

*Sygn. akt XII Ga 644/16*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 maja 2017 r.

**Sąd Okręgowy w Krakowie XII Wydział Gospodarczy – Odwoławczy**

w następującym składzie:

Przewodniczący- Sędzia: SO Beata Kozłowska

Sędzia: SO Bożena Cincio-Podbiera (spr.)

Sędzia: SO Aneta Stożek

Protokolant: st.sekr.sądowy Ewa Janas

po rozpoznaniu w dniu 16 maja 2017 r. w Krakowie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

o zapłatę

na skutek apelacji wniesionej przez stronę pozwaną

od wyroku Sądu Rejonowego dla Krakowa - Śródmieścia w Krakowie

z dnia 18 marca 2016 r., sygn. akt IV GC 1197/15/S

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej koszty postępowania apelacyjnego w kwocie 2.400,00 zł (dwa tysiące czterysta złotych).**

SSO Bożena Cincio-Podbiera SSO Beata Kozłowska SSO Aneta Stożek

XII Ga 644/16

## UZASADNIENIE

Strona powodowa (...) sp. z o.o. we W. domagała się zasądzenia od strony pozwanej (...) Sp. z o.o. w K. 16 172,13 zł z odsetkami i kosztami procesu tytułem zwrotu kaucji gwarancyjnej wobec upływu terminu rękojmi i gwarancji robót w postaci wykonania elewacji wentylowanej dla inwestycji (...)we W..

W sprzeciwie od wydanego w sprawie nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym strona pozwana wniosła o oddalenie powództwa, wskazując, iż dokonała potrącenia swojej wierzytelności z tytułu kary umownej naliczonej stronie powodowej za zwłokę w wykonaniu umowy w okresie od 20 października do 2 grudnia 2010 roku. W tym zakresie wywiodła, że projekt montażowy został wykonany przez stronę powodową z przekroczeniem terminu

albowiem dopiero w dniu 29 września 2010 roku nastąpiło uzgodnienie tego projektu, dotyczącego montażu podkonstrukcji.

Strona powodowa wskazywała, że przyczyną opóźnienia pozostawały niezależne od niej okoliczności jak zmiany w projekcie w postaci wprowadzenia dodatkowej izolacji i wynikającej z tego konieczności zamówienia nowych elementów podkonstrukcji.

Bezsporne było, iż strony w dniu 29 czerwca 2010 roku zawarły umowę, do której włączono ogólne warunki umowy o wykonanie robót budowlanych, jak i to, że strona powodowa zapoznała się z projektem obiektu budowlanego, projekt montażowy konstrukcji uzgodniono 29 września 2010 roku, w dniu 19 listopada 2010 roku zlecono stronie powodowej prace dodatkowe, a usterki elewacji zgłoszone przez zamawiającego usunięto do dnia 2 grudnia 2010 roku. Nie budzi też wątpliwości okoliczność, że okres rękojmi i gwarancji upłynął z dniem 19 czerwca 2014 roku.

Sąd Rejonowy ustalił, że strona powodowa przystąpiła do realizacji prac na elewacji przed 8 września 2010 roku, zaś uzgodnienie projektu montażowego podkonstrukcji było niezbędne z uwagi na stanowisko inwestora, który zażądał zmian w projekcie montażowym w zakresie grubości wełny mineralnej na ścianie frontowej w sytuacji, gdy była zamówiona przez stronę powodową podkonstrukcja na tą ścianę. Ustalenie w dniu 20 sierpnia 2010 roku zmian w zakresie grubości wełny mineralnej wywołało konieczność zamówienia będących elementem podkonstrukcji nowych, dłuższych łączników, które dostarczono po około dwóch tygodniach po zamówieniu na podstawie zmienionego projektu. Wykonując tą część robót strona powodowa bowiem rozpoczęła ocieplanie elewacji wełną mineralną U. na co uprzednio uzyskała zgodę inwestora ponieważ w projekcie pierwotnie przewidziano użycie wełny twardej. Ostatecznie jesienią 2010 roku inwestor zażądał powrotu do pierwotnego projektu i zmiany częściowo już położonej miękkiej wełny na twardą. Ponadto strona powodowa wykonała w elewację z płytek gresowych (...) oraz okładziny parapetów i lukarn w terminie do dnia 13 listopada 2010 roku, co potwierdził inspektor nadzoru wpisem do Dziennika budowy z dnia 15 listopada 2010 roku.

