

Sygn. akt I ACa 446/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 listopada 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Elżbieta Borowska
Sędziowie	:	SSA Jadwiga Chojnowska SSO del. Grażyna Wołosowicz (spr.)
Protokolant	:	Urszula Westfal

po rozpoznaniu w dniu 13 listopada 2014 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **M. G.**

przeciwko (...) **w B.**

**o zapłatę**

i z powództwa wzajemnego (...) **w B.**

przeciwko **M. G.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji powoda głównego

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 30 grudnia 2013 r. sygn. akt I C 664/12

I. **oddala apelację;**

II. **zasądza od powoda na rzecz pozwanej 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów instancji odwoławczej.**

## UZASADNIENIE

Powód M. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...)M. B. w B. wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanej (...)w B. kwoty 303.070,36zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 188.179,90 zł od dnia 19

listopada 2011r. do dnia zapłaty i od kwoty 114.890,46zł od dnia 4 stycznia do dnia zapłaty oraz zasądzenie kosztów postępowania sądowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany - (...) w B. - wniósł o oddalenie powództwa głównego.

W ramach zgłoszonego powództwa wzajemnego wniósł o zasądzenie kwoty 29.393,98 zł, wskazując na nieistnienie roszczenia o zapłatę wynagrodzenia na rzecz powoda, w związku z dokonaniem potrącenia wierzytelności powoda o zapłatę wynagrodzenia z faktury (...) z należnymi pozwanemu (powodowi wzajemnemu) karami umownymi w kwocie 219.960 zł z tytułu zwłoki w wykonaniu zobowiązania.

Dochodzona pozwem wzajemnym kwota stanowiła pozostałą kwotę należnej pozwanemu (powodowi wzajemnemu) kary umownej w wysokości 21.875,80 zł oraz kwotą 7.518,09 zł stanowiącą wartość robót niewykonanych przez powoda (pozwanego wzajemnego) w postaci niezamontowania odstraszaczy ptaków, pomniejszoną o wartość wykonania 5 ścianek działowych w kwocie 3500zł. (k. 316-329).

**Sąd Okręgowy w Białymstoku wyrokiem z dnia 30 grudnia 2013 roku oddalił powództwo główne w całości (punkt I wyroku), zasądził od powoda z pozwu głównego na rzecz pozwanego z pozwu głównego kwotę 8.017 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (punkt II), nakazał pobrać od powoda z pozwu głównego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1.461,34 zł tytułem brakujących wydatków (punkt III), oddalił powództwo wzajemne w całości (punkt IV) oraz zasądził od powoda z pozwu wzajemnego na rzecz pozwanego z pozwu wzajemnego kwotę 2.417 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (punkt V).**

Powyższe rozstrzygnięcie zostało wydane po poczynieniu przez Sąd Okręgowy następujących ustaleń faktycznych:

Bezspornym w sprawie było, że strony łączyła umowa o wykonanie robót budowlanych zawarta w dniu 11 czerwca 2010r. w B., na podstawie której powód będący wykonawcą zobowiązał się do wykonania i oddania zamawiającemu pozwanemu (powodowi wzajemnemu) robót budowlanych, których zakres określony został w załączonym do umowy przedmiarze (§ 1 pkt. 1 umowy). Termin wykonywania robót został przewidziany na okres od 1 lipca 2010r. do 31 października 2010r. (§ 2 pkt 1 umowy), jednak w przypadku zaistnienia wyjątkowo niekorzystnych warunków atmosferycznych uniemożliwiających lub utrudniających wykonanie prac związanych z remontem balkonów i elewacji, strony dopuściły możliwość przedłużenia terminu wykonania robót do dnia 30 listopada 2010r. (§ 2 pkt. 5). Wynagrodzenie za wykonanie prac objętych umową określone zostało na sumę 1.200.000zł, co miało stanowić całkowite wynagrodzenie należne wykonawcy (§3 pkt 1 umowy). Umowa przewidywała jednak, iż w razie konieczności robót dodatkowych, nieobjętych zakresem prac przewidzianych w umowie wykonawcy przysługiwać będzie dodatkowe wynagrodzenie ustalone w oparciu o kosztorys powykonawczy, z uwzględnieniem tych samych cen i wskaźników kalkulacyjnych jak w ofercie przetargowej. Możliwość wykonania prac dodatkowych została jednak obwarowana koniecznością uzyskania pisemnej zgody zamawiającego, a jedynym wyjątkiem miały być prace niezbędne do wykonania ze względów bezpieczeństwa (§ 6 pkt. 3 umowy). W umowie przewidziano również kary umowne, w tym za zwłokę w realizacji umowy w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki (§ 5 pkt. 1 lit. a umowy).

Po zmianie składu zarządu (...) we wrześniu 2010r. pozwana Wspólnota podjęła starania o zmniejszenie kosztów związanych z remontem budynku i w dniu 7 października 2010r. dokonała nowego przedmiaru robót, zmniejszającego ich zakres, w oparciu o który wykonawca sporządził nowy kosztorys szacując wartość robót na 846.608,29 zł. W wyniku renegotjacji umowy w dniu 9 października 2010r. doszło do podpisania aneksu nr (...) do umowy obniżającego należne wykonawcy wynagrodzenie do kwoty 780.000zł i wydłużającego termin na wykonanie elewacji i balkonów ściany frontowej do 31 maja 2011r..

Bezspornym w sprawie było, iż wykonawca w dniu 2 sierpnia 2010r. wystawił fakturę na kwotę 180.000 zł, która została w całości opłacona. W oparciu o protokół częściowy z dnia 9 października 2010r. określający zaawansowanie

robót na 45% wykonawca wystawił fakturę na 150.000zł uzyskując w jej oparciu zapłatę kwoty 135.500zł w związku z potrąceniem 5% zabezpieczenia tytułem starannego wykonania robót.

