

Sygn. akt I ACa 1447/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 stycznia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Wojciech Kościołek
Sędziowie:	SSA Teresa Rak SSA Regina Kurek (spr.)
Protokolant:	sekr.sądowy Katarzyna Rogowska

po rozpoznaniu w dniu 28 stycznia 2014 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy

sprawy z powództwa głównego J. G. (1) Zakład Budownictwa (...) w G.

przeciwko Gminie Ł.

o zapłatę

oraz z powództwa wzajemnego Gminy Ł.

przeciwko J. G. (1) Zakład Budownictwa (...) w G.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu

z dnia 12 sierpnia 2013 r. sygn. akt I C 363/11

**1. zmienia punkt II 1 i II 4 zaskarżonego wyroku w ten sposób, że:**

**II 1. zasądza od pozwanego J. G. (1) – Zakład Budownictwa (...) w G. na rzecz powodowej Gminy Ł. kwotę 17 952 zł (siedemnaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt dwa złote) z ustawowymi odsetkami od 6 lipca 2011r., oraz oddala powództwo w zakresie dotyczącym zapłaty kwoty 34 958,02 zł (trzydzieści cztery tysiące dziewięćset pięćdziesiąt osiem złotych 2/100);**

**II 4. zasądza od powoda Gminy Ł. na rzecz pozwanego J. G. (1) kwotę 7 200 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania;**

2. *oddala w pozostałej części apelację powoda (pozwanego wzajemnego) J. G. (1);*
3. *oddala w całości apelację pozwanego (powoda wzajemnego) Gminy Ł.;*
4. *zasądza od Gminy Ł. na rzecz J. G. (1) kwotę 6 297 zł (sześć tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.*

Sygn. akt I ACa 1447/13

## UZASADNIENIE

W pozwie skierowanym przeciwko Gminie Ł., J. G. (1) prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa (...) w G., domagał się zasądzenia na swoją rzecz kwoty 188.964,36 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 1 lutego 2011 r. do dnia zapłaty, zgodnie z fakturą z dnia 31 grudnia 2010 r. oraz kwoty 6.613,75 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 5 marca 2011 r. do dnia zapłaty - tytułem zwrotu 70% zabezpieczenia. Wniósł także o zasądzenie kosztów procesu.

W uzasadnieniu wskazał, iż dochodzona kwota wiąże się z należnością za wykonanie robót budowlanych. W oparciu o łączącą strony umowę, wykonane zostały wszelkie prace które zgłoszone zostały do obioru pismem z dnia 4 listopada 2010 r. Końcowy odbiór dokonany w dniu 15 listopada 2010 r. zawierał jedynie uwagi co do wykonania nieistotnych - z punktu widzenia całości przedmiotu umowy - drobnych elementów, które według inwestora należało poprawić, co uczynił. Również kolejny odbiór dokonany w dniu 29 listopada 2010 r., zawierał uwagi o podobnym charakterze; zostały one uwzględnione i poprawione. W konsekwencji, w dniu 30 grudnia 2010 r. inspektor nadzoru z ramienia inwestora dokonał odbioru robót, a na tej podstawie sporządzony został protokół odbioru, na podstawie którego wystawiona została faktura w oparciu o którą dochodzi żądanej kwoty. Wskazał także, iż poza twierdzeniami o niewykonaniu objętych umową robót, odmowa zapłaty umówionej sumy nie została poparta żadnymi uzasadnionymi argumentami.

W odpowiedzi na pozew, Gmina Ł. wniosła o oddalenie powództwa głównego w całości i zasądzenie kosztów postępowania. Równocześnie złożyła pozew wzajemny, w ostatecznym stanowisku domagając się zasądzenia od powoda - tytułem kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy - kwoty 370.370,15 zł wraz ustawowymi odsetkami liczonymi od kwoty 206.806,08 zł od dnia 22 czerwca 2011 r. do 24 stycznia 2012 r. oraz od kwoty 370.370,15 zł od 25 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty .

Ustosunkowując się do żądania głównego wskazała, iż przywołana umowa nakładała na strony wysoki stopień formalizmu w tym brak możliwości zmian nieprzewidzianych przez zamawiającego, zwłaszcza w kontekście uzyskanego dofinansowania z (...) Regionalnego Programu Operacyjnego. W treści umowy wykonawca był informowany o możliwości dofinansowania zadania ze środków zewnętrznych, przez co wymagane było dostarczenie m.in. powykonawczego kosztorysu oraz atestów na materiały budowlane użyte w trakcie realizacji wykonywanych robót. W oparciu o zapisy przedmiotowej umowy, powód nie miał żadnych podstaw do wystawienia faktury i żądania wynagrodzenia zwłaszcza, że pozwana nie otrzymała właściwego zawiadomienia o planowanym odbiorze, który protokolarnie nastąpił dopiero w dniu 12 grudnia 2011 r. Wbrew twierdzeniom powoda, szereg wad i usterek stwierdzanych w kolejnych, dwukrotnych odbiorach, nie pozwalało dokonać odbioru końcowego i przekazania zmodernizowanego obiektu do eksploatacji, stwierdzono bowiem, że roboty zostały wykonane niezgodnie z umową i zasadami sztuki budowlanej, a ich jakość jest zła. Treść obowiązującej strony umowy w żadnym ze swoich zapisów nie przywoływała nieistotnych z punktu widzenia całości przedmiotu umowy drobnych elementów prac. Nieprawdą jest również twierdzenie, że wykonawca wykonał wszelkie poprawki; przeczy im choćby bowiem pismo autorstwa inspektora nadzoru z dnia 27 maja 2011 r., który na prośbę Gminy sprawdził niedoróbki i usterki wskazane w protokole odbioru z 29 listopada 2010 r. Nie uznając zamówienia za należycie wykonane, pozwana zakwestionowała także żądanie zwrotu zabezpieczenia przewidzianego w treści łączącej strony umowy. Podnosząc powyższe wskazała dodatkowo na okoliczność, iż niebawem po drugim odbiorze przedstawiciele Gminy powzięli wiadomość, iż warstwa

ocieplenia ścian zewnętrznych na części powierzchni budynku posiada 8 cm grubości, nie zaś - wynikające z projektu wymagane 14 cm. Zauważono także, iż remont dachu został wykonany niezgodnie z dokumentacją techniczną, nie dokonano bowiem demontażu starego pokrycia dachu, bezpośrednio nałożono na nie natomiast nowe. Przedmiotowe zobowiązanie wykonane zostało zatem nienależycie, wadliwie i niezgodnie z właściwą w tym zakresie dokumentacją, przez co nie było podstaw do dokonania odbioru prac, a w konsekwencji - wystawienia przez wykonawcę faktury. Z tego względu, z inicjatywy Wójta zainicjowane zostało postępowanie karne w przedmiocie poświadczenia nieprawdy przez powoda i inspektora nadzoru T. J. pod kątem oszustwa subwencyjnego. Powództwo wzajemne uzasadniała odpowiedzialnością za niewykonanie zobowiązania w ustalonym terminie.

Odnosząc się do treści pozwu wzajemnego, J. G. (1) wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania. Podtrzymał dotychczasowe stanowisko wskazując na nieuzasadnione powoływanie się przez pozwaną na dysproporcje pomiędzy skalą wad stwierdzonych w kolejnych, obustronnych odbiorach a odmową wynagrodzenia za prace wykonane w całości. Wskazał równocześnie, iż wykazane w protokołach usterki w części dotyczyły prac dodatkowych - nie objętych zakresem umowy, w części zaś - drobnych usterek nie wpływających na uznanie, że przedmiot umowy nie został zrealizowany w terminie; usterki te należało traktować jako zgłoszenia reklamacyjne, od których wykonania się nie uchylał. Zadaszenie budynku oraz jego ocieplenie wykonane zostało natomiast przy wiedzy inspektora nadzoru inwestorskiego, podobnie jak szereg prac dodatkowych, których wartości nie obejmuje zresztą żądaniem pozwu. Wskazał nadto, iż w wykonaniu umowy nie pozostawał w zwłoce, przedmiot umowy został bowiem wykonany w terminie a pozwana przejęła obiekt w którym wykonywane były prace i obiekt ten użytkuje. Z ostrożności procesowej podniósł też, iż powódka wzajemna nie wykazała by poniosła jakkolwiek szkodę; wniósł nadto o miarkowanie kary umownej.

Wyrokiem z dnia 12 sierpnia 2013r Sąd Okręgowy w Nowym Sączu z powództwa głównego:

I. zasądził od strony pozwanej Gminy Ł. na rzecz powoda J. G. (1) – Zakład Budownictwa (...) w G. kwotę 156.635,17 zł (sto pięćdziesiąt sześć tysięcy sześćset trzydzieści pięć złotych 17/100) z należnymi ustawowymi odsetkami od dnia 11 lutego 2011 r. oraz kwotę 6.613,75 zł (sześć tysięcy sześćset trzynaście złotych 75/100), z ustawowymi odsetkami od dnia 6 marca 2011 r. ; w pozostałej części powództwo oddalił; nakazał ściągnąć od powoda J. G. (1) – Zakład Budownictwa (...) w G. na rzecz Skarbu Państwa ( Kasa Sądu Okręgowego w Nowym Sączu) kwotę 528,51 zł ( pięćset dwadzieścia osiem zł ,51/100) tytułem zwrotu części wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa a nadto zasądził od strony pozwanej Gmina Ł. na rzecz powoda J. G. (1) – Zakład Budownictwa (...) w G. kwotę 10 971zł ( dziesięć tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt jeden złotych) tytułem zwrotu części kosztów procesu.

z powództwa wzajemnego:

I. zasądził od pozwanego J. G. (1) – Zakład Budownictwa (...) w G. na rzecz strony powodowej Gminy Ł. kwotę 52.910,02 zł (pięćdziesiąt dwa tysiące dziewięćset dziesięć złotych 02/100)z należnymi ustawowymi odsetkami od dnia 6 lipca 2011 r. ; w pozostałej części powództwo oddala; nakazał ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa (Kasa Sądu Okręgowego w Nowym Sączu) od Gminy Ł. kwotę 2407,65 zł ( dwa tysiące czterysta siedem złotych ,65/100) tytułem zwrotu części wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa , zasądził od pozwanego J. G. (1) – Zakład Budownictwa (...) w G. na rzecz strony powodowej Gminy Ł. kwotę 3096 zł (słownie trzy tysiące dziewięćdziesiąt sześć złotych ) tytułem zwrotu części kosztów procesu.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy wydał po ustaleniu następującego stanu faktycznego :

W konsekwencji dokonania przez pozwaną Gminę w przetargu nieograniczonym wyboru oferty powoda, w dniu 19 sierpnia 2010 r. Gmina Ł. (zamawiająca) zawarła z J. G. (1), prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa (...) w G. (wykonawcą), umowę na mocy której zobowiązał się on wykonać na zlecenie Gminy zadanie pod nazwą „Remont, modernizacja i termomodernizacja budynku remizy Ochotniczej Straży Pożarnej w W. w ramach projektu Modernizacja obiektów infrastruktury społecznej w gminie Ł. - etap I” z materiałów własnych, zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i złożoną ofertą. Przedmiot zamówienia stanowiło wykonanie robót polegających na przedłużeniu okapu dachu ze zmianą pokrycia zadaszenia budynku, ocieplenie ścian zewnętrznych

i stropu, wymiana stolarki okiennej i drzwiowej oraz wykonanie izolacji przeciwwilgociowej budynku z drenażem opaskowym.

Za wykonanie przedmiotu zamówienia strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe na kwotę 188.964,36 zł brutto (§ 1 umowy).

Umowa nie dopuszczała zwiększenia zakresu rzeczowego lub ilościowego robót, bez wprowadzenia robót dodatkowych odrębną umową zgodnie z regulacjami umowy; w przypadku zaistnienia konieczności wykonania prac dodatkowych, nie objętych dokumentacją projektową oraz przedmiarem robót załączonym do SIWZ, wykonawcy nie wolno było ich realizować bez uzyskania dodatkowego zamówienia na podstawie odrębnej umowy. Wszelkie samoistne dyspozycje inspektora nadzoru inwestorskiego w tym zakresie były bezskuteczne (§ 2 pkt 4).

Zamawiający zobowiązał się równocześnie m.in. do przekazania dokumentacji projektowej oraz dziennika budowy, a także przekazania terenu budowy oraz wskazania miejsca poboru wody i energii elektrycznej (§ 3). Przy przyjęciu, iż termin zakończenia robót stanowi dzień podpisania protokołu odbioru robót (§ 6 umowy), termin całkowitej realizacji przedmiotu umowy ustalono pierwotnie na dzień 30 października 2010 r., aneksem do umowy termin ten zmieniając ostatecznie na dzień 15 listopada 2010 r.

Do pełnienia nadzoru inwestorskiego zamawiający wyznaczył T. J., kierownikiem budowy z ramienia wykonawcy został zaś J. G. (1) (§ 8 pkt 1 i 4). W § 9 pkt 3 i 4 umowa przewidywała, że wykonawca zobowiązany jest posiadać deklarację zgodności z Polską Normą lub aprobatę techniczną na wykorzystywane do robót materiały a także przekazać zamawiającemu gwarancje producentów, instrukcje obsługi i konserwacji, aprobaty techniczne i certyfikaty na materiały i urządzenia wbudowane w ramach realizacji zamówienia, przed ich wbudowaniem. Strony ustaliły także, że po zakończeniu robót wykonawca pozostawi cały teren robót uporządkowany i nadający się do użytkowania bez konieczności wykonania przez zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych prac (§ 11 pkt 3 umowy).

Strony przewidziały równocześnie, iż rozliczenie wykonanych w przedmiocie umowy prac nastąpi w oparciu o fakturę końcową; nie dopuszczając częściowego fakturowania ani zaliczkowania robót. Zapłata za wykonany i odebrany przedmiot umowy miała nastąpić w formie wynagrodzenia ryczałtowego na podstawie faktury Vat - w terminie do 30 dni od daty doręczenia prawidłowo wystawionej faktury przez wykonawcę. Faktura końcowa mogła zostać złożona zamawiającemu po wykonaniu odbioru robót i podpisaniu protokołu odbioru końcowego stwierdzającego wykonanie przedmiotu umowy (§ 12 pkt 1-3 umowy).

Dla zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wykonawca wniósł zabezpieczenie w wysokości 5% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie, w formie pieniężnej w łącznej wysokości 9.448,22 zł - tytułem pokrycia ewentualnych roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zwrot wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy nastąpić miał w następujący sposób: 70% w terminie 30 dni od wykonania zamówienia i uznania je przez zamawiającego za należycie wykonane, kolejne 30% - nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady (§ 13). Strony postanowiły równocześnie, że podstawową formą odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy są kary umowne; wykonawca zapłaci zaś zamawiającemu kary umowne m.in. za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy oraz nieterminowe usunięcie wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi lub gwarancji, w wysokości 0,5% wartości umownej brutto umowy, za każdy dzień zwłoki (§ 14 umowy).

