

Sygn. akt I AGa 90/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 czerwca 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Dariusz Małkiński
Sędziowie	:	SSA Krzysztof Chojnowski (spr.) SSO del. Małgorzata Szostak - Szydłowska
Protokolant	:	Urszula Westfal

po rozpoznaniu w dniu 15 czerwca 2018 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **w S.**

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

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 5 stycznia 2018 r. sygn. akt VII GC 347/15

I. **oddala obie apelacje;**

II. **zasądza od pozwanej na rzecz powoda 2.121,85 zł tytułem zwrotu kosztów instancji odwoławczej.**

(...)

UZASADNIENIE

Powód (...) w S. w pozwie skierowanym przeciwko (...)– (...) w B. domagał się zasądzenia na jego rzecz kwoty 315.980,35 zł z ustawowymi odsetkami w stosunku do kwot:

-289.978,15 zł od dnia 23 sierpnia 2015 r. do dnia zapłaty,

-23.542,20 zł od dnia złożenia pozwu do dnia zapłaty,

-2.460,00 zł od dnia 30 kwietnia 2015 r. do dnia zapłaty,

oraz kosztów postępowania.

Wskazał, że przedmiotem jego roszczenia jest nieuregulowana część wynagrodzenia należna mu za wykonanie przedmiotu umowy łączącej strony w kwocie 289.978,15 zł, jak również kwota 23.542,20 zł tytułem wywozu i utylizacji drewna, które nie zostało uprzątnięte przez poprzednich użytkowników nieruchomości. Na żądanie pozwu składa się też kwota 2.460,00 zł z tytułu wykonania dodatkowego projektu remontu pomieszczenia w związku ze zmianą projektu w zakresie systemu monitoringu. Powód wskazał, że nie zgadza się z potrąceniami dokonanymi przez pozwanego, a opisanymi w protokole odbioru z dnia 16.07.2015 r., jak również z naliczonymi mu karami umownymi za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w łącznej wysokości 289.987,15 zł.

Pozwany w odpowiedzi na pozew, wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów procesu.

Przyznał, że strony łączyła umowa nr (...) z dnia 01.09.2015 r. Wyjaśnił, że kwota żądana przez powoda z tytułu brakującej części wynagrodzenia jest równa kwocie, jaką pozwany potrącił z wynagrodzenia pozwanego z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 91.290,60 zł oraz kwocie, o jaką pozwany obniżył wynagrodzenie powoda z tytułu nienależytego wykonania części zobowiązania oraz niewykonania części zobowiązania w wysokości 198.687,55 zł.

Wyrokiem z dnia 5 stycznia 2018 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 198.687,55 złotych z ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym od dnia 31.08.2015 roku do dnia 31.12.2015 roku, zaś od dnia 01.01.2016 roku z ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym za opóźnienie do dnia zapłaty (pkt I), oddalił powództwo w pozostałym zakresie (pkt II), zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 13.780,19 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt III).

Powyższy wyrok zapadł w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 01.09.2014 r., w wyniku postępowania nr (...) o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, strony zawarły umowę, przedmiotem której było zaprojektowanie i wykonanie „Zagospodarowania terenów powojkowych przy ul. (...) w B. na cele rekreacyjno-sportowe” położonych na działce o nr geod. (...), obr. (...) – B. wraz z uzyskaniem niezbędnych pozwoleń zgodnych z prawem budowlanym, I etap społecznej koncepcji W..

W myśl §1 umowy jej przedmiot miał zostać wykonany zgodnie ze złożoną ofertą, specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz programem funkcjonalno-użytkowym, stanowiącymi integralną część umowy (SIWZ, (...)).

Termin wykonania umowy strony ustaliły następująco:

-Etap I – wykonanie dokumentacji i uzyskanie niezbędnych prawomocnych pozwoleń: w terminie 5 miesięcy od dnia podpisania umowy,

-Etap II – wykonanie robót budowlanych i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie: w terminie 10 miesięcy od podpisania umowy.

Za wykonanie przez powoda prac zostało przewidziane w umowie wynagrodzenie w wysokości 3.043.020,00 zł brutto. Jednocześnie strony postanowiły, że wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy, wynikające z wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ oraz programie funkcjonalno-użytkowym.

W § 7 umowy strony przewidziały przypadki, w których każda ze stron może żądać od drugiej zapłaty kar umownych.

Pismem z dnia 23.06.2015 r. powód zgłosił pozwanemu do odbioru roboty objęte umową nr(...).

W dniu 29.06.2015 r. przedstawiciele zamawiającego i wykonawcy dokonali czynności odbioru robót, zgłoszonych pisemnie w dniu 23.06.2015 r., z czego został sporządzony protokół. W przedmiotowym protokole wskazane zostało, że po zapoznaniu się z dokumentacją odbiorową i zrealizowanym zakresem robót komisja nie dokonała odbioru końcowego zadania.

Następnie pismem z dnia 30.06.2015 r. powód zgłosił do odbioru wykonanie usterek zawartych w załączniku nr 9 i 9a do protokołu odbioru robót objętych umową nr (...).

W odpowiedzi na powyższe zgłoszenie (...) stwierdził, iż usterki wymienione w załączniku nr 9, takie jak poz. 1,4,5 i inne nie zostały w całości wykonane. Ponadto wskazano, że kierownik budowy nie zgłosił zakończenia budowy, obiekt nie posiada niezbędnych pozwoleń wymaganych prawem budowlanym.

W dniu 07.07.2015 r. sporządzony został protokół kontroli obowiązkowej zakończonej budowy obiektu budowlanego, w którym stwierdzone zostało, że obiekt nadaje się do użytkowania zgodnie z przeznaczeniem.

W dniu 10.07.2015 r. powód przedłożył pozwanemu decyzję Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 07.07.2015 r. w sprawie pozwolenia na użytkowanie obiektu.

W dniu 16.07.2015 r. dokonano odbioru końcowego robót, z którego został sporządzony protokół. W załączniku nr 4 do protokołu wskazano kwotę, która miała zostać potrącona powodowi z przysługującego mu wynagrodzenia.

Powód za wykonanie zleconych mu prac, w dniu 14.07.2015 r. wystawił fakturę VAT nr (...).

Pismem z dnia 27.07.2015 r. pozwany zwrócił przedmiotową fakturę. Jako powód zwrotu wskazano brak spełnionych przesłanek określonych umową w § 5 pkt 3, 4 i 5 oraz w § 5 pkt 2 ust. 1.

W odpowiedzi na powyższe, powód pismem z dnia 31.07.2015 r. ponownie przesłał pozwanemu fakturę VAT nr (...).

Następnie w dniu 12.08.2015 r. pozwany obciążył powoda kwotą 289.978,15 zł wystawiając z tego tytułu notę księgową (...). Powód nie uznał przedmiotowego obciążenia, z uwagi na co odesłał notę (...).

Pismem z dnia 18.08.2015 r. pozwany złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu kwoty 289.978,15 zł z wierzytelnością przysługującą powodowi na podstawie faktury VAT nr (...) z dnia 14.07.2015 r.

Pismem z dnia 26.08.2015 r. powód nie uznał dokonanego przez pozwanego potrącenia, wzywając go jednocześnie do zapłaty pozostałej części należności wynikającej z faktury VAT nr (...) z dnia 14.07.2015 r. w kwocie 289.978,15 zł.

