

Sygn. akt I ACa 119/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 marca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Szewczyk
Sędziowie:	SSA Elżbieta Uznańska SSA Grzegorz Krężolek (spr.)
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Lech

po rozpoznaniu w dniu 13 marca 2013 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa Firmy (...) A. L. (1), (...) Spółki jawnej w K.

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

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Gospodarczego w Krakowie

z dnia 29 sierpnia 2012 r. sygn. akt IX GC 729/10

oddala apelację i zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 2.700 zł tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt : I ACa 119/13

UZASADNIENIE

Strona powodowa Firma (...) - , A. L. H. K. - spółka jawna w K. w pozwie wniesionym w postępowaniu upominawczym , skierowanym przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K., domagała się zapłaty kwoty 155 363, 26 zł z ustawowymi odsetkami od sumy 46 163,03 zł od wniesienia pozwu , a od sumy 109 200, 23 zł od dnia 14 stycznia 2009r , do dnia zapłaty, wnosząc również o obciążenie pozwanej kosztami procesu.

Uzasadniając zgłoszone żądanie wskazała , że strony wiązała umowa o roboty budowlane zawarta w dniu 11 czerwca 2007r w oparciu o którą - działając w ramach konsorcjum ze spółką z ograniczoną odpowiedzialnością (...) w K. - miała , jako wykonawca, zrealizować inwestycję pod nazwą „nadbudowa i przebudowa wielorodzinnej kamienicy mieszkalnej ul. (...) - S. 52 w K. „

Powierzone jej prace powódka wykonała prawidłowo i w przewidzianych umownie terminach , co potwierdzają protokoły odbioru. Dokumenty te były podstawą wystawienia przez spółkę faktur , obejmujących należności za wykonywane częściami prace , a które to faktury były bez zastrzeżeń akceptowane , poprzez podpisy na nich , czy to przez prezesa zarządu pozwanej S. L. czy przez ustanowionego przez niego pełnomocnika M. F.. Mimo to nie wszystkie należności były zapłacone w terminie , a część kwoty wskazanej w fakturze nr (...) nie została uiszczona do dnia wniesienia powództwa.

Jak wynikało z dalszej części uzasadnienia na kwotę dochodzoną pozwem składają się :

suma 109 200, 23 zł odpowiadająca nie zapłaconej dotąd części należności z faktury nr (...)r oraz kwota 46 163,03 zł stanowiąca skapitalizowane odsetki należne powódce z racji nie terminowej zapłaty przez spółkę (...) kwot objętych fakturami nr : (...)

Nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu upominawczym w dniu 20 października 2010r Sąd Okręgowy - Sąd Gospodarczy w Krakowie uwzględnił żądanie pozwu w całości. / k. 116 akt/

W sprzeciwie od tego orzeczenia pozwana spółka , kwestionując je w całości, domagała się oddalenia powództwa oraz obciążenia przeciwniczki procesowej poniesionymi przez siebie kosztami procesu.

W pierwszej kolejności zarzucała , że rozmiar zrealizowanych robót oraz zużytych materiałów , których wartość była przyjęta przez spółkę - wykonawcę - dla określenia wysokości należności stwierdzonej w fakturze nr (...)r jest zawyżona, a nie prawidłowości te dotyczą : ilości stali rzeczywiście wykorzystanej podczas robót, mniejszej w rzeczywistości powierzchni wykonanych stropów żelbetowych, oraz tej powierzchni na jakiej położone były płytki. Skala tych zawyżeń powoduje , zdaniem pozwanej , że kwota wskazana w tym dokumencie jest wyższa o 78 252, 50 zł/ netto / od rzeczywiście spółce A. L. H. K. - należnej.

Po wtóre podnosiła , że zgodnie z umową wiążąca strony przysługiwało zamawiającej uprawnienie do zatrzymania 3 % wartości każdej z faktur , na poczet przyszłych kosztów związanych z realizacją uprawnień z rękojmi i gwarancji.

Ponadto zgodnie z ustaleniami umownymi wykonawca udzielił jej rabatu w wysokości 1, 35 % wartości , ustalonego umownie wynagrodzenia netto.

Po trzecie sposób wykonania robót przez powódkę jest wadliwy poprzez to , że użyte płytki gresowe mają różny odcień , poziom wylewek w mieszkaniach jest różny od tego jaki ma ona na klatce schodowej i w wiatrołapie , a sposób położenia płytek na tarasach spowodowało ich odchodzenie od podłoża i doprowadziło w konsekwencji do korozji balustrad. Wady te , w części pozwana usunęła na własny koszt ponosząc z tego tytułu wydatki w wysokości 25 629 , 27 złotego. Ponieważ część z nich nadal występuje , prowadząc m. in. do zalewania mieszkań i grożąc podobnymi konsekwencjami w przyszłości spółka (...) zażądała obniżenia wynagrodzenia należnego wykonawcy o kwotę łączną 200 000 złotych.

Wskazane wyżej przyczyny powodują w ocenie pozwanej , że w istocie dotąd zamawiająca zapłaciła łącznie sumę znacznie wyższą niż rzeczywiście była należna wykonawcy , co samo przez się winno prowadzić do oddalenia powództwa.

Dodatkowo, kwestionując zasadność żądania zasądzenia należności z tytułu skapitalizowanych odsetek pozwana wskazywała , że należności z poszczególnych faktur były regulowane przez nią w terminie . Tymczasem powodowa spółka wbrew postanowieniom umownym wystawiała w ciągu miesiąca więcej niż jeden dokument rozliczeniowy i wobec tego nietrafnie upatruje w ich terminowym niezapłaceniu podstaw do formułowania roszczenia o zapłatę skapitalizowanych odsetek , za opóźnienie , które po stronie pozwanej nigdy nie powstało.

