

Sygn. akt I ACa 900/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 lutego 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

**Przewodniczący SSA Małgorzata Stanek**

**Sędziowie SA Alicja Myszkowska**

**del. SO Marta Witoszyńska**

Protokolant sekretarz sądowy Lidia Milczarek

po rozpoznaniu w dniu 24 lutego 2017 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa **Przedsiębiorstwo (...) Spółki Akcyjnej w K.**

przeciwko **G. P.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 28 lipca 2015 r. sygn. akt X GC 226/15

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od G. P. na rzecz Przedsiębiorstwa (...)**

**i (...) Spółki Akcyjnej w K. kwotę 54.000**

**(pięć tysięcy czterysta) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego  
w postępowaniu apelacyjnym.**

Sygn. akt I ACa 900/16

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 28 lipca 2015 roku Sąd Okręgowy w Łodzi w sprawie z powództwa Przedsiębiorstwa (...)- spółki akcyjnej w K. przeciwko G. Z. o zapłatę 293.667,11 zł na skutek zarzutów pozwanej od nakazu zapłaty Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 12 czerwca 2014 roku wydanego w sprawie o sygn. akt X GNC 363/14, utrzymał w mocy opisany wyżej nakaz zapłaty w zakresie kwoty 293.667,11 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 6 czerwca 2013 roku do dnia zapłaty oraz w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach; uchylił opisany powyżej nakaz zapłaty w pozostałym zakresie i oddalił powództwo; zasądził od G. P. na rzecz Przedsiębiorstwa (...) – spółki akcyjnej w K. kwotę 9.695,37 zł tytułem dalszych kosztów postępowania.

Powyższy wyrok zapadł na podstawie poczynionych ustaleń faktycznych, z których wynika, że strony procesu są przedsiębiorcami. W dniu 4 października 2012 r. strony zawarły umowę nr (...), na podstawie której pozwana jako wykonawca zleciła powódce jako podwykonawcy roboty polegające na wykonaniu nawierzchni bitumicznych, m.in. zgodnie z dokumentacją budowlano-wykonawczą (§ 1 ust. 1 umowy), za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 851.324,67 zł brutto (§ 4 ust. 2 umowy). Rozliczenie robót miało następować fakturami częściowymi i fakturą końcową,

a podstawą do ich wystawienia miały być protokoły odbioru częściowego lub odbioru końcowego, po uprzednim zaakceptowaniu płatności przez inspektora nadzoru z ramienia zamawiającego (§ 9 ust. 1 umowy), zaś płatności pozwana miała dokonywać w terminie 30 dni licząc od dnia otrzymania prawidłowo wystawionej faktury (§ 9 ust. 2 umowy). W § 2 ust. 1 pkt 2 umowy strony uzgodniły, że pierwszy etap robót powódki zakończy się w dniu 15 października 2012 r., zaś drugi-ostatni etap zakończy się w dniu 12 listopada 2012 r. W § 7 ust. 8 zd. IV umowy wskazano, że podstawą dokonania odbioru końcowego zgłoszonych do odbioru wykonanych prac jest bezusterkowy odbiór przez zamawiającego inwestora. W § 8 ust. 1 pkt 2 umowy powódka zobowiązała się zapłacić pozwanej kary umowne za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 2% wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia. Jednocześnie powódka wyraziła zgodę na potrącanie kar umownych z faktury za wykonane roboty (ust. 3), przy czym w pkt 3 przywołanego przepisu strony zastrzegły karę umowną za opóźnienie robót wpisane w dzienniku budowy przez inspektora nadzoru, zaś w pkt 4 za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze przedmiotu umowy lub w okresie gwarancji i rękojmi. W § 11 umowy wskazano, że powódka wniesie zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5% wynagrodzenia, tj. kwoty 42.566,23 zł w formie gwarancji ubezpieczeniowej (ust. 1). Zgodnie z ust. 3 tegoż przepisu pozwana miała zwolnić 70% zabezpieczenia w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania, że zostało ono należycie wykonane (dzień podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy). Wreszcie w § 13 ust. 1 umowy wskazano, że wszelkie zmiany i uzupełnienia umowy dla swej ważności wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Do tych robót powódka przystąpiła w dniu 6 października 2012 r. Całość robót z tej umowy została zakończona w dniu 12 listopada 2012 r. W konsekwencji nie było żadnych opóźnień w robotach powódki – powódka umowę faktycznie wykonała w terminie. Uroczyste otwarcie przedmiotowej ulicy (z udziałem inwestora, a nawet mediów) odbyło się w dniu 16 listopada 2012 r. W dniu 23 listopada 2012 r. powódka przekazała określoną dokumentację dotyczącą wykonanego przez nią podłoża. Tak więc po zakończeniu robót powódka przekazała pozwanej wszystkie dokumenty związane z budową.

W dniu 30 listopada 2012 r. strony podpisały protokół częściowego odbioru robót o wartości brutto 516.600 zł. W protokole tym nie stwierdzono żadnych usterek robót powódki. Protokół ten został określony jako „częściowy”, albowiem nie zostały jeszcze zamknięte rozliczenia prac, m.in. pozwana nie zapłaciła powódce w całości, jednakże w dacie sporządzenia tego protokołu powódka wykonała już fizycznie wszystkie roboty. Tego samego dnia 30 listopada 2012 r. m.in., wobec zgłoszenia przez pozwaną zakończenia prac dla całej budowy 16 listopada 2012 r. inwestor z pozwaną podpisał protokół z odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji przedmiotowych robót. W jego treści jakość wykonanych robót określono jako dobrą, a jednocześnie wskazano, że podczas odbioru stwierdzono brak usterek. Wobec tego inwestor zapłacił pozwanej całość wynagrodzenia ryczałtowego za zrealizowane zamówienia, bez zastosowania jakichkolwiek potrąceń.

W tym samym dniu, to jest 30 listopada 2012 r. powódka, tytułem wykonania nawierzchni z przedmiotowej umowy, wystawiła na pozwaną fakturę nr (...) na kwotę 516.600 zł płatną w terminie 30 dni. Faktura ta została podpisana nie tylko przez przedstawiciela powódki, ale także przez pozwaną.

