1 ust. 1 i ust. 3** umowy strony postanowiły, że wykonawca przyjmie do wykonania przedmiot umowy zgodnie ze złożoną ofertą sporządzoną na podstawie projektu budowlano - wykonawczego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia z 31 sierpnia 2010 r., która stanowi załącznik nr 1 do umowy. Wykonawca zobowiązał się wykonać przedmiot umowy sam, bez udziału podwykonawców, chyba że uzyska na to zgodę zamawiającego.

Jednocześnie, czego Sąd Okręgowy nie wyeksponował, **§ 1 ust. 2** przedmiotowej umowy stanowił, że dokładny zakres, sposób wykonania i wymagania dotyczące robót i użytych materiałów przedstawione zostały

w projekcie budowlano – wykonawczym oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, stanowiących załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, będącej załącznikiem nr 1 do umowy stron. **§ 1 ust. 4** umowy formułował wymóg uzyskania przez wykonawcę zgody inwestora na zawarcie umowy z podwykonawcą, zaś **§ 2 ust. 4** umowy zawierał oświadczenie wykonawcy, iż znane mu są wszelkie dane udostępnione przez zamawiającego oraz wszelkie warunki lokalne rozpoznane we własnym zakresie, niezbędne do wykonania umowy. Nieuwzględnienie przez wykonawcę robót, które można było przewidzieć, obciąża wyłącznie wykonawcę, który nie może z tytułu ewentualnego zwiększenia ilości robót rościć sobie do zamawiającego żadnych pretensji i żądać zwiększenia wynagrodzenia. Zgodnie z **§ 2 ust. 5** umowy wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tytułu niedoszacowania należności za wykonanie robót będących przedmiotem umowy, czy innych błędów wykonawcy, w szczególności błędów rachunkowych, czy nieuwzględnienia któregośkolwiek elementu robót będącego w dokumentacji lub też brakującego w dokumentacji, ale niezbędnego do prawidłowego i zgodnego z wiedzą budowlaną oraz niniejszą umową wykonania robót. Z kolei **§ 2 ust. 7** umowy stanowił, że w przypadku zaniechania realizacji niektórych elementów robót i wskazania robót zamiennych, jeżeli zmiany te nie spowodują wzrostu wynagrodzenia, roboty te zostaną wykonane w oparciu o protokół sporządzony przez strony umowy przy udziale inspektora nadzoru, który zostanie załączony do protokołu końcowego odbioru robót. Stosownie do **§ 10 ust. 2** umowy ujawnienie wad przy odbiorze robót wstrzymywało podpisanie protokołu odbioru do czasu ich usunięcia.

Także w przedstawionej pozwanemu ofercie (k.170-172) powód oferował wykonanie umowy zgodnie z projektem wykonawczo – budowlanym, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia i oświadczał, iż wykona umowę sam.

Przy ocenie zasadności przedmiotowego wniosku dowodowego i jego oddalenia przez Sąd należy też mieć na uwadze, że projekt wykonawczo – budowlany (k.125-16), do którego odwoływała się umowa stron, przewidywał m.in. (§ 8) demontaż drewnianego podestu na sali rozpraw, z możliwością jego ponownego wykorzystania, demontaż posadzek z płytek gresowych, rozkucie posadzki na trasie przebiegu przewodów sieci strukturalnej i przeniesienie tych przewodów w miejsce nowej lokalizacji stołu sędziowskiego, wykonanie posadzki typu gres na zaprawie klejowej, po uprzednim wyrównaniu i zagruntowaniu podłoża oraz dostosowanie poziomu posadzki do poziomu posadzki w korytarzu. Zaś świadek E. K. (k. 148v) potwierdził, że jako podwykonawca powoda podjął, z pominięciem inwestora, decyzję o zmianie rodzaju klimatyzatora, na według jego oceny bardziej dostępny i łatwiejszy do konserwowania. Był to inny rodzaj klimatyzatora w stosunku do ujętego w kosztorysie ofertowym i przewidzianego w projekcie budowlano - wykonawczym (por. zeznania świadka J. S. (k.145 i 144)).

Ocena zasadności wniosku dowodowego powoda wymaga ponadto uwzględnienia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t.; dalej określane jako: „p.z.p.”). W szczególności należy mieć na względzie, że zgodnie z art. 140 p.z.p. zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Natomiast w art. 144 p.z.p. ustawodawca zakazuje istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu.