Zamawiająca podniosła także zarzut potrącenia z wierzytelnościami dochodzonymi pozwem wierzytelności wzajemnej , której źródłem jest kara umowna za nie wykonanie umowy przez powódkę w terminie. Pozwana twierdziła , że do chwili składania sprzeciwu realizacja prac nie została zakończona z przyczyn leżących po stronie

spółki A. L. H. K. albowiem dotąd nie został podpisany protokół końcowego odbioru robót. O tym, że nie wszystkie spośród nich zostały wykonane świadczy także decyzja Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego z 20 marca 2009r odmawiająca udzielenia zezwolenia na użytkowanie budynku.

Pozwana twierdziła, że uwzględnwszy przewidziany umownie sposób wyliczenia tej kary na dzień 16 listopada 2010r [data sprzeciwu od nakazu zapłaty], przy uwzględnieniu, że wówczas zwłoka wykonawcy wynosiła 806 dni, wierzytelność wzajemna, objęta zarzutem potrącenia zamyka się w kwocie 2 708 329, 26 zł. Jest zatem wyższa niż te które są przedmiotem roszczenia powodowej spółki. Podniesiony zatem zarzut jest jeszcze jednym argumentem za trafnością żądania oddalenia powództwa. / k. 120-124 akt/

Wyrokiem z dnia 29 sierpnia 2012r Sąd Okręgowy - Sąd Gospodarczy w Krakowie zasądził od pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 153 748, 02 zł z ustawowymi odsetkami od kwoty 46 163, 03 zł od dnia wniesienia pozwu [19 października 2010r], a od kwoty 107 584, 99 zł od dnia 14 stycznia 2009r.

W pozostałym zakresie powództwo oddalił i zasądził od spółki (...) na rzecz powódki kwotę 11 286 złotych tytułem kosztów procesu.

Sąd I instancji ustalił następujące fakty istotne dla rozstrzygnięcia :

Strony zawarły w dniu 11 czerwca 2007r umowę o roboty budowlane na podstawie której powódka działając w konsorcjum ze spółką z ograniczoną odpowiedzialnością (...) w K. miała zrealizować inwestycje pod nazwą ; „ Przebudowa i nadbudowa kamienicy mieszkalnej, wielorodzinnej ul. (...) - ul. (...) w K.. Zakres rzeczowy umowy określały kosztorysy ofertowe spółki - wykonawcy, stanowiące załącznik nr 1 do umowy, sporządzone na podstawie dokumentacji technicznej, przy czym zgodnie z postanowieniami umownymi zakres ten mógł być modyfikowany w drodze realizacji robót zamiennych, wykonywanych na życzenie zamawiającej spółki pozwanej na podstawie odrębnie wykonanego kosztorysu. Wykonawca nie mógł wprowadzać zmian do uzgodnionego zakresu, zmian zarówno rodzajowych jak i technicznych bez uprzedniej zgody zamawiającej.

Na podstawie sporządzonego na piśmie aneksu do umowy ostateczny termin wykonania prac nią objętych został określony na 17 kwietnia 2009r.

Podstawą zapłaty stronie pozwanej należności za zrealizowane roboty były faktury częściowe, do wystawienia których podstawą były częściowe protokoły odbioru faktycznie wykonanych robót, uzgodnione i zatwierdzone przez inspektora nadzoru wyznaczonego przez zamawiającą spółkę (...). Załącznikiem m do tych protokołów miały być obmiary zrealizowanych / części / prac. Poza tym raz w miesiącu miał być przygotowany protokół odbioru robót zrealizowanych, obejmujący ten właśnie okres.

Ze strony zamawiającego wyznaczonym inspektorem nadzoru był B. W. (1). Pełnomocnikiem prezesa zarządu strony pozwanej w zakresie czynności związanych z tą inwestycją była M. F..

Już w początkowej fazie realizacji umowy przez spółkę A. L. i K. ujawniło się szereg wad dokumentacji projektowej w tym jej niekompletność lub też niezgodność ujętych tam danych i rozwiązań technicznych ze stanem faktycznym na placu budowy. Wymagało to stałego uzupełniania lub zmian założeń projektowych, dokonywanych na bieżąco przez osobę mającą odpowiednie uprawnienia, a której powierzyła te czynności spółka - wykonawca. Jedną z takich zmian była korekta założonych poziomów stropów, wynikając z niedokładnej inwentaryzacji obiektu, obowiązek przeprowadzenia której obciążał zamawiającą spółkę pozwaną. Te rozbieżności a także życzenia inwestora powodowały zmniejszenie tempa prac ale także konieczność realizacji innych - dodatkowych - wobec pierwotnie uzgodnionego zakresu rzeczowego robót.

Jak wynikało z dokumentów odbiorów częściowych, które były podstawą wystawienia przez wykonawcę poszczególnych faktur roboty nimi objęte rzeczywiście były zrealizowane, a ich jakoś potwierdzona przez inspektora nadzoru jako dobra. Dotyczyło to także również prac, należność za które obejmowała faktura nr (...) wystawiona

w dniu 31 grudnia 2008r. Załączony do niej protokół częściowego odbioru prac został podpisany ze strony zamawiającego przez inspektora nadzoru B. W. (1) , a ze strony wykonawcy przez A. L. (1). Protokół ten podlegał późniejszej korekcie , co do zakresu rzeczowego zrealizowanych robót , dokonanej przez inspektora nadzoru , która była podstawą do wystawienia faktury korygującej do pierwotnego dokumentu rozliczeniowego. Nosiła ona datę 31 stycznia 2009r , określając sumę ostatecznego wynagrodzenia za objęty nią zakres robót na kwotę 649 794, 94 zł / brutto/

Z dalszych ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego wynika , że dla ustalenia, określonego w akceptowanej poprzez podpisanie przez S. L. fakturze nr (...) spółka - wykonawca przyjęła wbudowanie 55 045 kg stali , mimo , że faktycznie wbudowała 56 197, 32 kilograma tego materiału, zrealizowanie stropów żelbetowych o powierzchni 896, 34 m. kw , chociaż faktycznie wykonała 922, 26 m. kw , a nie jak twierdziła pozwana 820 m. kw. Powierzchnia wyłożona płytkami gresowymi nie wynosiła 426, 44 m. kw nie natomiast - jak twierdziła pozwana- 80 m. kw.