Dalej Sąd Rejonowy ustalił, że strona powodowa pozostawała w opóźnieniu z realizacją prac w okresie od 21 października do 30 listopada 2010 roku kiedy nastąpił odbiór robót. W tym zakresie Sąd Rejonowy wywiódł, że wystąpienie wad i usterek w pracach nie stanowi przyczyny powstrzymania się z odbiorem robót i odmowy zapłaty wynagrodzenia skoro decydujące znaczenie ma charakter ujawnionych wad. Jeśli zatem strony zgodnie dokonały odbioru prac pomimo potrzeby wykonania drobnych poprawek za termin zakończenia robót przyjąć należało, zdaniem Sądu Rejonowego, datę wpisu gotowości odbiorowej do Dziennika budowy, określoną na dzień 13 listopada 2010 roku. W kwestii daty zakończenia robót Sąd Rejonowy przyjął stanowisko, iż wbrew zapisom szczegółowych warunków umowy nie można przyjąć, że termin zakończenia robót przypada na dzień sporządzenia bezusterkowego protokołu odbiorowego. W konsekwencji za okres od 14 października do 2 grudnia 2010 roku czyli do dnia usunięcia usterek nie należy się stronie pozwanej kara umowna za zwłokę albowiem strona powodowa nie pozostawała w zwłoce w wykonaniu umowy w tym okresie, a za odbiór dokonany dopiero w dniu 30 listopada 2010 roku nie ponosiła odpowiedzialności. Opóźnienie w okresie od 21 października do 12 listopada 2010 roku było bowiem wg Sądu Rejonowego niezależne od wykonawcy. Doszło do niego na skutek żądania wprowadzenia zmian do projektu montażowego i żądania wykonania elewacji inaczej niż pierwotnie uzgodniono, co wywołało niezbędność oczekiwania na zamiennie części łączeniowe. Sąd Rejonowy zaznaczył, że projekt montażowy przygotowany przez stronę powodową przed przystąpieniem do robót na początku września 2010 roku był uzgodniony z inwestorem i ze stroną pozwaną w związku z czym strona powodowa mogła zaufać akceptacji zamawiającego i inwestora i przystąpić do zamówienia koniecznej konstrukcji w firmie zewnętrznej. Ponadto w zakresie elewacji wykonawca był związany dokumentacją wykonawczą i nie mógł tu dokonywać samodzielnych zmian, a w przypadku uwag do dokumentacji wykonawczej obligowany był do przygotowania i uzgodnienia projektu zamiennego. Powodowy wykonawca nie mógł odmówić wykonania prac w sposób zmodyfikowany, polegający na odsunięciu elewacji celem pogłębienia izolacji i za powstały stąd opóźnienia odpowiedzialności nie ponosi. Sąd Rejonowy stanął na stanowisku, że strona powodowa nie ponosi też odpowiedzialności za zatwierdzenie projektu dopiero 29 września 2010 roku albowiem zamawiający polecił dokonanie zmiany dokumentacji. Wcześniej bowiem wykonawca, przed przystąpieniem do robót, uzgodnił inny projekt, a w powstałej sytuacji do dnia 29 września 2010 roku nie mógł wykonywać robót z uwagi na brak uzgodnień.