Wskazany przez apelującego art. 217 § 2 k.p.c., w brzmieniu właściwym dla rozpoznawanej sprawy stanowił, że sąd pominię środki dowodowe, jeżeli okoliczności sporne zostały już dostatecznie wyjaśnione lub jeżeli strona powołuje dowody jedynie dla zwłoki. Przepis ten w § 1 stanowił natomiast, że strona może aż do zamknięcia rozprawy przytaczać okoliczności faktyczne i dowody na uzasadnienie swych wniosków lub dla odparcia wniosków i twierdzeń strony przeciwnej, z zastrzeżeniem niekorzystnych skutków, jakie według przepisów niniejszego kodeksu mogą dla niej wyniknąć z działania na zwłokę lub niezastosowania się do zarządzeń przewodniczącego i postanowień sądu.

Jednocześnie zgodnie z wolą ustawodawcy wyrażoną w art. 227 k.p.c. przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Fakty mające istotne znaczenie w rozumieniu art. 277 k.p.c. to fakty opisane w hipotezach norm prawa cywilnego materialnego, rzadziej prawa procesowego. Zatem to właściwie rozumiane prawo materialne określa, które dowody są istotne w sprawie i jakie mają znaczenie dla jej rozstrzygnięcia.

W sprawie ustala się tylko te fakty, która wymagają ustalenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2008 r., III UK 65/07, Lex nr 459314). Do naruszenia art. 217 § 2 k.p.c. może dojść poprzez pominięcie określonego dowodu w wyniku wadliwej oceny, że nie jest on istotny dla rozstrzygnięcia sprawy. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2012 r. IV CSK 137/12, LEX nr 1229817; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2012 r. II PK 197/11, LEX nr 197/11).

Powód zarzuca wadliwe uznanie przez Sąd, że nie był istotny dla rozstrzygnięcia sprawy dowód z opinii biegłego budowlanego zgłoszony przez niego na szczegółowo określone okoliczności. Jak stanowi art. 278 § 1 k.p.c. sąd może zasięgnąć opinii biegłego (biegłych) w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych. Podstawę opinii stanowi co do zasady materiał dowodowy zebrany w sprawie i jakkolwiek opinia biegłych jest oparta na wiadomościach specjalnych, to podlega ona ocenie sądu w oparciu o cały zebrany w sprawie materiał. Oceniając opinię, sąd na tle tego materiału, stwierdza czy opinia ustosunkowała się do wynikających z innych dowodów faktów mogących stanowić podstawę ocen w opinii zawartych oraz czy opierając się na tym materiale w sposób logiczny i jasny przedstawia tok rozumowania prowadzący do sformułowanych w niej wniosków. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2005 r. V CK 659/04, LEX nr 180821).

Uwzględnienie powyższych ustaleń i rozważań prowadzi do wniosku, że oddalenie wniosku dowodowego powoda z uwagi na okoliczności wskazane w tezie dowodowej nie było uchybieniem procesowym, które miałyby wpływ na treść rozstrzygnięcia. Sąd Okręgowy prawidłowo uznał, że nie był to dowód istotny dla rozstrzygnięcia.