Pismem z dnia 11 marca 2013 r. powódka m.in. wezwała pozwaną do dokonania odbioru końcowego przedmiotowych robót. Także dnia 11 marca 2013 r., powódka, z tytułu wykonania przedmiotowych robót, wystawiła na pozwaną fakturę na kwotę 315.383,28 zł, płatną w terminie 30 dni. Jednakże wobec zastrzeżeń do zagęszczenia masy bitumicznej, powódka obniżyła kwotę tej należności o kwotę 19.341,39 zł oraz o ok. 3.000zł z uwagi na niewykonanie innego zakresu robót. Innych wad w robotach powódki nie było w dniu i 27 marca 2013 r. powódka wystawiła na pozwaną kolejną (zastępczą) fakturę nr (...) z tytułu wykonania nawierzchni bitumicznych na kwotę 298.139,20 zł płatną w terminie 30 dni. Faktura ta została podpisana nie tylko przez przedstawiciela powódki, ale również przez pozwaną, która uczyniła na niej jednak adnotację, że potwierdza odbiór faktury (bez wskazania daty), ale kwestionuje wysokość należności do zapłaty. Na fakturze umieszczono również prezentatę sekretariatu powódki z datą 6 maja 2013 r.

W dniu 27 marca 2013 r. powódka dokonała jednostronnego odbioru robót, wskazując w nim, że roboty zostały wykonane w okresie od dnia 5 października do dnia 12 listopada 2012 r. i że roboty zostały wykonane „standardowo”, zaś w rubryce dotyczącej wad wpisano „nie dotyczy”. Sporządzenie przez powódkę jednostronnego protokołu odbioru wynikało z faktu, że nie mogła się ona skontaktować z pozwaną. Wezwanie do dokonania końcowego odbioru robót powódka powtórzyła pismem z dnia 24 kwietnia 2013 r. Wezwanie do dokonania końcowego odbioru robót powódka powtórzyła pismem z dnia 24 kwietnia 2013 r. W dniu 29 kwietnia 2013 r. z kolei pozwana dokonała jednostronnego odbioru końcowego robót, w którym wskazała na szereg wad robót wykonanych przez powódkę.

W dniu 20 maja 2013 r. pozwana wystawiła notę księgową nr (...), obciążając nią powódkę kwotą 2.802,510,78 zł tytułem kary umownej z § 8 ust. 1 pkt 2 przedmiotowej umowy, przyjmując, że powódka pozostawała w opóźnieniu z wykonaniem umowy przez 168 dni. Jednocześnie pozwana sporządziła pisemne oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z przywołanej noty obciążeniowej m.in. z wzajemną wierzytelnością powódki w kwocie 298.139,20 zł przysługującej jej z faktury nr (...). Dokumenty te pozwana, za pismem przewodnim, doręczyła powódce w dniu 24 maja 2013 r.

Droga, której dotyczyły roboty, została oddana do użytkowania i odbywa się na niej ruch. Do chwili obecnej na drodze nie wystąpiły popękania asfaltu ani nierówności. Pismem z dnia 20 maja 2013 r., nadanym listem poleconym w dniu 21 maja 2013 r., powódka wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 298.139,20 zł z faktury (...) w terminie 5 dni pod rygorem skierowania sprawy na drogę sądową. Mimo powyższego wezwania pozwana nie zapłaciła powódce dochodzonej od niej kwoty.

Pozwem wniesionym w dniu 18 lipca 2013 r. powódka zażądała zasądzenia od pozwanej kwoty 310.334,96 zł tytułem zapłaty za fakturę (...). Wyrokiem z dnia 21 stycznia 2014 r. Sąd Okręgowy w Łodzi w sprawie o sygn. akt X GC 785/13 m.in. utrzymał w mocy nakaz zapłaty wydany w postępowaniu nakazowym przez Sąd Okręgowy w Łodzi X Wydział Gospodarczy w dniu 26 lipca 2013 roku w sprawie o sygnaturze akt X GNC 958/13 w zakresie zasądzenia kwoty 297.565,09 zł tytułem roszczenia głównego. W uzasadnieniu orzeczenia wskazano, że strony łączyła umowa podwykonawstwo robót budowlanych, roszczenie powódki było wymagalne. W zakresie wierzytelności wzajemnej z tytułu kary umownej zgłoszonej przez powódkę do potrącenia wskazano, że pozwana nie udowodniła niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez powódkę, albowiem wykonała ona umowę w terminie – do dnia 12 listopada 2012 r., a nadto pozwana nie udowodniła wad robót powódki.

Apelacja pozwanej od powyższego orzeczenia została oddalona wyrokiem z dnia 25 września 2014 r. wydanym przez Sąd Apelacyjny w Łodzi w sprawie o sygn. akt I ACa 431/14. W uzasadnieniu tego orzeczenia wskazano m.in., że powódka nie ponosi względem pozwanej odpowiedzialności z tytułu kary umownej za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy. Pozwana w oświadczeniu o potrąceniu powołała się na § 8 ust. 1 pkt 2 umowy, którego wykładnia językowa, gramatyczna i celowościowa wskazuje, że chodziło w nim o faktyczne wykonanie umowy, nie wskazano w nim na jakiś element czy stan niezbędny do naliczenia kar umownych (odmiennie niż w pkt. 3 i 4 umowy), w szczególności kara ta nie była zależna od sporządzenia protokołu odbioru, który stanowi jedynie potwierdzenie wykonania. Nadto wskazano, że z protokołu z dnia 30 listopada 2012 r., jak i z zeznań świadka E. G. wynika, że wszystkie roboty powódki zostały wykonane od dnia 5 października do dnia 12 listopada 2012 r. Dodatkowo sąd drugiej instancji w zakresie powoływania się przez pozwaną na wyniki badań podłoża wskazał, że mogłyby one mieć znaczenie jedynie w przypadku kary umownej określonej w § 8 ust. 1 pkt 4 umowy.

Skarga kasacyjna pozwanej od wyroku sądu drugiej instancji została odrzucona postanowieniem z dnia 28 maja 2015 r. wydanym przez Sąd Apelacyjny w Łodzi w sprawie o sygn. akt I ACa 431/14.

Sąd Okręgowy nie dał wiary dowodowi z przesłuchania pozwanej w charakterze strony w zakresie, w jakim wyjaśniała, że roboty powódki nie zostały zakończone w terminie. Pozostawały one bowiem w nieusuwalnej sprzeczności z zeznaniami świadka J. Z. i przesłuchaniem członka zarządu powódki- E. G. w charakterze strony.

Niezależnie od tego również inne okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu doświadczenia życiowego (por. art. 233 § 1 KPC) wskazują, że roboty powódki zostały przez nią ukończone w dniu 12 listopada 2012 r. Wskazać bowiem należy po pierwsze, że już w dniu 16 listopada 2012 r. odbyło się uroczyste otwarcie przedmiotowej ulicy, z udziałem inwestora (organu wykonawczego gminy) oraz mediów. W ocenie sądu sprzeczne ze zdrowym rozsądkiem winno być przyjęcie, że takie uroczyste otwarcie, szczególnie, że odbywało się z udziałem mediów, mogłoby odbyć się w sytuacji niezakończenia robót powódki jako podwykonawcy. Po drugie zaś już w dniu 30 listopada 2012 r. strony podpisały protokół odbioru robót. Co prawda był on określony jako „częściowy”, ale wynikało to jedynie z niezamknięcia rozliczenia prac, a nie z ich niewykonania, gdyż w dacie sporządzenia tego protokołu powódka wykonała już faktycznie wszystkie roboty.