Ponadto strona pozwana nie wykazała by wykonawca realizował prace niezgodnie z dokumentacją wykonawczą lub by projekt montażowy był sprzeczny z tą dokumentacją, co oznaczało, iż nie wykazała nienależytego wykonania umowy. Strona pozwana nie udowodniła by strona powodowa wadliwie wykonywał podkonstrukcję, by istniały jakieś błędy projektowe po stronie powodowej przy przygotowaniu pierwotnie uzgodnionego projektu montażowego, natomiast strona powodowa udowodniła, iż niewykonanie robót w terminie nastąpiło na skutek okoliczności od niej niezależnych czyli z powodu wprowadzenia zmian konstrukcyjnych elewacji w dniu 29 września 2010 roku przez inwestora i stronę pozwaną. Sąd Rejonowy wskazał także, że na wykonanie robót strona powodowa miała pierwotnie 1,5 miesiąca, a w powstałej sytuacji dopiero 30 września 2010 roku mogła zamówić części potrzebne do wykonania robót na największej ścianie frontowej. Dostawa tych części nastąpiła po około dwóch tygodniach w związku z czym zakończenie robót w dniu 13 listopada 2010 roku znajdowało swoje uzasadnienie, a opóźnienie nie obciążało wykonawcy. Nie zostało bowiem dowiedzione by do opóźnienia doszło na skutek zastosowania wadliwej wełny skoro zmiana ta była zaakceptowana przez inwestora, a nadto użycie tej wełny nie miała istotnego wpływu na termin zakończenia robót ponieważ do połowy października nie było możliwe prowadzenie całościowych prac na ścianie frontowej. Strona pozwana nie wykazała też by obsada kadrowa była niedostateczna czyli nie udowodniła by w razie zaangażowania większej ilości pracowników prace mogły być ukończone szybciej. Zaznaczył Sąd Rejonowy, że podkonstrukcja dotarła na plac budowy w połowie października, zaś stronie powodowej udało się zakończyć roboty do 13 listopada choć na ściany domu przeznaczono najwięcej czasu na wykonanie ze względu na stopień skomplikowania. W konsekwencji Sąd Rejonowy przyjął, iż naliczenie kary umownej stronie powodowej przez pozwanego zamawiającego nie miało podstaw, a przez to do potrącenia w rozumieniu art. 498 k.c. nie doszło.

Z tych względów Sąd Rejonowy wyrokiem z dnia 11 marca 2016 roku uwzględnił powództwo w całości.

W apelacji od tego wyroku strona pozwana zarzuciła Sądowi Rejonowemu naruszenie art. 353/1/ k.c. w związku z akt. 65 § 2 k.c. przez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że datą zakończenia robót jest dzień ich zgłoszenia do odbioru, nie zaś dzień podpisania protokołu bezusterkowego odbioru końcowego robót zgodnie z § 2 ust. 3 warunków szczegółowych realizacji robót. Naruszenia powyższych norm dopatrywała się skarżąca w przyjęciu, że opóźnienie lub zwłoka wykonawcy w realizacji prac może być liczona do dnia zgłoszenia robót do odbioru, nie zaś do dnia sporządzenia protokołu odbiorowego.

Zarzucając naruszenie art 483 k.c. oraz art. 484 k.c. w związku z art. 476 k.c. strona pozwana podnosiła, iż Sąd Rejonowy wadliwie uznał, że nie służyła jej względem strony powodowej wiarygodność z tytułu kar umownych z powodu braku odpowiedzialności za opóźnienie po stronie wykonawcy. Zarzut naruszenia art. 498 § 1 k.c. i art. 499 k.c. w związku z art. 502 k.c. kwestionował uznanie Sądu, iż strona pozwana nie była uprawniona do dokonania potrącenia naliczonych kar umownych.