Jedyną wadą wykonawczą , jaką można przypisać powódce [której występowanie spółka A. L. i H. K. przyznała] jest położenie na pewnej powierzchni płytek o nie jednolitym odcieniu. Koszt ich wymiany na właściwe zamyka się w kwocie 1 615, 24 zł.

Pozostałe twierdzone przez spółkę (...) wady[zaniżenie poziomu wylewek , odchodzenie płytek od podłoża na tarasach czy korozja balustrad] nie mogą być przypisane sposobowi wykonania robót przez stronę powodową.

Zakończyła ona realizację swoich obowiązków umownych w dniu 31 października 2008r.

Z dalszych ustaleń wynika , że należności z faktur nr (...) , wystawionych przez wykonawcę , mimo ich akceptacji przez zamawiającą spółkę nie były zapłacone w terminach w tych dokumentach określonych , a skala tego opóźnienia dawała podstawę do naliczenia przez powódkę odsetek , które skapitalizowane stanowią łącznie kwotę dochodzoną z tego tytułu w pozwie w wysokości 46 163, 03 zł.

W rozważaniach prawnych Sąd I instancji stanął na stanowisku , że roszczenie strony powodowej jest uzasadnione w części dotyczącej kwoty 153 748 , 02 złotego wraz z odsetkami od kwot częściowych określonych w pkt I sentencji wyroku , liczonymi od terminów początkowych także tam podanych.

W porównaniu z kwotą dochodzona pozwem należność rzeczywiście stronie powodowej należna zdaniem Sądu Okręgowego musi być pomniejszona o wielkość 1615, 24 zł , odpowiadającą ustalonym przez biegłego opiniującego w sprawie, kosztom związanym z położeniem na nowo płytek , których niewłaściwie dobrany odcień stanowił o wadzie wykonawczej robót strony powodowej , a przy tym wadzie jedynej , która może być przypisana w sposób rzeczywisty wykonawstwu prac zrealizowanych na podstawie umowy wiążącej strony.

Pozostałe zarzuty zamawiającego mające w jego ocenie decydować o bezzasadności powództwa Sąd I instancji ocenił bądź to jako nietrafne albo też jako nieudowodnione przez spółkę (...).

W swoim wywodzie prawnym Sąd I instancji wyeksponował to , iż strona pozwana za pośrednictwem najpierw inspektora nadzoru B. W. (2) oraz osoby sprawdzającej pod względem kosztorysowym przyjęte przez powódkę dla rozliczeń wartości zrealizowanych robót , w szczególności gdy chodzi o te spośród nich , które były objęte później fakturą nr (...) , a następnie prezesa spółki S. L. , który dokument ten akceptował , podpisując go , przyjęła na siebie obowiązek zapłaty na rzecz powódki , wskazanej w tym dokumencie kwoty. Skoro tego nie uczyniła w pełni w wymaganym , także wskazanym w tym dokumencie terminie , to powódka może zasadnie dochodzić brakującej jej części wraz z odsetkami.

Wskazywał Sąd w szczególności na nie udowodnienie tego , iż zamawiającemu przysługiwał rabat od kwoty wynagrodzenia ustalonego umową , jak i tego że służy mu skuteczne uprawnienie do jego obniżenia w skali przez spółkę (...) a stwierdzonej , jako następstwa wad wykonawczych.

Rozważając zasadność tej części roszczenia powódki, które wynikało ze skapitalizowania odsetek za opóźnienie w zapłacie należności wynikających z z wcześniej wykonanych części robót, a stwierdzonych uprzednio wystawionymi fakturami w pierwszej kolejności Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że strona pozwana nie podważyła skutecznie trafności wyliczenia okresów opóźnienia za które spółka - wykonawca - naliczyła odsetki od poszczególnych faktur wskazanych w podstawie faktycznej żądania. Jej stanowisko natomiast, co do tego, że świadczenie odsetkowe nie jest należne było w ocenie Sądu I instancji nietrafne szczególnie wobec tego, że terminy zapłaty poszczególnych części wynagrodzenia były korygowane przez wykonawcę na prośbę prezesa pozwanej, który powoływał się na problemy płatnicze.

Podstawą rozstrzygnięcia o kosztach procesu była norma art. 98 §1 kpc i wynikająca z niej dla rozkładu obowiązku wzajemnego zwrotu kosztów procesu zasada odpowiedzialności za wynik sprawy.

Apelację od tego wyroku złożyła pozwana i zaskarżając to rozstrzygnięcie w pkt I i III jego sentencji i w pierwszej kolejności domagała się uchylecia tej części orzeczenia objętego kontrolą instancyjną do ponownego rozpoznania Sądowi niższej instancji.

Jako wniosek ewentualny spółka (...) sformułowała żądanie zmiany wyroku z dnia 29 sierpnia 2012r w zaskarżonej części i oddalenia powództwa w całości oraz obciążenia przeciwniczki procesowej kosztami postępowania za obydwie instancje.

Środek odwoławczy został oparty na następujących zarzutach :

- nierozpoznania istoty sprawy wobec nie odniesienia się przez Sąd Okręgowy do podniesionego przez apelującą w toku postępowania rozpoznawczego zarzutu potrącenia z wierzytelnościami dochodzonymi pozwem wierzytelności wzajemnej pozwanej z tytułu kary umownej za zwłokę w zrealizowaniu przedmiotu umowy.