Wnioski te uzasadnia nadto okoliczność, że tego samego dnia 30 listopada 2012 r. m.in., wobec zgłoszenia przez pozwaną zakończenia prac dla całej budowy w dniu 16 listopada 2012 r., inwestor z pozwaną podpisał protokół z odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji przedmiotowych robót. Brak jest zaś jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że skoro inwestor odbiera od generalnego wykonawcy całość robót, które jednocześnie zostają przekazane do eksploatacji, to jakaś część robót owego generalnego wykonawcy powierzona podwykonawcy nie została wykonana. Skoro bowiem została odebrana całość robót pozwanej, to tym bardziej inwestor odebrał tę część robót pozwanej, które faktycznie wykonała powódka.

W toku procesu pozwana zmierzała do podważenia, na płaszczyźnie relacji generalnego wykonawcy z podwykonawcą, roli protokolarnego odbioru robót dokonanego przez inwestora od generalnego wykonawcy. Zarzut ten jednak nie był zasadny, albowiem protokół odbioru robót dokonany przez inwestora może i musi być dowodem określonych czynności podjętych przez ten podmiot, a jego znaczenie dla roszczeń zgłoszonych przez podwykonawcę w stosunku do wykonawcy wynika z funkcji gwarancyjnej, jaką przepisy przyznają odpowiedzialności inwestora (vide uzasadnienie wyroku S.A. w Łodzi z 25 września 2014 r. I ACa 431/14, Lex 1544879). Ostatnia teza znajduje zastosowanie w sprawie tym bardziej, że – zgodnie z § 7 ust. 8 zd. IV umowy – podstawą dokonania odbioru końcowego zgłoszonych do odbioru wykonanych prac miał być właśnie bezusterkowy odbiór przez inwestora.

Podobnie Sąd Okręgowy nie dał wiary dowodowi z przesłuchania pozwanej w zakresie, w jakim wyjaśniała ona, że „inwestor dokonał potrąceń z prac dodatkowych, jakie wykonywał”. Z jednej strony pozwana nie wyjaśniała zgodnie z rzeczywistością, lecz, realizując swoje prawo do obrony, zmierzała do zapewnienia sobie pomyślnego dla niej wyniku procesu. Z drugiej zaś strony i w tym zakresie materiał dowodowy, a w szczególności pismo z inwestora z dnia 5 czerwca 2013 r., w którym wskazał on, że wypłacił powódce całość wynagrodzenia, a więc bez zastosowania wobec pozwanej jakichkolwiek potrąceń), któremu sąd dał wiarę, pozostawał w nieusuwalnej sprzeczności z przesłuchaniem pozwanej, który to dowód w konsekwencji należało potraktować jako niegodny wiary.

W piśmie procesowym z dnia 17 lipca 2015 r. pozwana m.in. wniosła o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego na okoliczność rodzaju i zakresu wad wykonawstwa robót powódki oraz na okoliczność wyliczenia wysokości kwoty o jaką należy zmniejszyć wynagrodzenie powódki z tytułu wad wykonawstwa, a także na okoliczność przekroczenia terminu wykonania umowy przez powódkę. Tenże wniosek dowodowy pozwanej sąd oddalił postanowieniem na rozprawie z dnia 21 lipca 2015 r. Pozwana reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika nie wniosła o wpisanie do protokołu zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. Wobec treści art. 240 k.p.c. brak tego wniosku uniemożliwił Sądowi Okręgowemu weryfikację jego stanowiska. Poza tym niniejszy wniosek dowodowy był spóźniony i podlegał pominięciu. W sprawie nie wystąpiły też żadne wyjątkowe okoliczności pozwalające na uwzględnienie spóźnionego wniosku dowodowego.

Poza tym przedmiotowy wniosek dowodowy nie miał znaczenia dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. W oświadczeniu o potrąceniu, jak i nocie księgowej, pozwana powołała się na § 8 ust. 1 pkt 2 umowy, gdzie zastrzeżono karę umową za samo faktyczne niewykonanie umowy w terminie, w szczególności nie powołała się na § 8 ust. 1 pkt 4 umowy, który to przewidywał karę za nieusunięcie wad robót powódki. Zaś z punktu widzenia faktycznego wykonania robót ewentualne wady robót powódki nie miały jakiegokolwiek znaczenia. Wady te mogłyby mieć znaczenie jedynie

w przypadku kary umownej określonej w § 8 ust. 1 pkt 4 umowy, lecz – jak wskazano – pozwana ani w nocie księgowej, ani w oświadczeniu o potrąceniu, ani w trakcie niniejszego procesu nie powoływała się na ten zapis.

Sąd pierwszej instancji uznał, że powódka nie złożyła konstytutywnego oświadczenia materialnoprawnego o potrąceniu dlatego też nawet jeśli roboty powódki miały wady i uprawniałoby to pozwaną do obciążenia powódkę karą umowną na podstawie § 8 ust. 1 pkt 4 umowy, to wobec nieskorzystania przez pozwaną z tego kształtującego prawa podmiotowego, brak było podstaw do zastosowania go przez sąd z urzędu. Zatem choćby z tego względu wady robót powódki nie miały znaczenia. Nadto w § 8 ust. 1 pkt 2 umowy, na której to podstawie pozwana dążyła do obciążenia powódki karą umowną, takie uprawnienie przewidziano dla pozwanej na wypadek fatycznego niewykonania umowy w terminie, a w tym zakresie ewentualne wady robót powódki i ich nieusunięcie nie miały jakiegokolwiek znaczenia w sprawie.

Sąd Okręgowy uznał, że powództwo jest usprawiedliwione co do zasady, to jest w znacznej części.

Sąd Okręgowy wskazał, że strony łączyła umowa o podwykonawstwo robót budowlanych w rozumieniu art. 647 KC. Jakkolwiek bowiem definicje zawarte w Prawie budowlanym są przyjęte dla potrzeb wynikających z prawa administracyjnego i nie można ich przenosić wprost do prawa cywilnego (vide teza z uzasadnienia wyroku SN z 25 stycznia 2006 r. I CK 247/05, Lex 346091), to jednak fakt, że przedmiot świadczenia powódki – położenie nawierzchni bitumicznej dotyczył budowlę, a dokładniej obiektu liniowego w rozumieniu art. 3 pkt 1 lit. a ustawy z 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (jednolity tekst – Dz. U. poz. 1409 z 2013 r., ze zm.), a więc podlegał przepisom Prawa budowlanego, nakazuje uznać, że strony łączyła właśnie umowa o roboty budowlane (vide: teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 grudnia 2005 r. V CK 423/05, Lex 269751; teza z uzasadnienia wyroku SN z 25 marca 1998 r. II CKN 653/97, OSNC 1998, z. 12, poz. 207). Skoro zaś ta umowa o podwykonawstwo została zawarta w formie pisemnej, spełniony jest wymóg co do jej formy z art. 647<sup>1</sup> § 4 KC.