W § 15 umowy strony ustaliły, że przedmiotem odbioru jest przedmiot umowy zgłaszany w następującym trybie:

1. Wykonawca zgłosi pisemnie do siedziby zamawiającego gotowość obiektu do odbioru najpóźniej w terminie 7 dni roboczych przed upływem terminu określonego w § 6;
2. Wykonawca zobowiązany jest przy zgłoszeniu zamawiającemu obiektu do odbioru dołączyć: oświadczenia kierownika budowy o wykonaniu przedmiotu umowy i uporządkowaniu terenu, wypełniony dziennik budowy, wymagane atesty, protokoły badań i sprawdzeń, geodezyjną dokumentację powykonawczą, zawiadomienie Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w G. o zakończeniu budowy potwierdzone przez ten organ wraz

z oświadczeniem wykonawcy, że w terminie 21 dni od dnia doręczenia, właściwy organ nie wniósł sprzeciwu lub zaświadczenie wydane przez właściwy organ, że nie wniósł sprzeciwu wobec zawiadomienia o zakończeniu budowy, pisemny dokument gwarancyjny oraz sporządzony kosztorys powykonawczy wykonanych robót - według cen przyjętych w ofercie, potwierdzony przez inspektora nadzoru. Zastrzeżono, że przedmiotowy kosztorys jest wymagany ze względu na przewidywane dofinansowanie przedmiotu umowy ze środków zewnętrznych i związaną z tym możliwość weryfikacji kosztów kwalifikowanych, co nie zmienia ryczałtowego charakteru wynagrodzenia;

3. Zamawiający wyznaczy termin, powoła komisję odbiorową i rozpocznie odbiór końcowy przedmiotu zamówienia w terminie do 7 dni roboczych od zawiadomienia go o osiągnięciu gotowości do odbioru, zawiadamiając o tym wykonawcę;

4. Strony postanowiły także, że z czynności odbioru końcowego będzie spisany protokół zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru;

5. Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady strony ustaliły, że zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia: a) w przypadku wad dających się usunąć, zamawiający może odmówić przyjęcia przedmiotu umowy określając jednocześnie termin usunięcia wad i ponownego odbioru lub może przyjąć przedmiot umowy z jednoczesnym opisaniem stwierdzonych wad w protokole odbioru i określeniem terminu ich usunięcia przez wykonawcę, b) w przypadku wad, których usunąć się nie da, zamawiający może: w przypadku wad istotnych, żądać wykonania przedmiotu umowy od nowa lub odstąpić od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w przypadku zaś wad nieistotnych - żądać stosunkowego obniżenia należnego wykonawcy wynagrodzenia (...);

7. Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zawiadomienia zamawiającego o usunięciu wad oraz żądania wyznaczenia terminu odbioru zakwestionowanych uprzednio robót jako wadliwych.

8. W przypadku nie usunięcia wad w wyznaczonym terminie, zamawiający ma prawo zlecenia ich usunięcia osobie trzeciej na koszt wykonawcy (...);

10. Koszt usunięcia wad ponosi wykonawca, a okres ich usuwania nie przedłuża umownego terminu zakończenia robót.

W § 16 strony przewidziały 36 miesięczny termin gwarancji i rękojmi na roboty objęte umową, w tym obowiązek wykonawcy bezpłatnego usunięcia w ciągu 5 dni usterek powstałych z przyczyn przez niego zawinionych. Strony przewidziały również, że zamawiający może odstąpić od umowy m.in. wówczas gdy wykonawca wykonuje roboty wadliwie, nieterminowo, niezgodnie ze specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robot budowlanych; w tych wypadkach zamawiający może po uprzedzeniu wykonawcy na 10 dni naprzód, wkroczyć na teren robot nie zwalniając wykonawcy z odpowiedzialności wynikającej z warunków umowy (§ 17 pkt 1 i 2 umowy). Zastrzeżono nadto, że zmiana umowy wymaga formy pisemnej w postaci aneksu pod rygorem nieważności (§ 18 umowy).

Zawarcie przedmiotowej umowy poprzedziło dokonanie przez Gminę Ł. w dniu 17 sierpnia 2009 r. w Starostwie Powiatowym w G. zgłoszenia zamiaru przystąpienia do wykonywania robót budowlanych niewymagających pozwolenia na budowę.

Wraz z podpisaniem wymienionej umowy, Gmina Ł. zawarła z T. J., umowę o pełnienie nadzoru inwestorskiego m.in. nad realizacją wymienionego wyżej zadania. Odwołując się do treści art. 25 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.).

Umowa przewidywała m.in., że zakres obowiązków i uprawnień nadzoru inwestorskiego obejmuje w szczególności: wydawanie poleceń i instrukcji wykonawcy robót budowlanych - celem prawidłowego i rzetelnego wykonania prac określonych w dokumentacji budowlanej oraz umowie z wykonawcą; prawo wstrzymania robót - jeśli jest to konieczne dla ich prawidłowego wykonania oraz w przypadku, gdy wykonawca nie wypełnia swych obowiązków z należytą starannością, wiedzą techniczną i postanowieniami zawartej z nim umowy; kontrole jakości używanych materiałów

zgodnie z prawem żądania dodatkowych badań jakościowych, a w szczególności obowiązkowy odbiór przedstawionych przez wykonawcę certyfikatów i deklaracji zgodności materiałów przed ich wbudowaniem; żądanie usunięcia przez wykonawcę ujawnionych wad w jakości prac oraz wnioskowanie o potrącenie z wynagrodzenia wykonawcy kar umownych w przypadku nie usunięcia tych wad; dokonywanie odbiorów częściowych, zwłaszcza prac zanikających i ulegających zakryciu; dbania o interesy zamawiającego oraz podejmowanie czynności zapewniających techniczną poprawność realizowanej inwestycji, pobyt na terenie realizowanej inwestycji oraz bieżące reprezentowanie zamawiającego na budowie poprzez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z przepisami prawa, umowy oraz projektu; potwierdzanie faktyczne wykonywanych robót oraz usunięcia wad; sprawdzanie obmiarów robót i kosztorysów powykonawczych oraz potwierdzenie wykonywanych robót jako podstawy do zapłaty wynagrodzenia wykonawcy; sygnalizowanie zamawiającemu o wszelkich okolicznościach mogących mieć wpływ na terminowość oraz poprawność wykonywanych robót budowlanych a nadto o wystąpieniu okoliczności nieprzewidzianych w dokumentacji projektowej a także - reprezentowanie interesów zamawiającego (§ 2 umowy). Równocześnie T. J. zapewnił o dysponowaniu odpowiednimi kwalifikacjami i uprawnieniami budowlanymi zobowiązując się zlecony nadzór inwestorski wykonywać zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i Polskimi Normami, zasadami wiedzy technicznej i postanowieniami umowy - za ustalone wynagrodzenie (§ 3 i 5 umowy).

Pozwana Gmina nie dostarczyła wykonawcy dziennika budowy; w trakcie prowadzenia prac dziennik taki nie był prowadzony.

W okresie prowadzenia prac budowlanych, obiekt był wykorzystywany przez straż pożarną, ośrodek zdrowia i bibliotekę wiejską a w zakresie jego użytkowania nie istniały jakiegokolwiek ograniczenia.

W dniu 22 września 2010 r. pozwana Gmina podpisała z (...) Urzędem Wojewódzkim w K. umowę o dofinansowanie w ramach (...) Regionalnego Programu Operacyjnego projektu pod nazwą „Modernizacja obiektów infrastruktury społecznej w gminie Ł. - etap 1”, który obejmował m.in. zadanie pod nazwą „Remont, modernizacja i termomodernizacja budynku remizy Ochotniczej Straży Pożarnej w W.” z pierwotnym okresem realizacji do dnia 30 czerwca 2011 r., przedłużanym następnie kolejnymi aneksami. Niezależnie od tego pozwana dysponowała środkami zabezpieczonymi na koszt inwestycji.

W trakcie wykonywania prac budowlanych, T. J. zwracał wykonawcy uwagę co do konieczności dokonania uzupełnienia styropianu na remontowanym obiekcie, z uwagi na niesprzyjające warunki atmosferyczne akceptował modyfikację projektu w zakresie zadaszania. W toku wykonywania robót firma powoda wykonała nieobjęte pisemnym zleceniem prace jako dodatkowe które objęły wykonanie wjazdu na dach, instalacji odgromowej oraz poszerzenie drzwi garażowych. Na ustne polecenie Wójta wykonał nadto podjazd z kostki brukowej.

Wysłany za pośrednictwem faksu pismem z dnia 15 listopada 2010 r., pozwana powiadomiła powoda o powołaniu na ten sam dzień komisji odbioru zadeklarowanych robót, w skład której wchodził przedstawiciel pozwanego - J. G. (2), A. O. (1) i M. B., a nadto przedstawiciel użytkownika obiektu - sołtys (...) oraz powoda - J. G. (1).

Podczas przeglądu wykonanych robót stwierdzono, że powód nie dostarczył wymaganych dokumentów a nadto, że roboty zostały wykonane niezgodnie z umową i zasadami sztuki budowlanej. Zidentyfikowano brak obróbek blacharskich kominów, brak szpalet w pomieszczeniu nad garażem, konieczność przywrócenia ogrodzenia do stanu pierwotnego oraz konieczność poprawy mocowania uszczelki przy drzwiach garażowych. Wskazano nadto na konieczność przełożenia ścieku liniowego przy garażu oraz kostki na wjeździe do garażu; nakazano uporządkować pomieszczenia na parterze i w świetlicy, obniżyć niweletę przy wejściu do ośrodka zdrowia, uzupełnić otwory przy rynnach i skrzynce elektrycznej, a także zamalować plamy na ścianach od strony drogi powiatowej, wyskarpować ziemię od strony sąsiadującej posesji, a także dołożyć ocieplenie na strychu budynku. Powyższe roboty powód zobowiązał się wykonać do dnia 23 listopada 2010 r. Kserokopia protokołu została wykonawcy doręczona.

W związku z otrzymanym w dniu 22 listopada 2010 r. zgłoszeniem wykonania wad i usterek zasygnalizowanych w protokole odbioru końcowego z dnia 15 listopada 2010 r., pismem z dnia następnego Gmina Ł. poinformowała wykonawcę o ponownie wyznaczonym terminie komisyjnego odbioru robót na dzień 29 listopada 2010 r. Komisja

w składzie (...), J. G. (2) i M. B. oraz z ramienia wykonawcy: J. G. (1), E. D. i A. S. a także inspektor nadzoru T. J. oraz E. S., w dniu 29 listopada 2010 r. stwierdziła, że w trakcie odbioru wykonawca przedstawił dokumenty w postaci protokołu badania urządzenia piorunochronnego, atesty i karty gwarancyjne, certyfikaty oraz oświadczenia kierownika budowy, stwierdzono natomiast brak kosztorysu powykonawczego. Jakość wykonanych robót komisja oceniła jako złą stwierdzając, iż roboty wykonane zostały niezgodnie z umową i zasadami sztuki budowlanej.

Stwierdzono wady i usterki w postaci konieczności: 1) wyprostowania połączenia dachowej i gąsiorów, 2) uzupełnienia docieplenia stropu, 3) poprawy malowania ścian, 4) uzupełnienia wykończenia drzwi garażowych płytkami ściennymi, 5) uzupełnienia zaprawy koło kabla telefonicznego, a także 6) uzupełnienia ubytku nawierzchni asfaltowej od budynku do studzienki kanalizacyjnej 7) nakazano wyrównać powierzchnię ścian zgodnie z normami oraz 8) dokonać oprawy wjazdu dachowego. Wykonawca zobowiązał się usunąć stwierdzone wady do 22 grudnia 2010 r. osobiście wyznaczając termin końcowy, przy czym zobowiązano go do wykonania powyższych prac zgodnie z projektem technicznym i zasadami sztuki budowlanej. Zastrzeżono równocześnie, iż termin gwarancji ustalony będzie po odbiorze końcowym. Kserokopia protokołu została przesłana powodowi wraz z pismem z dnia 1 grudnia 2010 r.

Pismem, które wpłynęło do Gminy Ł. w dniu 22 grudnia 2010 r. wykonawca zwrócił się o przedłużenie terminu wykonania robót do dnia 31 grudnia 2010 r. powołując się na opady deszczu, które uniemożliwiły wykonanie prac na dachu oraz przy elewacji.

W związku z faktem, iż Gmina odmówiła przystąpienia do czynności odbioru, - powołując się na fakt zakończenia realizacji umowy, wraz z pismem z dnia 31 grudnia 2010 r. (data wpływu do Urzędu Gminy Ł. 3 stycznia 2011 r.) - powód, przedłożył wystawioną w dniu 30 grudnia 2010 r. fakturę (data wpływu 31 grudnia 2010 r.) na kwotę 188.964,36 zł wskazując, iż część robót koniecznych do wykonania robót wyszczególnionych w protokole z dnia 29 listopada 2010 r. nie zawierała się w przedmiarach robót na podstawie których opracowany został kosztorys poofertowy, wykonanie części z nich jest zaś niemożliwe ze względu na warunki pogodowe; wszystkie prace możliwe są zaś w ramach napraw gwarancyjnych. Powód zgłosił budynek do przekazania inwestorowi wskazując równocześnie, że ewentualne wyznaczenie przez Urząd Gminy w Ł. nowego terminu odbioru zadania należy poprzedzić zawiadomieniem z należnym wyprzedzeniem.

Pismem z dnia 4 stycznia 2011 r. Wójt Gminy Ł. nie wyraził zgody na przedłużenie terminu odbioru robót, z kolei pismem z dnia 10 stycznia 2011 r. wezwał powoda do przedłożenia protokołu odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji potwierdzonego przez inspektora nadzoru. Po tym jak wraz z pismem z dnia 14 stycznia 2011 r. wykonawca przedłożył podpisany przez T. J. protokół odbioru z dnia 30 grudnia 2010 r. ze stwierdzeniem, że wykonane roboty zostały wykonane zgodnie z umową i ich jakość jest dobra, pismem z dnia 20 stycznia 2011 r. pozwana Gmina odesłała fakturę wskazując lakonicznie - z powołaniem na treść § 12 pkt 3 umowy - iż nie ma podstaw do jej zapłaty.

W piśmie skierowanym do Gminy z dnia 24 stycznia 2011 r., T. J. oświadczył, że potwierdzenie na protokole odbioru robót z dnia 30 grudnia 2010 r. zostało dokonane w przekonaniu, że protokół ten stanowi podstawę rozliczenia wewnętrznego u wykonawcy robót (roboty w toku), robót wykonanych na koniec roku kalendarzowego 2010, lecz nieodebranych przez zamawiającego do dnia 30 grudnia 2010 r. protokołem odbioru końcowego. Stwierdził, że protokół ów nie jest podstawą do wystawienia przez wykonawcę faktury końcowej za wykonane roboty.

W odpowiedzi na pismo powoda wzywające do zapłaty należności zgodnie z wystawioną fakturą i zwrot kwoty 6.613,75 zł tytułem należytego wykonania umowy - do dnia 5 marca 2011 r., pozwana podtrzymała pierwotne stanowisko. W międzyczasie skierowała do Prokuratury Rejonowej w Gorlicach zawiadomienie o możliwości popełnienia przez T. J. i J. G. (1) przestępstw m.in. polegających na poświadczeniu nieprawdy w protokole odbioru wykonanych robót z dnia 30 grudnia 2010 r. w ten sposób, że zawarto w nim informacje o tym, że odbiór nastąpił bez udziału przedstawiciela inwestora ponieważ odmówiono odbioru, roboty te zostały wykonane zgodnie z umową (projektem i kosztorysem), a ich jakość jest dobra.