W szczególności ustalenie jakie roboty nie były przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wymaga dowodu z opinii biegłych i wiadomości specjalnych. Powód nie wnioskował o przeprowadzenie dowodu z tejsze specyfikacji, nie odwołuje się też do jej treści i nie twierdzi aby nie przewidywała konkretnie określonych robót, lecz wnioskuje aby biegły sprawdził czy poszczególne roboty były w specyfikacji ujęte, i to w sytuacji gdy znaczna ich część była przewidziana w projekcie budowlano – wykonawczym, i gdy oba te dokumenty stanowiły całość wraz z umową stron. Ponadto jest bezsporne, że część wykonanych robót nie była przewidziana w specyfikacji, ale umowa stron wprost dopuszczała ich wykonanie w zamian za roboty zaniechane, w sytuacji gdy nie dochodziło w związku z tym do wzrostu umówionego wynagrodzenia, co w sprawie miało miejsce. Dodatkowo, zgodnie z zawartą przez strony umową, zaniechania i zaniechania wykonawcy związane z zapoznaniem się z dokumentacją przetargową oraz miejscem i warunkami wykonania robót obciążały wykonawcę. Zatem komplikacje z montażem boksów dla skazanych także obciążały wykonawcę, który na etapie składania oferty (ani zresztą później) nie zwracał się do zamawiającego z żądaniem uzupełnienia dokumentacji czy udzielenia wyjaśnień. Powód nie może też powoływać się na znaną mu okoliczność, że budynek w którym wykonywane były roboty będące przedmiotem umowy znajduje się pod ochroną konserwatora zabytków, tym bardziej gdy czyni to ogólnie. Uzyskanie od biegłego informacji dotyczących układania mozaiki było bezprzedmiotowe, gdy pozwany przyznawał, że jest to element trudny do ułożenia, a zastrzeżenia komisji dotyczyły tylko części pomieszczeń, w których była na ścianach układana mozaika. Brak stosownych adnotacji wykonawcy w dzienniku budowy wskazujących kiedy, i na jaki okres były wstrzymane roboty w związku z oberwaniem się cegieł w kominie spalinowym, potwierdza jedynie stanowisko pozwanego co do tego, iż zdarzenie to nie przedłużyło czasu wykonania robót. Nie budzi też wątpliwości, że z pominięciem zamawiającego, podwykonawca powoda, oficjalnie nie zgłoszony pozwanemu w tym charakterze, zmienił rodzaj klimatyzatora określony w umowie i wskazany w kosztorysie ofertowym powoda. Zaś w sytuacji, gdy nie zostały w zebranych materiale wykazane okoliczności leżące po stronie pozwanego, które uniemożliwiłyby powodowi dochowanie terminu wykonania umowy oraz sprawne usunięcie stwierdzonych przy odbiorze usterek, bezprzedmiotowe było też zlecenie biegłemu ustalenia czy, i o ile, z ich przyczyny uległ przedłużeniu termin wykonania umowy.

W okolicznościach sprawy należało zatem uznać za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. z uwagi na brak przesłanek uzasadniających uznanie wnioskowanego dowodu z opinii biegłego za istotny dla rozstrzygnięcia sprawy. Nie był również uzasadniony kolejny zarzut naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na treść rozstrzygnięcia, a mianowicie art. 316 § 1 k.p.c. w zw. z art. 325 k.p.c., polegającego zdaniem apelującego na wydaniu orzeczenia z pominięciem istniejącego stanu rzeczy i nieustosunkowanie się do zgłoszonego przez pełnomocnika powoda w piśmie z dnia 13 sierpnia 2012 r. żądania ewentualnego dotyczącego miarkowania kary umownej na zasadzie art. 484 § 2 k.c.

W związku z tym zarzutem należy w szczególności podnieść, że powód nie zgłosił żądania ewentualnego. Powód może zgłosić w pozwie żądanie ewentualne na wypadek nieuwzględnienia żądania sformułowanego jako podstawowe i usytuowane na pierwszym miejscu. O żądaniu ewentualnym można mówić wówczas, gdy obok żądania głównego wysunięto w pozwie żądanie drugie jako ewentualne, o którym sąd może orzec tylko wtedy, gdy nie przyjmuje za uzasadnione żądania pierwszego (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 7 września 1960 r., 2 CR 366/59, (...) 1961, nr 12, s. 424 i n.). W przypadku zgłoszenia żądania ewentualnego Sąd rozpoznaje tylko jedno żądanie, to, które jest należycie uzasadnione, biorąc pod uwagę kolejność dokonanych zgłoszeń.

W powołanym w apelacji piśmie z dnia 13 sierpnia 2013 r. (k. 199-200) powód nie zgłosił żądania, które musiałoby być przedmiotem rozstrzygnięcia zgodnie z art. 325 k.p.c. Domagał się jedynie, z ostrożności procesowej, zmniejszenia kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c., jako rażąco wygórowanej. Tak sformułowane żądanie mogło być jedynie uwzględniane przy ocenie skuteczności dokonanego przez pozwanego potrącenia własnej wierzytelności w stosunku do powoda z tytułu przewidzianych w umowie stron kar umownych z wierzytelnością powoda w stosunku do pozwanego z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty (art. 498 k.c. i nast.). Podzielenie poglądu powoda o istnieniu przesłanek do miarkowania kary umownej należnej pozwanemu od powoda prowadziłyby do częściowego uwzględnienia powództwa w następstwie ustalenia, że wskutek dokonanego przez pozwanego potrącenia, wzajemne wierzytelności stron umorzyły się do niższej niż wyliczona przez pozwanego wierzytelność z tytułu kar umownych.