Wobec braku zapłaty ze strony pozwanego, powód pismem z dnia 17.09.2015r. wystosował przedsądowe wezwanie do zapłaty.

W tak ustalonym stanie faktycznym sprawy, Sąd pierwszej instancji umowę łączącą strony zakwalifikował jako umowę o roboty budowlane wykonywaną w warunkach zamówienia publicznego. Sąd odwołał się do art. 647 k.c. i stwierdził, że rozstrzygnięcie sporu wymagało wiadomości specjalnych w postaci opinii biegłego z zakresu projektowania i budownictwa. Wskazał, że celem opinii biegłego było przede wszystkim ustalenie zakresu prac faktycznie wykonanych przez powoda i ustalenie ich wartości, jak również ustalenie czy niezbędne było wykonanie przez powoda prac dodatkowych w celu właściwego i prawidłowego wykonania umowy numer(...), a jeśli tak to jaka była wartość tych prac.

Sąd pierwszej instancji w oparciu o opinię biegłego stwierdził, że poprzez zakres prac rozumianych jako wykonanie zieleni, w tym nasadzeń, należy rozumieć również pielęgnację tych elementów przez okres wegetacyjny rośliny. W przypadku trawników jest to okres do pierwszego koszenia - do września 2015 roku, natomiast w przypadku pozostałych roślin do czerwca 2016 roku. Dopiero po tym okresie możliwe jest precyzyjne określenie, które rośliny „przyjęły się” w danej glebie i warunkach, a które nie i których jest konieczność wymiany. W przypadku roślinności

uschniętej wykonawca powinien wymienić ją na własny koszt i ryzyko. Tym samym zapis w protokole odbioru końcowego z dnia 29.06.2015 roku - „brak zielonej trawy” nie jest podstawą do uznania zadania za niewykonane. W protokole odbioru końcowego nie było informacji o braku jakichkolwiek nasadzeń czy też ich wykonania niezgodnie z dokumentacją.

Na podstawie opinii Sąd Okręgowy wskazał następnie, że w programie funkcjonalno - użytkowym powierzchnia boiska wielofunkcyjnego została podana w ilości 420 m². W rzeczywistości wykonawca wykonał boisko wielofunkcyjne o powierzchni 608 m², zwiększając tym samym nakłady do jego wykonania. Jednak nie jest to robota dodatkowa, z uwagi na to, iż podstawowym parametrem jaki powinien być brany pod uwagę przez wykonawcę była funkcja boiska wielofunkcyjnego. W PF-U zamawiający określił, iż boisko powinno posiadać funkcję boiska do piłki nożnej, boiska do koszykówki, boiska do siatkówki polowej, boiska do tenisa ziemnego. Z połączenia tych funkcji wynika wielkość zaprojektowanego przez wykonawcę boiska. Wykonawca podczas sporządzania, de facto przez siebie samego, dokumentacji projektowej nie zgłaszał zamawiającemu tych rozbieżności, stawiając go przed faktem dokonanym. Jeżeli zaś chodzi o ilość oświetlenia to biegły sądowy wskazał, że program funkcjonalno - użytkowy przewidywał wykonanie 50 szt. punktów oświetleniowych - latarnia zgodnie z koncepcją zagospodarowania. Podał, że w rzeczywistości wykonane zostało 48 punktów oświetleniowych, zgodnie z zatwierdzonym przez zamawiającego projektem budowlanym. W trakcie uzgadniania projektu zmieniano liczbę latarni i ich lokalizację, ograniczając się jedynie do dokumentacji i ten etap poprzedzał wykonanie robót budowlanych. Tym niemniej, jak wskazał biegły sądowy A. S., brak jest w tym przypadku podstaw do jakichkolwiek roszczeń ze strony powoda. Odnosząc się do prac związanych z system monitoringu biegły podał, że w trakcie wykonywania projektu nastąpiła konieczność zaprojektowania dodatkowego pomieszczenia na urządzenia wspomagające system, co wykraczało, według stron, poza zakres zamówienia. Zrezygnowano z monitoringu całości inwestycji i ograniczono się jedynie do dwóch kamer co nie wymagało wykonywania dodatkowego pomieszczenia. Również i w tym przypadku wykonawca potrzebował czasu na dokonanie uzgodnień projektu. Jeżeli zaś chodzi o usunięcie drewna opałowego to, jak wskazał biegły, w programie funkcjonalno - użytkowym, w pkt 1.3.3. opisana została sytuacja dotycząca odpadów drewnianych znajdujących się na terenie inwestycji. Wykonawca zatem już przed przystąpieniem do przetargu miał wiedzę o konieczności utylizacji przedmiotowego drewna oraz dzikorosnącej roślinności. Podał także, że zamawiający ponadto zobowiązał oferentów (zawarte w SIWZ do postępowania przetargowego) do dokładnego zapoznania się z terenem inwestycji i oceny ewentualnych, koniecznych do wykonania prac nie opisanych w przedmiocie zamówienia. W ocenie biegłego sądowego, nie ma tym samym podstaw do dochodzenia roszczeń wynikających z robót dodatkowych.

Z opinii wynikało, że wykonane przez powoda prace opisane w pozwie nie są robotami dodatkowymi, za które należałoby się dodatkowe wynagrodzenie.

W oparciu o opinię Sąd Okręgowy wskazał, że robotami dodatkowymi są takie roboty, które nie były określone zamówieniem i dokumentacją projektową, a ich wykonanie było konieczne do wykonania całości przedmiotu zamówienia. Roboty określone w opinii jako wykonanie nawierzchni drogowych, zmiana ilości oświetlenia, system monitoringu, usunięcie drewna opałowego były określone bądź to w Programie Funkcjonalno - Użytkowym, bądź zawarte w dokumentacji projektowej. Wszystkie roboty zostały wykonane zgodnie z dokumentacją projektową. Wartość prac wynikająca z założeń Programu Funkcjonalno - Użytkowego jest tożsama z wartością prac określoną w projekcie budowlanym i wynosi 3.043.020,00 zł brutto. Projekt budowlany powstał na podstawie PF-U, został zaakceptowany i odebrany przez zamawiającego. Tym samym zarówno zamawiający, jak i wykonawca potwierdzili, iż projekt budowlany spełniał ich oczekiwania i wymagania. W protokole odbioru nie stwierdzono różnic czy odstępstw od PF-U, zatem wartość oferty sporządzonej na podstawie PF-U nie uległa zmianie. Biegły nie stwierdził, aby dokumentacja projektowa uległa zmianie po jej wykonaniu i przekazaniu inwestorowi -(...)w B.. Ponadto biegły podał, że powód wykonał wszystkie prace przewidziane w dokumentacji projektowej. Biegły nie zgodził się z zapisami w protokole odbioru końcowego z dnia 29.06.2015 roku dotyczącymi nasadzeń i zieleni. Odbiór tych elementów powinien nastąpić po okresie wegetacyjnym tych roślin. Jednocześnie, w ocenie biegłego, brak było podstaw do uznania, aby jakiegokolwiek prace wykonane przy realizacji opisywanej inwestycji były robotami dodatkowymi.

Sąd pierwszej instancji powołał się też na opinię uzupełniającą biegłego, złożoną wobec zastrzeżeń obu stron.