W swoim piśmie z dnia 22 marca 2011 r. pozwana Gmina poinformowała powoda, że minęły terminy umowne zakończenia realizacji inwestycji w związku z czym, stosownie do treści § 14 umowy, za każdy dzień opóźnienia w

jej wykonaniu nalicza kary umowne. Informacja o naliczaniu kar umownych za nienależyte wykonanie przedmiotu umowy w związku z opóźnieniem została powtórzona w piśmie z dnia 30 marca 2011 r. a następnie z dnia 18 kwietnia 2011 r. oraz 19 kwietnia 2011 r. ze wskazaniem, iż termin realizacji inwestycji upłynął z dniem 15 listopada 2010 r. Pismem z dnia 2 maja 2011 r. powód zakwestionował zasadność naliczania kar umownych i ponownie wezwał pozwaną do zapłaty, co pozwana ponownie zakwestionowała w piśmie z dnia 13 maja 2013 r.

W dniu 27 maja 2011 r. do Urzędu Gminy Ł. wpłynęło pismo T. J. zawierające informację dotyczącą usunięcia niedoróbek i usterek w budynku remizy OSP w W., a wykazanych w protokole odbioru z dnia 29 listopada 2010 r. Stwierdził on w nim, że nie wykonano robót wyszczególnionych pod punktami od 3) do 5) i 8), pkt 1) wykonano częściowo, usunięto zaś w pełni niedoróbki i wady stwierdzone w pkt 2), 6) i 7) wymienionego protokołu.

W dniu 11 grudnia 2011 r. doszło do spotkania przedstawicieli inwestora i wykonawcy, w trakcie którego sporządzono protokół przejścia inwestycji i określenia stanu zaawansowania prac na dzień przejścia, w którym zgłoszono zastrzeżenia co do jakości wykonanych robót. Wskazano na nierówną powierzchnię elewacji, krzywo i nieprawidłowo zamontowane gąsiory, krzywe połacie dachowe i obróbki blacharskie, źle wyprofilowane zwody pionowe instalacji odgromowej w miejscu styku z elewacją, brak uszczelnień silikonem połączenia obróbek blacharskich z tynkami kominów i usterki stwierdzone w opracowaniu (...) spółka z o.o. z siedzibą w D.. Obecni z ramienia powoda jego przedstawiciele - J. G. (1) i A. S. nie zgodzili się z ustaleniami protokołu.

W rozpoznaniu zażalenia pozwanej na postanowienie Prokuratury Rejonowej w Gorlicach z dnia 24 sierpnia 2011 r. umarzające śledztwo przeciwko obydwójgu podejrzanym, postanowieniem z dnia 23 maja 2012 r. Sąd Rejonowy w Gorlicach utrzymał w mocy zaskarżone postanowienie, za podstawę umorzenia przyjmując brak znamion zarzucanych czynów.

W związku z zaistniałym sporem pozwana wielokrotnie informowała instytucję zarządzającą (...) o problemach związanych z realizacją i rozliczeniem projektu. Ostatecznie jednak wnioskiem z dnia 19 marca 2012 r. zwróciła się o zaliczenie modernizacji obiektu remizy OSP w W. do wydatków niekwalifikowanych, przy jednoczesnym zachowaniu wskaźników produktu i rezultatu pozwalających na uznanie, iż projekt w omawianym zakresie został zrealizowany i osiągnął zakładane cele pozwalające na ostateczne rozliczenie projektu i refundację wydatków za pozostałe zmodernizowane obiekty.

Wykonawca robót nie wykonał rozebrania pokrycia dachowego z blachy na powierzchni 256 m<sup>2</sup>, a montaż nowego pokrycia wykonano w sposób niezgodny z projektem. Ocieplenie ścian zostało wykonane jedynie częściowo bowiem na powierzchni 74,90 m<sup>2</sup> nie zostały użyte płyty styropianowe o projektowanej grubości 14 cm, a jedynie takie o grubości 8 cm. Powód nie przeprowadził wzmocnienia krokwi deskami, nie wykonał wiatrownic ani nie dokonał wymiany elementów konstrukcyjnych więźby dachowej. Wartość robót niewykonanych i robót wykonanych niezgodnie z projektem i zasadami sztuki budowlanej wynosi 22.400 zł netto, do czego dochodzi montaż pasów nadrynnowych (1.319,71 zł netto), barier śniegowych (776,98 zł netto) oraz kratki wentylacyjnych ze stali nierdzewnej (2.002,63 zł netto).

Powyższy stan faktyczny, zasadniczo bezsporny, Sąd I instancji ustalił w szczególności oparciu o dokumenty przedłożone do akt sprawy, w tym dokumentację kontraktową oraz korespondencję między stronami w zakresie realizacji zadania wynikającego z zawartej umowy. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, iż poza przedstawioną przez stronę pozwaną, w całości zakwestionowaną przez powoda opinią prywatną, treść dokumentów, ich wiarygodność i autentyczność - w tym treść oświadczenia T. J. z dnia 27 maja 2011 r. - nie była przez strony podważana; nie budziła też wątpliwości Sądu. Istotne dla ustaleń sprawy były również zeznania świadków wsparte przesłuchaniem stron; spór w niniejszej sprawie koncentrował się jednak głównie wokół różnicy w ocenie prawnej zgłoszonych roszczeń i zarzutów.

W kontekście podnoszonych przez strony argumentów, istotne znaczenie, w ocenie Sądu Okręgowego miały zeznania T. J. - inspektora nadzoru z ramienia pozwanej Gminy na rzecz której powód realizował zamówienie - w części w jakiej odniósł się on do odstępstw od projektu w zakresie zadania budynku i cieńszej niż dopuszczona w projekcie, części

warstwy docieplenia. Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw by odmówić tym zeznaniom wiarygodności, stąd też w ich kontekście, weryfikował odmienne zasadniczo twierdzenia stron. O ile świadek przyznał, iż przed rozpoczęciem prac związanych z pokryciem dachowym i termoizolacją wykonawca prac tych z nim nie uzgadniał, o tyle równocześnie wskazał, że mając świadomość odstępstw w tym zakresie, sam nie zgłaszał ich ani projektantowi ani Gminie, o ile bowiem odstępstw w zakresie zadaszania nie uznawał za istotne - brak ich zausterkowania uzasadniała bowiem, jak przyznał, zła pogoda i opady deszczu - o tyle odstępstwa w zakresie grubości docieplenia, w jego ocenie, nie były na tyle istotne by wymagały wstrzymania robót. Świadek, zbieżnie zresztą z zeznaniami E. S. - sołtysa wsi na terenie której powód wykonywał w ramach zamówienia prace modernizacyjne budynku remizy potwierdził, iż powód realizował prace dodatkowe, a część z nich - jak choćby kostka brukowa - realizowane były poza pisemnym zleceniem, na ustne polecenie Wójta. Sąd odmówił natomiast wiarygodności zeznaniom inspektora nadzoru w tym zakresie w jakim starał się uzasadnić sporządzenie i podpisanie przez siebie protokołu z dnia 30 grudnia 2010 r., optując za tym, iż protokoły ów nie stanowił protokołu końcowego, zdawał się bowiem pomijać, iż wskazana w nim wartość wykonanych robót pokrywa się z sumą wynagrodzenia ustalonego umową, oceniając zaś jakość wykonanych robót jako dobrą i wykonane zgodnie z umową, miał świadomość uchybień zasygnalizowanych w trakcie odbioru w dniu 29 listopada 2010 r. w którym wszakże osobiście uczestniczył a także treści umowy która nie dopuszczała częściowego fakturowania. Przyznał nadto wyraźnie, iż wykonanie robót w protokole z 30 grudnia 2010 r. potwierdził z uwagi na całościowe wykonanie tych robót, z niewielkimi jedynie usterkami

W pozostałym zakresie, zdaniem Sądu Okręgowego, zeznania świadków miały pomocnicze znaczenie w sprawie. Członkowie kolejnych komisji odbioru, w tym pracownicy administracji Gminy Ł. - J. G. (2), M. B. i A. O. (2), E. S. oraz z ramienia powoda - A. S. i E. D. odnosili się w swych zeznaniach do czynności związanych z odbiorami z listopada 2010 r.; żaden z nich nie potrafił jednak wyjaśnić dlaczego żaden z przedmiotowych protokołów nie odnosił się do odstępstw w zakresie poszycia dachowego czy ocieplenia budynku. W świetle dołączonej do akt sprawy dokumentacji, drugorzędne znaczenie w sprawie miały również zeznania skarbnika pozwanej gminy K. W., która odniosła się do jej sytuacji finansowej, jak też D. K. - architekta, która przywołała rozwiązania projektowe w zakresie poszycia dachowego i termoizolacji.

W świetle zgromadzonych w sprawie dokumentów, zeznania przedstawicieli stron miały pomocnicze znaczenie w sprawie; odnosiły się one głównie do okoliczności jakie towarzyszyły procesowi inwestycyjnemu i dokonywanym odstępstwom projektowym. W zakresie istotnym J. G. (1) wskazywał, iż wszelkie odstępstwa projektowe były wiadome zamawiającemu - były one bowiem konsultowane z inspektorem nadzoru.

Wójt Gminy Ł. K. K. podnosił z kolei, iż o wszelkim zmianach związanych z wykonaniem dachu i elewacji dowiedział się po drugim odbiorze od sołtysa (...), przyznał jednak, że wykonawca nie był pisemnie zawiadamiany o stwierdzonych w tym zakresie wadach.

Prywatne opracowania sporządzone przez (...) spółka z o.o. z siedzibą w D. - na okoliczność weryfikacji wykonanych robót przy obiekcie remizy OSP w W. - nie miały, zdaniem Sądu Okręgowego, większego znaczenia w sprawie. Przedłożone przez Gminę prywatne opinie nie mogły zyskać w wymienionym zakresie przymiotu obiektywnego dowodu, już z tego względu, że ich wykonanie zostało zlecone przez stronę mającą interes w uzyskaniu korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia. Sąd I instancji zwrócił uwagę, iż pozasądowa ekspertyza sporządzona na zlecenie strony i przedstawiona przez nią sądowi z zasady stanowi jedynie część argumentacji faktycznej, jeżeli zaś strona przedkłada ją do akt z intencją uznania jej za dowód w sprawie, stanowi ona wyłącznie dokument prywatny w rozumieniu art. 245 k.p.c., stanowiący dowód tego, że osoba podpisująca złożyła oświadczenia zawarte w dokumencie. Dokument taki nie korzysta jednak z domniemania prawdziwości zamieszczonych w nich twierdzeń; walor obiektywizmu i istotne znaczenie w sprawie miała zatem jedynie opinia wydana na zlecenie Sądu przez niezależnego od stron biegłego z zakresu budownictwa ogólnego i szacowania nieruchomości.

Opinia J. B. nie była zasadniczo kwestionowana; została jedynie uzupełniona i doprecyzowana w trakcie dodatkowego opiniowania a także toku bezpośredniego przesłuchania biegłego przed sądem, wobec którego strony mogły zadawać pytania. Sąd uznał ją w zasadniczej części za rzetelną i fachową, biegły przeanalizował bowiem dostępny materiał

dowodowy, a także dokonał oględzin nieruchomości, w oparciu o które dokonał ostatecznej weryfikacji zakresu robót budowlanych przeprowadzonych w obrębie obiektu. W opinii odniósł się do kosztorysu powykonawczego przedstawiając w jakim zakresie część robót uznaje za niewykonaną bądź wykonaną w niepełnym zakresie, pomimo ich uwzględnienia w treści kosztorysu i wbrew umownemu zobowiązaniu wykonawcy. Zarówno w pisemnym jak i ustnym ustosunkowaniu się do zgłoszonych przez strony zarzutów, J. B. podtrzymał wcześniejszą opinię szczegółowo wyjaśniając wszelkie zgłoszone zastrzeżenia i nieścisłości a także zaliczając dodatkowo w zakres nieuzasadnionych wydatków kosztorysu montaż pasów nadrynnowych, barier śniegowych oraz kratki wentylacyjne ze stali nierdzewnej; wyjaśnienia te nie były przez strony kwestionowane. W kontekście podnoszonych przez pozwanego zarzutów odnoszących się do niedoszacowania przez biegłego potrąceń z pkt II.22 - 4, 11 i 12 opinii głównej Sąd zważył, iż przedmiotem opinii nie był koszt doprowadzenia obiektu do stanu zgodnego z dokumentacją projektową, a jedynie ustalenie - w stosunku do kosztorysu ofertowego (powykonawczego) - stanowiącego uzasadnienie dla przyjętej w umowie, ryczałtowej wartości zamówienia - wartości robót, które wbrew jego założeniom nie zostały wykonane, bądź też zostały wykonane niezgodnie z projektem. Konfrontacja przedstawionego przez biegłego zestawienia z wymienionym kosztorysem ujawniła również, iż wbrew jego twierdzeniom, przyjęte przez niego w wyliczeniu kwoty odpowiadają wartościom netto. Sąd I instancji pominął natomiast w części opinię biegłego w zakresie oceny czy wykonane przez powoda roboty budowlane stanowią o jego wywiązaniu się z łączącej strony umowy. Rozstrzygnięcie w tym zakresie należy wyłącznie do kompetencji Sądu, dotyczy bowiem kwestii prawidłowości wykonania zobowiązania przez wykonawcę, co jest przedmiotem sporu w niniejszej sprawie. Nie umniejsza to jednak, zdaniem Sądu, walorów dowodowych opinii w pozostałym zakresie.

Sąd oddalił wniosek dowodowy pozwanej o dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadków E. K. lub R. H. - pracowników Wydziału Architektury i Budownictwa Starostwa Powiatowego w G. na okoliczność wykazania czy na prowadzone roboty wymagane było pozwolenie na budowę oraz czy przepisy prawa wymagały prowadzenia dziennika budowy dla tego rodzaju inwestycji, ustalenia te pozostają zastrzeżone dla kognicji sądu.

Poczyniwszy powyższe ustalenia, Sąd Okręgowy, w rozważaniach prawnych stwierdził, co następuje :

W okolicznościach niniejszej sprawy nie budził wątpliwości fakt związania stron umową z dnia 19 sierpnia 2010 r. oraz wysokość umówionego, ryczałtowego wynagrodzenia za wykonawstwo. Stosunek zobowiązaniowy będący podstawą roszczeń stron, należało rozpatrywać jednak w kategoriach umowy o roboty budowlane (art. 647 k.c.), nie zaś umowy o dzieło w rozumieniu art. 627 k.c. Umowa, z której obie strony wywodziły swoje roszczenia, miała bowiem za przedmiot wykonanie ściśle określonych prac modernizacyjnych budynku remizy OSP w W. podlegających realizacji zgodnie z dokumentacją projektową i sztuką budowlaną, a co za tym idzie - zgodnie z obowiązującymi w tym względzie normami. Strona pozwana przygotowała roboty budowlane, w tym dokonała przygotowania czynności formalnych koniecznych do rozpoczęcia robót, jak i dokonania wymaganego zgłoszenia, przekazała nadto wykonawcy teren budowy; zlecone roboty były wykonywane pod kierownictwem kierownika budowy i pod nadzorem inwestorskim, a zatem przy udziale uczestników procesu budowlanego. Za przyjętym charakterem umowy przemawiał zatem zarówno zindywidualizowany charakter przedsięwzięcia jak i zakres obowiązków stron, w tym zinstytucjonalizowany nadzór.