Zgodnie z przywołanym art. 647 KC przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy wskazał, że sporne w sprawie było, czy powódka wykonała umowę, a w szczególności czy wykonała ją w terminie. Z ustalonego stanu faktycznego wynika jednak jednoznacznie, że powódka umowę wykonała w terminie, to jest do dnia 12 listopada 2012 r., a więc powyższy zarzut pozwanej nie był zasadny. Nadto pozostałe zarzuty podniesione w zarzutach od nakazu zapłaty nie były zasadne, gdyż to protokół odbioru robót dokonany przez inwestora mógł i miał znaczenia dla oceny, czy podwykonawca wykonał swoje roboty.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów pozwanej i dostrzegając treść § 9 ust. 1 umowy zaznaczyć jednak należy, że – w świetle art. 647 KC – odbiór robót należy do obowiązków inwestora (generalnego wykonawcy w jego relacji z podwykonawcą) i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek tych robót, gdyż powołany przepis stanowi bowiem o odbiorze robót, a nie o „bezusterkowym” odbiorze robót (vide teza z uzasadnienia wyroku S.A. w Gdańsku z 24 lutego 2012 r. V ACa 198/12, Lex 1217856). Jeśli więc inwestor (generalny wykonawca w jego relacji z podwykonawcą) z przyczyn leżących po jego stronie uchybia obowiązkowi odbioru robót, to następują skutki zwłoki po jego stronie i takie zachowanie pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy (podwykonawcy), który uprawniony jest do żądania wynagrodzenia, a jego roszczenie staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę, odbiór winien nastąpić (vide teza z uzasadnienia wyroku S.A. w Białymstoku z 18 grudnia 2014 r. I ACa 629/14, Lex 1602873), a w konsekwencji brak formalnego odbioru nie pozbawia podwykonawcy prawa do wynagrodzenia, jeżeli np. obiekt został wybudowany w całości i odebrany przez inwestora oraz uzyskał pozwolenie na użytkowanie (vide teza z uzasadnienia wyroku S.A. w Poznaniu z 11 grudnia 2014 r. I ACa 947/14, Lex 1623975). Przy czym wykonawca może wykazywać faktyczną datę zakończenia robót wszystkimi dokumentami, które dany fakt potwierdzają, nie tylko i wyłącznie protokołem odbioru końcowego robót (vide teza z uzasadnienia wyroku S.A. w

Łodzi z 27 marca 2015 r. I ACa 1577/14, Lex 1675895). Niezależnie od tego, podobnie jak w przypadku umowy o dzieło, tak i przy umowie o roboty budowlane, decydujące znaczenie dla powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia ma odbiór robót i choć regułą jest prowadzenie odbioru w formie pisemnej w postaci tzw. protokołu odbioru, skuteczne może być również dokonanie faktycznego odbioru bez sporządzania formalnego protokołu (vide teza z uzasadnienia wyroku S.A. w Szczecinie z 19 września 2005 r. I ACa 222/05, Lex 202429).

Mając na względzie powyższe uwagi natury ogólnej należy wskazać, już nawet pomijając, że spisany między stronami protokół częściowego odbioru robót stanowił w istocie odbiór końcowy - gdyż już wtedy wszystkie roboty powódki były wykonane, a określenie „częściowy” protokołu wynikała z niedokonania jeszcze całościowego rozliczenia finansowego na dzień jego podpisania - że błędnie pozwana zakłada, iż niesporządzenie między stronami protokołu „końcowego” odbioru robót pozbawia powódkę prawa wystawienia faktury końcowej, czy też czyni roszczenie powódki niewymagalnym, a takiego protokołu sporządzonego przez strony nie zastępuje końcowy protokół odbioru robót przez inwestora. Jak bowiem wynika z ustalonego stanu faktycznego powódka wykonała umowę, a z całą pewnością już dnia 11 marca 2013 r. powódka m.in. wezwała pozwaną do dokonania odbioru końcowego przedmiotowych robót. Oczywiście jest również, że w listopadzie pozwana faktycznie odebrała roboty powódki jako podwykonawcy, skoro zgłosiła inwestorowi zakończenie prac dla całej budowy w dniu 16 listopada 2012 r., a obiekt został zaś oddany do użytku - droga została oddana do ruchu. Z całą pewnością więc powódka miała prawo dnia 27 marca 2013 r. wystawić fakturę końcową, a ujęta w niej część wynagrodzenia pozostała do zapłaty musi być uznana za wymagalną, a tym samym powództwo nie jest przedwczesne.

Na podstawie tych rozważań Sąd Okręgowy przyjął, że po stronie powódki powstała wierzytelność wobec pozwanej o zapłatę za wykonane roboty budowlane na podstawie faktury nr FS#22/13/06.

Odnosząc się do wysokości dochodzonego w sprawie roszczenia Sąd Okręgowy wskazał, że powódka nie dochodzi zapłaty całości roszczenia z tejże faktury - dochodzi jedynie kwoty 293.667,11 zł z kwoty 298.139,20 zł, na którą to została wystawiona faktura (...). W uzasadnieniu pozwu powódka tłumaczy, że dochodzona kwota wynika z pomniejszenia o kwotę 4.472,09 zł stanowiącą zabezpieczenia pokrycie ewentualnych roszczeń zgodnie z § 11 ust. 3 umowy.

Niezależnie od niepodniesienia przez pozwaną w tym zakresie jakiegokolwiek zarzutu, z urzędu należy wskazać, że - zgodnie z § 11 ust. 1 umowy - powódka winna wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5% wynagrodzenia brutto, w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Jako że powódka takiego zabezpieczenia nie udzieliła, a w zamian za to przyznaje pozwanej prawo wstrzymania się pozwanej z zapłatą części wynagrodzenia, uznać należy, że - korzystając z zasady autonomii woli stron (art. 353<sup>1</sup> KC), której jeden z aspektów pozwala stronom na zmianę zawartej umowy - ostateczną formą uzgodnioną przez strony zabezpieczenia należytego wykonania umowy była tzw. kaucja gwarancyjna. W konsekwencji z faktury FS#22/13/06 pozwana miała prawo zatrzymać 5% należności tytułem owej kaucji gwarancyjnej, a więc kwotę 14.906,96 zł. Należność z tej faktury w pozostałej części, tj. 283.232,24 zł (298.139,20 minus 14.906,96) jest wymagalna.