W zakresie zarzutów naruszenia prawa procesowego, a to art. 233 § 1 k.p.c. pozwana wywodziła że, Sąd Rejonowy bezpodstawnie bo na podstawie zeznań świadków strony powodowej przyjął, że strona pozwana zaakceptowała zmiany typu wełny w sytuacji, gdy akceptacja ta wymagała formy pisemnej, a dokumentu takiego nie sporządzono. Przeczyła też apelantka by wyraziła na to zgodę. Zarzutem naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. objęła też skarżąca ustalenie Sądu, iż do opóźnienia doszło z przyczyn niezależnych od powodowego wykonawcy a także, że strona powodowa choć pozostawała w zwłoce z oddaniem przedmiotu umowy, to zwłoka ta powstała z przyczyn od niej niezależnych. W tym miejscu podnosiła, że zmiany do opracowanego przez stronę powodową projektu montażowego podkonstrukcji elewacji obiektu nastąpiły na skutek żądań inwestora. Zarzutem naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. objęto też ustalenia Sądu prowadzące do wniosku, iż nie zostało udowodnione by obsada kadrowa strony powodowej była zbyt niska oraz by w razie zaangażowanie większej ilości pracowników prace wykonano wcześniej, a także ustalenie, że przesunięcie w czasie rozpoczęcia przez stronę powodową prac na froncie budynku uzasadniało wydłużenie terminu na wykonanie całości robót o 3 tygodnie czyli do 13 listopada 2010 roku, choć cały czas trwały prace w innych częściach inwestycji, a wg harmonogram przedmiotowe prace na froncie budynku powinny zająć 23 dni czyli winny zakończyć się nie później niż z dnia 22 października 2010 roku.

W motywach apelacji wskazano, że zgodnie z treścią § 2 ust. 3 warunków szczegółowych realizacji robót za datę zakończenia robót przyjmuje się datę podpisania protokołu bezusterkowego odbioru końcowego w związku z czym ustalenia Sądu, iż data ta pozostaje datą zgłoszenia robót do odbioru było błędne. Strony bowiem w ramach swobody kontraktowania przyjęły takie zapisy umowne, które to zasady nie pozostawały w sprzeczności z prawem. Umowa natomiast odzwierciedlała zgodną wolę stron i nie była sprzeczna z zasadami współzycia społecznego, co czynił ustalenia Sądu Rejonowego nietrafnymi. Strona pozwana kładła bowiem nacisk na wykonanie robót bez wad i usterek bo tylko takie mogły być zaprezentowane do odbioru inwestorowi. Stąd za datę zakończenia prac należało przyjąć 2 grudnia 2010 roku, a nie 13 listopada 2010 roku. Równocześnie zdaniem skarżącej strona powodowa dopuściła się zwłoki w realizacji prac ponieważ ewentualne ustalenia z inwestorem winny były być akceptowane przez stronę pozwaną, w tym zmiany dokumentacji projektowej. Nie mogły też wiązać pozwanej ustalenia pomiędzy inwestorem, a stroną powodową dotyczące opóźnień czy zwłoki skoro inwestor nie wyraził zgody na przesunięcie terminu zakończenia robót bez naliczania kar umownych. Zmiany umowy nie przybrały też formy pisemnej wymaganej treścią aneksu pod rygorem nieważności- § 27 ust. 3 owu. Odnośnie zgody inwestora na zmiany wełny twardej na miękką apelantka podnosiła, że pismo pozwanej zawierające prośbę o akceptację nie zawiera dowodu doręczenia stronie pozwanej oraz datowane jest na dzień 11 sierpnia 2015 roku, choć obiekt oddano do użytkowania w roku 2011. Wskazywała skarżąca, że strona pozwana po powzięciu informacji o użyciu przez wykonawcę innego typu wełny podjęła starania w celu rozwiązania tej kwestii bez usuwania wełny już położonej. Podkreślała skarżąca, że kierownik budowy na zmianę zgody nie wyrażał, a inwestor ze stroną pozwaną tych zmian nie uzgodnił. Wskazywała strona pozwana na sugestie kierownika budowy w kwestii zwiększenia liczby pracowników strony powodowej na budowie w celu zniwelowania opóźnienia. Powołując się na nielojalność strony powodowej skarżąca domagała się zmiany zaskarżonego wyroku i oddalenia powództwa w całości.

Sąd Okręgowy zważył co następuje.