W kontekście podnoszonych przez strony twierdzeń, kluczowymi kwestiami wokół których koncentrował się spór, pozostawało ustalenie kiedy doszło do zaoferowania i odbioru robót, a w konsekwencji także ewentualna ocena zasadności obciążenia powoda karą umowną z tytułu opóźnienia w realizacji inwestycji. W tym względzie, na co zwrócił uwagę Sąd Okręgowy, żaden z dokumentów dołączonych do akt nie odzwierciedlał postępu prowadzonych robót, a tym bardziej nie pozwalała na rozróżnienie w jakim zakresie i w jakim przedziale czasowym następowały prace, w tym prace poprawkowe. W okolicznościach niniejszej sprawy nie budziło wątpliwości, iż pomimo braku nałożonego przepisami art. 42 i 45 ustawy Prawo budowlane obowiązku prowadzenia dziennika budowy, swoje zobowiązanie w tym zakresie zamawiająca zbagatelizowała, nie respektując obowiązku jaki nakładała na nią regulacja § 3 umowy. Zaniechanie w tym zakresie uniemożliwiało precyzyjne odtworzenie przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń jakie zachodziły w ich toku.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zasadności powództwa głównego Sąd Okręgowy wskazał, iż łącząca strony umowa w sposób wyraźny precyzowała obowiązującą procedurę odbioru, w tym uprawnienia zamawiającego w razie stwierdzenia wad w jej toku (§ 15 pkt 5 umowy). Z treści obydwu sporządzonych w listopadzie 2010 r. protokołów wynikało zaś, że pozwana Gmina konsekwentnie korzystała z uprawnienia do odmowy przyjęcia przedmiotu umowy - do czasu usunięcia wad oraz zaproponowania daty ponownego odbioru, którą - jak wynika z ustaleń - każdorazowo ustalał sam powód. Wbrew twierdzeniom powoda, niezależnie od charakteru stwierdzonych wad, odbiór końcowy robót nie nastąpił zatem w listopadzie 2010 r., o czym świadczy również zawarta w protokole z drugiego odbioru adnotacja, iż termin gwarancji ustalony będzie po odbiorze końcowym. W świetle jednak ustaleń, iż o osiągnięciu gotowości do odbioru zakwestionowanych uprzednio robót wykonawca ma obowiązek powiadomić zamawiającego na piśmie (§ 15 pkt 7 umowy z dnia 19 sierpnia 2010 r.), w okolicznościach niniejszej sprawy początkowy moment biegu terminu do wyznaczenia końcowego odbioru robót oznaczała data wpływu do biura pozwanej pisma powoda z dnia 31 grudnia 2010 r., co nastąpiło z dniem 3 stycznia 2011 r.

Sąd I instancji zaakcentował, iż w kontekście momentu potwierdzającego wykonanie umowy o roboty budowlane, odbiór robót - powiązany z wcześniejszym zaoferowaniem robót - jest warunkiem podstawowym. Na tym tle, w orzecznictwie Sądu Najwyższego aktualny pozostaje pogląd, który sąd orzekający aprobuje, iż zgłoszenie obiektu do odbioru - w kontekście obowiązku zamawiającego odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia - jest dla niego wiążące, jeżeli tylko obiekt ten został zrealizowany zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej (art. 647 k.c.), odmowa odbioru uzasadniona jest bowiem jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia może być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady są na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.

Odmienny, prezentowany przez pozwaną - w ślad za doktryną pogląd (m.in., „Wpływ istnienia wad na obowiązek odbioru robót budowlanych przez inwestora” - Jerzy P. Naworski., Przegląd Prawa Handlowego 1998/8/11) - nie zasługuje w ocenie Sądu Okręgowego na akceptację z tego względu, iż jakość robót wiąże się z odpowiedzialnością z tytułu gwarancji lub rękojmi za stwierdzone przy odbiorze wady, odbiór końcowy determinuje zaś wyłącznie kwestię wykonania zobowiązania przez wykonawcę. Z tego względu uzasadnionym, w ocenie Sądu, jest stanowisko wskazujące, iż strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależniać wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., sygn. II CSK 476/12 r., LexPolonica nr 6210293 i powołane w nim orzecznictwo). Pogląd taki trafnie uzasadniany jest potrzebą rozróżnienia niewykonania zobowiązania (kiedy zachowanie dłużnika w żadnym zakresie nie odpowiada świadczeniu do którego się zobowiązał) od nienależytego wykonania zobowiązania (kiedy zachowanie dłużnika jedynie częściowo pozostaje sprzeczne z treścią zobowiązania); stanowisko takie znajduje zresztą odzwierciedlenie w treści odesłania zawartego w regulacji art. 637 k.c. w zw. z art. 656 k.c. Zasługuje przy tym na uwzględnienie, zdaniem Sądu Okręgowego, szeroko w orzecznictwie rozpowszechnione twierdzenie o konieczności znalezienia kompromisu pomiędzy wymienionymi formami nie wywiązania się ze zobowiązania a wadliwym zrealizowaniem przedmiotu umowy. Przyjmuje się bowiem, iż wykluczenie istnienia jakiegokolwiek wady w chwili oddania budynku naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, uzależniając odbiór oraz płatność należnego wykonawcy wynagrodzenia od wykluczenia istnienia jakiegokolwiek wady w chwili oddania przedmiotu zamówienia, odwołując tym samym - nawet w nieskończoność - moment odbioru robót i umożliwiając naliczanie kary umownej za niedotrzymanie terminu realizacji umowy warunkowanej przedstawieniem robót do odbioru w stanie idealnym, co w przypadku robót budowlanych o znacznym zakresie, jest częstokroć trudne do realizacji. Przywołał Sąd I instancji wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r., sygn. II CKN 28/97, LexPolonica nr 320464; z dnia 30 października 2002 r., sygn. V CKN 1287/00, LexPolonica nr 2415317; z dnia 22 czerwca 2007 r., sygn. V CSK 99/07, LexPolonica nr 1983364; Umowa o roboty budowlane z wzorami. Agnieszka Damasiewicz. Warszawa 2010. LexisNexis).

Z tego względu Sąd orzekający w pełni zaakceptował pogląd, iż samo wystąpienie usterek i wad nie stanowi automatycznie uzasadnionej przyczyny wstrzymania się z odbiorem robót i zapłatą wynagrodzenia; ocena w tym zakresie determinowana jest bowiem charakterem wad. Wady istotne należy przy tym wiązać z defektami tego rodzaju, które uniemożliwiają czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłączając normalne jego wykorzystanie

zgodnie z celem umowy albo odbierają mu cechy właściwe lub rezultat wyraźnie w umowie zastrzeżony (niewykonanie zobowiązania). Pozostałe wady oznaczają natomiast wykonanie zobowiązania, jednak w sposób nienależyty co do jakości, rzutując jedynie na zaktualizowanie uprawnień inwestora z tytułu rękojmi lub gwarancji.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie może budzić wątpliwości Sądu, iż skoro strony niniejszego sporu umówiły się, że odbiór robót ma nastąpić protokolarnie, a powód - uznając, że roboty w zakresie objętym umową zostały zakończone - zgłosił je do odbioru końcowego, obowiązkiem pozwanej było przystąpienie do tej czynności z jednoczesnym sporządzeniem z niej protokołu odzwierciedlającego istniejący stan rzeczy. Protokół taki winien zawierać ustalenia co do zakresu wykonanych robót, ich jakości i ewentualnych usterek, ich charakteru wraz z ewentualnym terminem ich usunięcia. Z uwagi na przewidzianą w umowie formę odbioru pozwana winna była przystąpić do tej czynności celem formalnego sprawdzenia wykonania zgłoszonych robót poprawkowych, a następnie - w zależności od jego wyniku - ich odebrania z pokwitowaniem spełnienia świadczenia bądź też odmowy odbioru z zachowaniem przewidzianej w umowie formy protokolarnej, czego jednak zaniechała, uniemożliwiając tym samym zarówno weryfikację dokonanych przez powoda poprawek, jak też formalne zasygnalizowanie powodowi wad w zakresie zadaszania i ocieplenia budynku, których - jak wynika z treści protokołów z listopada 2010 r. - wyraźnie nie komunikowała. Sąd I instancji zwrócił uwagę, iż czynność ta miała szczególne znaczenie w kontekście pozyskania zewnętrznego współfinansowania, w tym precyzyjnego określenia stanowiska w przedmiocie ujawnionych wad.

Nie bez znaczenia pozostaje, jak motywuje Sąd Okręgowy, iż część ze stwierdzonych w protokole z dnia 29 listopada 2010 r. niedoróbek została, jak wynika z zeznań T. J., usunięta poprzez wyprostowanie połączeń dachowej i gąsiorów, wyrównanie powierzchni ścian, uzupełnienie docieplenia stropu i ubytków w nawierzchni - i to niezależnie od faktu, że pozostała część dotyczyła robót nieobjętych dokumentacją projektową takich jak uzupełnienie zaprawy koło kabla telefonicznego czy wykonanie oprawy wjazdu dachowego.

Pozwana nie wykazała przy tym, by pozostałe wady odnoszące się do zakresu objętego umową miały charakter wad istotnych, sam biegły ocenił je jedynie jako roboty wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną choć nieestetyczne.

Nie można przy tym pominąć, zdaniem Sądu I instancji, iż choć protokół z dnia 30 listopada 2010 r. nie zawierał precyzyjnego opisu stwierdzonych w trakcie odbioru wad - bez podania wielkości stwierdzonych odchyłek w odniesieniu do poszczególnych cech, wady te umożliwiały normalne korzystanie z rezultatu przeprowadzonych robót zgodnie z ich przeznaczeniem, o czym świadczy ich stosunkowo drobny charakter (obejmujący konieczność uzupełnienia, wyrównania lub wyprostowania), jak również wyznaczony przez powoda, nieodległy termin ich usunięcia, pośrednio zaś fakt, iż w toku postępowania pozwana - poza wyrównaniem rynien, rur spustowych i obróbek blacharskich - nie domagała się rozliczenia tych usterek w ramach rozwiązania zaproponowanego w treści opinii prywatnej (k. 383). Wszystkie wskazane wyżej okoliczności uzasadniały zatem w ocenie Sądy przyjęcie, iż pewne niedoróbki w zakresie drobnych prac wykończeniowych nie mogły ostatecznie przesądzać o niewykonaniu umowy i odmowie odbioru wykonanego w całości przedmiotu umowy.

Oceny tej nie zmienia ujawnienie w wykonanym obiekcie odstępstw od projektu w zakresie pokrycia dachowego i termoizolacji części budynku. Istotnym w sprawie bowiem pozostaje, jak zaakcentował Sąd Okręgowy, iż uchybienia te nie znalazły odzwierciedlenia w żadnym z protokołów odbioru sporządzanych w listopadzie 2010 r.; powód nie był też wzywany do ich usunięcia w okresach okołoodbiorowych. Nie budziło wątpliwości Sądu in meriti, iż przy okazji dokonywania czynności odbioru zamawiająca Gmina powinna dokładnie zapoznać się ze stanem technicznym przekazywanego obiektu, zwłaszcza w sytuacji gdy członkami poszczególnych komisji odbioru były osoby z uprawnieniami budowlanymi. Niewątpliwie w protokole czynności odbioru winny zostać ujęte wszelkie ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym wykaz wszystkich ujawnionych wad, ich stwierdzenie obligowało bowiem dopiero wykonawcę do ich usunięcia. Co istotne, jak podkreślił Sąd Okręgowy, nawet brak staranności w tym zakresie nie wyłączał możliwości dochodzenia przez zamawiającego uprawnień z tytułu rękojmi w sytuacji gdy wady istniały, nie ujawniono ich jednak przy odbiorze (w oparciu o odesłanie do przepisu art. 564 k.c.), w takim jednak wypadku okoliczność ta nie miała wpływu na skuteczność czynności odbioru. Ewentualna realizacja uprawnień gwarancyjnych nie mogła też skutkować zarzutem w zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Sąd Okręgowy wskazał, iż z ustaleń dokonanych w sprawie w sposób jednoznaczny wynika, iż występujący z ramienia inwestora inspektor nadzoru T. J., na etapie wykonywania prac miał świadomość istniejących w tym zakresie odstępstw. Wprawdzie zgłaszał powodowi swoje zastrzeżenia w tym zakresie, niemniej kontynuowanie robót w pełni aprobował.

W tym kontekście nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż w świetle obowiązujących przepisów ustawy Prawo budowlane i wydanych w oparciu o nią przepisów wykonawczych (rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 19 listopada 2001 r. w sprawie rodzajów obiektów budowlanych, przy których realizacji jest wymagane ustanowienie inspektora nadzoru inwestorskiego - Dz.U. Nr 138, poz. 1554), obowiązek powołania przez zamawiającego inspektora nadzoru ogranicza się do wypadków uzasadnionych wysokim stopniem skomplikowania robót lub warunkami gruntowymi. W takim wypadku, niewymuszona decyzja o ustanowieniu inspektora nadzoru wiązała się dla zamawiającego z dodatkową gwarancją, że poprzez sprawowanie kontrolnej roli nad kierownikiem budowy, inwestycja realizowana będzie zgodnie z prawem i oczekiwaniami inwestora. Zapewnienie to miały uzasadniać uprawnienia budowlane inspektora do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, odpowiednia wiedza techniczna i praktyka zawodowa, w niniejszej sprawie wsparte dodatkowo szerokim wachlarzem uprawnień ograniczających ryzyko nienależytego wykonania robót budowlanych przez wykonawcę. I tak, T. J. uprawniony był m.in. do wydawania wykonawcy poleceń, żądania usunięcia ujawnionych przez niego wad, a także sygnalizowania zamawiającemu o wszelkich okolicznościach mogących mieć wpływ na poprawność wykonywanych robót budowlanych oraz o wystąpieniu okoliczności nieprzewidzianych w dokumentacji projektowej, z prawem wstrzymania robót włącznie - przy uprawnieniu reprezentowania interesów zamawiającego na budowie (§ 2 umowy o pełnienie nadzoru inwestorskiego).

Analiza zebranego w sprawie osobowego materiału dowodowego, wspartego treścią wymienionej umowy prowadziła zatem do wniosku, zdaniem Sądu Okręgowego, że T. J. jako inspektor nadzoru działał jako osoba umocowana do reprezentowania inwestora wobec wykonawcy, należało zatem uznać, iż wszelkie odstępstwa od projektu w zakresie zadania czy termoizolacji były przez inwestora akceptowane, stąd nie stanowiły o wadliwości warunkującej ostateczny odbiór.