Wskazał, że wynikało z niej, że wykonanie trawników jest jednym z ostatnich elementów, jakie wykonuje się przy prowadzeniu prac budowlanych. Ma to związek z kolejnością prowadzenia prac, która zapobiega ewentualnym zniszczeniom przez poruszające się po terenie budowy pojazdy czy też prowadzone w bliskim sąsiedztwie trawników prace. Uzasadnione było zatem, przewidziane w harmonogramie zakładanie trawników jako jeden z ostatnich elementów i odbyło się to wiosną 2015 roku. Wobec tego, w czerwcu 2015 roku trawniki miały prawo nie być zielone. Z materiału sprawy nie wynika, aby któraś ze stron kwestionowała fakt założenia terenów zielonych. Dokonanie odbioru jakościowego terenów zielonych, zgodnie z zapisami protokołu końcowego z 29.06.2015 r. było nieprawidłowe. W czerwcu 2015 r. nie można było bowiem określić jakości założonych trawników, gdyż trawa do tego czasu jeszcze się nie ukorzeniła i nie wzrosła, a ocena jakościowa zakupionych przez powoda w gospodarstwach szkółkarskich drzew i krzewów była możliwa jedynie w zakresie ich rozmiarów.

Z opinii wynikało też, że dokumentami na jakich należało oprzeć ofertę cenową były dokumenty dostarczone przez zamawiającego, m.in. Opis przedmiotu zamówienia wraz z załącznikami w tym Program Funkcjonalno - Użytkowy. Biegły wyjaśnił, że w PF-U zostały zawarte wytyczne, oczekiwania minimalne zamawiającego, którymi należało się posłużyć zarówno przy sporządzaniu oferty, jak i przy sporządzaniu opracowania projektowego. Na podstawie PF-U wykonawca powinien opracować i uzgodnić z zamawiającym koncepcję projektową i na jej podstawie wykonać projekt budowlany. Koncepcja projektu została uzgodniona i spisano na tę okoliczność protokół z uzgodnień, który został podpisany bez uwag przez obie strony. Na podstawie wykonanej i uzgodnionej koncepcji został wykonany projekt budowlany i w owym czasie żadna ze stron nie kwestionowała zaprojektowanych rozwiązań. Nadto, odnosząc się do wartości podnoszonych przez powoda prac, biegły podał, że konieczne jest przedstawienie szczegółowych kosztorysów wykonanych prac (zgodnych z wyceną ofertową), które były wymagane umową nr (...).

Sąd Okręgowy odwołał się także do opinii ustnej biegłego, a następnie stwierdził, że wnioski płynące zarówno z opinii głównej, jak i opinii uzupełniających biegłego sądowego A. S. zasługiwały na aprobatę. Biegły wykazał się profesjonalizmem, opinie zawierają logiczne odpowiedzi na postawione pytania, odnoszą się do zarzutów stron, są stanowcze i wyczerpujące.

Odwołując się do zeznań przesłuchanych w sprawie świadków oraz stron Sąd I instancji doszedł do wniosku, że mają one charakter subsydiarny i nie mogły stanowić podstawy rozstrzygnięcia. Zeznania te miały taki walor, że przyczyniły się do uzyskania pełnego obrazu stanu faktycznego w sprawie.

Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, że powód wykonał w całości zleczone mu na podstawie umowy z dnia 01.09.2014 r. roboty. Brak było podstaw do obniżania powodowi wynagrodzenia z tytułu niezrealizowanego zakresu prac.

Niezasadnie, zdaniem Sądu, pozwany obniżył także powodowi wynagrodzenie za nienależyte wykonanie nasadzeń zieleni, czy też trawników. Elementy trawników i zieleni stanowią ostatni element prac budowlanych. Powszechnie wiadomo, że efekty zasiania nie tylko trawy, ale i innych roślin widoczne są dopiero po upływie czasu. Proces kiełkowania roślin uzależniony jest od wielu czynników, w tym od warunków pogodowych, wilgotności podłoża, jakości nasion. Skoro odbiór elementów w postaci nasadzeń roślin i zasiania trawy powinien nastąpić po okresie wegetacyjnym tych roślin, a pozwany tego nie uczynił, to nie może teraz wyciągać ujemnych konsekwencji z tego tytułu wobec powoda i obniżać mu wynagrodzenia.

Za zasadne natomiast Sąd Okręgowy uznał dokonane przez pozwanego potrącenie kwoty 91.260,60 zł z tytułu kar umownych za niedotrzymanie terminu zakończenia umowy. Możliwość naliczenia kar umownych z tego tytułu przewidywał § 7 ust. 1 pkt 1 umowy, zgodnie z którym wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w przypadku niedotrzymania terminu zakończenia prac określonego w § 3 ust. 1-3 w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki, z wyjątkiem przypadków z § 12 ust. 2 pkt 1 umowy jakie mogą zaistnieć. W § 3 termin wykonania zamówienia strony ustaliły następująco: etap I – wykonanie dokumentacji i uzyskanie niezbędnych prawomocnych pozwoleń: w terminie 5 miesięcy od dnia podpisania umowy, etap II – wykonanie robót budowlanych

i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie: w terminie 10 miesięcy od podpisania umowy. Skoro drugi etap miał być zakończony w terminie 10 miesięcy od podpisania umowy, tj. od dnia 01.09.2014r., to całość umowy powinna być wykonana w dniu 01.07.2015 r. Z § 3 umowy, ale również z jej § 1 wynika, iż w zakres prac zleconych powodowi wchodziło uzyskanie pozwolenia na użytkowanie całego obiektu. Sąd I instancji wywiódł, że przez wykonanie przez powoda całości umowy należy rozumieć sytuację, w której nie tylko zostaną wykonane wszystkie prace wskazane w umowie i załącznikach stanowiących jej integralną część, ale także gdy przekaze on pozwanemu pozwolenie na użytkowanie. Decyzja o pozwoleniu na użytkowanie została wydana przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w dniu 07.07.2015 r., zaś pozwanemu została przekazana 10.07.2015 r. W tej sytuacji naliczenie kar umownych za okres od 01.07.2015r. do 07.07.2015 r. było uprawnione.

Odnosząc się do wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe Sąd Okręgowy zauważył, że na terenie budowy od samego początku zalegało drewno. Powód przejmując plac budowy wiedział o jego istnieniu, a jako profesjonalista powinien był podjąć odpowiednie kroki ku usunięciu drewna lub zapewnieniu sobie wynagrodzenia w razie usunięcia go we własnym zakresie. Mógł zwrócić się do pozwanego z prośbą o wprowadzenie do umowy podstawowej zapisu dotyczącego usunięcia zalegającego na placu budowy drewna lub o zawarcie dodatkowej umowy, czy aneksować wcześniej już zawartą umowę. Powód pozostawał bierny, przejął teren budowy bez żadnych zastrzeżeń i to jego obciążają konsekwencje tego stanu rzeczy. Sąd podkreślił też, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym to wykonawca, ponosi ryzyko co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia.