Kolejny odbiór częściowy miał miejsce 2 kwietnia 2011r., a zawansowanie prac oceniono w nim na 60% i na podstawie wystawionej przez powoda faktury na kwotę 134.915,88 zł uzyskał on kwotę 128.170,08 zł, również pomniejszoną o 5% zabezpieczenia starannego wykonania umowy. O 5 % została również zmniejszona kolejna wystawiona przez powoda faktura na kwotę 117.150,01 zł, w związku z czym wypłacono powodowi 111.150,01zł w oparciu o protokół odbioru częściowego z dnia 18 maja 2011r. , stwierdzając realizację 75% robót .

W dniu 27 maja 2011r. wpisem do dziennika budowy powód złożył oświadczenie o zakończeniu robót. Wpisem z dnia 28 maja 2011r. dokonany w dzienniku budowy inspektor nadzoru stwierdził niegotowość obiektu do odbioru z powodu licznych wad i usterek, w tym nieusunięcia wszystkich usterek stwierdzonych 20 maja 2011r. W dniu 30 maja 2011r. powód (pozwany wzajemny) pisemnie dokonał zgłoszenia pozwanemu (powodowi wzajemnemu) zakończenia prac zgodnie z umową i aneksem z dnia 9.10.2010r., zwracając się o powołanie komisji odbiorowej. Do odbioru przystąpiono w dniu 2 czerwca 2011r. W sporządzonym tego dnia protokole odbioru pozwany (powód wzajemny) odmówił odebrania robót z uwagi na szereg usterek i niedociągnięć szczegółowo opisanych w aneksie nr (...) do protokołu, które powód (pozwany wzajemny) zobowiązał się usunąć do dnia 30 czerwca 2011r. Protokół zawierał również informację o niedostarczeniu przez powoda (pozwanego wzajemnego) dziennika budowy.

W dniu 1 lipca wykonawca zgłosił usunięcie usterek i wniósł o odebranie prac. Do odbioru przystąpiono 26 lipca 2011r. ostatecznie dokonując spisania istniejących usterek i odmawiając odbioru. W dniu 24 sierpnia pozwany wezwał powoda do wykonania prac w terminie do 1 września 2011r. pod rygorem odstąpienia od umowy i żądania odszkodowania.

W dniu 14 września 2011r. powód (pozwany wzajemny) złożył pozwanemu kosztorys powykonawczy robót dodatkowych.

W dniu 23 września 2011r. powód (pozwany wzajemny) dokonał ostatecznego zgłoszenia robót. Protokół spisany w dniu 28 września 2011r. zawierał ponowne wskazanie szeregu usterek i deklarację ich usunięcia do 1 października 2011r. Kolejne spotkanie odbiorowe w dniu 5 października 2011r. stwierdzało zaistnienie nowych usterek. Niepowodzeniem zakończyła się również ponowna próba odbioru w dniu 20 października 2011r. z uwagi na istnienie nieusuniętych usterek, nadto protokół stwierdził wykonanie robót dodatkowych w postaci zamontowania przez powoda 5 ścianek.

W dniu 31 października 2011r. powód wystawił końcową fakturę rozliczającą łączącą strony umowę na kwotę 198.084,11 zł a stanowiącą brakującą kwotę wynagrodzenia.

W dniu 18 listopada 2011r. pozwany (powód wzajemny) wystawił notę obciążeniową nr (...) na kwotę 219.690zł przyjmując, iż wykonawca dopuścił się zwłoki w wykonaniu umowy w wymiarze 141 dni, w związku z czym zamawiającemu należą się kary umowne zgodnie z § 5 pkt 1 lit. b umowy. Pozwany (powód wzajemny) złożył również powodowi (pozwanemu wzajemnemu) oświadczenie o potrąceniu z wierzytelności powoda z faktury na kwotę 198.084.11zł.

W dniu 29 listopada 2011r. powód (pozwany wzajemny) wystosował do pozwanego (powoda wzajemnego) pismo informujące, iż dokonuje zgłoszenia do odbioru robót dodatkowych, wyznaczając pozwanemu termin odbioru na dzień 16 grudnia 2011r. W związku z nieobecnością przedstawicieli zamawiającego powód (pozwany wzajemny) sporządził jednostronny protokół odbioru wystawiając w dniu 20 grudnia 2011r. fakturę o wartości 114.890,46 zł odpowiadającą wartości wskazanych robót. W dniu 12 stycznia 2012r. Powód (pozwany wzajemny) wystosował ostateczne wezwanie do zapłaty.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Okręgowy stwierdził, że w sprawie bezspornym było, iż strony łączyła umowa zawarta w dniu 11 czerwca 2010r. której przedmiotem było wykonanie przez powoda (pozwanego wzajemnego)

termomodernizacji budynku mieszkalnego w B. przy ul. (...). Poza sporem pozostawała okoliczności, iż nie doszło do skutecznego odbioru przedmiotu umowy, jak i fakt iż powód nie wykonał robót w terminie przewidzianym umową.

Ustalony stan faktyczny, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwalała na przyjęcie, że przedmiotowa umowa spełnia wymogi konieczne do zakwalifikowania jej jako umowy o roboty budowlane. Sąd I instancji zwrócił uwagę, że umowa o roboty budowlane jako umowa wzajemna podlega regułom określonym w przepisie art. 488 k.c. wskazującym na jednoczesność świadczeń obu stron umowy. Reguła wyrażona w art. 488 § 1 k.c., jest podyktowana ekwiwalentnością świadczeń z umowy wzajemnej, jaką jest umowa o roboty budowlane.