W kwestii skuteczności odbioru, nadmierne znaczenie strona pozwana przywiązywała też do kwestii przedłożonej przez wykonawcę, niepełnej w ocenie pozwanej, dokumentacji. Istotnie, jak to zaznaczył Sąd I instancji, wprawdzie sam ryczałtowy charakter wynagrodzenia czynił przedłożenie kosztorysu powykonawczego nieuzasadnionym, niemniej obowiązek w tym zakresie precyzowała łącząca strony umowa, wiążąca konieczność jego przedłożenia z przewidywanym dofinansowaniem ze środków zewnętrznych. Charakter uchybienia w tym zakresie sprzeciwiał się jednak uznaniu by było ono na tyle istotne, że sprzeciwiało się odebraniu robót; jak wynika bowiem z zeznań T. J. i E. D. z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, kosztorys powykonawczy był tożsamy w swej treści z przedłożonym zamawiającemu kosztorysem ofertowym. Zwrócił także Sąd I instancji uwagę na fakt, iż w toku odbioru w dniu 29 listopada 2010 r. komisja odbiorowa nie negowała aktualności przedstawionych przez powoda atestów i certyfikatów (k. 55), w świetle zaś kwestionowanej w całości opinii prywatnej, brak materiału dowodowego w tym zakresie, uniemożliwiał dokonanie przez Sąd własnych, obiektywnych ustaleń.

W konsekwencji powyższego należało uznać, zdaniem Sądu Okręgowego, że skoro nie doszło do niewykonania umowy z dnia 19 sierpnia 2010 r., a jedynie do jej nienależytego wykonania przez powoda, pozwana miała obowiązek odebrać przedmiot tej umowy ze wszystkimi tego konsekwencjami. Wykonany obiekt, na chwilę zgłoszenia do odbioru, wykazywał wprawdzie drobne wady, jednakże były one z punktu widzenia przeznaczenia i możliwości użytkowania obiektu nieistotne, uzasadniające co najwyżej obniżenie wynagrodzenia, choćby w ramach szeregu instrumentów zabezpieczających należyte wykonanie umowy (w tym zabezpieczenia kwotowego z § 13 umowy, zlecenia usunięcia wad na koszt wykonawcy z § 15 pkt 8 czy w ramach jego zobowiązania do bezpłatnego usunięcia wad z 16 pkt 3 umowy). W sytuacji zatem gdy Gmina Ł. konsekwentnie odmawiała komisyjnego odbioru, pomimo otrzymanego zawiadomienia o zakończeniu robót, Sąd Okręgowy, nie znalazł argumentów przemawiających przeciwko prawidłowości dokonanej przez wykonawcę protokolarnego odbioru. Zwraca przy tym uwagę, iż przy

odbiorze uczestniczyła osoba pełniąca funkcję inspektora nadzoru z ramienia inwestora, a zatem osoba bezpośrednio zaangażowana w przedmiot realizowanej inwestycji, który odbierając roboty, działał w granicach określonych w art. 25 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane oraz z upoważnienia pozwanej, która - odmiennie niż miało to miejsce w treści § 2 pkt 4 zd. 2 - nie zastrzegła sobie uprawnień do dokonania odbioru, ograniczając jednocześnie w tym przypadku inspektora nadzoru.

Sąd in meriti nie uznał przy tym za miarodajne wyjaśnień T. J. zawartych w treści jego pisemnego oświadczenia z dnia 24 stycznia 2011 r. W tym czasie istniał już bowiem pomiędzy stronami spór na tle wykonania umowy, a jako profesjonalny uczestnik procesu budowlanego i osoba odpowiedzialna za bieżący nadzór prawidłowości prowadzonych robót, inspektor nadzoru był świadomy treści łączącej strony umowy a w szczególności swoich obowiązków na tej płaszczyźnie, w tym również konsekwencji podejmowanych przez siebie decyzji - zwłaszcza w kontekście znanej przed podpisaniem treści protokołu z dnia 30 grudnia 2010 r. a także zastrzeżeń zamawiającego zgłaszanych w toku wcześniejszego odbioru w dniu 29 listopada 2010 r.

Odnosząc się do wysokości należności z tytułu wiążącej strony umowy, przy uwzględnieniu niepodważonych przez strony wyliczeń biegłego w zakresie wartości robót wykonanych w sposób niepełny (26.499,32 zł netto, co przy obowiązującej wówczas stawce 22% Vat stanowi kwotę 32.329,17 zł brutto), wysokość należnego powodowi wynagrodzenia, według Sądu Okręgowego, odpowiadała zasądzonej sumie 156.635,17 zł brutto.

Wbrew twierdzeniom powoda, jak stwierdził Sąd I instancji, wymagalność należnego wynagrodzenia wyznaczał, zgodnie z treścią § 12 pkt 2 umowy, upływ 30 dniowego terminu od daty doręczenia prawidłowo wystawionej faktury. Uwzględniając przy tym, iż gotowość do odbioru została przez powoda zgłoszona pismem z dnia 3 stycznia 2011 r. (data wpływu) a zastrzeżony umową termin wyznaczenia przez zamawiającą odbioru końcowego upłynął najpóźniej z dniem 10 stycznia 2011 r. (§ 15 pkt 7 umowy i stosowanego odpowiednio § 15 pkt 3), z tą też datą skuteczne było dokonanie odbioru końcowego i wystawienie faktury, której termin płatności upłynął z kolei z dniem 10 lutego 2011 r. W tym względzie niewystarczające jest powoływanie się przez pozwaną na odmienne stanowisko wyrażone w treści postanowienia o umorzeniu śledztwa; stanowisko takie nie jest bowiem dla sądu cywilnego wiążące.

Przy uwzględnieniu powyższego, całościowego rozliczenia wartości wykonanych przez powoda robót, uzasadnione było równocześnie, zdaniem Sądu Okręgowego, żądanie w zakresie równowartości 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy, opartego na treści § 13 pkt 4 umowy, przy zasądzeniu tej należności - na zasadzie art. 455 k.c. w zw. z art. 481 § 1 k.c. - od 6 marca 2011 r.

Z powyższych względów Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji, w pozostałym zakresie powództwo główne oddalając.

Uwzględniając, iż roszczenie powoda zostało uwzględnione w 82%, na zasadzie art. 100 k.p.c., Sąd Okręgowy nakazał ściągnąć od J. G. (1) - Zakład Budownictwa (...) w G. na rzecz Skarbu Państwa kwotę 528,51 zł odpowiadającą części wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa na którą złożyły się koszty opinii biegłego (2.936,16 zł). Analogicznie Sąd I instancji zasądził od strony pozwanej Gminy Ł. na rzecz powoda kwotę 10.971 zł na którą złożyła się odpowiednia część opłaty od pozwu głównego (9.779 zł) wraz z wynagrodzeniem pełnomocnika, ustalonym w oparciu o treść § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. z 2013 r. poz. 461).

Odnosząc się do merytorycznej oceny zasadności powództwa wzajemnego Sąd Okręgowy wskazał, iż powódka wzajemna w ostatecznie sprecyzowanym powództwie domagała się obciążenia pozwanego wzajemnie karą umowną za 392 dni opóźnienia w wykonaniu umowy.

Niewątpliwie, jak zaznaczył to Sąd Okręgowy, zastrzeżenie w ramach § 14 pkt 2 umowy z dnia 19 sierpnia 2010 r. kary umownej na wypadek zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy było wyrazem realizacji zasady swobody umów - jako swoista sankcja na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, mająca na celu zwiększenie realności wykonania umowy oraz ułatwienie naprawienia szkody powstałej w związku z ich

niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem. W oparciu o treść art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, iż naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna), przy czym stosownie do treści art. 484 § 1 k.c., w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie o sygn. III CZP 61/03 (Lex nr 81615), przesłanką powstania roszczenia o zapłatę kary umownej może być każda postać niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez dłużnika; zastrzeżenie kary umownej może odnosić się jednak tylko do określonych, zindywidualizowanych postaci niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Analizując stan faktyczny sprawy stwierdził Sąd Okręgowy, że zastrzeżenie takiej kary umownej stanowiło element postanowienia umownego, na które pozwany wzajemnie, będąc profesjonalnym uczestnikiem obrotu, wyraził zgodę, była to zatem klauzula wiążąca go i skutecznie zastrzeżona. Sensem ekonomicznym kary umownej było udzielenie powódce wzajemnej zabezpieczenia przed skutkami niewykonania lub nienależytego wykonania przez kontrahenta zobowiązania niepieniężnego. Naliczaną karę umowną powódka wzajemna konsekwentnie opierała przy tym na twierdzeniu o opóźnieniu w wykonaniu umowy, w takim zaś wypadku § 14 umowy przewidywał za każdy dzień zwłoki karę w wysokości 0,5% całkowitej wartości umownej brutto.

W okolicznościach niniejszej sprawy, jak motywował Sąd Okręgowy, zgodnie ze zaktualizowanym aneksem postanowieniem § 6 umowy, termin zakończenia robót przypadał na dzień 15 listopada 2010 r. (ten także termin powódka wzajemna przyjmowała jako początek naliczania kary umownej), realizacja robót została zaś zakończona z datą dokonania odbioru, co - jak wyżej wskazano - nastąpiło z dniem 10 stycznia 2011 r. Z tego względu, jako że od dnia 16 listopada 2010 r. do 10 stycznia 2011 r. upłynęło łącznie 56 dni, w przeliczeniu przez 944,82 zł za każdy dzień opóźnienia, dawało to sumę 52.910,02 zł, zasądzoną w pkt II pkt 1) orzeczenia wraz z odsetkami liczonymi od daty doręczenia pozwanemu wzajemnie odpisu pozwu wzajemnego, nie jak się tego domagała Gmina - od dnia jego wniesienia; Pomimo wykonania zobowiązania w znacznej części, w okolicznościach niniejszej sprawy Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do miarkowania kary umownej zgodnie z art. 484 § 2 k.c., wyliczana przez powódkę wzajemną kara umowna wynikała z pisemnych dokumentów w postaci umowy, która jasno określała zasady i podstawy jej naliczania. Nie bez znaczenia bowiem, jak podkreślił Sąd I instancji, pozostawała treść § 15 pkt 10 umowy stanowiącego, iż okres usuwania wad nie przedłuża umownego terminu zakończenia robót.

O kosztach powództwa wzajemnego orzeczono z na zasadzie art. 100 k.p.c. a uwzględniając fakt, iż roszczenie zostało uwzględnione w 14%, Sąd nakazał ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa od Gminy Ł. kwotę 2.407,65 zł tytułem zwrotu części wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa na które złożyła się pozostała część wynagrodzenia biegłego; zasądził nadto od J. G. (1) - Zakład Budownictwa (...) w G. na rzecz powódki wzajemnej kwotę 3.096 zł, stanowiącej sumę kosztów postępowania (2.592 zł tytułem opłaty od pozwu oraz 504 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika) w części w jakiej sprawę wygrała.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego złożyły obie strony postępowania.

Powód ( pozwany wzajemny ) J. G. (1), punkty II.1 i II.4 wyroku zaskarżył w całości.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił;

I. W zakresie zaskarżonego w całości punktu II. 1 wyroku :

1. naruszenie prawa materialnego, to jest:

- art. 65 § 1 i 2 kc - polegające na błędnej wykładni postanowień § 14 ust. 1 i 2 a oraz § 15 ust. 10-umowy nr (...) z dnia 19.08.2010 roku,
- 484 § 1 kc w związku z art. 637 kc i 647 kc i 656 kc, polegające na ustaleniu, że powód ( pozwany wzajemny ) jako wykonawca robót budowlanych pozostawał w zwłoce w wykonaniu umowy po 15 listopada 2010 roku, w

sytuacji kiedy wady ujawnione w protokole odbioru z dnia 15 listopada 2010 roku oraz w protokole odbioru z dnia 29 listopada 2010 roku - zostały uznane za nieistotne , nie wpływające na możliwość prawidłowego użytkowania obiektu przez inwestora . Istnienie takich nieistotnych wad , nie daje podstawy do przyjęcia , że wykonawca nie wykonał należycie swojego zobowiązania w określonym w umowie terminie zakończenia robót , co powinno skutkować przyjęciem braku podstaw do naliczania kary umownej za zwłokę w wykonaniu zobowiązania niepieniężnego przez wykonawcę .

oraz z ostrożności procesowej ( na wypadek nieuwzględnienia zarzutów i argumentów apelacji zmierzających do oddalenia powództwa wzajemnego w całości ) - 484 § 2 kc - poprzez jego niezastosowanie , w sytuacji kiedy w sprawie występowały przesłanki zawarte w tym przepisie , w szczególności ustalono ,że w dniu 15 listopada 2010 roku , zobowiązanie wykonawcy zostało w przeważającej , znacznej części wykonane .Zarzucał także , że zasadzona kara umowna jest rażąco wygórowana ,w odniesieniu do kwoty zasadzonego roszczenia uwzględniającego obniżenie wynagrodzenia wykonawcy o wartość prac koniecznych dla usunięcia wad.

Z ostrożności procesowej :

- w zakresie ustalenia kosztów procesu w pkt. II. 4 wyroku zarzucał naruszenie art. 100 kpc , poprzez jego niezastosowanie , co spowodowało obciążenie powoda ( pozwanego wzajemnie ) J. G. (1) częścią kosztów procesu od powództwa wzajemnego , pomimo , że Sąd zasądził jedynie około 14 % roszczeń pozwanego (powoda wzajemnego)

dochodzonych w ramach powództwa wzajemnego, co powinno prowadzić do zasądzenia od Gminy Ł. m.~rzecz~ J. G. (1)kwoty 6.192 złote - stanowiącej 86 % kosztów zastępstwa adwokackiego należnych przy wartości przedmiotu sporu z pozwu wzajemnego w wysokości 370.370,15 złotych.

W zakresie zaskarżenia punktów II. 1 i II.4 wyroku wnioskował dodatkowo, aby w sytuacji uwzględnienia apelacji w całości w zależności od treści wyroku Sądu Apelacyjnego, Sąd zasądził od Gminy Ł. na rzecz J. G. (1) kwotę 7.200 złotych z tytułu kosztów zastępstwa adwokackiego należnych przy wartości przedmiotu sporu z pozwu wzajemnego w wysokości 370.370,15 złotych.

W tym stanie rzeczy powołując się na podniesione zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku, poprzez :

1. zmianę w pkt. II.1 wyroku i oddalenie w całości powództwa wzajemnego wniesionego przez Gminę Ł. przeciwko J. G. (1) o zapłatę kwoty 370.370,15 złotych , z tytułu kary umownej.
2. wniósł także o zmianę rozstrzygnięcia o kosztach postępowania w I instancji orzeczonych w pkt. II.4 wyroku zgodnie z treścią powyżej sformułowanego zarzutu w zakresie kosztów w I Instancji.
- 3.wniósł o zasądzenie od strony pozwanej ( powodowej wzajemnej) Gminy Ł. na rzecz powoda ( pozwanego wzajemnie) całości kosztów postępowania za drugą instancję według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego.

ewentualnie wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I Instancji do ponownego rozpoznania.

Pozwana Gmina Ł. ( powód wzajemny) zaskarżyła wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu w części , a mianowicie :

I.co do powództwa głównego

w zakresie zasądzającym od pozwanej Gminy Ł. na rzecz powoda J. G. (1) Zakład Budownictwa (...) w G. kwotę 156 635 zł 17 gr z należnymi odsetkami ustawowymi od dnia 11.02.2011 roku oraz kwotę 6 613 zł 75 grz ustawowymi odsetkami od dnia

06.03.2011 roku, oraz rozstrzygającym o kosztach procesu.