Za niezasadne Sąd Okręgowy uznał też żądanie powoda w zakresie wynagrodzenia z tytułu wykonania projektu remontu pomieszczenia. Wskazał, że z § 15 łączącej strony umowy wynika, że zamawiający może udzielić zamówień dodatkowych nieobjętych zamówieniem podstawowym i nie przekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamówienie dodatkowe będzie wykonywane na warunkach określonych w odrębnej umowie, w oparciu o protokół konieczności sporządzony przez strony i zatwierdzony przez zamawiającego. W przedmiotowej sprawie próżno szukać umowy o wykonanie tego projektu. Co prawda, część zeznających w sprawie świadków wskazywała na fakt wykonania projektu przez powoda, jednak łącząca strony umowa wymagała dla prac nią nieobjętych odrębnej umowy. Powód w sytuacji zlecenia mu wykonania projektu pomieszczenia nieprzewidzianego w Programie F.-Użytkowym i sporządzonym na jego podstawie projekcie budowlanym, powinien wystąpić do zamawiającego z wnioskiem o sporządzenie odpowiedniej umowy.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 198.687,55 zł stanowiącą dalszą część należnego mu wynagrodzenia, pomniejszonego o potrącone przez pozwanego kary umowne w wysokości 91.290,60 zł.

O odsetkach ustawowych Sąd orzekł na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c. Początkową datę odsetek ustalił w oparciu o wystawioną przez powoda fakturę VAT oraz datę doręczenia jej pozwanemu.

O kosztach procesu orzekł zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 100 zd. 1. k.p.c.

Apelacje od powyższego wyroku wniosły obie strony.

Pozwany zaskarżył wyrok w punkcie I zarzucając:

- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 471 k.c. w zw. z art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z postanowieniami § 6 ust. 5 pkt 2 u ust. 9 umowy z dnia 1.09.2014 r. zawartej pomiędzy stronami, poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, iż powód prawidłowo wykonał prace budowlane zgodnie z projektem budowlanym, a zastosowane przez pozwanego obniżenie wynagrodzenia z tytułu wykonania prac oraz ich niewykonania w zakresie nasadzeń zieleni i trawników oraz robót drogowych w ramach zawartej umowy jest niezasadne,

- mające wpływ na treść zaskarżonego wyroku naruszenie prawa procesowego, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez oparcie zaskarżonego wyroku na opinii biegłego, podczas gdy wszechstronne rozważenie materiału dowodowego,

w szczególności oparcie się na zeznaniach powołanych przez pozwanego świadków w osobie J. S., M. S., A. C., Ł. P., powinno prowadzić do wniosku, że powód nie wykonał zobowiązania w sposób prawidłowy w zakresie prac dotyczących nasadzeń zieleni i trawników oraz robót drogowych w oparciu o (...) i warunki umowy, konsekwencją czego było obniżenie przez pozwanego wynagrodzenia z tytułu niewykonania i nienależytego wykonania umowy przez powoda i potrącenie w tym zakresie.

Powołując powyższe zarzuty pozwany wniósł o zmianę wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje.

Powód zaskarżył wyrok w punkcie II i III zarzucając:

1) mające wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie, wbrew zasadzie swobodnej oceny dowodów, wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego, nieuwzględnienie dowodów oraz brak merytorycznych i rzeczowych argumentów uzasadniających odmówienie wiary niektórym z dowodów zgromadzonych w sprawie, a w konsekwencji dokonanie błędnych ustaleń co do faktów, a w szczególności:

a) uznanie za miarodajną opinię biegłego w części dotyczącej ustalenia, że prace polegające na usunięciu z terenu inwestycji drewna pozostawionego przez poprzedniego najemcę terenu i wykonanie projektu remontu pomieszczenia w budynku nr (...) objęte były przedmiotem umowy łączącej strony, podczas gdy w świetle materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, m.in. Programu Funkcjonalno – Użytkowego, stanowiącego integralną część umowy, korespondencji stron, dowodów z zeznań świadków i wpisów w dzienniku budowy, nie sposób uznać, że nie były to prace wykraczające poza zakres umowy łączącej strony,

b) uznanie za zasadne naliczenie przez pozwanego kary umownej w kwocie 91 290,60 zł, za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy i dokonanie potrącenia wskazanej wyżej kwoty z wynagrodzenia powoda, podczas gdy z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, a w szczególności z korespondencji stron i protokołów z narad roboczych, nie wynika, by opóźnienie w uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie obiektu było następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność powód,

2) naruszenie prawa materialnego tj.:

a) art. 476 k.p.c. w zw. z art. 484 k.c. poprzez przyjęcie, że powód dopuścił się zwłoki w spełnieniu świadczenia wzajemnego, co za tym następuje wystąpiły przesłanki do zastosowania kary umownej określonej w umowie łączącej strony, podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje na brak przesłanek uzasadniających obciążenie powoda karą umowną z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, a pozwany nie przeprowadził dowodu na okoliczność zawinienia powoda w uchybieniu terminowi uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu,

b) art. 498 k.c. w zw. z art. 499 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwany złożył skuteczne oświadczenie woli w zakresie potrącenia wierzytelności, podczas gdy wobec braku przesłanek uzasadniających obciążenie powoda karą umowną brak jest podstaw do uznania skuteczności dokonania potrącenia wzajemnych wierzytelności,

c) art. 632 k.c. w zw. z art. 647 k.c. poprzez przyjęcie, że w sytuacji ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie przez powoda przedmiotu umowy nie przysługuje mu wynagrodzenie z tytułu wykonania prac wykraczających poza zakres umowy,

d) art. 405 k.c. poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że wykonanie przez powoda prac wykraczających poza zakres umowy nie przyniosło przysporzenia majątkowego pozwanemu, a co za tym następuje, nie powstał obowiązek zapłaty powodowi za wykonane prace.

Wskazując na powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez:

1) zasądzenie od pozwanego kwoty 315 980, 35 zł z ustawowymi odsetkami w stosunku od kwot:

- a) 289 978, 15 zł od dnia 23 sierpnia 2015 r. do dnia zapłaty,
 - b) 23 542,20 zł od dnia złożenia pozwu do dnia zapłaty,
 - c) 2 460 zł od dnia 30 kwietnia 2015 r. do dnia zapłaty,
- 2) zasądzenie kosztów postępowania sądowego i kosztów zastępstwa procesowego za I i II instancję.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacje są niezasadne.

Ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji są szczegółowe i znajdują oparcie w zgromadzonych w sprawie dowodach. Są one prawidłowe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne dla potrzeb rozpoznania sprawy na etapie postępowania apelacyjnego. Nie zachodzi zatem potrzeba ich szczegółowego powtarzania (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1997 r., sygn. II UKN 61/97, opubl. w OSNAP z 1998 Nr 3, poz. 104, z dnia 5 listopada 1998 r., sygn. I PKN 339/98, OSNAP z 1998 Nr 24, poz. 776). Na aprobatę zasługuje też dokonana przez Sąd pierwszej instancji ocena prawna sprawy.

Przedmiotowa sprawa dotyczy w istocie czterech roszczeń, dwóch zgłoszonych przez stronę powodową i dwóch zgłoszonych przez stronę pozwaną. Powodowa Spółka wносиła o zasądzenie pozostałej części wynagrodzenia umownego za roboty budowlane w kwocie 289 978,15 zł - roszczenie nr 1, jak również domagała się zapłaty za dodatkowe roboty budowlane – roszczenie nr 2. Strona pozwana domagała się natomiast rozliczenia kwoty 92 290,60 zł, potrąconej jako kary umownej za nieterminowe zakończenie robót (roszczenie nr 3) oraz rozliczenia kwoty 198 687,55 zł, potrąconej jako „obniżenie wynagrodzenia” za nienależytą jakość robót i niewykonanie części robót (roszczenie nr 4).