Odnosząc się do zarzutów apelacji wskazać należy, iż Sąd Rejonowy nie dopuścił się naruszenia art. 353/1/ k.c. w związku z art. 65 § 2 k.c. W judykaturze przyjęto, że do oddania dzieła w rozumieniu art. 642 k.c., które rodzi obowiązek jego odbioru, dochodzi także wtedy, gdy wykonawca stawia dzieło do dyspozycji zamawiającego, który ma się je odebrać, choć tego nie czyni mimo braku ku temu przeszkód. W sytuacji, gdy zaoferowane dzieło okazuje się niekompletne, nie odpowiada umówionym cechom lub wykazuje inne wady istotne, nie posiada niezbędnej techniczno-ruchowej dokumentacji, bądź dla czynności oddania /odbioru/ umowa wymaga dokonania jeszcze innych czynności na przykład próbnego uruchomienia, a to nie jest dokonane, odpada obowiązek jego odbioru przez zamawiającego. W takim też przypadku nie możemy mówić o wykonaniu umowy, uznaniu świadczenia za spełnione/ wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 14 maja 2015 roku, V ACA 835/14/. Przyjęto także, że jeżeli dzieło ma wadę nieistotną, należy uznać, że jego oddanie powoduje w myśl art. 642 § 1 k.c., wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie/ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2015 roku, IV CSK 214 /14/. Jeżeli dzieło ma wadę nieistotną, jego oddanie powoduje wymagalność roszczenia o wynagrodzenie/ tamże/. Natomiast nie można traktować jako oddania dzieła w sytuacji, gdy przyjmujący zamówienie zaoferował dzieło do oddania zamawiającemu, a zamawiający nie dokonał jego odbioru z powodu wad dzieła lub nieosiągnięcia umówionego rezultatu. W takim wypadku nie dochodzi do spełnienia świadczenia przez przyjmującego zamówienie, a zatem na podstawie art. 642 § 1 k.c. zamawiający nie jest zobowiązany do świadczenia wzajemnego -wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 13 listopada 2013 roku, I ACA 1036/13/. Okoliczność, iż zamawiający nie przystąpi do sporządzenia protokołu odbioru nie ma wpływu na skuteczność przekazania dzieła skoro było ono faktycznie w jego posiadaniu i nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń. Stosownie do art. 643 k.c. zamawiający jest obowiązany do przyjęcia wykonanego dzieła, wobec czego brak sporządzenia przez niego protokołu odbioru nie może obciążać wykonawcy, skoro dzieło było zgodne z umową/ wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 listopada 2013 roku, VI ACA 239/13/.

W niniejszej sprawie okoliczność wykonania robót w zakresie położenia elewacji wentylowanych z płytek gresowych wraz z wykonaniem okładzin parapetów i lukarn została odnotowana w dniu 13 listopada 2010 roku, kiedy to wykonawca postawił dzieło do odbioru. Wykonanie zostało potwierdzone przez inspektora nadzoru w dniu 15 listopada 2010 roku nie można zatem, mając na względzie cytowane stanowisko judykatury, uznać, iż dniem