II. co do powództwa wzajemnego:

w części oddalającej powództwo co do kwoty 317 460 zł 13 gr (słownie: trzysta siedemnaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt złotych trzynaście groszy) wraz z ustawowymi odsetkami należnymi od tej kwoty jak również rozstrzygającej o kosztach procesu.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła :

### **I. co do powództwa głównego**

1) naruszenie przepisów prawa materialnego, a to:

a/art. 42 i 45 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane tekst jednolity (Dz. U. z 2010 roku, Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.), poprzez niewłaściwe ich zastosowanie, co przełożyło się na błędne przyjęcie, iż pomimo nałożonego wskazanymi przepisami obowiązku prowadzenia dziennika budowy, Gmina Ł. swoje zobowiązanie w tym zakresie zbagatelizowała, co uniemożliwiło precyzyjne odtworzenie przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń jakie zachodziły w ich toku, kiedy to w rzeczywistości, z uwagi na fakt, iż przedmiotowa inwestycja realizowana była w oparciu o zgłoszenie do Starosty (...), który zaświadczeniem z dnia

06.10.2009 roku nie wniósł sprzeciwu do tych robót i zaświadczenie to przekazał do wiadomości Powiatowemu Inspektorowi Nadzoru Budowlanego w G., pozwany nie miał obowiązku prowadzenia dziennika budowy;

b/647 k.c. poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na tym, iż Sąd orzekający aprobeuje, że zgłoszenie obiektu do odbioru - w kontekście obowiązku zamawiającego odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia - jest dla niego wiążące, jeżeli tylko obiekt ten został zrealizowany zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej co ma konsekwencje w tym, iż Sąd uznał że powód mógł wystawić fakturę VAT za wykonane roboty ze wszelkimi tego konsekwencjami w tym naliczać odsetki ustawowe od dnia 11 lutego 2011 roku, gdy w rzeczywistości z zalegającej w aktach sprawy opinii biegłego z zakresu budownictwa, jednoznacznie wynika, że mając na uwadze zakres niewykonanych robót, robót wykonanych niezgodnie z dokumentacją co jest jednocześnie odstępstwem od umowy, wykonane roboty budowlane nie są wywiązaniem się z umowy Nr (...), a stwierdzenie to było przecież odpowiedzią na pytanie Sądu orzekającego, zatem nie ma żadnych podstaw do wypłaty powodowi wynagrodzenia do dnia w którym doprowadzi on budynek OSP w W. do stanu określonego łączącą strony umową, w tym w szczególności projektem budowlanym, przez co nie ma także podstaw prawnych do tego, aby uznać: prawidłowość wystawienia faktury przez powoda oraz prawidłowość naliczania odsetek ustawowych od dnia 11 lutego 2011 roku, oraz nie ma podstaw do wypłaty powodowi kwoty 6613 zł 75 gr z ustawowymi odsetkami od dnia 5 marca 2011 roku tytułem zwrotu 70 % zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

c/art. 637 k.c. w związku z art. 656 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na przyjęciu poglądu, iż pozwany uzależniał wypłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek, co jest niewłaściwym założeniem, kiedy w rzeczywistości z treści opinii biegłego powołanego przez Sąd jednoznacznie wynika, iż koszt doprowadzenia obiektu do stanu określonego umową (...)-45% tj. w granicach 75 000 + 85 000 złotych, przy rzeczywistej cenie określonej w umowie na 188 964 zł 36 gr, a zatem w niniejszej sprawie nie chodziło o jakiegokolwiek usterek, a o wykonanie przedmiotu umowy niezgodnie z dokumentacją, a istniejące wady mają tym samym przymiot wad istotnych;

2) naruszenia przepisów prawa procesowego, które to uchybienia miały istotny wpływ na wynik postępowania, a to:

a/art. 233 § 1 k.p.c. poprzez pominięcie opinii biegłego w zakresie oceny czy wykonane przez powoda roboty budowlane stanowią o jego wywiązaniu się z łączącej strony umowy, stwierdzając jednocześnie, iż rozstrzygnięcie w tym zakresie należy wyłącznie do kompetencji Sądu, kiedy to w rzeczywistości biegły na bezpośrednie pytanie Sądu,

na temat „czy roboty budowlane wykonane przez powoda w obiekcie remizy OSP w W., stanowi wywiązanie się z obowiązku wynikającego z łączącej strony umowy”, odpowiedział wprost: mając na uwadze zakres niewykonanych robót, robót wykonanych niezgodnie z dokumentacją co jest jednocześnie odstępstwem od umowy odpowiedź na pytanie Sądu może być tylko negatywna - wykonane roboty budowlane nie są wywiązaniem się z umowy;

b/art. 233 k.p.c. poprzez nietrafne oraz sprzeczne z doświadczeniem życiowym założenie, iż w świetle dołączonej do akt sprawy dokumentacji, drugorzędne znaczenie w sprawie miały zeznania D. K. - architekta, która przywołała rozwiązania projektowe w zakresie poszycia dachowego i termoizolacji, kiedy w rzeczywistości w niniejszej sprawie zdaniem pozwanej Gminy Ł. powód w trakcie wykonania przedmiotu umowy dopuścił się odstępstw od projektu autorstwa D. K. właśnie co do poszycia dachowego i termoizolacji;

c/art. 233 k.p.c. poprzez przyjęcie sprzecznie z doświadczeniem życiowym, iż realizacja uprawnień gwarancyjnych nie mogła skutkować zarzutem w zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych, kiedy to w rzeczywistości aby doszło do takiej sytuacji Gmina Ł. musiałaby w pierwszej kolejności odebrać przedmiot umowy który wykonany był wadliwie, co z góry naraziłoby przedstawicieli gminy na taki właśnie zarzut;

d/art. 233 k.p.c. poprzez dokonanie przez Sąd wybiórczej oceny materiału dowodowego, polegającej z jednej strony na wyinterpretowaniu przez Sąd z treści łączącej strony umowy, iż wymagalność należnego wynagrodzenia wyznaczał zgodnie z treścią § 12 pkt 2 umowy, upływ 30 dniowego terminu od daty doręczenia prawidłowo wystawionej faktury, kiedy w rzeczywistości w niniejszej sprawie nie doszło do faktycznego odbioru przedmiotu umowy, a z drugiej strony Sąd stwierdził, iż strona pozwana nadmierną wagę przywiązywała do § 15 ustęp 2 umowy mówiącego o tym jakie dokumenty wykonawca zobowiązany jest przekazać zamawiającemu przy zgłoszeniu obiektu do odbioru, co warunkowało przecież procedurę odbioru przedmiotu umowy;

e/art. 233 k.p.c. poprzez dokonanie przez Sąd wybiórczej oceny materiału dowodowego, polegającej na niewłaściwym przyjęciu przez Sąd, iż wszelkie odstępstwa od projektu w zakresie zadania czy termoizolacji były przez inwestora akceptowane, ponieważ ten ustanowił inspektora nadzoru inwestorskiego, pomijając jednak iż w paragrafie § 2 łączącej strony umowy, istnieją zapisy mówiące o tym, że: ustęp 3 litera „a” - wykonawca zobowiązany jest poinformować pisemnie zamawiającego o konieczności wykonania prac dodatkowych lub zamiennych określając zakres robót oraz ich szacunkową wartość, zatem ponad wszelką wątpliwość wykonawca zobowiązany był poinformować pisemnie zamawiającego o konieczności wykonania prac zamiennych, określając zakres robót, czego w rzeczywistości nie zrobił a czego w żaden sposób nie usprawiedliwia obecność w procesie inwestycyjnym inspektora nadzoru inwestorskiego.

f/art. 233 k.p.c. poprzez:

- błąd w ustaleniach faktycznych, które to uchybienie miało istotny wpływ na wynik postępowania polegający na błędnym przyjęciu, iż wymagalność należnego wynagrodzenia wyznaczał upływ 30 dniowego terminu od daty doręczenia prawidłowo wystawionej faktury, uwzględniając przy tym, iż gotowość do odbioru została przez powoda zgłoszona pismem z dnia 3.01.2011 roku (data wpływu) a zastrzeżony umową termin wyznaczenia przez zamawiającą odbioru końcowego upłynął najpóźniej z dniem 10.01.2011 roku, z tą też datą skuteczne było dokonanie odbioru końcowego i wystawienie faktury, której termin płatności upłynął z kolei z dniem 10 lutego 2011 roku, gdy tymczasem z treści postanowienia Prokuratury Rejonowej w Gorlicach z dnia 24.08.2011 roku, sygn. akt Ds 1306/11/S o umorzeniu śledztwa, prokurator jednoznacznie stwierdził, iż w przedmiotowej sprawie określony w umowie tryb odbioru obiektu nie został zachowany, co w konsekwencji spowodowało, iż przedłożony przez wykonawcę protokół z dnia 30.12.2010 roku wraz z zakwestionowanym zapisem nie mógł i nie stanowił podstawy do wypłaty przez Gminę Ł. wynagrodzenia z tytułu wykonania tej umowy;
- błąd w ustaleniach faktycznych, które to uchybienie miało istotny wpływ na wynik postępowania polegający na błędnym przyjęciu przez Sąd, iż istniejące wady rzutują na uprawnienia inwestora z tytułu rękojmi i gwarancji, kiedy w rzeczywistości uprawnień takich można dochodzić po faktycznym odbiorze przedmiotu umowy, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca, a poza tym z uwagi na fakt stwierdzony przez biegłego w jego opinii koszt

doprowadzenia, obiektu do stanu określonego umową (...) - 45% tj. w granicach 75 000 - 85 000 złotych, sprawia że pozwany musiałby odebrać od powoda wadliwy w stopniu znacznym przedmiot umowy, co mogłoby doprowadzić w pierwszej kolejności Wójta Gminy Ł. nawet na odpowiedzialność karną;

g/art. 258 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku dowodowego pozwanego o dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadków E. K. lub R. H., pracowników Wydziału Architektury i Budownictwa Starostwa Powiatowego w G., na okoliczność wykazania czy na prowadzone roboty wymagane było pozwolenie na budowę oraz czy przepisy prawa wymagały prowadzenia dziennika budowy dla tego rodzaju inwestycji, przy jednoczesnym stwierdzeniu, iż ustalenia te pozostają zastrzeżone do kognicji sądu, kiedy to w rzeczywistości z upoważnienia Starosty Pani E. K. wydała zaświadczenie o tym, iż nie wnosi sprzeciwu do robót budowlanych określonych w zgłoszeniu, co tym samym zdaniem pozwanego jednoznacznie stanowiło iż do realizacji niniejszej inwestycji nie jest wymagane pozwolenie na budowę oraz nie jest wymagane prowadzenie dziennika budowy;

## **II. co do powództwa wzajemnego**

1) naruszenie przepisu prawa procesowego, a to 233 k.p.c. poprzez błąd w ustaleniach faktycznych, które to uchybienie miało istotny wpływ na wynik postępowania polegający na błędnym przyjęciu, iż realizacja robót została zakończona z datą dokonania odbioru, co miało miejsce w dniu 10 stycznia 2011 roku, a tym samym iż upłynęło łącznie 56 dni opóźnienia, kiedy to w rzeczywistości zdaniem Gminy Ł., z winy powoda (pозwanego wzajemnego) nie doszło do odbioru przedmiotu umowy przewidzianego treścią łączącej strony umowy, a do dnia przejęcia inwestycji przez Gminę Ł. i określenia stanu zaawansowania prac to jest do dnia 12 grudnia 2011 roku upłynęło 392 dni;

2) naruszenie przepisu prawa procesowego, które to uchybienie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a to art. 100 k.p.c., poprzez jego niewłaściwe zastosowanie z uwagi na tylko częściowe uwzględnienie żądań pozwanego (powoda wzajemnego), kiedy to w rzeczywistości w przedmiotowej sprawie Sąd w zakresie kosztów procesu powinien zasądzić od powoda (pозwanego wzajemnego) na rzecz pozwanego (powoda wzajemnego) koszty niezbędne do celowego dochodzenia i celowej obrony.

3) wniosła o zmianę przez Sąd drugiej instancji zaskarżonego wyroku częściowo poprzez:

### **I. co do powództwa głównego:**

-oddalenie powództwa głównego także co do kwoty 156 635 zł 17 gr wraz z ustawowymi odsetkami zasądzonymi od tej kwoty oraz o zasądzenie od powoda J. G. (1) Zakład Budownictwa (...) na rzecz pozwanej Gminy Ł. zwrotu kosztów procesu za obie instancje według norm przepisanych w tym kosztów zastępstwa procesowego w taryfowej wysokości.

### **II. co do powództwa wzajemnego:**

-zasądzenie od pozwanego J. G. (1) Zakład Budownictwa (...) w G. na rzecz strony powodowej Gminy Ł. dalszej kwoty 317 460 zł 13 gr wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 6 lipca 2011 roku do dnia zapłaty,

-wniosła również o zasądzenie od pozwanego J. G. (1) – Zakład Budownictwa ( ...) w G. na rzecz strony powodowej Gminy Ł. kosztów procesu za obie instancje według norm przepisanych w tym kosztów zastępstwa procesowego w taryfowej wysokości.

3. ewentualnie z ostrożności procesowej – w przypadku nie uwzględnienia wniosków z pkt 3 powyżej – wnoszę o uchylenie zaskarżonego orzeczenia we wskazanej wyżej części – zarówno co do powództwa głównego jak i powództwa wzajemnego – i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

4. wniosła dodatkowo o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu, a mianowicie z zestawienia dobowych sum opadów atmosferycznych na Stacji (...) Badawczej (...) w S., w okresie od dnia 24.08.2010 roku do dnia 31.01.2011 roku, na okoliczność wykazania, iż w okresie realizacji łączącej strony umowy (...) dni (z około 74 dni) określonego umową terminu wykonania umowy było dniami w których nie było opadów atmosferycznych, a z pozostały dni poza

około siedmioma dniami, opady te były nieznaczne (24 dni) bo w przedziale: od 0,1 mm (=1/m<sup>2</sup>) do około 3,8mm (=1/m<sup>2</sup>), przez co powód nie może powoływać się na opady deszczu, które uniemożliwiły mu wykonanie prac na dachu oraz przy elewacji.

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

Apelacja pozwanej Gminy Ł. ( powoda wzajemnego ) nie jest w ogóle uzasadniona, zaś apelacja powoda J. G. (1) ( pozwanego wzajemnego) jest uzasadniona jedynie częściowo, jednakże jej zakres nie sięga tak daleko, jak wynika to z jej wniosków .

Na wstępie należy zaznaczyć, iż ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy , które legły u podstaw wydania zaskarżonego wyroku , Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne , co czyni ich powtarzanie w dalszej części uzasadnienia zbędnym.

Wymaga podkreślenia, że sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji ( art. 378 § 1 k.p.c ) na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym ( art. 382 k.p.c ) z tym zastrzeżeniem , że przed sądem pierwszej instancji powinny być przedstawione wyczerpująco kwestie sporne, zgłoszone fakty i dowody , a prezentacja materiału dowodowego przed sądem drugiej instancji może mieć miejsce wyjątkowo. Stosując zasady tzw. apelacji pełnej należy stwierdzić, że obowiązkiem Sądu Apelacyjnego nie jest rozpoznanie samej apelacji ,lecz ponowne merytoryczne rozpoznanie sprawy w granicach zaskarżenia. Zgodnie z uchwałą składu 7 sędziów ( III CZP 49/07 OSN 2008 nr 6 poz. 55 ) której nadano moc zasady prawnej , sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego , wiąza go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego.