Przed omówieniem tych roszczeń w kontekście apelacji stron należy zauważyć, iż lektura zarzutów obu apelacji świadczy o tym, że każda ze stron miała podobne przekonanie co do tego, jak winien wyglądać przebieg postępowania dowodowego w tej sprawie. Z zarzutów obu apelacji wynika, że strony – reprezentowane przez fachowych pełnomocników - opierały się na założeniu, iż takie dowody jak zeznania świadków, dokumenty prywatne i zawarte w nich własne wyliczenia, mogły mieć wystarczającą moc dowodową do oceny zgłoszonych roszczeń i to przy ich jednoczesnej negacji przez przeciwnika procesowego. Takie założenie było błędne, o czym mowa w dalszej części uzasadnienia.

Odnosnie roszczenia nr 1

Sąd Apelacyjny nie ma wątpliwości, iż zgłoszone przez powoda roszczenie o zapłatę brakującej części wynagrodzenia z tytułu wykonania robót budowlanych zasługiwało na uwzględnienie. Poczynione w tej mierze ustalenia i wywody Sądu pierwszej instancji są prawidłowe. W ramach apelacji pozwana nie neguje tego roszczenia co do zasady, lecz nie zgadza się z oceną zgłoszonych przez nią zarzutów potrącenia, prezentując stanowisko, iż przysługiwały jej względem powodowej spółki konkretne wierzytelności, a wobec ich potrącenia, wierzytelność powoda uległa umorzeniu. Takie stanowisko strona pozwana zajmowała też przez Sądem pierwszej instancji.

W tej sytuacji wystarczy wskazać, że strona powodowa wykonała zadanie określone umową z dnia 1 września 2014 r., a dookreślone Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz Programem Funkcjonalno – Użytkowym. Powód wykonał przewidziane w dokumentacji projektowej prace, zaś strona pozwana w dniu 16 lipca 2015 r. dokonała odbioru końcowego (k. 157 -159).

Zgodnie z art. 647 k.c. 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.

Obowiązek odbioru odnosi się do obiektu (rezultatu robót budowlanych) wykonanego co do zasady zgodnie ze zobowiązaniem i zaofiarowanego inwestorowi. Czynność odbioru – oprócz elementu faktycznego – składa się z elementu wolicjonalnego obejmującego oświadczenie inwestora (składane w sposób wyraźny lub dorozumiany), że obiekt został wykonany zgodnie z umową (por. wyrok SN z dnia 15 marca 2012 r., I CSK 287/11, OSNC 2012, nr 11, poz. 131). W przypadku gdy oddawany obiekt (rezultat robót budowlanych) jest dotknięty wadą istotną, tj. czyniącą go niezdatnym do użytku zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie, inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru, a tym samym wynagrodzenie wykonawcy nie staje się wymagalne. Jeżeli natomiast obiekt wykazuje jedynie wadę nieistotną, to jego oddanie powoduje wymagalność wierzytelności o wynagrodzenie, a inwestor może korzystać wówczas z innych przewidzianych uprawnień.

W tej sprawie odbiór robót miał miejsce, strona pozwana roboty przyjęła i wobec tego powodowi należy się umówione wynagrodzenie w całości na podstawie art. 647 k.c.

Odnosnie roszczenia nr 2.

W kontekście treści pozwu oceny, czy powód wykonywał roboty dodatkowe, należy dokonywać tylko w odniesieniu do kwestii wywiezienia i utylizacji odpadów drewna opałowego, zalegającego na nieruchomości, będącej przedmiotem inwestycji oraz w odniesieniu do projektu adaptacji pomieszczenia, mającego stanowić centrum monitoringu. Wprawdzie pełnomocnik strony powodowej w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji wskazywał, że istniały jeszcze inne „niewymienione przez strony” elementy, które zostały zaprojektowane i wykonane przez powoda po zakończeniu postępowania przetargowego i które jego zdaniem biegły sądowy z zakresu budownictwa winien był samodzielnie ustalić i oszacować (k.993), jednak tak zaprezentowane stanowisko nie mogło wywrzeć wpływu na przedmiot postępowania. Słusznie w tej mierze biegły sądowy w opinii uzupełniającej (k.1009) zauważył, że nie jest jego rolą poszukiwanie w materiale sprawy argumentów do kolejnych roszczeń powoda oraz, że roszczenia te powinny być wyczerpująco wyartykułowane w pozwie. Oczywiście jest, że także na sądzie nie ciąży tego typu obowiązek. Przedmiot orzekania sądu nie może bowiem wykraczać ponad to, czego w sprawie cywilnej domaga się powód, a dyspozycja art.321 § 1 k.p.c. dotyczy treści żądania, jak również jego podstawy faktycznej, na której strona inicjująca postępowanie opiera swoje żądanie. Innymi słowy określone w pozwie żądanie jest zindywidualizowane przytoczonymi przez powoda okolicznościami faktycznymi. W tej sprawie zgłoszone w pozwie żądanie zasądzenia sum pieniężnych z tytułu wykonania prac dodatkowych zostało zindywidualizowane wyżej wskazanymi okolicznościami faktycznymi i to poprzez ich pryzmat należało je rozpatrywać.

Strony nie zawierały na piśmie porozumienia odnośnie wykonania robót dodatkowych. Umowa o roboty budowlane zawarta w wyniku udzielenia zamówienia publicznego wymaga formy pisemnej pod rygorem nieważności (art. 139 ust. 2 ustawy z dnia 20 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz.U. 2017 r., poz. 1579 ze zm.). W konsekwencji uzupełnienia lub zmiany tej umowy wymagają takiej samej formy art. 77 § 1 k.c. Oznacza to, że podstawę materialną omawianego żądania stanowi art. 405 k.c., regulujący instytucję bezpodstawnego znaczenia, a nie art. 647 k.c. (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2014 r., I CSK 568/13, Lex nr 1441043). Wypada zauważyć, że Sąd Okręgowy na rozprawie w dniu 12 grudnia 2016 r. poinformował strony o możliwości rozpatrywania sprawy w oparciu o art. 405 k.c.

Ze wszystkich opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa (głównej, uzupełniającej i ustnej, k.955-966, k. 1007-1009, k.1045-1056) jednoznacznie wynika, że zarówno wywóz i utylizacja odpadów drewnianych z terenu budowy, jak i wykonanie projektu adaptacji pomieszczenia, nie były dodatkowymi robotami budowlanymi.

Jak wskazał biegły, roboty dodatkowe to takie, które nie były określone zamówieniem i dokumentacją projektową, a ich wykonanie było konieczne do wykonania całości przedmiotu zamówienia (k.966). Takich cech wskazywane przez powoda prace, zdaniem biegłego, nie nosiły.