W niniejszej sprawie wadliwe wykonanie przedmiotu umowy dokumentował załączony do sprawy materiał zdjęciowy wskazywały na to również zeznania świadków L. M., W. D., R. Ł., M. M.. Ocena wykonania przedmiotu umowy została dokonana przez świadków K. M. będącego inspektorem nadzoru w I fazie wykonywania umowy oraz Z. Z. pełniącego funkcję kierownika budowy. Świadczenie ci o ile nie negowali występowania usterek podkreślali, iż miały one charakter estetyczny i kwalifikowały przedmiot umowy do odbioru. Na wykonanie przedmiotu umowy z usterkami uwagę zwracał również świadek J. A.. Wskazywał, że w niektórych przypadkach uniemożliwiały one korzystanie z przedmiotu umowy. Sąd nie miał zastrzeżeń, co do wiarygodności zeznań wskazanych świadków, tym niemniej ocena usterek wymagała wiedzy specjalistycznej, w związku z czym największe znaczenia miały w tym zakresie sporządzone opinie biegłych z zakresu budownictwa.

W sprawie sporządzone zostały dwie opinie biegłych z zakresu budownictwa T. K. i Z. W. (1). Za bardziej szczegółową, wyczerpującą i zrozumiałą Sąd uznał opinię biegłego Z. W. (1) i na niej opierał się dokonując ustaleń. Niemniej obydwaj biegli ustalili zgodnie, że sporne prace nie nadawały się do odbioru w dacie 31 maja 2011 r. Podtrzymali swoje wnioski w całości składając ustne wyjaśnienia i szczegółowo odnosząc się do zgłoszonych zarzutów, które stanowiły jedynie polemikę z twierdzeniami opinii, nieopartą argumentacją merytoryczną ani specjalistyczną wiedzą.

Przedmiotowe opinie, a w szczególności opinia biegłego Z. W. (2). Dały Sądowi I instancji podstawy do ustalenia, iż obowiązek pozwanego odbioru robót aktualizował się 1 października 2011r. Powołując się an orzecznictwo Sądu Najwyższego, Sąd Okręgowy wskazał, że w dniu 5 października 2011r. wykonane przez powoda (pozwanego wzajemnego) roboty nadawały się do odebrania po stronie pozwanego (powoda wzajemnego) istniał zatem obowiązek ich odbioru z wyszczególnieniem w protokole poszczególnych wad, terminu oraz trybu ich usunięcia i zapłaty wynagrodzenia.

Oddalenie powództwa głównego w zakresie zapłaty na rzecz powoda (pozwanego wzajemnego) wynagrodzenia w wysokości 198.084,11zł (dochodzonej w kwocie 188 179,90 zł k.3) znajdowało, w ocenie Sądu, oparcie w zgłoszonym przez pozwanego (powoda wzajemnego) zarzucie nieistnienia roszczenia w związku z dokonaniem potrąceniem wierzytelności z noty obciążeniowej(...) na kwotę 219.960 zł stanowiącą karę umowną za 141 dniową zwłokę w wykonaniu zobowiązania. Potrącenie to spełniało bowiem warunki z art. 498 § 1 k.c.. Powód (pozwany wzajemny) kwestionował prawidłowość określenia wysokości wierzytelności pozwanego (powoda wzajemnego) z tytułu należnych mu kar umownych za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy, jednakże zarzuty te Sąd Okręgowy uznał za niezasadne i niezajdujące potwierdzenia w materiale dowodowym, a głównie zeznaniach świadków L. M., R. Ł., M. M., J. A. i Z. Z.. Powód (pozwany wzajemny) w razie zaistnienia przerwy w pracach wynikających z niemożliwości porozumienia się z zamawiającym powinien odzwierciedlić to wpisem w dzienniku budowy. W niniejszej sprawie wpisu takiego brak. Nadto jak wskazywał pełniący funkcję kierownika budowy świadek Z. Z. większość kwestii uzgadniana była z inspektorem nadzoru, zatem nie było realnej konieczności konsultowania się z zamawiającym.

Nie mogły być oceniane jako okoliczności leżące po stronie pozwanego (powoda głównego) kwestie związane z późnym zapoznaniem się przez powoda (pozwanego wzajemnego) z projektem architektonicznym, bowiem projekt architektoniczny obok obmiaru był podstawowym dokumentem w oparciu o który należało wykonać przedmiot umowy. W ocenie Sądu opóźnienie się przez powoda (pozwanego wzajemnego) w wykonaniu robót nie było uwarunkowane okolicznościami leżącymi po stronie pozwanego (powoda wzajemnego).

Sąd Okręgowy przyjął, że data wykonania przez powoda (pозwanego wzajemnego) robót została przedłużona do 31 maja 2011r. jedynie w zakresie wykonanie elewacji i balkonów ściany frontowej. Zatem powód (pозwany wzajemny) pozostawał w zwłoce od 1 czerwca do 1 października 2011 r., tj. do dnia, w którym przedmiot umowy należało kategorięcznie ukończyć zgodnie z treścią protokołu z dnia 28 września 2011 r.. Z protokołu odbioru z dnia 5 października 2011 r. wynika, że, roboty we wskazanym terminie zostały wykonane, albowiem zgodnie z ustaleniami biegłego W. kwalifikowały się do odbioru. Zwłoka w wykonaniu zobowiązania wyniosła zatem 122 dni, która ta zwłoka uzasadniała naliczenie kary umownej w wysokości 0,2% wynagrodzenia ryczałtowego 780.000 zł, co stanowi kwotę 190.320 zł. W tym zakresie, w ocenie Sądu doszło do skutecznego potrącenia wzajemnych wierzytelności z tytułu wynagrodzenia powoda (pозwanego wzajemnego) 188.179,90 zł z wierzytelnością pозwanego (powoda wzajemnego) z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu zobowiązania liczoną od 1 czerwca 2011 do dnia 1 października 2012r., w kwocie 190.320 zł. Przy czym kwotę tę należało pomniejszyć, zgodnie ze stanowiskiem pозwanej wspólnoty o uznana, a nie dochodzoną przez powoda w tym procesie należność za ścianki działowe w kwocie 3 500 zł. Kara umowna przewidziana została w umowie § 5 pkt 1 lit.b odnosila się ona do „zwłoki”, a zatem kwalifikowanej formy opóźnienia. Dłużnik może zatem uwolnić się od zapłaty kary umownej na ogólnych zasadach wykazując, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest przez niego zawinione. W ocenie Sądu powód (pозwany wzajemny) tego nie wykazał.