Zgodnie z § 11 ust. 3 umowy pozwana miała zwolnić 70% zabezpieczenia w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania, że zostało ono należyte wykonane (dzień podpisania bezusterkowego protokołu końcowego przedmiotu umowy). Przepis ten nie odwoływał się do jakichkolwiek innych warunków, choćby do pisemnego wezwania do wypłaty kwoty zatrzymanej tytułem kaucji gwarancyjnej. Ze względów już wskazanych w tym zakresie nie można przypisywać nadmiernego znaczenia niepodpisaniu przez strony protokołu określonego jako „końcowy”. Istotne jest tu raczej, że powódka zakończyła roboty w dniu 12 listopada 2012 r. Z tego względu do dnia 12 grudnia 2012 r. (art. 111 § 1 i 2 KC) pozwana winna zwolnić 70% powyższej kaucji gwarancyjnej, a więc kwotę ≈10.434,87 zł (70% z 14.906,96 = 10.434,872).

Łącznie więc wierzytelność powódki o zapłatę wynagrodzenia w przedmiotowej fakturze jest wymagalna w kwocie 293.667,11 zł (283.232,24 plus 10.434,87) i takiej kwoty powódka dochodzi w niniejszej sprawie. Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, iż roszczenie główne w całości więc było uzasadnione.

Sąd Okręgowy uznał, że podniesiony przeciwko żądaniu pozwu zarzut potrącenia okazał się niezasadny. Było on w rzeczywistości zarzutem umorzenia wierzytelności dochodzonej pozwem wobec potrącenia dokonanego przez zawiśnięciem sprawy. Do takiego zaś zarzutu nie stosuje się art. 493 § 3 k.p.c. Przy czym w szczególności skoro pozwana zarzucała, że powódka nie miała prawa do wystawienia faktury końcowej, nie można, zdaniem sądu Okręgowego, przyjąć, aby zgłoszony w pierwszej kolejności zarzut potrącenia, będący w istocie zarzutem ewentualnym z uwagi na kwestionowanie w ogóle prawa do wystawienia faktury końcowej, stanowił o uznaniu długu.

Sąd Okręgowy odnosząc się bezpośrednio do samego zarzutu potrącenia wskazał, że w umowie z dnia 4 października 2012 r. w § 8 wskazano na kary umowne z różnych tytułów. Tylko jednym z nich była kara określona w § 8 ust. 1 pkt 2, na który to przepis w oświadczeniu o potrąceniu, jak i w nocie księgowej nr (...) powołała się pozwana. Przykładowo innymi podstawami naliczenia kary umownej przez pozwaną były: opóźnienie robót wpisane do dziennika budowy (pkt 3) czy opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze umowy lub w okresie gwarancji i rękojmi (pkt 4). Wykładnia językowa, systemowa i celowościowa wszystkich przepisów odnoszących się do kar umownych wskazuje, że w § 8 ust. 1 pkt 2 umowy chodziło o faktyczne wykonanie umowy, gdyż nie wskazano w nim na jakiś element formalny, czy stan niezbędny do naliczenia kar umownych, odmiennie niż w punktach 3 i 4 tego przepisu. Brak jest więc jakiegokolwiek podstawy do przyjęcia choćby, że w § 8 ust. 1 pkt 2 umowy strony przewidziały karę umowną na wypadek niedokonania protokolarnego końcowego odbioru robót powódki, jak również, że kara ta została przewidziana na wypadek wad robót powódki. Natomiast z ustalonego stanu faktycznego jednoznacznie wynika, że roboty powódki zostały wykonane do dnia 12 listopada 2012 r., a więc w umownym terminie. Skoro zaś kara umowna z § 8 ust. 1 pkt 2 umowy została zastrzeżona na wypadek niewykonania umowy w terminie, już pomijając czy wskutek zwłoki czy opóźnienia powódki, wykonanie przez powódkę umowy w terminie skutkowało wnioskiem o braku podstaw pozwanej do obciążenia powódki karą umowną na tej podstawie.

Skoro zaś w przypadku zarzutu potrącenia to pozwana- wierzyciel wzajemny winna udowodnić, że zachodziły określone przesłanki potrącenia), powyższe rozważania musiały skutkować uznaniem zarzutu potrącenia za niezasadny.

Żądanie odsetek od roszczenia głównego było usprawiedliwione co do zasady mając na uwadze wynikającą z art. 481 § 1 k.c. akcesoryjność materialną roszczenia o odsetki względem roszczenia głównego.

Sąd Okręgowy uznał, że zasadnie powódka dochodziła od pozwanej odsetek w wysokości wynikającej z art. 359 § 3 k.c., a więc tzw. odsetek ustawowych (art. 481 § 2 zd. I k.c.). Powódka żądała odsetek od dnia 27 kwietnia 2013 r., zaś jej żądanie w oczywisty sposób wynikało z treści faktury (...), wystawionej w dniu 27 marca 2013 r. i wskazującej na 30-dniowy termin płatności, który powódka liczyła zapewne od wystawienia faktury. Zgodnie z § 9 ust. 2 umowy płatności należne powódce miały być realizowane przez pozwaną w terminie 30 dni licząc od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury. W niniejszej sprawie jednak powódka nie przedstawiła dowodu na konkretną datę, w jakiej doręczyła pozwanej fakturę, a nadto nie przedstawiła jakiegokolwiek pisma pozwanej, w której ta ostatnia odnosiłaby się do faktury, a to na niej spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie. Zapewne powódka uznawała, że wystarczające jest tu przedstawienie faktury z podpisem pozwanej, jednakże zaznaczyć należy, że podpis pozwanej nie jest opatrzony datą. Nie można jednak nie zauważyć, że na fakturze tej znajduje się prezentata kancelarii powódki z datą na dzień 6 czerwca 2013 r.. Doświadczenie życiowe wskazuje, że powódka najpierw przedstawiła pozwanej do podpisu, a potem złożyła fakturę w swoim sekretariacie celem przekazania do księgowości. Oznacza to, że najpóźniej w dniu 6 maja 2013 r. pozwana otrzymała tą fakturę, a tym samym 30-dniowy termin z § 9 ust. 2 umowy upływał więc – zgodnie z art. 111 § 1 i 2 k.c. – w dniu 5 czerwca 2013 r. i od dnia następnego, tj. od dnia 6 czerwca 2013 r., powódce należały się odsetki od roszczenia głównego.