Należy też wskazać, że wbrew twierdzeniom apelacji, Sąd Okręgowy miał na uwadze, że powód domagał się miarkowania kary umownej i wyraźnie stwierdził, że nie znalazł podstaw do miarkowania kary naliczonej przez pozwanego. Podkreślił przy tym, że powód jako profesjonalny wykonawca robót budowlanych miał pełne rozeznanie we wszystkich warunkach umowy, duże doświadczenie w wykonywaniu prac budowlanych i dobre rozeznanie na rynku budowlanym. Zatem zawierając przedmiotową umowę świadomie zgadzał się na wszystkie jej warunki, w tym na zapłatę określonej w niej odpowiedniej kary umownej w przypadku zwłoki w terminie zakończenia prac bądź zwłoki w terminie usunięcia wad tych prac stwierdzonych przy odbiorze końcowym lub w okresie gwarancji (rękojmii).

W tej sytuacji rozważenia wymaga zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 484 § 2 k.c., polegającego na jego niezastosowaniu w sytuacji, gdy jak twierdzi apelujący, kara umowna jest rażąco wygórowana jako obejmująca połowę wynagrodzenia wykonawcy, gdy zakwestionowane roboty dotyczyły przeważnie kwestii estetycznych.

Jak przyjmuje orzecznictwo, art. 144 p.z.p. nie wyłącza regulacji Kodeksu cywilnego o karze umownej, w tym o jej miarkowaniu. Także złożenie oświadczenia o potrąceniu nie wyłącza prawa do domagania się miarkowania kary umownej. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2007 r. I CSK 270/07 LEX nr 530614).

W związku z zagadnieniem miarkowania kary umownej w doktrynie wskazuje się na kilka kryteriów, takich jak: bezwzględna wysokość kary umownej, stosunek wysokości kary umownej do wartości interesu wierzyciela, stosunek między wysokością kary umownej a szkodą poniesioną przez wierzyciela, czy uznawany za najistotniejszy w praktyce stosunek wysokości kary umownej do wysokości odszkodowania, które należałoby się wierzycielowi na zasadach ogólnych. Uznaje się przy tym, że skutkiem miarkowania kary umownej nie powinno być doprowadzenie jej do wysokości odpowiadającej wysokości szkody. Akceptacja takiego poglądu prowadziłyby do ograniczenia funkcji kary umownej do funkcji kompensacyjnej i wyeliminowania nie mniej istotnej funkcji stymulacyjnej i represyjnej.

Na aprobatę zasługuje też pogląd, iż rażące wygórowanie kary umownej należy odnosić do wysokości szkody pod warunkiem, iż pojęcie szkody rozumie się szeroko, w sposób obejmujący wszelkie negatywne konsekwencje niewykonania zobowiązania.. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 kwietnia 2005 r., II CK 626/04, LEX nr 189075). Co skutkuje przyjmowaniem, że kara umowna ma kompensować wszystkie negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające ze stanu naruszenia zobowiązania.

W realiach rozpoznawanej sprawy należało przyjąć, że takie negatywne konsekwencje pozwany odczuwał. Zlecony powodowi remont budynku odbywał się bez zaniechania działalności przez pozwanego, która z przyczyn leżących po stronie powoda była dodatkowo dezorganizowana przez około kwartał. Przyczyny te, to brak należytego rozeznania i przygotowania się powoda

do wykonywania robót. Ponadto, co istotne, powód kwestionował, i kwestionuje w apelacji, zasadność żądania usuwania usterek powołując głównie ich walor estetyczny, co w sytuacji gdy zasadniczą przyczyną zwłoki w wykonaniu zobowiązania przez powoda było usuwanie usterek, uzasadnia wyeksponowanie w okolicznościach sprawy represyjnej funkcji kary umownej. Nie można bowiem podzielić stanowiska powoda co do nieistotności, zwłaszcza w budynku użyteczności publicznej, estetyki jego wystroju, i uznać, że należyta staranność z jaką dłużnik winien wykonać zobowiązanie, nie obejmuje należytej jakości robót także w tym aspekcie. Konsekwencją powyższego stanowiska jest podzielenie poglądu Sądu Okręgowego o braku uzasadnionych przesłanek do miarkowania kary umownej naliczonej przez pozwanego, a tym samym oddalenie apelacji także wobec bezzasadności zarzutu naruszenia art. 484 § 2 k.c.

Mając powyższe na względzie Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji , rozstrzygając o kosztach procesu na podstawie art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (Dz.U.2013.1150 j.t.), art. 98 k.p.c. i art. 99 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz § 6 pkt 6 w. zw. z § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U.2013.461 j.t.).