Jako nieuzasadnione natomiast Sąd Okręgowy uznał żądanie pозwanego (powoda wzajemnego) w zakresie kwoty 7.518.09 zł stanowiącej równowartość niewykonanych przez powoda robót o wartości 11.018.08 zł polegających na niezamontowaniu odstraszczy ptaków, pomniejszonego o wartość niekwestionowanych robót dodatkowych w postaci zamontowania 5 ścianek działowych. W niniejszej sprawie pозwany (powód wzajemny) ustalając w umowie wynagrodzenie ryczałtowe za wykonane przez powoda główne roboty nie miał możliwości obniżenia wynagrodzenia o roboty niewykonane będące przedmiotem umowy. Żądanie obniżenia wynagrodzenia o wskazaną kwotę jest zatem niezasadne.

Również z tych względów (określenie w umowie wynagrodzenia ryczałtowego) niezasadne było żądanie powoda głównego o zasądzenie na jego rzecz kwoty 114.890,46 zł wynikającej z faktury (...)r. tytułem rozliczenia wykonanych przez powoda prac dodatkowych. Materiał dowodowy wskazał, co było przez strony niekwestionowane, że powód główny uzyskał zgodę na wykonanie jedynie 5 ścianek, o zgodę na inne roboty dodatkowe nie występował. Istotna w tym zakresie okazała się opinia biegłego z zakresu budownictwa T. K., którą Sąd uznał w tym zakresie za pełnowartościowy materiał dowodowy. Biegły nie miał wątpliwości, iż wymienione przez powoda (pозwanego wzajemnego) prace były pracami niezbędnymi do wykonania, umożliwiającymi prawidłową eksploatację budynku i nie kwalifikują się jako prace dodatkowe.

Mając na uwadze powyższe w oparciu o przepis art. 647 kc w zw. z § 3 pkt 3 i § 6 pkt 3 umowy, art. 498 kc w zw. z 483 §1kc w zw. z § 5 pkt 1 litb umowy.

Rozstrzygnięcie o kosztach było konsekwencją wyniku procesu - art. 98 kpc i § 6 pkt 6, 7 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. nr 163, poz. 1348 ze zm.), a zatem strona przegrywająca w ramach wniesionego pozwu była zobowiązana do poniesienia kosztów sądowych i zwrotu kosztów procesu przeciwnikowi. W ramach pozwu głównego powód (pозwany wzajemny) zobowiązany został do zwrotu na rzecz pозwanego (powoda wzajemnego) kwoty 8017 zł, w tym 7217 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego oraz zwrotu na rzecz Skarbu Państwa brakujących wydatków w kwocie 1.461,34. W ramach pozwu wzajemnego pозwany (powód wzajemny) zobowiązany został do zwrotu na rzecz powoda głównego kwoty (...) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

***Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 30 grudnia 2013 r. wniósł powód (pозwany wzajemny) M. G., który zaskarżył powyższy wyrok w części oddalającej powództwo główne, zarzucając mu obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie:***

**1. art. 65 § 2 k.c. polegającą na przyjęciu:**

a) **na podstawie § 2 ust. 2 oraz § 5 ust. 1 pkt b umowy z dnia 11 czerwca 2010 roku wykonawca pozostawał w zwłoce uzasadniającej naliczenie kar umownych od dnia 1 czerwca 2011 roku do dnia 1 października 2011 roku tj. wskazanego przez biegłego W. już w trakcie postępowania sądowego możliwego terminu odbioru robót budowlanych podczas, gdy mając na uwadze zgodny zamiar stron i cele umowy zwłoka wykonawcy nie nastąpiła ze względu na działania wykonawcy, który w dniu 30 maja 2011 roku zgłosił zakończenie prac oraz zgłosił je do odbioru, zaś przy przyjęciu stanowiska zaprezentowanego przez Sąd I instancji odbiory robót przeciągałyby się w czasie, a nierzadko nigdy nie dochodziłyby do skutku, a w konsekwencji umożliwiałyby dowolne naliczenie kar umownych, co nie było zamiarem stron, ani celem zawartej pomiędzy nimi umowy,**

b) **na podstawie § 3 ust. 3 umowy z dnia 11 czerwca 2010 roku rozliczenie wykonanych przez powoda prac dodatkowych nie było możliwe, wobec braku pisemnej zgody zamawiającego podczas, gdy wykonanie tychże prac mając na uwadze zgodny zamiar stron i cel umowy podyktowane było względami bezpieczeństwa oraz prawidłowej eksploatacji, które przewidywał § 1 pkt 4 wyżej wskazanej umowy, zobowiązujący wnioskodawcę do wykonania umowy, w oparciu (oprócz jej postanowień) o obowiązujące przepisy, normy i standardy techniczne, zasady sztuki budowlanej oraz etykę zawodową,**