- naruszenia art 328 §2 kpc, który zdaniem apelującego miał być zrealizowany przez to, że Sąd I instancji nie wyjaśnił wszystkich istotnych okoliczności sprawy, a to tych, jakie dotyczyły zwłoki po stronie wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy, uzgodnień stron w zakresie terminu jego realizacji, jak również obowiązku po stronie spółki A. L. i H. K. zapłaty kary umownej.

- błędów w ustaleniach faktycznych, polegających na :

a/ nietrafnym przyjęciu, że powódka zakończyła roboty objęte umową w dniu 31 października 2008r podczas gdy sporna faktura nr (...)r została wystawiona dopiero 31 grudnia tego roku co samo przez się przeczy trafności tego ustalenia.

Ponadto o realizacji tego zarzutu przekonuje jej zdaniem fakt, że jeszcze w marcu 2009r roboty te nie zostały uznane za zakończone skoro ich dalsze prowadzenie w tym okresie było podstawą do odnowy wydania przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego decyzji zezwalającej zamawiającemu na użytkowanie obiektu,

b/ niezasadnego nieprzyjęcia przez Sąd I instancji, mimo istnienia ku temu dostatecznych podstaw w treści zebranych w sprawie dowodów, że strona powodowa nie pozostaje w zwłoce z zakończeniem przedmiotu umowy,

c\ nie mającej podstaw konstatacji faktycznej Sądu I Okręgowego co do tego, że aneks zawarty przez strony do umowy z dnia 11 czerwca 2011r – wydłużał termin wykonania przedmiotu umowy do 17 kwietnia 2009r.,

d/ bezzasadnego przyjęcia, w oparciu o wadliwą opinię biegłego z zakresu budownictwa, że powódka wykonała prace w sposób niewadliwy, a przy tym w rozmiarach ilościowych, które uczyniły zarzuty spółki (...) w tym zakresie, postawione w sprzeczności od nakazu zapłaty, nietrafnymi,

- zarzucie niewyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy w części dotyczącej udzielonej przez wykonawcę zamawiającemu rabatu w stosunku do określonego umownie wynagradzania za zrealizowanie przedmiotu umowy,

- naruszenia prawa procesowego , a to normy art. 233 §1 kpc w następstwie przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów i uznania za wykonane właściwie , zgodnie z regułami sztuki opiniodawczej opracowanie biegłego z zakresu budownictwa R. R.,

- naruszenia prawa materialnego w następstwie dokonania nieprawidłowej wykładni normy art. 65 §2 kc , która doprowadziła do wadliwej interpretacji przez Sąd I instancji § 7 ust 1, 3 i 4 umowy stron z dnia 11 czerwca 2007r co do umownego ustalenia terminów zapłat należności określonych w fakturach wystawionych przez stronę powodową.

W odpowiedzi na apelację strona powodowa domagała się jej oddalenia jako pozbawionej usprawiedliwionych podstaw i zasądzenia od niej na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W swoim stanowisku procesowym , odnosząc się do każdego z zarzutów apelacyjnych wskazywała na argumenty , które w jej ocenie czynią je bezzasadnymi.

Rozpoznając apelację Sąd Apelacyjny rozważył :

Środek odwoławczy strony pozwanej jest niezasadny i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności ocenie musi zostać poddany zarzut nierozpoznania istoty sprawy , uznanie go za zasady mogłoby prowadzić bowiem do uznania za usprawiedliwiony wniosku kuratorskiego apelacji sformułowanego przez jej autora w pierwszej kolejności.

Pozostawiając na uboczu, datujące się już od okresu przedwojennego doktrynalne różnice w zakresie wykładni pojęcia nierozpoznania istoty sprawy , które także na tle aktualnie obowiązującej normy art. 386 §4 kpc budzi wątpliwości, należy stwierdzić , że w ramach tego pojęcia znajdzie się nie tylko sytuacja w której Sąd rozstrzygający sprawę nie obejmuje swoją oceną merytorycznej podstawy dochodzonego roszczenia ale także taką , gdy przed rozstrzygnięciem nie rozważa, a przy wydawaniu wyroku nie bierze pod rozwagę merytorycznych zarzutów strony przeciwnej , których uwzględnienie mogłoby bezpośrednio wpłynąć na treść kontrolowanego instancyjnie orzeczenia.

Jedynym z takich rodzajowo zarzutów strony biernej procesu jest zarzut potrącenia wierzytelności wzajemnej z tą , która jest przedmiotem roszczenia określonego w żądaniu powoda.

Jak wynika z treści uzasadnienia apelacji pozwana upatruje nierozpoznania istoty sprawy w tym , iż Sąd I instancji pominął w ramach swoich rozważań prawnych ocenę zarzutu potrącenia , którym spółka (...) broniła się przeciwko roszczeniu strony powodowej.

Motywacja tego zarzutu przekonuje , że źródła wierzytelności wzajemnej wobec powódki apelantka upatrywała w należnym jej świadczeniu z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy.

Zważywszy na treść rozstrzygnięcia , oraz jego motywy , odczytane przez pryzmat rozmiarów ilościowych wierzytelności wzajemnej pozwanej , a także faktów powołanych dla uzasadnienia jej istnienia po stronie spółki (...) uzasadnione jest przyjęcie , iż zarzut potrącenia przez Sąd Okręgowy instancji nie został uznany za uzasadniony w jakiegokolwiek części.

Rzeczywiście pisemne uzasadnienie wyroku nie zawiera szczegółowej oceny prawnej tego zarzutu tym nie mniej nie sposób mówić o tym , że ten brak prowadzi eo ipso do oceny , że Sąd niższej instancji tym samym nie rozpoznał istoty sprawy w znaczeniu w jakim zostało ono użyte w normie procesowej art. 386 §4 kpc.

