

Sygn. akt I ACa 1577/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 marca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Hanna Rojewska

Sędziowie: SA Alicja Myszkowska (spr.)

SO del. Ryszard Badio

Protokolant: st. sekr. sąd. Julita Postolska

po rozpoznaniu w dniu 27 marca 2015 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C.**

przeciwko **J. M. (1), prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą M. J. R. Zakład Budowlany w C.**

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 10 marca 2014 r. sygn. akt X GC 817/12

I. z apelacji pozwanego zmienia zaskarżony wyrok w punktach 1 i 2 w ten tylko sposób, że obniża zasądzoną w punkcie 1 kwotę 109.510,51 złotych do kwoty 83.500 (osiemdziesiąt trzy tysiące pięćset) złotych oraz w punkcie 3 w ten sposób, że zasądza od powoda (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. na rzecz pozwanego J. M. (2), prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. J. R. Zakład Budowlany w C. kwotę 351 (trzysta pięćdziesiąt jeden) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

II. oddala apelację pozwanego w pozostałej części oraz apelację powoda w całości;

III. zasądza od powoda (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. na rzecz pozwanego J. M. (2), prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. J. R. Zakład Budowlany w C. kwotę 5.201,48 (pięć tysięcy dwieście jeden i 48/100) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt. I ACa 1577/14

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z 10 marca 2014 r. Sąd Okręgowy w Łodzi, w sprawie z powództwa (...) Spółki z o.o. w C. przeciwko J. M. (1) prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą M. J. R. Zakład Budowlany w C. o zapłatę kwoty 413.500 zł, zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 109.510,51 zł wraz z ustawowymi odsetkami od 17 września 2012 r. do dnia zapłaty, oddalił powództwo w pozostałym zakresie, zasądził od pozwanego na rzecz powódki 2.036,97 zł tytułem zwrotu kosztów procesu oraz orzekł o kosztach sądowych.

Wyrok ten zapadł na podstawie ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego, których istotne elementy przedstawiają się następująco:

1 lipca 2008 r. pomiędzy stronami doszło do zawarcia umowy, przedmiotem której było wykonanie zadania pod nazwą: „Budowa kompleksu złożonego z dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych oraz infrastruktury zewnętrznej, w tym: parkingów, chodników, dróg wjazdowych, na działkach o nr ewidencyjnych (...) i (...) położonych przy ul. (...) w C.”. Rozpoczęcie robót miało nastąpić 1 lipca 2008 r., jeśli zaś chodzi o zakończenie robót – kształtowało się ono różnie: zakończenie i odbiór końcowy budynku oznaczonego literą B, stanowiącego I etap inwestycji, nastąpić miał 30 czerwca 2009 r., zakończenie i odbiór końcowy budynku oznaczonego literą A, stanowiącego II etap inwestycji, nastąpić miał 31 grudnia 2009 r., przekazanie dokumentacji technicznej podwykonawczej miało nastąpić zgodnie z terminami odbioru budynków A i B, natomiast wykonanie elementów infrastruktury zewnętrznej miało nastąpić do 31 grudnia 2009 r., z zastrzeżeniem wykonania elementów niezbędnych do odbioru budynku B w terminie do 30 czerwca 2009 r. Strony umowy ustaliły, że przedmiotem odbioru końcowego jest wykonanie przedmiotu zamówienia objętego umową. Pozwany miał zgłosić powódce gotowość do odbioru końcowego robót w formie pisemnej. Odbiór końcowy miał na celu przekazanie powódce ustalonego przedmiotu umowy do eksploatacji, po sprawdzeniu jego należytego wykonania. Strony postanowiły, że z czynności odbioru będzie spisany protokół zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru, jak też terminy wyznaczone na usunięcie ewentualnych wad stwierdzonych przy odbiorze (§ 5 ust. 1, 2, 3, 4, 5 i 8 umowy). W § 10 ust. 1 pkt b umowy znalazł się zapis, że pozwany zapłaci powódce karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki.

Kierownikiem budowy został G. W. (1).