Trzeba podkreślić, że w Programie Funkcjonalno - Użytkowym dla przedmiotowej inwestycji w punkcie 1.3.3. wskazano m.in., że w południowo – zachodniej części działki na szczycie budynku nr (...) zlokalizowany jest częściowo utwardzony teren, ogrodzony ogrodzeniem stalowym, na którym znajduje się wiata drewniana i składowane są różnego rodzaju drewniane i stalowe odpady oraz, że teren ten jest również zarośnięty dzikorosnącą roślinnością typu niskiego. Punkt ten został dodatkowo opatrzony zdjęciem nr 1.3.6., na którym widoczna jest hałda odpadów drewnianych.

Słuszna zatem jest uwaga biegłego, że powód, jak każdy oferent, który brał udział w przetargu, miał możliwość zapoznania się z terenem i występującymi na nim odpadami. Powód winien był mieć świadomość zalegania na terenie budowy odpadów, a przejmując teren budowy bez zastrzeżeń przejął wraz z nim odpad w postaci drewna opałowego. Z opinii wynika, że usunięcie tych odpadów mieściło się w ramach umowy.

Podobne wnioski biegły sformułował odnośnie wykonania projektu adaptacji dodatkowego pomieszczenia na urządzenia wchodzące w skład systemu monitoringu (określanego też w sprawie jako serwerownia). Biegły zauważył, że Program Funkcjonalno – Użytkowy nie precyzował ilości kamer, którą należało uwzględnić przy projektowaniu inwestycji. W trakcie wykonywania projektu wystąpiła konieczność zaprojektowania pomieszczenia na urządzenia, jednakże ostatecznie zrezygnowano z całości monitoringu i ograniczono się do dwóch kamer, a to już nie wymagało dodatkowego pomieszczenia. Zdaniem biegłego, taka sytuacja wpisuje się w proces uzgadniania projektu, który wymaga czasu i odpowiednich konsultacji.

Sąd Okręgowy podzielił opinię biegłego w całości, uznając ją miarodajną, przekonującą i należyście umotywowaną. Z tą oceną opinii należy się zgodzić. Wnioski biegłego są bowiem jasne i kategoryczne, poparte rzetelną analizą stanu faktycznego i wiedzą fachową. Biegły szczegółowo odniósł się do poruszanych przez strony kwestii, odpowiedział na zadane pytania. Warto zaznaczyć, że opinia została sporządzona w sytuacji, gdy materiał dowodowy sprawy był już zebrany. Biegły dysponował zatem pełną dokumentacją, znane były mu też okoliczności eksponowane przez przesłuchanych w sprawie świadków.

Wymaga przy tym podkreślenia, że strony ostatecznie tej opinii nie kwestionowały. Po złożeniu przez biegłego opinii uzupełniającej, a następnie ustnej na rozprawie, strony, reprezentowane przez fachowych pełnomocników, nie zgłosiły zarzutów do opinii i wniosków dowodowych. Nie domagały wydania się kolejnej opinii uzupełniającej, czy też opinii innego biegłego, a należy zaznaczyć, że ustalenie, czy dane prace wchodzą w zakres robót umownych i są objęte przewidzianym przez strony wynagrodzeniem ryczałtowym, czy też stanowią prace dodatkowe, wymaga wiadomości specjalnych. Tego typu kwestia, jako wymagająca m.in. analizy dokumentacji technicznej i znajomości procesów budowlanych, nie może być definitywnie rozstrzygnięta w oparciu o takie dowody jak zeznania świadków, korespondencja stron, dziennik budowy. Zarzuty apelacji strony powodowej opierają się w tej mierze na założeniu, iż oceny wskazanych przez nią prac można było dokonać właśnie w oparciu o tego typu dowody i to z pominięciem wniosków opinii biegłego, których to w toku postępowania przed Sądem Okręgowym nie zanegowała. Z takim stanowiskiem strony powodowej nie można się zgodzić.

Zgodnie z art. 278 § 1 k.p.c. w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych sąd zasięga opinii biegłego. Oznacza to, że sąd w zakresie wymagającym wiedzy specjalnej musi posłużyć się specyficznym dowodem, jakim jest opinia biegłego. Nie może w tym zakresie korzystać z innych środków dowodowych, jak też dokonywać oceny według własnej wiedzy. Sąd dokonuje oceny opinii biegłego w ramach oceny dowodów, jednak ze względu na charakter tego dowodu ocena ta jest o tyle ograniczona, że nie może wkraczać w zakres wymagający wiedzy specjalnej. Sąd może oceniać opinię biegłego pod względem rzetelności czy logiki wyводу. Może pomijać oczywiste omyłki czy błędy rachunkowe. Nie może jednak w miejsce fachowych poglądów biegłego formułować wniosków pozostających do nich w opozycji w oparciu o takie dowody jak zeznania świadków, stron, dokumenty pochodzące od stron (etc.). Inna jest rola świadka, który powinien dostarczyć sądowi informacji o znanych mu faktach, inna zaś rola biegłego, który na podstawie tych informacji oraz innych dowodów zgromadzonych w postępowaniu formułuje wnioski w kwestiach poddanych mu do oceny przez sąd, poprzez pryzmat posiadanych wiadomości specjalnych. Tylko w oparciu o kolejną opinię (tego

samego lub innego biegłego) Sąd może formułować wnioski odmienne od wniosków zaprezentowanych w opinii wcześniejszej. Wydania takiej opinii w sprawie strona powodowa nie domagała się.

Dodatkowo należy zauważyć, że wystawiona przez powodową Spółkę faktura za projekt remontu pomieszczenia centrum monitoringu w budynku nr (...) jest opatrzona datą 14 kwietnia 2015 r. (k.539). Tymczasem już przed datą jej wystawienia Spółka posiadała wiedzę o braku potrzeby adaptacji tego pomieszczenia. W piśmie z dnia 3 kwietnia 2015 r. inwestor poinformował wykonawcę, iż przedłożony projekt odbiega od założeń m.in. z tego względu, że uwzględnia 10 kamer. Inwestor zawniósł o zamontowanie tylko dwóch kamer obrotowych (k.587). W odpowiedzi na to pismo powodowa spółka uwzględniła wskazania wykonawcy podnosząc, że wprowadzone zmiany wynikły w trakcie narad roboczych przed wykonaniem projektów i były podyktowane zapotrzebowaniem inwestora i(...) (k.580). W aktach sprawy brak jest jednak dowodów, aby to inwestor zlecał powodowej spółce wykonanie projektu adaptacji pomieszczenia, czy też wykonanie samej adaptacji pomieszczenia.

Strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe. Wynagrodzenie ryczałtowe - uregulowane w art. 632 k.c., stosowanym w drodze analogii do umowy o roboty budowlane zostało ukształtowane jako świadczenie niepodlegające zmianie. Wykluczona jest zatem możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe, gdy prace te są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 9 lipca 2017 r., I ACa 459/17, Lex nr 2451317).

W świetle materiału sprawy i powyższych uwag nie można przyjąć, aby eksponowane przez powoda prace w postaci usunięcia i utylizacji odpadów drewnianych, jak też sporządzenia dodatkowego projektu adaptacji pomieszczenia (centrum monitoringu) miały charakter prac wykraczających poza zakres umowy oraz wynagrodzenia ryczałtowego. Powód tego nie udowodnił.

Oznacza to, że zarzuty apelacji powoda są niezasadne. Oddalenie powództwa w tej mierze przez Sąd Okręgowy jest prawidłowe.

Odnosnie roszczenia nr 3.