Przeciwko uznaniu za zasadny tego zarzutu apelacyjnego , a w szczególności uznaniu , że tym samym istnieje podstawa do uwzględnienia wniosku środka odwoławczego strony pozwanej o uchylenie wyroku z dnia 29 sierpnia 2012r- w zaskarżonej części - jest zasadny - przemawia także i to , że zgromadzony w sprawie materiał procesowy pozwala Sądowi II instancji na ocenę tego zarzutu , a możliwość taka wyklucza możliwość uchylenia orzeczenia objętego kontrolą instancyjną.

Tak- jak definiowała ją pozwana - wierzytelność wzajemna , zgłoszona do potrącenia , wywodzona z brzmienia §15 ust. 1 lit.b/ umowy stron nie może być uznana za przysługująca spółce (...) , albowiem nie udowodniła ona w procesie , że rzeczywiście opóźnienie jakiego miała się dopuścić spółka - wykonawca - w realizacji przedmiotu umowy rzeczywiście jest takim , stwierdzenie którego uprawniałoby zamawiającą do naliczania kary umownej.

Zgodnie ze wskazanym wyżej zapisem umownym możliwość taka po stronie spółki (...) powstawała jeżeli po dniu 1 września 2008r spółka jawna A. (...). K. dopuściła się zwłoki ergo zawinonego przez siebie opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy / nazywanego w tym postanowieniu przedmiotem odbioru/

Wówczas zamawiająca miała prawo do naliczania kary umownej w wysokości 0, 1 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień takiego kwalifikowanego opóźnienia.

Zatem rzeczą strony pozwanej było wykazanie , że po stronie wykonawcy doszło do opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy i było to opóźnienie mające charakter zwłoki, której powstanie można powódce przypisać . Apelująca nie podołała temu ciężarowi w zakresie dowodzenia.

Rzeczywiście wedle pierwotnego brzmienia umowy stron termin ukończenia robót został ustalony na 31 lipca 2008r [kwestia ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd i Instancji zostanie rozważona szerzej w dalszej części uzasadnienia poświęconej omówieniu zarzutów błędu w tych ustaleniach]

Tym nie mniej zgodnie z powołanym wyżej zapisem §15 ust. 1 lit. b/ umowy kara umowna mogła być naliczana przez zamawiającą o ile kwalifikowane opóźnienie po stronie wykonawcy w realizacji przedmiotu umowy miało miejsce po dniu 1 września 2008r , zatem ewentualna wierzytelność z tego tytułu powstawała dopiero od dnia następnego po tej dacie.

Przedmiot umowy został zrealizowany do dnia 31 października 2008r.

Już w tym miejscu wskazać trzeba , dla potrzeb spójności wyводу , że wbrew stanowisku pozwanej przyjęcie innej daty ukończenia prac , niż określił ją Sąd I instancji nie jest uzasadnione.

Za trafnością tego ustalenia przemawiają następujące argumenty wynikające z treści dokumentów znajdujących się w aktach :

Na tę datę wskazuje zapis w dzienniku budowy uczyniony w dniu 30 października 2008r przez kierownika budowy J. K. , który stwierdza w tym zapisie ich zakończenie oraz zgłoszenie ich do odbioru zamawiającemu. / k. 193 akt/ Dalsze zapisy w tym dokumencie dotyczą innych robót , natury poprawkowej i datują się począwszy od 15 lipca 2009r / k. 194 akt /

Dokument ten , zgodnie z przepisami prawa budowlanego ma charakter dokumentu urzędowego na placu budowy , a co za tym idzie związane są z nim domniemania wynikające z takiego jego charakteru w szczególności domniemanie prawdziwości faktów , które za jego pośrednictwem zostały stwierdzone.

/ argument z art. 45 ust. 1 ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994r [jedn. tekst DzU Nr 243 poz. 1623 z późn. zm] /

Taką też datę zakończenia robót objętych umową wskazuje sama pozwana spółka we wniosku do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w K. o udzielenie pozwolenia na użytkowanie obiektu. Te datę potwierdził urzędowo Inspektor w treści uzasadnienia decyzji z dnia 20 marca 2009r, odmawiającej takiej zgody / k. 195 akt /

Wynika ona także pośrednio z relacji przesłuchanego w charakterze strony powodowej A. L. (1) / k. 478 akt/. W swoim zeznaniu nie zaprzecza takiej dacie zakończenia prac objętych umową także prezes zarządu pozwanej S. L., który wskazuje jedynie , że w październiku 2008r nie doszło do formalnego odbioru prac , twierdząc przy tym , iż do chwili obecnej także tego rodzaju dokument nie został przez strony sporządzony / k. 490 akt /

Poprawności tej konstatacji faktycznej nie sprzeciwiają się także okoliczności wystawienia spornej faktury nr (...)r dopiero w dacie 31 grudnia 2008r , której podstawą był protokół obioru częściowego oraz obmiar zrealizowanego fragmentu prac skoro , co także wynika z relacji stron sporu , a także dokumentów obejmujących wzajemną ich korespondencję po październiku 2008r , powstały pomiędzy nimi , już po oddaniu obiektu inwestorowi , kontrowersje i spory związane z prawidłowym oznaczeniem zakresu rzeczowego i w konsekwencji wartości wykonanych przez spółkę A. L. H. K. robót. / por. zeznanie A. L. (1) k. 477-478 akt, zeznanie S. L. k. 489 akt oraz dokument z k. 290-291 datowany na 18 grudnia 2009r /

Nie można przy tym tracić z pola widzenia tego , że strona pozwana nie starała się nawet w sporze dowodzić , iż którakolwiek część prac objętych zakresem rzeczowym , który stał się podstawą wystawienia faktury nr (...)r była realizowana po 31 października 2008r . Za stanowiskiem przeciwnym pośrednio świadczy fakt , iż załączone do tej faktury: protokół odbioru częściowego oraz zestawienie robót zawierają korekty wartości zrealizowanych prac , co świadczy , że one same musiały być zrealizowane wcześniej aniżeli data uwidoczniiona na samym dokumencie odbioru częściowego , zestawienia i fakturze/ por. k. 74-76 akt/ Zmiany te były później podstawą do korekty wielkości wynagrodzenia wskazanej w tym dokumencie rozliczeniowym.