zakończenia robót pozostaje dzień podpisania przez stronę pozwaną protokołu bezusterkowego odbioru końcowego prac zgodnie z treścią § 2 ust. 3 warunków szczegółowych realizacji robót. Jak wynika z materiału sprawy dzieło nie było dotknięte żadnymi istotnymi wadami zatem strona pozwana winna je była odebrać, co oznacza, że za dzień odbioru dzieła należy przyjąć 13 listopada 2010 roku. Sąd Rejonowy zatem słusznie przyjął, że termin zakończenia prac równoznaczny jest z datą ich oddania, jako że nie było przeszkód do ich odbioru. Bez względu zatem na treść zapisów szczegółowych warunków realizacji robót nie ma podstaw prawnych do uznania, że datą odbioru robót pozostaje data spisania końcowego bezusterkowego protokołu, szczególnie z uwagi na okoliczność, iż jedynie wady istotne lub niezgodności dzieła z zamówieniem mogą doprowadzić do zmiany terminu ich odbioru. Taka sytuacja jednak, jak wskazano, nie zachodzi. Wspomnieć też należy o treści art. 643 k.c., który nakłada na zamawiającego obowiązek odbioru dzieła kiedy dzieło jest wykonane zgodnie z treścią zobowiązania wynikającego z umowy. Założenie, że obowiązek ten będzie zależny od daty sporządzenia protokołu odbioru końcowego pozostaje zatem w sprzeczności z cytowaną normą. W konsekwencji nie można przyjąć aby w związku z rozwiązaniem przyjętym w szczegółowych warunkach realizacji robót stronie pozwanej służyła kara umowna za okres od dnia 14 października 2010 roku do dnia 2 grudnia 2010 roku za zwłokę w oddaniu robót skoro zwłoka ta w myśl cytowanych przepisów i stanowiska judykatury nie miała miejsca. Strona powodowa wykonała bowiem swój obowiązek w dniu 13 listopada 2010 roku, przy czym stan prac nie uzasadniał odroczenia odbioru w czasie. Dla oceny czy doszło do zwłoki w wykonaniu robót miarodajne zatem pozostaje to w jakiej dacie dzieło było wydane zapisem do Dziennika budowy oraz czy w dacie tej posiadało wady istotne. Jeśli okoliczności takie nie zaszyły niesporządzenie w tym czasie protokołu odbioru nie obciąża wykonawcy żadną karą umowną.

Za nietrafne uznaje Sąd Rejonowy zarzuty strony skarżącej związane z błędną oceną materiału dowodowego/ art. 233 § 1 k.p.c./ Zasadnie Sąd Rejonowy uznał, iż opóźnienie w okresie od 21 października 2010 roku do 12 listopada 2010 roku powstało z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Istotnie doszło do zmiany w zakresie użytej wełny i to z inicjatywy strony powodowej. Jednak na zmianę inwestor wyraził zgodę, co stronie pozwanej było wiadome. Kierownik budowy zeznał wszak, iż do wypełnienia strona powodowa użyła innej wełny niż pierwotnie zakładano, na co inspektor nadzoru się zgodził. Okoliczność, że kierownik budowy nie aprobował tej zmiany nie ma tu znaczenia. Decyzje w zakresie sposobu wykonania robót leżały bowiem w gestii inwestora jako dysponenta inwestycji. Zresztą kwestia zamiany wełny pojawiała się na naradach wykonawczych, a ostatecznie, co nie budzi wątpliwości, inwestor zdecydował się na powrót do pierwotnie przyjętego materiału. W tych okolicznościach należy przyjąć, że wszystkie te zmiany materiałowe były efektem konsensusu stron procesu inwestycyjnego. Sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego byłoby bowiem założenie, że strona pozwana nie miała świadomości tych zmian. Ponadto aspekt ten rozpatrywany jest z punktu widzenia czy doszło do zwłoki strony powodowej w wykonaniu swojego zobowiązania. To czy zamawiający miał świadomość dokonywanych zmian i to czy na zmiany się godził nie jest zatem decydujące. Istotne znaczenie trzeba przypisać jedynie okolicznościom związanym z oceną zachowania wykonawcy. Jeżeli wykonawca posiadał zgodę inwestora na zmianę wełny, a następnie inwestor zgodę tę wycofał i powrócono do pierwotnego wariantu, to nie można stronie powodowej przypisać odpowiedzialności za związane z tymi okolicznościami przesunięcia terminu. Wykonawca nie dopuścił się zwłoki ponieważ po pierwsze, uzyskał zgodę inwestora na zmianę wełny, a po drugie inwestor zgodę tą wycofał, co z kolei spowodowało konieczność użycia dłuższych łączników, demontażu części położonej wełny i położenia wełny pierwotnie uznanej za właściwą. Ubocznie zauważyć trzeba, że pismo, w którym strona powodowa zwróciła się do inwestora o dokonanie zmiany wełny z dnia 11 sierpnia nie było sporządzone w roku 2015 bowiem niezależnie od twierdzeń strony powodowej, iż data roczna została wpisana przez pomyłkę, okoliczność zaakceptowania przez inwestora tej zmiany była znana kierownikowi budowy z ramienia strony pozwanej w roku 2010, co oczywiście prowadzi do wniosku, iż przedmiotowe pismo powstało w czasie wskazywanym przez stronę powodową.