Pamiętać jednak należy, że w postępowaniu zwykłym apelacja podlega oddaleniu , jeżeli stwierdzone uchybienia naruszenia prawa procesowego nie prowadzą do zmiany lub uchylenia zaskarżonego wyroku. Wynika to z faktu, że pomiędzy zasadnymi zrzutami apelacji a treścią rozstrzygnięcia musi istnieć związek przyczynowy .

W niniejszej sprawie to pozwana Gmina Ł. ( powód wzajemny)- której apelacja jest dalej idącą , zatem w pierwszej kolejności należy się do niej odnieść - w złożonej apelacji winna przedstawić przekonującą argumentację , że w postępowaniu przez Sądem Okręgowym doszło do takiego naruszenia przepisów postępowania , które dawałoby podstawę do stwierdzenia ( biorąc pod uwagę treść zarzutów apelacji ) o nieprawidłowym ustaleniu stanu faktycznego.

Jednym z podstawowych przepisów w tym zakresie jest art. 233 § 1 k.p.c wyrażający zasadę swobodnej oceny dowodów . Wynika z niego obowiązek wyprowadzenia z materiału dowodowego wniosków logicznie poprawnych i znajdujących pokrycie w tych dowodach. Do kryteriów oceny wiarygodności i mocy dowodowej należą m.inn. doświadczenie życiowe, poprawność logiczna, prawdopodobieństwo wystąpienia określonych zdarzeń. Jeżeli jednak z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego , to ocena ta musi być uznana za prawidłową , chociażby w równym stopniu z tego samego materiału dowodowego można byłoby wysnuwać wnioski odmienne. Dlatego zarzut apelacji, dla swojej skuteczności, nie może polegać na przedstawieniu przez skarżącego własnej wersji wydarzeń. Skarżący musi wykazać , że oceniając materiał dowodowy , sąd popełnił uchybienie polegające na braku logiki w wiązaniu faktów z materiałem dowodowym albo też, że wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej lub wreszcie , że sąd wbrew zasadom doświadczenia życiowego nie uwzględnił jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych. Oznacza to, że rola skarżącego jest obalenie wersji zdarzeń przyjętych przez sąd , nie zaś zbudowanie własnej ( tak Sąd Najwyższy w orzeczeniach z dnia : 10.01.2002 III CKN 572/99, z dnia 27.09.2002r II CKN 817/00, z dnia 6.06.2003 IV CK 274/02)

Odnosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, iż wszelkie zarzuty apelującej Gminy Ł. skierowane przeciwko podstawie faktycznej są bezprzedmiotowe.

Sąd Okręgowy uwzględnił przeprowadzone w toku postępowania dowody , wyciągnął z nich wnioski logicznie poprawne i odpowiadające aktualnym poglądom na sądowe stosowanie prawa, w sposób obiektywny , wszechstronny

i bezbłędny rozważył wszystkie okoliczności ujawnione w toku postępowania oraz zawarte w aktach sprawy i w oparciu o nie dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych, nie naruszając przy tym w żaden sposób przepisów prawa procesowego. O poprawności wniosków sądu I instancji (za wyjątkiem tych, które stały się podstawą orzeczenia reformatoryjnego) świadczą pisemne motywy uzasadnienia, w których przedstawione zostały wszystkie fakty stanowiące podstawę wydanego wyroku, a także omówione dowody ze wskazaniem, którym sąd I instancji dał wiarę. Sąd Okręgowy w sporządzonym uzasadnieniu opisał proces decyzyjny oraz przyczyny jakimi kierował się wydając zaskarżony wyrok.

Zarzuty apelującej Gminy Ł., sprowadzają się do gołosłownej polemiki powódki z prawidłowym rozstrzygnięciem sądu I instancji, stanowią polemikę ze swobodną oceną dowodów przeprowadzoną przez sąd I instancji, której to ocenie nie można nic zarzucić, skoro ocena ta nie wykracza poza ramy określone w art. 233 § 1 kpc i koncentrują się na próbie przeforsowania przez pozwaną Gminę Ł. (powoda wzajemnego) swojego stanowiska w sprawie.

Chybionym jest stanowisko apelującej Gminy sprowadzające się do stwierdzenia, iż sąd pominął opinię biegłego w zakresie oceny, czy wykonane przez powoda roboty budowlane, stanowią o jego wywiązaniu się z łączącej strony umowy. Opinia biegłego ma na celu ułatwienie sądowi należytej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego wtedy, gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne. Nie może ona natomiast być sama w sobie źródłem materiału faktycznego sprawy ani tym bardziej stanowić podstawy ustalenia okoliczności będących przedmiotem oceny biegłego. Ustalenia stanu faktycznego należy do oceny sądu orzekającego, zatem trafnym jest stanowisko Sądu Okręgowego, iż kwestia prawidłowości wykonania przez wykonawcę zobowiązania, należy wyłącznie do kompetencji sądu. Opinia biegłego jest tylko jednym z dowodów, celem którego nie jest ustalenie stanu faktycznego sprawy, lecz naświetlenie i wyjaśnienie przez sąd okoliczności z punktu widzenia posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych, przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego biegłemu materiału sprawy. To zaś doprowadziło Sąd Okręgowy do ustalenia, że części robót wykonawca nie wykonał, część wykonał w inny sposób niż ustalono to w umowie, część niestarannie wręcz niechlujnie, aczkolwiek zgodnie ze sztuką budowlaną. W świetle powyższego, logicznym jest wniosek, iż nienależyte wykonanie umowy przez powoda, nie jest wywiązaniem się z umowy. To zaś skutkowało odliczeniem od sumy umówionego wynagrodzenia kwoty 32.329.17 zł (brutto) która to kwota stanowi wartość robót wykonanych przez wykonawcę, w sposób niepełny.

Trafna jest konstatacja Sądu Okręgowego, iż zeznania świadka D. K. – architekta miały w sprawie drugorzędne znaczenie, skoro przywołała wyłącznie okoliczności niesporne a mianowicie rozwiązania projektowe w zakresie poszycia dachowego i termoizolacji. Na temat odstępstw wykonawcy od projektu w/w świadek nic nie zeznawała. Nota bene Sąd I instancji takie odstępstwa od projektu w zakresie pokrycia dachowego i termoizolacji części budynku ujawnił ustalił i dokładnie je zanalizował. W tym miejscu wymaga tylko przytoczenia zapis § 8 ust. 5 łączącej strony umowy o roboty budowlane z treści którego wynika, iż wszelkie odstępstwa od dokumentacji projektowej muszą być zgodne z obowiązującymi przepisami jak również nie mogą naruszać praw autorskich projektanta. Jak zaś wynika z opinii biegłego, położenie nowej blachy na starej aczkolwiek jest ewenementem w sztuce budowlanej, to jednakże montaż blachy wykonano w sposób zgodny z zasadami tej sztuki (aczkolwiek niechlujnie) czyli w ostateczności, zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Jako niezaskarżone na akceptację należy traktować twierdzenia pozwanej Gminy Ł. o dokonaniu przez Sąd I instancji wybiórczej oceny materiału dowodowego.

W okolicznościach sprawy trafnym jest pogląd Sądu Okręgowego, iż zgłoszenie obiektu do odbioru – w kontekście obowiązku zamawiającego odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia – jest dla niego wiążące, jeśli tylko obiekt ten został zrealizowany zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej; odmowa odbioru jest uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia może być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady są na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Skoro, w sprawie niniejszej taka sytuacja nie miała miejsca, a samo wystąpienie wad i usterek nie stanowi automatycznie uzasadnionej przyczyny wstrzymania się z odbiorem robót i zapłatą wynagrodzenia, to w sytuacji – gdy powód zgłosił roboty do odbioru końcowego – obowiązkiem pozwanej było przystąpienie do tej czynności z jednoczesnym

sporządzeniem z niej protokołu odzwierciedlającego istniejący stan rzeczy. Skoro nie doszło do niewykonania umowy ale do jej nienależytego wykonania, to pozwana Gmina Ł. miała obowiązek odebrać przedmiot umowy ze wszystkimi tego konsekwencjami. W sytuacji gdy pozwana Gmina Ł. konsekwentnie odmawiała komisyjnego odbioru robót, zupełnie prawidłowym jest stanowisko Sądu I instancji, iż, w takiej sytuacji, brak jest argumentów przemawiających przeciwko prawidłowości dokonanego przez wykonawcę protokolarnego odbioru. Protokół odbioru robót został podpisany w dniu 30 grudnia 2010r przez wykonawcę i inspektora nadzoru działającego z ramienia inwestora ze stwierdzeniem, że roboty zostały wykonane zgodnie z umową i ich jakość jest dobra.

Skoro tak – a, na co słusznie zwraca uwagę Sąd Okręgowy, pozwana Gmina Ł. nie zastrzegła sobie uprawnień do dokonania komisyjnego odbioru, a inspektor nadzoru odbierając roboty budowlane działał z upoważnienia pozwanej – to twierdzenie strony pozwanej, jakoby nie doszło do faktycznego odbioru robót – nie wytrzymuje krytyki.

W tej sytuacji należy zaaprobować stanowisko Sądu Okręgowego, że wymagalność należnego wynagrodzenia wyznaczał, zgodnie z § 12 ust.2 umowy, upływ 30 dniowego terminu od daty doręczenia prawidłowo wystawionej faktury; gotowość do odbioru została przez powoda zgłoszona pismem z dnia 3 stycznia 2011r, zastrzeżony umową termin wyznaczenia przez zamawiającą odbioru końcowego upłynął najpóźniej z dniem 10 stycznia 2011r i z tą datą skuteczne było dokonanie odbioru końcowego i wystawienie faktury, której termin płatności upłynął z kolei z dniem 10 lutego 2011r. Nieskutecznie powołuje się apelująca Gmina Ł. na odmienne stanowisko w tej kwestii wyrażone przez Prokuratora Rejonowego w Gorlicach w treści postanowienia o umorzeniu śledztwa albowiem nie jest ono dla sądu rozpoznającego niniejszą sprawę wiążące. Sam fakt, iż stanowisko Prokuratora jest dla skarżącej Gminy korzystne, nie pozbawia logiki argumentacji Sądu I instancji, orzekającego w niniejszej sprawie.

Powoływanie się przez pozwaną Gminę Ł. na zapis § 2 ust.3 lit. a łączącej strony umowy jest bezprzedmiotowe, skoro robót dodatkowych sąd nie rozliczał, zaś z pracami zamiennymi nie mieliśmy w sprawie do czynienia. Ujawnione odstępstwa od projektu w zakresie pokrycia dachowego i termoizolacji części budynku, nie stanowiły prac zamiennych, a odmienne twierdzenia pozwanej Gminy, w tej materii, stoją w sprzeczności ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym. Pokrycie dachowe oraz termoizolacja części budynku zostały wykonane w inny sposób niż ustalono to w umowie – ale nie w sposób zamienny.

W realiach niniejszej sprawy, jako jednoznaczny jawi się pogląd Sądu Okręgowego, iż odstępstwa od projektu w zakresie zadania jak i termoizolacji – były przez inwestora akceptowane. Świadczą o tym następujące okoliczności.

Mianowicie :

- po pierwsze :występujący z ramienia inwestora inspektor nadzoru miał świadomość istniejących odstępstw. Wprawdzie zgłaszał powodowi zastrzeżenia co do konieczności uzupełnienia styropianu na remontowanym obiekcie, niemniej kontynuowanie robót w pełni akceptował. Odnośnie zaś modyfikacji w zakresie zadania wręcz to zaaprobował skoro – jak sam zeznał "(...) uznałem, że można w ten sposób postąpić, kładąc nową blachę na stare poszycie. Licząc się z konsekwencjami zdjęcia starej blachy w okresie deszczowym, nie miałem wprost sumienia, aby to zausterkować. W tym konkretnym projekcie projektant przewidywał zdjęcie starej blachy, ale są i także projekty, gdzie starego pokrycia się nie demontuje (...) k- 476

- po drugie : już w dacie pierwszego odbioru (czyli już 15 listopada 2010r) pozwana Gmina Ł. wiedziała o wykonanym zadaniu w ten sposób, że nową blachę położono na stare pokrycie. Wynika to z zeznań świadka J. G. (2), który zeznał "(...) w trakcie prac I Komisji dysponowaliśmy dokumentacją dotyczącą zakresu wykonanych robót. W I protokole nie zausterkowano nieprawidłowości wykonania pokrycia dachowego, gdyż wykonawca twierdził, że ta kwestia została uzgodniona z inwestorem i nowe pokrycie dachowe położono na istniejącym (...) k-457 verte

- po trzecie : w dacie drugiego odbioru (a zatem 29 listopada 2010r) pozwana Gmina Ł. wiedziała o kwestii związanej z termoizolacją części budynku. Świadek J. G. (2) zeznał "(...) w drugim terminie prac Komisji wyszła kwestia nieodpowiedniej grubości styropianu na części elewacji budynku (...)

Świadek M. B. zeznał "(...) wszystkie usterki w obu terminach znalazły odzwierciedlenie w sporządzonych i podpisanych protokołach (...) k- 458

Poza sporem zaś pozostaje, iż ani w pierwszym protokole odbioru, ani w drugim protokole odbioru nie zostały wskazane przez inwestora, ani jako wada ani jako usterka, w/w odstępstwa od projektu (pomimo wiedzy o tym pozwanej Gminy) Co więcej. Powód nie był w ogóle wzywany do ich usunięcia. Skoro tak – to prawidłowa jest konstatacja Sądu Okręgowego, iż wszelkie odstępstwa od projektu w zakresie zadaszania czy termoizolacji były przez inwestora akceptowane, stąd nie stanowiły o wadliwości warunkującej ostateczny odbiór. A contrario: gdyby było inaczej, w/w odstępstwa zostałyby ujawnione albo w pierwszym albo w drugim protokole odbioru.

Co istotne; w protokole czynności odbioru winny zostać ujęte wszelkie ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym wykaz wszystkich ujawnionych wad, bo dopiero ich stwierdzenie obligowało wykonawcę do ich usunięcia. Tymczasem pozwana Gmina ani w dacie pierwszego odbioru ani w dacie drugiego odbioru nie wyzwała powoda do usunięcia jakichkolwiek usterek w zakresie zadaszania czy termoizolacji. Wypada zatem powtórzyć jeszcze raz – to oznacza, iż powyższe akceptowała. Nie sposób przy tym odmówić trafności spostrzeżeniu biegłego, że "(...) jeżeli przystępuje się do drugiego etapu odbioru, to Komisja sprawdza wykonanie robót z poprzedniego protokołu, chyba, że coś się zawaliło, a nie wyszukuje się następnych błędów, bo to doprowadziłoby do absurdu (...) k- 667.

Za całkowicie chybione należy uznać twierdzenia pozwanej Gminy Ł., iż "musiałaby odebrać od powoda wadliwy w znacznym stopniu przedmiot umowy"

Sam fakt iż, jak wynika z wyliczeń biegłego, przebudowa obiektu kosztowałaby 75-80.000 zł nie oznacza wadliwości wykonanych przez powoda robót budowlanych o wartości wyrażającej się tą kwotą; ta kwota wiąże się bowiem z koniecznością dewastacji już wykonanych prac i ponownym ich wykonaniem

Z niekwestionowanych uwag biegłego wynika nadto, iż uzyskanie efektów w zasadzie tylko i wyłącznie estetycznych kosztowałyby ok. 40 % wartości umowy, a zatem efekty byłyby niewspółmiernie wysokie do poniesionych kosztów.

Brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 258 k.p.c poprzez oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadków E. K. lub R. H. na okoliczność wykazania, czy na prowadzone roboty wymagane było pozwolenie na budowę oraz czy przepisy prawa wymagały prowadzenia dziennika budowy. Trafne jest stanowisko Sądu Okręgowego, iż ustalenia tej kwestii pozostają zastrzeżone do kognicji sądu. Świadkiem w znaczeniu faktycznym (materialnym) jest osoba fizyczna która, dzięki własnym spostrzeżeniom uzyskała wiadomości o fakcie badanym w toku postępowania (zeznania świadków są oświadczeniem ich wiedzy o określonych faktach) natomiast prawo, ma obowiązek znać sąd.

Zarzut naruszenia prawa materialnego nie może być skutecznie uzasadniany próbą zwalczania ustaleń faktycznych (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 15 kwietnia 2004 IV CKN 274/03 Lex 164852)

W tym aspekcie, zarzuty pozwanej Gminy Ł., naruszenia prawa materialnego, a to art. 42 i 45 ustawy z dnia 7 lipca 1994 Prawo budowlane poprzez niewłaściwe ich zastosowanie, nie zasługują na uwzględnienie. Za oczywiście właściwe należy uznać stanowisko Sądu Okręgowego, iż pozwana Gmina Ł. zbagatelizowała obowiązek prowadzenia dziennika budowy, nie respektując obowiązku, jaki nakładała na nią regulacja § 3 umowy. Pomimo zatem, że w/w przepisy Prawa Budowlanego, nie nakładały na inwestora obowiązku prowadzenia dziennika budowy, to taki obowiązek prowadzenia dziennika budowy na inwestorze spoczywał, bo taki obowiązek nakładała na stronę pozwaną umowa; nota bene, którą strona pozwana sama sformułowała. Zawarte w apelacji stwierdzenie, iż znajdujący się w umowie zapis, że zamawiający przekazuje dziennik budowy, stanowi oczywistą omyłkę pisarską, jest niepoważne. Toż to pozwana Gmina używa argumentu o wysokim stopniu sformalizowania umowy, co w zderzeniu z powyższym, nazwanie przyjętego na siebie obowiązku lapsusem językowym – nie może się ostać.

Nieprawidłowo skarżąca Gmina Ł. upatruje naruszenia art. 647 kc w stwierdzeniu Sądu I instancji , że zgłoszenie obiektu do odbioru - w kontekście obowiązku zamawiającego odebrania obiektu i zapłaty wynagrodzenia jest dla niego wiążące, jeżeli tylko obiekt ten został zrealizowany zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.

Sąd Najwyższy wyraził pogląd , że “ jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych , inwestor jest obowiązany dokonać ich odbioru. W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron , niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.inn. co do jakości wykonanych robót , w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad wraz z ewentualnymi terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze ” . Sąd Najwyższy w konsekwencji wyprowadził wniosek , że “ umówionemu obowiązkowi wykonawcy oddania obiektu odpowiada obowiązek inwestora odebrania tego obiektu i zapłata umówionego wynagrodzenia ”. Obowiązek ten jest niezależny od aprobaty świadczenia , gdyż “ to , czy wykonawca wykonał związane z obiektem roboty budowlane w sposób zgodny z projektem i zasadami wiedzy technicznej (...) może być przedmiotem sporu ” ( zob. wyrok SN z 5.03.1997 II CKN 28/97 OSN 1997 nr 6-7 poz. 90)

Należy podzielić teoretyczno-prawne rozważania Sądu Okręgowego, że na gruncie art. 647 kc wyprowadza się wniosek , że odmowa odbioru uzasadniona jest jedynie w przypadku , gdy przedmiot zamówienia może być kwalifikowany jako wykonany

niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady są na tyle istotne , że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Należy powtórzyć w ślad za Sądem Okręgowym ,że jakość robót wiąże się z odpowiedzialnością z tytułu gwarancji lub rękojmi za stwierdzone przy odbiorze wady , odbiór końcowy determinuje zaś wyłącznie kwestię wykonania zobowiązania przez wykonawcę. Samo zaś wystąpienie usterek i wad nie stanowi automatycznie uzasadnionej przyczyny wstrzymania się z odbiorem robót i odmowy zapłaty wynagrodzenia ; decydujące znaczenie ma charakter ujawnionych wad. Wady nieistotne , tak jak w sprawie niniejszej, oznaczają wykonanie zobowiązania , jednak w sposób nienależyty co do jakości , rzutując na zaktualizowanie uprawnień inwestora z tytułu rękojmi lub gwarancji. Skoro wykonany obiekt, na chwilę zgłoszenia do odbioru , wykazywał wprawdzie drobne wady , jednakże były one z punktu widzenia przeznaczenia i możliwości użytkowania obiektu nieistotne , to pozwana Gmina miała obowiązek odebrać przedmiot umowy ze wszystkimi tego konsekwencjami ; korzystając z szeregu instrumentów zabezpieczających należyte wykonanie umowy a przywołanych przez Sąd I instancji.

Lektura pisemnych motywów zaskarżonego wyroku w tej kwestii prowadzi do wniosku, że Sąd I instancji , kierował się dyrektywami określonymi w komentowanym przepisie i nadał im właściwe brzmienie. Rozważania Sądu w tej materii są na tyle obszerne i drobiazgowo , że nie ma potrzeby by powielać argumenty przetoczone przez sąd I instancji, wystarczy odwołać się do nich z aprobatą .

Wobec całkowitego rozliczenia wartości wykonanych przez powoda robót , ziszcila się podstawa prawna , przewidziana w treści § 13 pkt.4 umowy , obligująca pozwaną Gminę Ł. ,do zwrotu powodowi 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Nie znajduje uzasadnionych podstaw zarzut naruszenia art. 637 kc w zw. z art. 656 kc poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające , zdaniem skarżącej, na przyjęciu poglądu, iż pozwany uzależniał wypłatę wynagrodzenia wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek. W żadnym miejscu uzasadnienia Sąd I instancji takiego poglądu nie wywiódł. Wywiódł natomiast, iż wady odnoszące się do zakresu objętego umową miały charakter nieistotny , umożliwiały normalne korzystanie z rezultatu przeprowadzonych robót zgodnie z ich przeznaczeniem , o czym świadczy ich stosunkowo drobny charakter ( obejmujący konieczność uzupełnienia , wyrównania lub wyprostowania ) jak również wyznaczony przez powoda nieodległy termin ich usunięcia , a pośrednio fakt, iż – w toku postępowania pozwana – poza wyrównaniem rynien , rur spustowych o obróbkę blacharskich – nie domagała się rozliczenia tych usterek , w ramach rozwiązania zaproponowanego w treści opinii prywatnej. Ostatecznie, trafną jest konkluzja Sądu Okręgowego – iż pewne niedoróbki w zakresie drobnych prac wykończeniowych nie mogły przesądzać o niewykonaniu umowy i odmowie odbioru wykonanego w całości przedmiotu umowy.

Wobec wyrażonego w tym miejscu stanowiska pozwanej Gminy stwierdzić należy, iż nadal pozostaje aktualna, wyrażona przez Sąd Apelacyjny powyżej teza, iż wyliczony przez biegłego koszt przebudowy obiektu zamykający się kwotą 75.000 -85.000 zł nie odnosi się do wartości wad przedmiotu umowy. Wiązanie zatem tej kwoty z wadami i z tego powodu nadawanie im przymiotu istotnych – jest nadużyciem ze strony pozwanej Gminy.

Zasadą jest skoncentrowanie materiału procesowego przed sądem I instancji, co, w systemie pełnej apelacji, prowadzi do ograniczenia "prawa nowości", której daje wyraz art. 381 kpc. Na podstawie powyższego przepisu, Sąd Apelacyjny oddalił złożony w apelacji wniosek dowodowy pozwanej Gminy Ł., skoro pozwana nie wykazała, że nie mogła powołać powyższego dowodu przed sądem I instancji. Strona, która dopuszcza się zaniedbania w zakresie przysługującej jej inicjatywy dowodowej w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, musi się liczyć z tym, że sąd drugiej instancji jej wniosku dowodowego nie uwzględni. Art. 381 k.p.c nie służy bowiem wykrywaniu i zbieraniu nowych okoliczności faktycznych i środków dowodowych, a jedynie umożliwia przeprowadzenie dowodów, wcześniej niemożliwych z przyczyn obiektywnych.

Niezależnie od powyższego, wnioskowany w apelacji przez pozwanego (powoda wzajemnego) dowód jest irrelevantny z punktu widzenia istoty sprawy.

Poprawność działania Sądu Okręgowego (w zakresie ustalenia stanu faktycznego) umożliwia Sądowi Apelacyjnemu przyjęcie za własne obszernych ustaleń stanu faktycznego, które bez jakiegokolwiek uzupełnienia mogły stać się bazą dla dokonania zmiany zaskarżonego wyroku, wynikającej z nieco odmiennej oceny prawnej, w kwestii zastrzeżonej w umowie kary umownej.

Mianowicie, Sąd Apelacyjny nie podziela stanowiska Sądu Okręgowego, że, skoro § 15 pkt.10 umowy stanowi, że "okres usuwania wad nie przedłuża umownego terminu zakończenia robót" to zgodnie z treścią § 14 ust.2 lit.A wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kary umownej za okres od 16 listopada 2010r do 10 stycznia 2011r.

Zarzut zatem pozwanego wzajemnego J. G. (1), naruszenia art. 65 § 1 i 2 k.c w zw. z § 15 ust. 10 umowy z dnia 19.08.2010r w zw. z art. 484 § 1 kc w zw. z art. 637 kc- okazał się częściowo uzasadniony.

Z treści § 14 ust.2 lit. A zawartej między stronami umowy wynika, iż strony zastrzegły karę umowną w dwóch sytuacjach: za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy oraz za nieterminowe usunięcie wad stwierdzonych przy odbiorze.

Zatem zwłoka w wykonaniu przedmiotu umowy a nieterminowe usuwanie wad to są dwa różne (i niezależne od siebie) stany faktyczne.

Stosownie do zapisu art. 476 kc dłużnik dopuszcza się zwłoki, jeżeli nie spełnia świadczenia w terminie. Poza sporem pozostaje, iż wykonawca, pismem z dnia 4 listopada 2010r, zgłosił zakończenie robót i gotowość do odbioru. Skoro tak – to w sytuacji gdy wykonawca, zgłosił przed terminem zakończenia robót, gotowość do odbioru i taki odbiór się odbył (15 listopada 2010r), a w jego wyniku stwierdzono istnienie wad (nieistotnych), wyznaczono termin do usunięcia tych wad zaakceptowany przez obie strony – to nie można skutecznie twierdzić, że po dokonaniu odbioru wykonawca pozostaje w zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy. Zapisu § 15 pkt.10 umowy nie można odnosić do kary umownej, bo w takiej sytuacji, (gdyby strony powyższy zapis miały zamiar odnosić do podstaw naliczania kary umownej) to nie zawierałyby w § 14 umowy postanowienia o naliczaniu kary umownej za nieterminowe usunięcie wad stwierdzonych przy odbiorze, bowiem do takiej sytuacji nigdy by nie doszło, ponieważ usuwanie wad nie przedłużałoby terminu wykonania umowy, a zatem wystarczyłoby tylko zapis o karze umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy. Bezsensownym byłoby ustalanie terminu usuwania wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze, gdyż nie miałyby to wpływu na karę umowną obciążającą wykonawcę, a zapis z § 14 o naliczaniu ewentualnej kary za nieterminowe usunięcie wad stwierdzonych przy odbiorze, byłby zapisem martwym. Z taką regułą interpretacyjną zapisów umowy należy się zgodzić, jako logiczną i sensowną. Skoro w protokołach odbioru z dnia 15 listopada 2010r i 29 listopada 2010r strony ustaliły termin usunięcia wad i usterek, to nie można twierdzić, że w tych okresach wykonawca był w

zwłóce z wykonaniem przedmiotu umowy , skoro miał ustalony z inwestorem termin usunięcia wad. Nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż w dacie drugiego odbioru zostały wskazane przez inwestora nowe wady i usterki, które powinny być ( a nie były ) wskazane już w dacie pierwszego odbioru. Takie działanie pozwanej Gminy Ł. , mające niewątpliwie wpływ na termin realizacji inwestycji – nie może obciążać wykonawcy.

Brak jest logicznego uzasadnienia dla twierdzenia, iż po 15 listopada 2010r wykonawca pozostawał w zwłóce z wykonaniem przedmiotu umowy. Ten przedmiot umowy został oddany przez wykonawcę przed 15 listopada 2010r, jednakże z wadami i usterkami i za nieterminowe usunięcie tych wad, należy w takiej sytuacji obciążyć wykonawcę karą umowną . Po pierwszym odbiorze wykonawca zobowiązał się usunąć wady i usterki do 23 listopada 2010r. W dniu 22 listopada 2010r zgłosił wykonanie wad i usterek. W dniu drugiego odbioru tj. 29 listopada 2010r stwierdzono nowe wady i usterki, które wykonawca zobowiązał się usunąć do 22 grudnia 2010r. Tego terminu nie dochował ; wprawdzie zwracał się do inwestora o przedłużenie terminu do ich usunięcia ale powód ( pozwany wzajemny ) Gmina Ł. na powyższe nie wyraziła zgody. Ostatecznie , pismem z dnia 3 stycznia 2011r zgłosił inwestorowi gotowość do odbioru budynku, dołączył podpisany przez inspektora nadzoru ( z ramienia inwestora) protokół odbioru ze stwierdzeniem , że wszystkie roboty wykonano zgodnie z umową i ich jakość jest dobra. Zastrzeżony umową termin wyznaczenia przez zamawiającego odbioru końcowego upłynął najpóźniej z dniem 10 stycznia 2011r ; z tą datą skuteczne było dokonanie odbioru końcowego. Skoro tak – to za okres od 23 grudnia 2010r do 10 stycznia 2011r wykonawcę należy obciążyć karą umowną za nieterminowe usuwanie stwierdzonych wad. Za ten okres upłynęło 19 dni , w przeliczeniu przez 944,82 zł za każdy dzień opóźnienia , daje to sumę 17.952 zł .

Uznając zatem apelację pozwanego wzajemnego J. G. (1) (powoda ) za częściowo uzasadnioną , Sąd Apelacyjny ,na podstawie art. 386 § 1 kpc zmienił zaskarżony wyrok.

Skutkiem reformatoryjnego orzeczenia co do istoty sprawy , jest konieczność oparcia rozstrzygnięcia o kosztach procesu za pierwszą instancję , na podstawie art. 100 kpc, skoro przeciwnik powoda wzajemnego (tj. pozwany wzajemny) uległ tylko co do nieznaczącej części swojego żądania, a zasądzona kwota wynosi 7.200 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego obliczona co do wysokości stosownie do treści §6ust.7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 kpc stosownie do zasady odpowiedzialności za wynik procesu , a na zasądzoną sumę składa się opłata od apelacji oraz kwota 5.400 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego obliczona co do wysokości stosownie do treści § 6 ust.7 w zw. z § 12 ust.1 pkt.2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.