W konsekwencji nawet gdyby przyjąć argumentację strony pozwanej , że strona powodowa pozostawała w opóźnieniu z realizacją robót objętych ich zakresem określonym w umowie z dnia 11 czerwca 2007r to okres ten mogły odnosić się do okresu pomiędzy 2 września 2008 i 31 października 2008r.

Samo to stwierdzenie nie jest przy tym jeszcze wystarczającą podstawą do uznania zarzutu potrącenia za usprawiedliwiony, nawet gdyby wiarygodność z tytułu kary umownej po stronie spółki (...) miałyby obejmować każdy dzień tak oznaczonego czasokresu.

Pozwana bowiem nie udowodniła w sporze , że opóźnienie to jest po stronie spółki - wykonawcy opóźnieniem kwalifikowanym , a spółkę A. L. i H. K. można uznać za pozostającą w zwłoce w realizacji przedmiotu umowy tym wskazanym wyżej okresie Żaden dowód przeprowadzony w sprawie nie daje podstawy do takiego zakwalifikowania sposobu działania powódki wykonującej powierzone jej umownie roboty , a opinia biegłego z zakresu budownictwa uzasadnia ocenę przeciwną , iż o ile dochodziło za zahamowani procesu inwestycyjnego to jego przyczyny tkwiły w sposobie przygotowania inwestycji przez zamawiającego.

Nie jest podstawą dla uznania za trafne stanowiska pozwanej o nie zakończeniu robót objętych umową , fakt odmowy wydania przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w K. decyzji z dnia 20 marca 2009r , odmawiającej udzielenia pozwolania zamawiającej na użytkowanie obiektu. Oto bowiem przy stanowczym twierdzeniu spółki wykonawcy o tym , że stwierdzone w tej decyzji braki rodzajowe robót nie należały do tych , które miała wykonać spółka A. L. H. K. - zważywszy na zakres rzeczowy oznaczony w umowie stron , pozwana nie przedstawiła w toku sporu dowodów , że braki były spowodowane zaniechaniami , które rzeczywiście obciążały powódkę.

Dodatkowym argumentem przemawiającym przeciwko trafności zarzutu potrącenia jest to , iż strony umownie , na podstawie aneksu z dnia 4 marca 2009r określiły ostateczny termin w jakim prace określone umową mają być wykonane , na dzień 17 kwietnia 2009r w miejsce pierwotnie ustalonego 31 lipca 2008r / k. 25-26 akt/

Treść § 2 aneksu zmieniającego , dotyczącego właśnie korekty pierwotnego terminu zakończenia robót gdy odczytać łącznie z częścią wstępną , a przede wszystkim z jego §1 prowadzi do usprawiedliwionego wniosku , że przyczyną skorygowania umowy z dnia 11 czerwca 2007r na jego podstawie było zlecenie do wykonania przez pełnomocnika zamawiającego stronie powodowej innych prac budowlanych aniżeli te, które spółka (...) miała wykonać na podstawie umowy zmienianej za pomocą aneksu. Strony zdecydowały się na zmianę ostatecznego terminu wykonania / wszystkich prac / , tak bowiem należy rozumieć brzmienie §5 ust. 2 umowy zasadniczej po zmianie, i to mimo , że zakres robót dodatkowych opisanych w §1 aneksu był stosunkowo , w porównaniu z przedmiotem robót pierwotnie umownie określonych , niewielki.

Widniejący w treści §2 aneksu dopisek „ w/w prac „ wskazywał równocześnie , iż w tym nowym terminie , do 17 kwietnia 2009r , należy zakończyć także te nowo powierzone do realizacji roboty. Taki wniosek uzasadniony jest tym bardziej gdy zważyć , że w żadnej innej części w ten sposób dokonanej zmiany umowy termin ich wykonania nie został określony.

Nietrafny jest zarzut apelacyjny naruszenia przez Sąd I instancji art. 328 §2 kpc.

Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa Sądu Najwyższego ukształtowanym na tle wykładni tej normy procesowej , skuteczne postawienie tego zarzutu wymaga ażeby strona stawiająca go wykazała , że wady konstrukcyjne pisemnych motywów orzeczenia Sądu I instancji są tak doniosłe , iż uniemożliwiają przeprowadzenie kontroli instancyjnej podjętego przez ten Sąd rozstrzygnięcia. Innymi słowy zarzut ten jest usprawiedliwiony tylko wówczas gdy na podstawie uzasadnienia wyroku Sądu niższej instancji nie można stwierdzić czy prawo materialne i procesowe zostały prawidłowo zastosowane.

/ por bliżej w tej kwestii , powołane jedynie dla przykładu , orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001r , sygn.. I KKN 185/01 , powołane za zbiorem Lex nr 52726/

Tego rodzaju zasadniczych wadliwości konstrukcyjnych pisemne motywy orzeczenia z dnia 29 sierpnia 2012r nie zawierają.

Chybiony jest zarzut strony pozwanej błędu w ustaleniach faktycznych mający w powiązaniu z zarzutem błędnej oceny zgromadzonych w sprawie dowodów - polegać na przyjęciu przez Sąd Okręgowy , iż spółka wykonawca zakończyła roboty objęte zakresem rzeczowym oznaczonym w umowie zasadniczej w dniu 31 października 2008r.