**2. art. 498 § 2 k.c. w związku z art. 498 § 1 k.c., art. 484 § 1 k.c. w związku z art. 647 § 1 k.c. polegającą na przyjęciu, że wobec nieodebrania robót przez pozwanego (powoda wzajemnego) ze względu na zgłoszone przez niego usterki i niedociągnięcia w dniu 2 czerwca 2011 roku i wskazaniu, że odbiór mógł być możliwy w dniu 1 października 2011 roku powód (pozwany wzajemny) pozostawał w zwłoce przez 122 dni, która to zwłoka uzasadniała naliczenie kary umownej w kwocie 190.320 złotych, a w konsekwencji doszło do skutecznego potrącenia wzajemnych wierzytelności z tytułu wynagrodzenia powoda (pozwanego wzajemnego) 188.179,90 złotych z wierzytelnością pozwanego (powoda wzajemnego) z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu zobowiązania w kwocie 190.320 złotych podczas, gdy stwierdzenie w czasie odbioru występowania wad robót winno znaleźć odzwierciedlenie w protokole odbioru ze wskazaniem oczekiwań inwestora co do usunięcia wad w określonym terminie, względnie innych ustaleń storn między innymi w zakresie obniżenia wynagrodzenia wykonawcy, a przepis art. 647 k.c. nie stanowi o tym, że odbiór robót odnosi się tylko do robót wykonanych w całości i bez wad, a zatem nie znajduje żadnego uzasadnienia stanowisko, że odbiór następuje tylko wtedy, gdy roboty zostały wykonane w całości i nie mają żadnych wad, czyli naliczenia akr umownych i brak było podstaw do przyjęcia, że pozwanemu (powodowi wzajemnemu) przysługiwała wierzytelność wobec powoda (pozwanego wzajemnego), a tym samym wobec niezrealizowania przesłanek z art. 498 § 1 k.c. oświadczenie o potrąceniu nie mogło być skuteczne,**

**ewentualnie**

**3. art. 484 § 2 k.c. polegającą na jego niezastosowaniu, a mianowicie niezmiarkowaniu kary umownej, która w kwocie 190.320 złotych została potrącona z wierzytelności powoda wobec pozwanego podczas, gdy kwota ta stanowi 1/4 wartości świadczenia przysługującego powodowi z umowy z dnia 11 czerwca 2010 roku, a biorąc pod uwagę wartość spełnionego wobec pozwanego świadczenia kara umowna stanowiła 2/5 wartości świadczenia przysługującego powodowi z umowy z dnia 11 czerwca 2010 roku, zaś mając na uwadze stanowisko powoda wnoszącego o oddalenie powództwa wzajemnego w całości żądanie obniżenia kary umownej, ponieważ nie została przez art. 484 § 2 k.c. określone, ani co do treści, ani co do formy, nie musi określać konkretnej przesłanki miarkowania, ani wskazywać kwoty do jakiej kara ma być obniżona, to Sąd winien zmiarkować karę umowną do zgodnie z wartością utrwaloną orzecznictwem Sądu**

**Najwyższego, 5% wartości przedmiotu umowy tj. do kwoty 39.000 złotych, a w konsekwencji stosownego obniżenia kary umownej uwzględnić roszczenie powoda w pozostałym zakresie.**

**Wskazując na powyższe, wniósł o:**

- 1. zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie na rzecz powoda kwoty 303.070 złotych zgodnie z żądaniem pozwu,**
- 2. zasądzenie na rzecz powoda od pozwanego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych**

**ewentualnie**

- 3. dokonanie zmiarkowania kary umownej i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda żądaną kwotę pomniejszona o 39.000 złotych z tytułu zmiarkowanej kary umownej.**

**SĄD APELACYJNY ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:**

**Apelacja nie jest zasadna.**

Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych i na ich podstawie wywiódł trafne wnioski. Sąd Apelacyjny przyjmuje za swoje ustalenia poczynione przez Sąd Okręgowy. Prawidłowe poczynione ustalenia stały się też podstawą do zasadnego zastosowania przez Sąd przepisów prawa materialnego, które wbrew zarzutom apelacyjnym, nie zostały naruszone.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w apelacji podniesiono wyłącznie zarzuty dotyczące naruszenia przepisów prawa materialnego. Tymczasem zakwestionowanie przyjęcia daty odbioru robót, ustalenia, że powód (pozwany wzajemny) pozostawał w zwłoce, wykonał dodatkowe prace, mogło nastąpić wyłącznie w oparciu o zarzut dokonania przez Sąd Okręgowy niewłaściwych ustaleń, (art. 233 § 1 k.p.c.). Pełnomocnik skarżącego, formułując zarzuty naruszenia przepisów prawa materialnego, w istocie zmierzał do zakwestionowania okoliczności związanych z kwestią procesową, dotyczącą ustalenia faktów za pomocą określonych środków dowodowych. W sądowym stosowaniu prawa w pierwszej kolejności dochodzi do ustalenia, jaka norma obowiązuje, drugi etap to ustalenie faktu na podstawie dowodów, kolejny to subsumcja faktu pod stosowaną normę prawną, a następnie ustalenie konsekwencji udowodnionego faktu na podstawie stosowanej normy prawnej. W niniejszej sprawie w istocie zakwestionowany został ten drugi etap sądowego stosowania prawa, w którym ustalono, że powód pozostawał w zwłoce z oddaniem do odbioru prac, wykonał prace dodatkowe nieobjęte zawartą przez strony umową, a konsekwencją takiego ustalenia było oddalenie powództwa w punkcie II zaskarżonego wyroku. Zakwestionowanie tego właśnie etapu stosowania prawa stanowi wkroczenie w sferę faktów i możliwe jest z powołaniem się na naruszenie prawa procesowego - art. 233 § 1 k.p.c., który to zarzut nie został ujęty w podstawach apelacji.