Zgodnie z art. 483 § 1. k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Kara umowna to rodzaj zryczałtowanego odszkodowania. Treścią zastrzeżenia kary umownej, jest zobowiązanie się dłużnika do zapłaty wierzycielowi określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Znajdują zatem do niej zastosowanie przepisy art. 471 k.c. i 476 k.c. Oznacza to, że wierzyciela nie obciąża obowiązek udowodnienia winy dłużnika w niewykonaniu bądź nienależytym wykonaniu zobowiązania. Konstrukcja odszkodowawczej odpowiedzialności kontraktowej oparta jest na zasadzie winy domniemanej i to dłużnika obciąża ciężar udowodnienia, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W poglądach doktryny do okoliczności, stanowiących przyczynę niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności zalicza się: siłę wyższą, przypadek, działania osób trzecich, za które dłużnik nie odpowiada oraz działania poszkodowanego wierzyciela, gdyż z punktu widzenia odpowiedzialności dłużnika są to również zdarzenia przypadkowe (por. A. Rzetecka – Gil, Komentarz do art. 471 k.c., Lex). Nie może natomiast stanowić okoliczności ekskulpującej dłużnika fakt, iż przyjął on w umowie zamówienie w rozmiarach lub w terminie nie odpowiadającym możliwościom jego osobistym czy jego przedsiębiorstwa (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 1972 r., I CR 458/71, OSNC 1972/9/160).

W § 7 ust. 1 pkt 1 umowy z dnia 1 września 2014 r. przewidziano, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w przypadku niedotrzymania terminu zakończenia prac określonego w § 3 ust. 1-3 w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto z każdy dzień zwłoki, z wyjątkiem przypadków z § 12 ust. 2 pkt 1, tj. przedłużenia pisemną umową stron terminów wykonania zamówienia.

W § 3 umowy został określony termin wykonania zamówienia i wynika z niego, że drugi etap realizacji przedmiotu umowy, polegający na wykonaniu robót budowlanych i uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie miał być zrealizowany w terminie 10 miesięcy od podpisania umowy. W świetle tego zapisu nie może ulegać wątpliwości, że o wykonaniu umowy nie mogło przesądzać tylko faktyczne wykonanie robót, ale niezbędne było też uzyskanie stosownego pozwolenia.

Strona pozwana wykazała, że powód dopuścił się opóźnienia w realizacji inwestycji. Termin wykonania umowy upływał w dniu 1 lipca 2015 r. Strona powodowa zgłosiła po raz pierwszy roboty do odbioru końcowego w dniu 23 czerwca 2015 r., jednakże dnia 29.06.2015 r. komisja odbioru ich nie przyjęła wskazując m.in. na brak pozwolenia na użytkowanie. Pozwolenie to powód uzyskał w dniu 7 lipca 2015 r. Wobec tego naliczenie przez pozwaną kary umownej za 6 dni zwłoki w świetle zapisów umowy i takich okoliczności faktycznych było uprawnione. Strona powodowa nie wykazała, aby uchybienie terminowi w realizacji inwestycji było efektem okoliczności, za które nie odpowiada.

Powoływane w apelacji strony powodowej dowody w postaci korespondencji stron, protokołów narad roboczych, nie były wystarczające do przyjęcia, że opóźnienie w uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie obiektu było następstwem okoliczności, za które nie ponosi ona odpowiedzialności. Rozstrzygnięcie tej kwestii wymagało wiadomości specjalnych. Strona powodowa nie zgłosiła natomiast zastrzeżeń co do tezy dowodowej zawartej w postanowieniu Sądu Okręgowego z dnia 15 maja 2017 r. w przedmiocie dopuszczenia dowodu z opinii biegłego sądowego, nie domagała się też później (również w apelacji) przeprowadzenia dowodu z opinii tego samego lub innego biegłego na okoliczność ustalenia przyczyn niedotrzymania terminu realizacji drugiego etapu inwestycji. Nie udowodniła zatem, aby uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu dopiero w dniu 7 lipca 2015 r. było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Dodatkowo należy wskazać, że lektura opinii biegłego utwierdza w przekonaniu, że w ramach realizacji inwestycji nie zaistniały żadne tego typu okoliczności. Wprawdzie biegły udzielał odpowiedzi na inne pytania, tym niemniej, wobec rozważania kwestii prac dodatkowych, zawarł w opinii pewne istotne spostrzeżenia. Mianowicie stwierdził, że realizacja przedmiotowej inwestycji wymagała uzgodnień, zmian w projektach, co też wiąże się koniecznością poświęcenia odpowiedniej ilości czasu. Biegły stwierdził nawet, że rozumie, że wykonawca potrzebował czasu na dokonanie zmian w projektach, jednak zaznaczył, że nie widzi podstaw do jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu, bowiem przy tego rodzaju umowie jest to naturalne.

Trudno jest odeprzeć ten wniosek biegłego. Oczywiście jest bowiem, że realizacja w systemie „zaprojektuj i zbuduj” sporej inwestycji, o jaką chodzi w tej sprawie, jest skomplikowanym procesem, składa się na nią szereg czynności i nie jest możliwa bez różnego rodzaju narad, uzgodnień i spotkań roboczych. Powoływana w apelacji konieczność wprowadzenia zmian w zakresie oświetlenia, monitoringu i sieci Internetu już co do zasady wpisuje się w realizację procesu budowlanego i tylko w oparciu o tego typu argumenty, także przy uwzględnieniu złożonej w sprawie dokumentacji, nie da się ustalić, że niedotrzymanie terminu w zakończeniu drugiego etapu inwestycji było efektem zaistnienia takich okoliczności, za które powódka odpowiadać nie może. Powód tego nie udowodnił.

Oznacza to, że formułowane w tej mierze zarzuty apelacji powóda są chybione. Opierają się one na odmiennym, od wyżej zaprezentowanego, rozkładzie ciężaru dowodu. Spółka twierdzi bowiem, że z materiału sprawy nie wynika, aby opóźnienie w uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie obiektu było następstwem okoliczności, za które ona ponosi odpowiedzialność, podczas gdy to ona winna była udowodnić zaistnienie okoliczności, za które nie można przypisać jej odpowiedzialności.

Wysokość naliczonej przez stronę pozwaną kary umownej nie była przedmiotem sporu i należy uznać ją za prawidłową. W konsekwencji także i w tym zakresie wyrok Sądu Okręgowego jest prawidłowy.

Odnosnie roszczenia nr 4.

Jak już wskazano w ramach omawiania roszczenia nr 1, odbiór robót budowlanych oznacza obowiązek zapłaty całego umówionego wynagrodzenia (art. 647 k.c.). Dochodzenie roszczeń z tytułu wad odebranych robót co do zasady jest możliwe w oparciu o dwie odmienne regulacje prawne, tj. w oparciu przepisy o rękojmi obowiązuje w dacie zawarcia umowy (art. 637 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c.) lub na podstawie art. 471 k.c. Strona pozwana wybrała tę drugą regulację, zatem, mimo stosowanej przez nią terminologii (roszczenie z tytułu obniżenia wynagrodzenia), zgłoszone przez nią żądanie należy oceniać jako żądanie odszkodowania na podstawie art. 471 k.c.