Wskazane już wyżej argumenty faktyczne , powołane przy omówieniu zarzutu nierozpoznania istoty sprawy , które przemawiają przeciwko trafności i obecnie weryfikowanego zarzutu należy uzupełnić o następujące stwierdzenia:

Fakt nie podpisania przez strony dokumentu w postaci protokołu końcowego odbioru robót nie okolicznością pomiędzy nimi sporną. Tym nie mniej to , iż tak się nie stało eo ipso nie jest wystarczającym argumentem za tezą na jakiej opiera się zarzut , iż rzeczywiście roboty te nie zostały wykonane w całości, a budynek nie został oddany zamawiającemu. Świadczy o tym nie tylko to , że taki zapis znajduje się w dzienniku budowy , i to , iż inwestor już 31 października 2008r złożył wniosek o pozwolenie na jego użytkowanie. Kwestia nie udzielenia pierwotnie takiej zgody [która zamawiający w okresie późniejszym, bo w czerwcu 2009r , uzyskał] pozostaje prawnie irrelevantną przy ocenie omawianego zarzutu z przyczyn o których była już uprzednio mowa. Za nietrafnością stanowiska pozwanej przemawia także to , iż spółka (...) po oddaniu jej budynku przez wykonawcę rozpoczęła proces sprzedaży znajdujących się nim lokali mieszkalnych , które zostały zasiedlone. Na fakt ten zwracał uwagę w swojej relacji A. L. (1), będąc przesłuchany w charakterze strony , który wskazywał , że właśnie procesem sprzedaży prezes zarządu pozwanej S. L. tłumaczył nie zrealizowanie płatności m. in ze spornej faktury nr (...) w terminie.

Przeciwko zasadności stanowiska pozwanej świadczy również przyczyna dla której strony podpisały omówiony uprzednio aneks z 4 marca 2009r. Z treści tego dokumentu jednoznacznie wynika , iż była nią potrzeba wykonania prac innych zakresowo do tych , które były umownie określone , dotycząc robót budowlanych /traktowanych przez strony zgodnie jako dodatkowe/ , mających być wykonanymi w już w indywidualnie oznaczonych lokalach mieszkalnych znajdujących się w kamienicy przy ul. (...) w K. / por. k. 26 akt /

Wobec tego nie sposób uznać , że kwestionowane ocenianym zarzutem ustalenie Sądu , iż roboty powierzone umownie wykonawcy zostały przezeń zrealizowane jest ustaleniem wadliwym.

Trzeba jeszcze dodatkowo wskazać , że zarzut ten został powiązany przez apelującą z zarzutem przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów.

Z kolei zgodnie z utrwalonym stanowiskiem judykatury , by skutecznie się do tego zarzutu odwołać , strona musi wskazać na czym polega to naruszenie tj. w czym konkretnie przejawia się wykroczenie przez Sąd I instancji poza ramy tej oceny określone w art. 233 §1 kpc . Inaczej mówiąc dlaczego krytykowana ocena i wnioski z niej płynące dla poczynionych ustaleń , pozostają w niezgodzie z zasadami doświadczenia życiowego , regałami logiki czy też zasadą , iż winna ona obejmować całość zgromadzonego w sprawie materiału procesowego.

Temu wymaganiu zamawiająca spółka nie uczyniła zadość, przeciwstawiając ocenie Sądu niższej instancji własną wersję oceny dowodów i w konsekwencji inny ciąg zdarzeń , jej zdaniem odpowiadający rzeczywistości i uzasadniający trafność jej stanowiska prawnego wobec roszczenia zgłoszonego w pozwie.

Tak motywowany zarzut naruszenia art. 233 §1 kpc nie może zostać podzielony.

/ por . w omawianej kwestii , powołane jedynie przykładowo stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w judykacie z dnia 23 stycznia 2001r , sygn.. IV CKN 970/00, publ. w zbiorze Lex nr 52753 /

Z tych samych przyczyn nie może odnieść spodziewanego przez apelującą skutku zarzut błędu w ustaleniach faktycznych , o ile miały być zrealizowany poprzez nadanie przez Sąd niższej instancji przymiotu źródła dowodowego będącego podstawą ustaleń, opracowaniu eksperckiemu autorstwa biegłego z zakresu budownictwa mgr inż. R. R..

Sąd I instancji wskazał przyczyny dla których nadał tej opinii ten walor , a apelacyjna polemika z wnioskami opinii zarówno co sposobu przygotowania inwestycji przez zamawiającego jak i ilości materiałów rzeczywiście użytych w ramach prac i będącej podstawą ustalenia należnego wynagrodzenia za nie czy też istnienia wad wykonawczych robót i skali tych nieprawidłowości , jest dowolna , nie wsparta rzeczowymi argumentami , nie mogąc odnieść tym samym skutku poprzez uznanie jej za trafną. Nie można też przy tym nie uwzględnić , że pozwana nie skorzystała w toku postępowania rozpoznawczego z możliwości weryfikacji poprawności tego opracowania poprzez złożenie wniosku o przygotowanie opinii przez innego eksperta z tej dziedziny.

Chybiony jest także zarzut niewyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy poprzez to , iż Sąd Okręgowy zaniechał prowadzenia ustaleń w zakresie umownego uzgodnienia przez strony rabatu należnego zamawiającemu w zakresie wynagrodzenia jakie miał świadczyć spółce - wykonawcy , obliczonego od ustalonego ryczałtowo w umowie w skali 1, 35 % tegoż.

Jak trafnie zwraca uwagę w odpowiedzi na apelację strona powodowa , umowa z dnia 11 czerwca 2007r nie zawierała postanowienia dotyczącego rabatu , którego beneficjentką miałyby być spółka (...). Także już w trakcie jej realizacji strony nie skorygowały treści umowy o postanowienie tej treści , a , co wynika z jednoznacznie z §18 umowy , jedynie zmiana umowy na piśmie , dotycząca rabatu , mogłaby być podstawą skutecznego jego ustanowienia.

Niezasadność zarzutów kwestionujących zarówno kompletność jak i prawidłowość ustaleń , które Sąd I instancji uczynił podstawą wyroku objętego apelacją powoduje, że ustalenia te Sąd Apelacyjny aprobejuje i przyjmuje za własne.