Jakiegokolwiek znaczenia w tym zakresie nie ma zaś § 11 ust. 3 umowy, zgodnie z którym 70% kaucji miało być zwolnionych w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznanie, że zostało ono należycie wykonane. Jak już powyżej wskazano, termin ten nastąpił w dniu 12 listopada 2012 r. Nie może jednak być tak, że wymagalność wierzytelności o zapłatę części wynagrodzenia zatrzymanego tytułem kaucji następowałyby przed nawet

wystawieniem faktury, z którego wynagrodzenie to miałyby zostać zatrzymane. Z tego względu uznać należy, że i ta część wynagrodzenia dochodzonego w sprawie stawała się wymagalna dopiero w dniu 6 czerwca 2013 r.

W konsekwencji powództwo było zasadne w zakresie żądania kwoty 293.667,11 zł tytułem roszczenia głównego z ustawowymi odsetkami od dnia 6 czerwca 2013 r. W pozostałym zakresie, a więc żądania odsetek od roszczenia głównego od dnia 27 kwietnia 2013 r. do dnia 5 czerwca 2013 r. było niezasadne.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy – na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. – orzekł z zastosowaniem zasady odpowiedzialności za wynik procesu i kosztów celowych.

Jednocześnie ostateczny wynik sprawy decyduje również o zasadzie zwrotu kosztów postępowania incydentalnego, tak więc stronie przegrywającej sprawę nie należy się od przeciwnika zwrot kosztów procesu, w tym także zwrot kosztów postępowania incydentalnego, chociażby w postępowaniu tym to przeciwnik tej strony uległ. Z tego względu powódce należy się również zwrot kosztów postępowania zażaleniowego; analogicznie należy się jej również zwrot kosztów wykonania zabezpieczenia.

Na koszty powódki w postępowaniu przed Sądem Okręgowym składały się koszty sądowe w postaci opłaty sądowej od pozwu w postępowaniu nakazowym (art. 13 ust. 1 w zw. z art. 19 ust. 2 pkt 1 i art. 21 uKSC) w wysokości 3.671 zł, opłaty sądowej od zażalenia na postanowienie wydane na podstawie art. 752<sup>2</sup> KPC w wysokości 30 zł oraz koszty zastępstwa procesowego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 7.200 zł ustalone na podstawie § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t. j. Dz. U. poz. 461 z 2013 r.) i 120 zł na podstawie § 13 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 11 ust. 1 pkt 3 ostatnio przywołanego rozporządzenia tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu zażaleniowym, a także 17 zł tytułem opłaty skarbowej od złożenia kopii dokumentu stwierdzającego udzielenie pełnomocnictwa w postępowaniu sądowym.

W zakresie kosztów wykonania zabezpieczenia Sąd Okręgowy wskazał, że – zgodnie z art. 770 w zw. z art. 743 § 1 zd. I k.p.c. – ustalenie ich wysokości należy do komornika. W niniejszej sprawie koszty te zostały prawomocnie ustalone na kwotę 7.745,37 zł. Nie ma tu znaczenia, że z postanowienia komornika z dnia 4 października 2013 r. ustalającego te koszty wynika, że zostały one zapłacone przez powódkę do kwoty 7.375,11 zł, albowiem jednocześnie komornik wezwał powódkę do uiszczenia pozostałej kwoty 370,26 zł pod rygorem egzekucji. Odnośnie zaś wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu o wykonanie zabezpieczenia, to ich wysokość ustala i przyznaje je sąd. Koszty te nie zostały objęte stosowną regulacją dotyczącą tzw. stawek minimalnych; w takiej sytuacji – jak wynika z § 5 przywołanego wyżej rozporządzenia – za podstawę określenia wysokości wynagrodzenia procesowego strony reprezentowanej przez adwokata (zastępstwo powódki przez adwokata w przywołanym postępowaniu wynika z treści postanowienia komornika sądowego) należy przyjąć stawki w sprawach o najbardziej zbliżonym rodzaju. Biorąc pod uwagę, że wniosek dotyczył kosztów postępowaniu zabezpieczającego, za najbardziej rodzajowo zbliżone należy przyjąć stawki dotyczące spraw egzekucyjnych, szczególnie że – zgodnie z art. 743 § 1 zd. I k.p.c. – do wykonania postanowienie o udzieleniu zabezpieczenia stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu egzekucyjnym. Jak wynika zaś z postanowienia komornika z dnia 4 października 2014 r. zabezpieczenie wykonano poprzez „zabezpieczenie określonej kwoty na rachunku depozytowym”, a więc inaczej, niż przez czynności skierowane do nieruchomości. Tym samym powódce należał się zwrot wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 25% określonej wyżej stawki minimalnej w niniejszej sprawie określonej na podstawie § 11 pkt 7 in fine w zw. z § 6 pkt 7 przywołanego powyżej rozporządzenia, a więc kwota 1.800 zł.

Łącznie więc – na podstawie art. 109 § 2 k.p.c. w zw. z przywołanymi przepisami – należał się powódce od pozwanej zwrot sumy powyższych pozycji, tj. kwoty 20.583,37 zł. Skoro zaś nakazem zapłaty zasądzono od pozwanej na rzecz powódki tytułem zwrotu kosztów procesu kwotę 10.888 zł, a nakaz w tym zakresie został utrzymany w mocy w punkt 1 sentencji wyroku, oprócz tej kwoty należał się powódce od pozwanej dodatkowo zwrot kwoty 9.695,37 zł (20.583,37 minus 10.888), o czym orzeczono w punkt 3 sentencji wyroku.



Apelację od powyższego wyroku wniosła pozwana, zaskarżając go w części utrzymującej w mocy nakaz zapłaty Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 12 czerwca 2014 roku sygn. Akt X GNc 363/14 w zakresie kwoty 293 667,11 zł wraz z odsetkami oraz kosztami procesu to jest w zakresie punktu 1 wyroku, a także w części zasądzającej od pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 9 695,37 zł tytułem kosztów postępowania to jest w zakresie punktu 3, zarzucając mu:

1. błędną ocenę dowodów ( naruszenie art. 233 § 1 k.p.c.) skutkującą błędnymi ustaleniami faktycznymi, polegającymi (wbrew treści zebranego w sprawie materiału dowodowego) na przyjęciu, że: powód wykonał obowiązki umowne w terminie określonym umową tj. w dniu 12.11.2012r: powód wykonał roboty określone umową w sposób bezusterkowy: w dniu 16.11.2012r odbyło się dopuszczenie ulicy (...)r do ruchu połączone z uroczystym otwarciem tej ulicy: inwestor Gmina M. P. nie potrącił pozwanej z winy powoda, w ramach całkowitego rozliczenia inwestycji kwoty 229 403,73 zł tytułem wynagrodzenia za roboty dodatkowe.
2. Niewyjaśnienie okoliczności faktycznych mających podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia poprzez nie wyjaśnienie czy powód wykonał roboty bezusterkowo i terminowo poprzez zaniechanie dopuszczenia dowodu z opinii biegłego z zakresu budowy dróg, co narusza art. 227 k.p.c.
3. Naruszenie art. 207 § 6 k.p.c., 217 § 2 k.p.c. i 493 § 1 k.p.c. polegające na nie dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego z zakresu budowy dróg pomimo, iż pozwana zgłosiła ten wniosek jako spóźniony bez swojej winy, a ponadto w sprawie występowały wyjątkowe okoliczności przemawiające za dopuszczeniem tego dowodu.