Wbrew zarzutowi w apelacji strony pozwanej, zapisy umowne w postaci § 6 ust. 5 pkt 2 i 9, nie znajdują w tej sprawie zastosowania. Przewidziane w nich uprawnienie zamawiającego do obniżenia wynagrodzenia dotyczy bowiem tylko wad nienadających się do usunięcia, zaś z materiału dowodowego sprawy wynika i to w sposób oczywisty, że żądanie zostało oparte na istnieniu wad, które nadają się do usunięcia. Strona pozwana wprost twierdziła, że wskazywane wady usunęła za pomocą innych podmiotów.

Podkreślić tu trzeba, że w toku procesu pozwany powoływał się wyłącznie na wady określone w protokole odbioru z dnia 16 lipca 2015 r. i załączniku do niego. Nie podnosił i nie wykazywał wad wykrytych po tej dacie. Zatem to na tę datę należało ustalać, czy miało miejsce nienależyte wykonanie lub też częściowe niewykonanie umowy. Wyjaśnienie tej kwestii mogło mieć miejsce tylko w oparciu o dowód z opinii biegłego. I tu podobnie trzeba wskazać, że ustalenia w tej mierze w oparciu o takie dowody jak wskazywane przez pozwaną, tj. zeznania świadków czy dokumentacja autorstwa przedstawicieli strony pozwanej, z pominięciem wniosków opinii biegłego, nie były możliwe.

Opinia biegłego nie pozwala natomiast na wniosek, że na dzień 16 lipca 2015r. roboty budowlane były obciążone wadami. Biegły stanowczo stwierdził, że powód wykonywał wszystkie prace przewidziane w dokumentacji projektowej i nie zgodził się z zapisami w protokołu dotyczącymi nasadzeń i zieleni, podkreślając, że odbiór tych elementów robót powinien mieć miejsce dopiero po okresie wegetacyjnym roślin. Biegły w opinii wskazał, że poprzez zakres prac polegających na wykonaniu zieleni, należy rozumieć także pielęgnację tych elementów przez okres wegetacyjny. W przypadku trawników jest okres do września 2015 r., a w przypadku pozostałych roślin – do czerwca 2016 r. Dopiero po takim okresie można było ocenić, które rośliny przyjęły się, a które należy wymienić. W protokole odbioru końcowego nie ma mowy o niewykonaniu nasadzeń, czy też dokonaniu ich niezgodnie z dokumentacją, a zaś stwierdzenie „brak zielonej trawy” nie jest podstawą do uznania zadania za niewykonane. Biegły wprost uznał dokonywanie oceny jakościowej robót w zakresie terenów zieleni w dacie 16 lipca 2015 r. za niezasadne.

Oczywiste jest, na co też zwrócił uwagę Sąd pierwszej instancji, że skutki zasiania trawy są widoczne po pewnym czasie, zaś uzyskanie odpowiedniego efektu zależy od wielu czynników (m.in. odpowiedniego przygotowania podłoża, jego pH, jakości nasion, podlewania itd.). Dotyczy to także nasadzeń drzew, krzewów i innej roślinności. Strona pozwana nie domagała się przeprowadzenia dowodu z opinii odpowiedniego biegłego sądowego celem wykazania dopuszczenia się przez spółkę nieprawidłowości. Nie wykazywała choćby, aby wysiew i nasadzenia miały miejsce na nienależycie przygotowanym podłożu, nie udowadniała nieodpowiedniej jakości sadzonek i nasion, ani innych tego typu okoliczności. Za pomocą dostarczonych przez nią dowodów w postaci dokumentacji zdjęciowej, zeznań świadków, czy załącznika do protokołu odbioru robót, takich ustaleń nie dało się poczynić. Potrzebna tu była wiedza specjalna. Dowody te mogłyby stanowić tylko materiał, w oparciu o który mógłby wypowiedzieć się odpowiedni biegły sądowy. Takiego wniosku dowodowego pozwana nie zgłosiła.

Odbierając roboty także w zakresie zieleni przed upływem okresu wegetacyjnego roślinności, gdy nie można jeszcze było ocenić, czy roślinność ta się przyjęła, a trawa nie zdążyła nawet wyrosnąć, pozwana wzięła na siebie odpowiedzialność na możliwe następstwa tego stanu rzeczy. W świetle treści umowy oraz korespondencji stron należy stwierdzić, że po dniu odbioru robót strona powodowa nie miała obowiązku pielęgnacji terenów zieleni. Pozwana sama wskazuje, iż działania naprawcze w zakresie zieleni i nasadzeń podjęła po upływie roku do odbioru, co w gruncie rzeczy koresponduje z wnioskiem biegłego, iż dopiero w 2016 r. można było ocenić prawidłowość wykonanych prac.

Zdaniem strony pozwanej za „obniżeniem wynagrodzenia” przemawia też nienależyta jakość robót drogowych. W apelacji jednak kwestia ta nie została rozwinięta i trudno jest się do niej odnieść. Można tylko stwierdzić, że z opinii

biegłego wynika, że w zakresie parkingu zadaniem wykonawcy było jedynie wymalowanie na nawierzchni miejsc parkingowych. Przedłożone przez pozwaną faktury za znaki drogowe nie wykazują związku czasowego z datą odbioru robót i nie da się stwierdzić, że wydatek ten (nie znajdujący odzwierciedlenia w opinii biegłego) pozostaje w związku przyczynowym z częściowym niewykonaniem czy też nienależytym wykonaniem robót przez powodową Spółkę.

Niezależnie od powyższego trzeba zaznaczyć, że przedłożony przez stronę pozwaną dokument w postaci kosztorysu inwestorskiego, nie mógł być miarodajny do określenia wysokości szkody. Wprawdzie na jego podstawie pozwany wyliczył wysokość potrąconej kwoty, jednakże są to wyliczenia oderwane od rzeczywistej wartości i wydatków z tego tytułu, a powód nie zgadzał się z wyliczeniami pozwanego. Pozwany także i w tej mierze nie wykazał inicjatywy dowodowej.

Wobec powyższych rozważań, należy stwierdzić, że pozwany nie wykazał, by przysługiwało mu względem powoda roszczenie objęte potrąceniem (roszczenie nr 4), zatem zaskarżony wyrok jest prawidłowy, bowiem w tej części oświadczenie o potrąceniu było nieskuteczne (art. 498 § 1 i 2 k.c.).

Uwzględniając przedstawione powyżej okoliczności na podstawie art. 385 k.p.c. orzeczono jak w punkcie I sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygnięto w oparciu o art. 100 k.p.c. Strona pozwana w ramach kosztów tego postępowania poniosła opłatę od apelacji – 9 935 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 8100 zł, zł (§ 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych t.j. Dz. U. 2018 r. poz. 265), czyli 18 035 zł; strona powodowa natomiast: opłatę pod apelacji w kwocie 5865 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 8100 zł, czyli 13 965 zł. Suma wszystkich kosztów postępowania apelacyjnego to kwota 32 000 zł. Biorąc pod uwagę wartość przedmiotów zaskarżenia, strona pozwana przegrała postępowanie apelacyjne w 63 %, zaś powodowa w 37%. Przy zastosowaniu relacji 63 : 37 udział pozwanej w kosztach postępowania apelacyjnego powinien wynosić 20 160 zł, a powódki – 11 840 zł. Pozwana powinna zatem zapłacić powódce kwotę 2 121 zł tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

(...)