Opierając się zatem na niekwestionowanych ustaleniach faktycznych dokonanych przez Sąd Okręgowy, należało stwierdzić, że Sąd ten nie dopuścił się naruszenia przepisów prawa materialnego wskazanych w apelacji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 65 § 2 k.c. należy wskazać, że w art. 65 k.c. określono bardzo ogólnie sposoby wykładni oświadczeń woli (w § 2 umów) przez podanie tylko zasadniczych dyrektyw; przy tłumaczeniu oświadczeń woli jest to kryterium zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów w kontekście okoliczności towarzyszących złożeniu oświadczenia woli, a przy umowach - kryterium zamiaru stron i celu umowy, a dopiero na końcu - dosłownego brzmienia umowy. W razie gdy wykładnia tekstu umowy budzi wątpliwości, zachodzi potrzeba ustalenia rzeczywistej treści umowy przy uwzględnieniu oświadczeń woli stron składanych przed i w trakcie zawierania umowy, według ich rozumienia przez każdą ze stron.

Przez „zgodny zamiar stron” należy rozumieć wspólne uzgodnienie istotnych dla danego typu czynności prawnej postanowień bądź w samej umowie, bądź poza nią (np. w rokowaniach). Jeżeli strony uprzednio pozostawały w

takich samych stosunkach prawnych, należy mieć na względzie ponadto takie znaczenie niezbyt jasnych sformułowań umowy, jakie nadawano im przy ich stosowaniu w poprzednich stosunkach prawnych między stronami (wyrok SN z 4 lipca 1975 r., III CRN 160/75, LexisNexis nr 296676, OSPiKA 1977, nr 1, poz. 6). Biorąc pod uwagę treść umowy zawartej przez strony, jej przepisy nie nastroczają żadnych trudności interpretacyjnych, w szczególności co do spornego w niniejszej sprawie zakresu zaleconych robót, jak też terminu wykonania zleconych prac. Umowa ta jest sformułowana w sposób jasny, klarowny, a zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym w szczególności zeznania świadków, jak też opinie biegłych i dostarczony dziennik budowy, nie pozostawiają wątpliwości co do intencji obu stron.

Biorąc pod uwagę powyższe, odnośnie terminu zgłoszenia prac do odbioru, to w dniu 2 czerwca 2011 roku przystąpiono do odbioru prac wykonanych przez powoda, lecz w sporządzonym w tym dniu protokole stwierdzono szereg usterek i niedociągnięć szczegółowo opisanych w aneksie nr (...) do protokołu. Ostatecznie dopiero w dniu 14 września 2011 roku powód (pozwany wzajemny) złożył pozwanemu kosztorys powykonawczy robót dodatkowych. Wadliwe wykonanie przedmiotu umowy zostało potwierdzone przez zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym zdjęcia (k. 364-384, 408) zeznania świadków, jak też opinie biegłych z zakresu budownictwa. Obaj biegli w swoich opiniach zgodnie wskazywali, że sporne prace nie nadawały się do odbioru w dacie 31 maja 2011 roku z uwagi na liczne usterki.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego, na które powołał się także Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, nadając pierwszorzędne znaczenie kwestii ekwiwalentności świadczeń wynikających z zawartej przez strony umowy o roboty budowlane, jeśli oddane prace są dotknięte wadą istotną tj. czyniącą je niezdatnymi do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie, to oddanie prac nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie. Jeżeli natomiast prace mają tylko wady nieistotne, należy uznać, że ich oddanie powoduje taką wymagalność (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2007 roku, II CNP 70/06, lex nr 255597). Sąd Apelacyjny w pełni akceptuje także stanowisko zawarte w wyroku tutejszego Sądu z dnia 21 marca 2014 roku (sygn. akt I ACa 842/13, lex nr 1451594), zgodnie z którym to jakość wykonanych robót ma istotne znaczenie dla ustalenia, czy doszło do wykonania przez wykonawcę zobowiązania umownego, czy roboty zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną, a ich rezultat nadaje się do wykorzystania zgodnie z przeznaczeniem, czy też dotknięte są one tego rodzaju wadami, które wyłączają ich funkcjonalność, przydatność i wykorzystanie zgodnie z celem umowy. W zależności od tego, czy wady są istotne czy nie, wykonanie robót może być równoznaczne albo z niewykonaniem zobowiązania w ogólności albo z nienależyтым wykonaniem zobowiązania. Jeżeli bowiem wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie istotnie zmniejszające ich wartość, jest to wówczas wada istotna. Pozostałe wady świadczą jedynie o nienależyтым wykonaniu zobowiązania.

W niniejszej sprawie, mając na uwadze wyczerpujący materiał dowodowy, prawidłowo Sąd Okręgowy uznał, że pomimo zgłoszenia przez powoda (pozwanego wzajemnego) prac do odbioru w dniu 30 maja 2011 roku, faktyczny odbiór był możliwy dopiero od dnia 1 października 2011 roku w związku z istotnymi wadami, jakie posiadały wykonane przez powoda (pozwanego wzajemnego) prace. W ocenie powyższej kwestii szczególnie przydatna była opinia biegłego z zakresu budownictwa i kosztorysowania T. K., który wskazał, że w dacie 30 maja 2011 roku powód (pozwany wzajemny) nie zakończył całości robót termomodernizacyjnych w budynku tj. nie wykonał podlewek pod obróbki blacharskie, obróbkę blacharskich uskoków ścian poddasza, brak było „obrobienia” wystających poza obrys elementów cokołów, nie pomalowano metalowych elementów skrzynek i szafek, nie zamontowano lamp i innych elementów po wykonaniu robót, nie uprzątnięto i nie odtworzono stanu pierwotnego zagospodarowania wokół budynku. Wszystkie powyższe wady wykonanych prac stanowiły zdaniem biegłego wady istotne, jednoznacznie wskazujące że prace termomodernizacyjne nie zostały wykonane i nie kwalifikowały się do odbioru (k. 240-243). Biegły podtrzymał swoją opinię, zeznając na rozprawie w dniu 17 września 2013 roku (k. 651).