Ponadto pozwana na podstawie art. 368 § 1 punkt 4 k.p.c. wносиła o dopuszczenie dowodów z:

1. informacji (...) w P. z dnia 16.11.2012r. oraz zamieszczonej fotografii dokumentującej rzekome uroczyste otwarcie i dopuszczenie do ruchu inwestycji w dniu 16.11.2012r, przedstawiający w rzeczywistości Prezydenta Miasta P. A. N. oraz jego ówczesnego zastępcę C. L. przesuujących symboliczną zastawę drogową na okoliczność, iż wbrew twierdzeniom powoda oraz ustaleniom Sądu Okręgowego w tym dniu nie nastąpiło uroczyste otwarcie ulicy i dopuszczenie jej do ruchu;
2. ze znajdujących się w aktach sprawy sygn. Akt IC 2219/13 Sądu Okręgowego w Płocku Wydział I Cywilny dokumentów w postaci pozwu oraz wyroku z dnia 04 .09.2015 wraz z uzasadnieniem na okoliczność, iż inwestor Gmina M. P. w ramach całkowitego rozliczenia inwestycji nie zapłaciła pozwanej z winy powoda, kwoty 229 404,73 zł za roboty dodatkowe.

Pozwana wskazała, że akta tej sprawy wraz z apelacją inwestora zostały przekazane w dniu 12.11.2015 przez Sąd Okręgowy Sądowi Apelacyjnemu w Łodzi I Wydziałowi Cywilnemu.

W następstwie powyższych zarzutów skarżąca wniosła:

1. o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 1 i uchylenie nakazu zapłaty Sądu Okręgowego z dnia 12 czerwca 2014 roku sygn. akt X GNc 363/14 w zakresie kwoty 293 667,11 zł i oddalenie w tym zakresie powództwa;
2. o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie 3 poprzez zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej kosztów postępowania za pierwszą instancję;
3. o zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej kosztów postępowania za instancję apelacyjną.

Ewentualnie wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w zakresie punktów 1 i 3 oraz przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Łodzi.

W piśmie z dnia 25 maja 2016 roku pozwana zmodyfikowała zawarty w apelacji wniosek o dopuszczenie dowodu ze znajdujących się w aktach sprawy o sygn. akt I C 2219/13 Sądu Okręgowego w Płocku Wydział I Cywilny dokumentów w postaci pozwu oraz wyroku z dnia 04.09.2015r wraz z uzasadnieniem w ten sposób, iż wniosła o dopuszczenie dodatkowo dowodu z zapadłego w tej sprawie w dniu 27.01.2016r wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi I

Wydział Cywilny sygn. akt I ACa 1599/15 wraz z uzasadnieniem oddalającą apelację Gminy M. P. od wyroku Sądu Okręgowego w Płocku zasądającego od Gminy M. P. na moją rzecz kwotę 229 403,73 zł wraz z odsetkami za roboty dodatkowe zrealizowane przy budowie ulicy (...) roku.

W odpowiedzi na apelację strona powodowa wniosła o jej oddalenie, a także o oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych w apelacji oraz o zasądzenie od pozwanej kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Przede wszystkim należy uznać, że wnioski dowodowe skarżącej zgłoszone w apelacji i w piśmie procesowym z dnia 25 maja 2016 są spóźnione. Zgodnie z art. 381 k.p.c. sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później. Przepis art. 381 k.p.c. pozostawia ocenę możliwości oraz celowości dopuszczenia nowych faktów i dowodów w postępowaniu apelacyjnym sądowi drugiej instancji, który powinien kierować się okolicznościami konkretnej sprawy. Strona, która powołuje w postępowaniu apelacyjnym nowe fakty lub dowody, powinna wykazać, że nie mogła ich powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji lub że potrzeba powołania się na nie wynika później. Strona powinna zatem przynajmniej uprawdopodobnić wystąpienie okoliczności, o których mowa w art. 381 k.p.c. Skarżąca nie uczyniła zadość temu obowiązkowi.

Ponadto eksponowana przez apelującą okoliczność, że zakończyło się postępowanie, w którym pozwana domagała się zasądzenia od Gminy P. wynagrodzenia za roboty dodatkowe, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia w rozpoznawanej sprawie, w której ustalono bez żadnych wątpliwości, że inwestor zapłacił pozwanej wynagrodzenie za roboty budowlane, których częścią były prace wykonane przez powódkę.

Uznając ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji za prawidłowe i zgodne z zebrany materiał dowodowy Sąd Apelacyjny instancji w pełni je podziela i przyjmuje za podstawę także własnego rozstrzygnięcia. Sąd Okręgowy zgodnie z przepisami k.p.c. przeprowadził postępowanie dowodowe, ustalając stan faktyczny w sposób szczegółowy.

Jako niezasadny należy ocenić zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Przepis ten wyznacza ramy dla sądu w zakresie oceny wiarygodności i mocy dowodów, która winna być dokonana na podstawie wszechstronnego rozważania całego zebranego materiału dowodowego, zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd I instancji nie dopuścił się naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., albowiem w kontekście powyższych uwag należy stwierdzić, że wbrew twierdzeniom apelującego w rozpoznawanej sprawie Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych na podstawie całego zgromadzonego materiału dowodowego. Przeprowadzona przez ten sąd ocena materiału dowodowego jest w całości logiczna i zgodna z zasadami doświadczenia życiowego, a wszelkie podniesione w tym zakresie apelacji argumenty stanowią w istocie jedynie niczym nieuzasadnioną polemikę z prawidłowymi i nieobarczonymi jakimikolwiek błędami ustaleniami Sądu I instancji. W szczególności apelująca nieskutecznie podważyła ustalenie Sądu I instancji, że powód wykonał obowiązki umowne w terminie określonym umową tj. w dniu 12.11.2012r, to znaczy wykonał roboty określone umową w sposób bezusterkowy, a w dniu 16.11.2012r odbyło się dopuszczenie ulicy (...)r do ruchu połączone z uroczystym otwarciem tej ulicy. Nie ma natomiast znaczenia data podpisania protokołu odbioru prac czy też data wydania przez powoda dokumentów związane z odbiorem robót. Twierdzenie apelacji, że inwestor odebrał roboty budowlane bezusterkowo mając świadomość wad i przerzucił odpowiedzialność na pozwaną jest oderwane od materiału dowodowego sprawy.