Nie można tracić z punktu widzenia i tej okoliczności, że na dzień 29 września 2010 roku uzgodniono ostateczną wersję wykonania elewacji w osi K, co wynika z treści protokołu z narady koordynacyjnej z tej daty. Na bieżąco ustalany był też sposób zaizolowania wykuszy, co nie pozostało bez wpływu na bieg prac. Podobne znaczenie należy przypisać zmianom w zakresie grubości izolacji/ o 5 cm/. Szczegóły wykonawcze dotyczące zachowania jednej płaszczyzny linii elewacji w osi K nie były natomiast wyjaśnione w projekcie budowlanym, co wynika z wiadomości mailowej z dnia 21 września 2010 roku. Natomiast nie zostało wykazane w trakcie procesu by projekt podkonstrukcji autorstwa strony

powodowej był niezgodny z projektem budowlanym, tym bardziej, że zmiany dotyczyły także projektu budowlanego. Na okoliczność by projekt montażowy był wykonany nienależycie czyli sprzecznie z treścią projektu architektoniczno-budowlanego strona pozwana nie zaferowała żadnych przekonujących dowodów. Wypowiadał się na ten temat jedynie świadek W., który stwierdził że nie pamięta szczegółów projektowych. Słusznie zatem Sąd Rejonowy przyjął, że rozpoczynając prace strona powodowa posiadała zatwierdzony projekt montażowy /zeznanie świadka W., zeznanie świadka K./, po czym w dniu 29 września 2010 roku zatwierdzono nowy projekt, co oznacza, że w trakcie realizacji pierwotnego projektu wprowadzano zmiany na polecenie inwestora. Wskazać też należy, że wprowadzanie zmian na bieżąco, w trakcie prac na inwestycji jest zwyczajowo przyjęte. Tylko w zakresie zmian zasadniczych ,dotyczących samej koncepcji projektu, istoty inwestycji można więc uznać konieczność dokonywania zmian umowy np. aneksem. Inne zmiany, dotyczące rozwiązań zastępczych, ustalane na naradach koordynacyjnych/a tych było wiele/ uczestnicy procesu inwestycyjnego nie uznają za zmiany warunków umowy, wymagające pisemnego potwierdzenia ponad treść protokołów z narad wykonawczych. Stąd i ten argument strony pozwanej nie może się ostać.

Nie można więc podzielić argumentów apelacji, że opóźnienie strony powodowej w realizacji przedmiotu umowy było przez nią zawinione. Z okoliczności sprawy wynika, iż strona powodowa nie dopuściła się zarzucanych jej przez stronę pozwaną zawinień wobec czego odpowiedzialności za opóźnienie w realizacji prac nie ponosi. O ile zaś można byłoby się zgodzić z twierdzeniem, że cel umowy w postaci poprawnego wykonania zadania uznawany był za osiągnięty w chwili podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót, o tyle nie można się zgodzić z twierdzeniem, że sama ta okoliczność decyduje o pozostawianiu przez wykonawcę w zwłoce z realizacją prac. Zwłoka bowiem, polegająca na działaniu zawinionym, nie miała miejsca ze względu na okoliczności wskazane wyżej. Tym samym niezasadne są zarzuty naruszenia art. 483 k.c., a. 484 k.c. w związku z art. 476 k.c. oraz art. 498 § 1 i następne k.c. Nie zaistniały wszak podstawy do naliczenia kary umownej wobec czego potrącenie, na które powołuje się strona pozwana nie mogło odnieść skutku.

Z tych względów apelację oddalono na podstawie art. 385 k.p.c.. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art 98 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c. oraz 2 i par i § 10 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

S. ref. I inst. Mariola Kubik - Duda