Wymagają one jednak uzupełnienia o fakty , które wynikają z treści dokumentów lub relacji świadków i stron , , które to dowody- w wykorzystanych przez Sąd II instancji zakresach ich treści , nie były przez strony kwestionowane.

Te dodatkowe fakty przedstawiają się one następująco :

Na podstawie umowy zawartej w dniu 11 czerwca 2007r zgodnie z jej §6 wynagrodzenie za zrealizowanie przedmiotu umowy zostało określone ryczałtowo na 4000 000 złotych netto.

/ dowód : umowa stron z dnia 11 czerwca 2007r k. 17-24 akt/

Kierownikiem budowy powołanym przez wykonawcę był J. K.. Oprócz inspektora nadzoru reprezentującego zamawiającą , w osobie inspektora nadzoru B. W. (2) , analizę poprawności wyliczeń wynagrodzenia za poszczególne

prace , objęte częściowymi odbiorami , będącymi później podstawą wystawienia przez spółkę A. L. i H. K. faktur , z punktu widzenia zasad kosztorysowania była W. N. , działająca na zlecenie spółki (...).

/ dowód : dziennik budowy - koperta k. 405 akt, zeznania świadków : J. K. k. 392-394, W. N. k. 466-469 akt /

Także ona , podobnie jak inspektor nadzoru - poza korektą dotyczącą faktury nr (...)r uznawała wyliczenia wartości robót , przedstawiane przez wykonawcę, jako prawidłowe.

Dokumenty rozliczeniowe przedstawiane przez spółkę A. L. , H. K. były przyjmowane , poza wskazanym wyżej wyjątkiem, i podpisywane przez S. L. lub jego pełnomocnika M. F. bez zastrzeżeń co do istnienia tam stwierdzonych należności oraz ich rozmiarów ilościowych. Dopiero po zakończeniu prac i oddaniu budynku inwestorowi zaczął on podnosić zarzuty tak co do rzeczywistego rozmiaru zrealizowanych robót , ilości materiałów do nich użytych oraz prawidłowości wykonanych prac.

/ zeznanie A. L. k. 476- 478 akt oraz S. L. k. 488-489 akt/

Pozwolenie na uszykowanie budynku strona pozwana otrzymała w czerwcu 2009r

Dowód : zeznanie S. L. k. 490 akt/

Jako nietrafny należy ocenić również zarzut prawno - materialny naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 65 §2 kc w następstwie dokonania nieprawidłowej jego wykładni.

Realizacji tego zarzutu upatrywała apelująca po pierwsze w wadliwej jej zdaniem interpretacji aneksu z dnia 4 marca 2009r , a po wtóre w nieprawidłowej interpretacji postanowienia zawartego w §7 ust 1 , 3 i 4 umowy zasadniczej z 11 czerwca 2007r.

Kwestia interpretacji postanowień aneksu była już przedmiotem oceny przeprowadzonej wyżej natomiast co do wykładni wskazanych części §7 umowy dotyczącego sposobu rozliczeń należnego wykonawcy wynagrodzenia nie można uznać, iż tak motywowany zarzut , jak czyni to pozwana może być uznany za uzasadniony .

Po pierwsze §7 ust. 1 umowy nie stanowi wprost o tym - jak chce tego spółka (...) - , że każda faktura rozliczeniowa musiała być wystawiona w okresie miesięcznym w tym znaczeniu , iż w danym miesiącu mógł być przedłożony zamawiającemu tylko jeden taki dokument. Istotne natomiast było , iżby prace , które w ten sposób były rozliczane nie obejmowały tych , które były zrealizowane w innych niż miesięczne czasokresach. Uzgodnienie stron w zakresie rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy fakturami częściowymi nie odnosiło się przecież do dat wystawienia tych dokumentów ale do części prac , które w założonym umownie okresie rzeczywiście były zrealizowane. Nie wykluczało to zatem uprawnienia spółki A. L. i H. K. by w okresie jednego miesiąca złożyła zamawiającemu więcej niż jedną fakturę.

Nawet jednak gdyby przyjąć interpretację tego zapisu zgodną ze stanowiskiem pozwanej to i tak nie decydowałoby to o trafności omawianego zarzutu.

Ma bowiem rację powódka gdy ponosi , że daty wystawienia faktur wynikały z uzgodnień stron w tym zakresie u których podstawy były trudności płatnicze zamawiającego , a należności odsetkowe zostały obliczone przy generalnym założeniu, iż są one należne po upływie 14 dni od daty faktycznego ich doręczenia , którego to faktu , strona pozwana nie kwestionowała, podobnie jak i sposobu wyliczenia skali opóźnienia w zapłacie należności objętych dokumentami rozliczeniowymi wskazanymi w podstawie faktycznej powództwa. To , że należności te były płacone z opóźnieniem potwierdzają złożone do akt dokumenty przelewów.

Z podanych wyżej przyczyn w uznaniu , że rozstrzygnięcie Sądu I instancji odpowiada prawu , a żaden z zarzutów środka odwoławczego nie jest uzasadniony , opartą na nich apelację strony pozwanej Sąd Apelacyjny oddalił , na podstawie art. 385 kpc.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd II instancji rozstrzygnął na podstawie art. 98 §1 kpc w zw. z art. 108 §1 i 391 §1 kpc , stosując w zakresie wzajemnego ich rozliczenia pomiędzy stronami , zasadę odpowiedzialności za wynik sprawy.

Na kwotę należną z tego tytułu stronie powodowej od przeciwniczki procesowej , przy uwzględnieniu wartości przedmiotu zaskarżenia , złożyło się wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika spółki A. L. H. K. , ustalone na podstawie §6 pkt 6 w zw. z §13 ust 2 pkt 2 Rozporządzenia MS w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu z dnia 28 września 2002r [Dz U Nr 163 poz. 1348 z późn. zm.]