Ponadto skarżąca bez powodzenia próbuje zdyskredytować ustalenie Sądu I instancji, że inwestor Gmina M. P. zapłaciła pozwanej pełne wynagrodzenie bez potrąceń za prace budowlane, których częścią były prace wykonane przez powódkę. Przedłożony przez skarżącą wyrok wraz z uzasadnieniem w sprawie sygnatura akt I ACa 1599/15 Sądu Apelacyjnego w Łodzi wskazuje jednoznacznie, że Gmina P. nie zapłaciła pozwanej wynagrodzenia za roboty dodatkowe (nieobjęte pierwotnym zakresem umowy, nieprzewidziane w projekcie stanowiącym załącznik do SIWZ),

wobec czego pozwana dochodziła tej należności na drodze sądowej. W żadnym razie z uzasadnienia tego orzeczenia nie wynika, że wskutek wad prac wykonanych przez powódkę inwestor nie wypłacił powódce wynagrodzenia za roboty budowlane, w ramach których powódka wykonała niektóre prace jako podwykonawca (k 535 – 543 odw.).

Nie jest trafny zarzut niedopuszczenia dowodu z opinii biegłego. Zgodzić się należy z Sądem I instancji, że dowód ten nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. W oświadczeniu o potrąceniu, jak i nocie księgowej, pozwana powołała się na § 8 ust. 1 pkt 2 umowy, gdzie zastrzeżono karę umową za samo faktyczne niewykonanie umowy w terminie, w szczególności nie powołała się na § 8 ust. 1 pkt 4 umowy, który to przewidywał karę za nieusunięcie wad robót powódki. Wobec tego pozwana mogła jedynie wnioskować przeprowadzenie postępowania dowodowego na okoliczność niewykonania prac przez powódkę w terminie. Niezależnie od tego wniosek ten był spóźniony i wbrew przekonaniu apelującej żadne szczególne okoliczności nie uzasadniały uwzględnienia tego wniosku.

Dodatkowo warunkiem rozpoznania tego zarzutu jest zgłoszenie do protokołu zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. Zgodnie z przepisem art. 162 k.p.c. strony mogą w toku posiedzenia, a jeżeli nie były obecne, na najbliższym posiedzeniu zwrócić uwagę sądu na uchybienia przepisom postępowania, wnosząc o wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Stronie, która zastrzeżenia nie zgłosiła, nie przysługuje prawo powoływania się na takie uchybienia w dalszym toku postępowania, chyba że chodzi o przepisy postępowania, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozwagę z urzędu, albo że strona uprawdopodobni, iż nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy. W literaturze przyjmuje się, że celem regulacji z art. 162 k.p.c. jest pobudzenie inicjatywy stron w doprowadzeniu do szybkiego usunięcia dostrzeżonych przez nie naruszeń przepisów postępowania i umożliwienie sądowi niezwłocznego naprawienia błędu. W ten sposób dochodzi także do przyspieszenia i usprawnienia postępowania. Przepis ten wyraża też zasadę lojalności procesowej. U podstaw regulacji zawartej w omawianym przepisie leży zatem założenie zapewnienia prawidłowości postępowania, do której osiągnięcia zmierza sąd, jednakże przy współdziałaniu stron, w drodze usuwania i eliminowania wszelkich uchybień w toku postępowania, które w konsekwencji mogłyby skutkować wzruszeniem orzeczenia. Cel art. 162 k.p.c. byłby trudny do osiągnięcia przy założeniu, że strona, która we właściwym czasie nie zgłosiła odpowiedniego zastrzeżenia, może powołać się na uchybienie procesowe w środku zaskarżenia. Skoro zatem przepis ten obejmuje prekluzję wskazanych w nim zarzutów, to jej zaistnienie może mieć miejsce tylko w odniesieniu do uchybień odpowiednio sprecyzowanych. Nie wystarcza jedynie zgłoszenie zastrzeżenia z powołaniem się na art. 162 k.p.c. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 sierpnia 2006 r. (sygn. V CSK 237/06, Lex nr 201179) zachowanie uprawnienia do powoływania się na uchybienia przepisom postępowania, z wyjątkiem przewidzianym w art. 162 zd. 2 kpc, wymaga - poza dochowaniem terminu zgłoszenia zastrzeżenia - wskazania spozstrzeżonego przez stronę uchybienia z wyczerpującym przytoczeniem naruszonych przepisów postępowania wraz z wnioskiem o wpisanie tak sformułowanego zastrzeżenia do protokołu. Niewpisanie zastrzeżenia do protokołu powoduje utratę podnoszonych zarzutów. Obowiązek sprecyzowania zarzutów naruszenia przez sąd pierwszej instancji przepisom postępowania niewątpliwie winien obciążać profesjonalnego pełnomocnika powoda. Bez sprecyzowania uchybienie sąd nie może swojego, nieokreślonego uchybienia naprawić. Z tych względów należy przyjąć, iż w zakresie objętym zarzutem naruszenia przepisom postępowania zawartym w apelacji pozwana utraciła prawo do powoływania się na naruszenie art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c.), skoro nie zgłosiła w zastrzeżeniu do protokołu zarzutu naruszenia tych przepisów i nie są to uchybienia, które sąd uwzględni z urzędu.

Niezrozumiały jest zarzut naruszenia art. 493 § 1 k.p.c., zgodnie z którym pismo zawierające zarzuty wnosi się do sądu, który wydał nakaz zapłaty. W piśmie pozwany powinien wskazać, czy zaskarża nakaz w całości czy w części, przedstawić zarzuty, które pod rygorem ich utraty należy zgłosić przed wdaniem się w spór, oraz pozostałe zarzuty przeciwko żądaniu pozwu, a także wszystkie okoliczności faktyczne i dowody na ich potwierdzenie. Skarżąca nie wyjaśniła, na czym polega naruszenie tego przepisu i jak to ewentualne naruszenie mogło mieć wpływ na wynik sprawy.

Z tych względów Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację orzekając o kosztach postępowania apelacyjnego na podstawie art. 98 k.p.c. w związku z § 6 pkt 7 oraz § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra

Sprawiedliwości z 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t. j. Dz. U. poz. 461 z 2013 r.)