Tymczasem jak słusznie wskazał w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy, obowiązkiem wykonawcy było wykonanie obiektu zgodnie z dokumentacją projektową, z zasadami wiedzy technicznej, z obowiązującymi normami, a treść protokołu z dnia 29 lipca 2011 roku i zakres wymienionych w nim wad jednoznacznie wskazywał, że przedmiot



umowy nie nadawał się do odbioru, a charakter stwierdzonych wad był taki, że przedmiot umowy był niezdatny do użytku i sprzeciwiał się umowie.

Mając na uwadze powyższe, skoro jednoznacznie ustalono, że wady w pracach wykonanych przez powoda (pозwanego wzajemnego) stanowiły wady istotne, tym samym do czasu ich usunięcia nie był możliwy odbiór robót, a co za tym idzie nie zaktualizował się też ekwiwalentny obowiązek pozwanego (powoda wzajemnego) do zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace. Stąd też wbrew zarzutowi apelacyjnemu, Sąd Okręgowy nie naruszył art. 65 § 2 k.c. uznając, że powód (pozwany wzajemny) pozostawał w zwłoce od dnia 1 czerwca 2011 roku do dnia 1 października 2011 roku, zwłaszcza wobec złożenia przez powoda oświadczeń - w dniu 27 maja 2011 roku o zakończeniu robót i w dniu 30 maja 2011 roku o zakończeniu prac zgodnie z zawartą przez strony umową.

Odnosząc się natomiast do naruszenia przepisów prawa materialnego tj. art. 65 § 2 k.c. poprzez oddalenie żądania powoda (pozwanego wzajemnego) zapłaty wynagrodzenia z tytułu wykonania prac dodatkowych, należy wskazać, że z literalnego brzmienia § 3 ust. 3 umowy zawartej przez strony wynikało, iż do wykonania takich prac niezbędna była pisemna zgoda zamawiającego. Nie ulegało wątpliwości, że powód (pozwany wzajemny) uzyskał taką zgodę jedynie na wykonanie pięciu ścianek działowych, zaś nie występował o zgodę na wykonanie innych prac. Dodatkowo ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynikało, że roboty dodatkowe wymienione przez powoda w zgłoszeniu (k. 300-301) nie miały charakteru robót dodatkowych, a były to roboty podstawowe, których wykonanie wynikało z zasad sztuki budowlanej. W tym zakresie także biegły T. K. w swojej opinii wyraźnie stwierdził, że w trakcie eksploatacji budynku ujawniły się wady technologiczne i wykonawcze elementów struktury ściany tj. niepełna izolacja termiczna stropu nad garażem, nieszczelność izolacji przeciwwodnej balkonów, skorodowane podokienne obróbki blacharskie odpadające tynki zewnętrzne na ścianach i słupach, spękania ścian, miejscowo zerodowany beton na słupach konstrukcyjnych balkonów powodujący odsłonięcie prętów zbrojeniowych. Biegły stwierdził, że zjawiska te są uciążliwe w bieżącej eksploatacji obiektu, jak również powodują przyspieszoną dekapitalizację elementów budynków takich jak tynki elewacyjne, struktury ścian, konstrukcji balkonów. Wynikiem tych zjawisk jest również zły stan wizualny i estetyka obiektu, co wymaga zdecydowanych działań renowacyjnych. Jednakże pomimo opisanych zniszczeń nie stwierdzono stanu zagrożenia bezpieczeństwa konstrukcji i użytkowników (k. 541). Zatem skoro na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym opinii biegłego, zapisów w dzienniku budowy, zeznań świadków, ustalono, że zakres prac wskazanych przez powoda (pozwanego wzajemnego) w rzeczywistości nie stanowił wykonania dodatkowych, nieobjętych kosztorysem prac, lecz polegał na wykonaniu prac umożliwiających prawidłową eksploatację budynku, zaś wykonanie powyższych prac nie wpływało wprost na bezpieczeństwo konstrukcji obiektu i bezpośrednie zagrożenia bezpieczeństwa jego użytkowników (k. 583). Wobec powyższego powód (pozwany wzajemny) przed wykonaniem powyższych prac powinien był wystąpić o pisemną zgodę pozwanego (powoda wzajemnego), a skoro o taką zgodę nie wystąpił, to skutkiem braku spełnienia tego warunku w świetle § 3 ust. 3 umowy z dnia 11 czerwca 2010 roku była niemożliwość rozliczenia wykonanych przez powoda prac dodatkowych.

Nie był zasadny także zarzut apelacyjny dotyczący naruszenia art. 647 k.c.. Słusznie pełnomocnik skarżącego wskazuje, że powyższy przepis nie stanowi o tym, że odbiór robót budowlanych następuje tylko wtedy, gdy roboty te zostały wykonane w całości i nie mają żadnych wad, czyli że nastąpił odbiór „skuteczny”. Gdyby zaakceptować takie stanowisko, odbioru robót przeciągałby się w czasie, a nierzadko nigdy nie dochodziłyby do takiego skutku. Takie stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 9 lipca 2013 roku (V ACa 332/13, Lex nr 1356526). Jednakże w niniejszej sprawie nie chodziło o odbiór robót co do zasady, lecz o odbiór robót bez wad istotnych, a zatem, jak już powyżej wskazano prace mogły zostać odebrane dopiero od dnia 1 października 2011 roku, bowiem dopiero w tej dacie nie zawierały usterek tak istotnych, że uniemożliwiałoby to normalne z nich korzystanie. Wcześniejsze postawienie do odbioru prac wykonanych przez powoda (pozwanego wzajemnego) w dniu 30 maja 2011 roku nie mogło skutkować odbiorem robót w całości, skoro prace nie zostały wykonane w sposób prawidłowy tj. zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.

Mając na uwadze powyższe, należało uznać, że krytyka apelującego przyjętej przez Sąd Okręgowy wykładni umowy w oparciu o zarzut naruszenia art. 65 § 2 k.c. ograniczona została się w zasadzie do przytoczenia treści przepisów

odnoszących się do umowy o roboty budowlane i wyrażenia w tym zakresie własnego stanowiska, odmiennego niż przyjęte przez Sąd Okręgowy. Jednakże bez przytoczenia zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c.. istniejący w sprawie materiał dowodowy nie usprawiedliwiał zasadności zarzutu z art. 65 § 2 k.c..

Nie okazał się także trafny zarzut niezastosowania art. 484 § 2 k.c. wskutek braku miarkowania przez Sąd Okręgowy kary umownej, którą pozwany (powód wzajemny) zgłosił do potrącenia.

Zgodnie z art. 484 § 2 k.c., jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. W przepisie tym ustawodawca wskazał dwie przesłanki zmniejszenia kary umownej, nazywanego powszechnie miarkowaniem. Pierwszą z nich jest wykonanie zobowiązania w znacznej części, drugą rażące wygórowanie kary. Obie przesłanki są równorzędne, stąd wystąpienie którejkolwiek z nich uzasadnia miarkowanie kary umownej.

Gdy chodzi o pierwszą przesłankę, Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, że w sytuacji, w której kara umowna należy się za zwłokę w spełnieniu całego świadczenia, jej redukcja w zasadzie nie powinna mieć miejsca, chociażby dłużnik wykonał zobowiązanie w znacznej części. U podstaw tego poglądu legło przekonanie, że wykonanie zobowiązania w znacznej części oznacza zaspokojenie w istotnym zakresie interesu wierzyciela, do czego nie dochodzi w razie opóźnienia w spełnieniu całego świadczenia. Stanowisko takie zajęł także Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 czerwca 2003 r. III CKN 50/2001 (LexPolonica nr 405169), stwierdzając, że uprawnienie do zmniejszenia kary umownej ze względu na wykonanie zobowiązania w znacznej części odnosi się tylko do wypadku, gdy kara umowna należy się z powodu niewykonania zobowiązania, a nie nienależytego wykonania zobowiązania, w szczególności opóźnienia w jego wykonaniu.

Podstawą przyjęcia w umowie określonych co do wysokości kar umownych na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania jest zawsze pewna kalkulacja przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką poniesie strona w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania. Konstrukcja kary umownej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania zakłada, co należy podkreślić, że dojdzie do wykonania zobowiązania, ale w sposób nienależyty, tzn. zaistnieje rozbieżność między zakresem zaspokojenia wierzyciela przewidzianym w treści zobowiązania a zaspokojeniem uzyskanym w rzeczywistości. Rozbieżność ta może dotyczyć takich elementów nienależytego wykonania zobowiązania, jak termin świadczenia, wykonawcy świadczenia, miejsca świadczenia czy jakość świadczenia (por. uchwały SN z dnia 16 stycznia 1984 r. III CZP 70/83 OSNCP 1984, nr 8 poz. 131 i z dnia 18 lipca 2012 r. III CZP 39/2012 OSNC 2013, nr 2 poz. 17). Jeżeli więc w umowie przewidziano karę umowną za opóźnienie lub zwłokę w wykonaniu zobowiązania to oznacza, że ta kara została zastrzeżona jedynie za szkodę spowodowaną opóźnieniem lub zwłoką. Stąd też skoro kara umowna została zastrzeżona na wypadek opóźnienia lub zwłoki w wykonaniu umówionych robót budowlanych, to ostateczne ich wykonanie nie może stanowić dodatkowej przesłanki zredukowania tej kary.

W niniejszej sprawie powód (pozwany wzajemny) nie wykazał także, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez niego zawartej umowy było niezawinione. Ze zgromadzonego materiału dowodowego nie wynikało bowiem, by przyczyny zwłoki w możliwości odbioru prac budowlanych leżały po stronie pozwanego (powoda wzajemnego). Należy przede wszystkim wskazać, że do daty sporządzenia przez biegłych opinii w niniejszej sprawie, usterki nie zostały przez powoda (pozwanego wzajemnego) usunięte. Stąd też należało uznać, że kara umowna naliczona przez pozwanego (powoda wzajemnego) została wyliczona w sposób prawidłowy i nie można jej było uznać za wygórowaną.

Reasumując, zarzuty apelacji odnoszące się wyłącznie do naruszenia przepisów prawa materialnego nie mogły zostać uznane za zasadne, bowiem dla rozpoznania tych zarzutów miarodajny był stan faktyczny stanowiący podstawę wydania zaskarżonego wyroku, przedstawiony w jego uzasadnieniu. Ten stan faktyczny nie dawał zaś podstawy do uznania za błędne wnioski Sądu Okręgowego, a wręcz przeciwnie skłaniał do przyjęcia, że wydane rozstrzygnięcie jest trafne.

W tym stanie rzeczy, Sąd Apelacyjny, uznając apelację za bezzasadną, na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w punkcie I sentencji wyroku.

O kosztach zastępstwa procesowego Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie II wyroku na podstawie § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jednolity: Dz. U. 2013 r. poz. 490).