Aneksem nr (...), zawartym 26 maja 2009 r., strony zmieniły m.in. zakres rzeczowo-finansowy przedmiotu zamówienia, stanowiący załącznik nr 1 do aneksu, zaś zakończenie przedmiotu umowy ustaliły na dzień 30 września 2009 r. – jeśli chodzi o budynek B i 31 marca 2010 r. – jeśli chodzi o budynek A.

Po uzyskaniu decyzji o pozwoleniu na budowę pozwany wykonawca przystąpił do realizacji umowy.

W trakcie przeprowadzanych prac budowlanych wielokrotnie dokonywano odbiorów częściowych poszczególnych elementów tychże prac wykonanych przez stronę pozwaną.

Wpisem do dziennika budowy z 8 stycznia 2010 r. kierownik budowy G. W. zgłosił zakończenie robót budowlanych w części mieszkalnej budynku B wskazując, że budynek ten nadaje się do przekazania do użytkowania najemcom. Wpisem w dzienniku budowy z 8 stycznia 2010 r. Z. N. (1) – inspektor nadzoru inwestorskiego, potwierdził zakończenie robót w części mieszkalnej budynku B ze wskazaniem, że prace wykonano zgodnie z projektem. Decyzją nr (...) z 22 marca 2010 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w C. ((...)) udzielił powódce pozwolenia na użytkowanie budynku B w stanie deweloperskim. Pozwolenie nie objęło części garażowej budynku i zjazdu do garaży.

Wpisem do dziennika budowy z 14 września 2010 r. kierownik budowy G. W. zgłosił zakończenie robót budowlanych w części mieszkalnej budynku A. Zgłosił również zakończenie prac zewnętrznych: chodników, parkingów, obsypania budynku humusem i wskazał, że budynek nadaje się do użytkowania przez najemców. Wpisem w dzienniku budowy z 14 września 2010 r. Z. N. – inspektor nadzoru inwestorskiego, potwierdził zakończenie robót budowlanych budynku A oraz robót zewnętrznych. Decyzją nr (...) z 8 października 2010 r. (...) udzielił powódce pozwolenia na użytkowanie budynku A w stanie deweloperskim i parkingu podziemnego. Wskazano również, że zjazd z ul. (...) wykonany został na podstawie pozwolenia na budowę, protokół odbioru z 29 marca 2010 r., budowa zakończona 4 maja 2010 r.

Wpisem w dzienniku budowy z 25 października 2010 r. Z. N. – inspektor nadzoru inwestorskiego, na prośbę i polecenie inwestora, wskazał, że do dnia dzisiejszego nie zakończono zagospodarowania terenu zgodnie z projektem (ukształtowanie terenu, zieleń, plac zabaw, wykonanie ogródków do mieszkań (...)). O treści tego wpisu nie został poinformowany zarówno sam pozwany, jak i kierownik budowy.

Prace poprawkowe oraz usuwanie usterek, po 14 września 2010 r. oraz po uzyskaniu pozwoleń na użytkowanie obu budynków, trwało jeszcze przez kilka miesięcy. Nie obejmowały one jednak prac związanych z zagospodarowaniem terenu. O wszystkich w/w pracach inwestor wiedział i to z nim ustalany był ich zakres. Z reguły czynione to było w sposób odformalizowany, ustny.

Wiosną 2011 roku strony sporządziły wykaz usterek i poprawek odrębnie dla budynków A i B. Nie znalazły się w nim żadne zapisy dotyczące usterek w zakresie elementów infrastruktury zewnętrznej wykonanej przez pozwanego, jak również zapisy wskazujące na takie elementy tej infrastruktury, które wymagałyby poprawek.

10 października 2011 r. podpisany został protokół bezusterkowego odbioru końcowego zakresu robót objętych umowami z 25 maja i 4 września 2009 r. Przedmiotem odbioru były roboty towarzyszące realizacji budynków mieszkalnych wielorodzinnych A i B. Na podstawie szczegółowych oględzin robót, po zapoznaniu się z dokumentacją techniczną, stwierdzono, że przedmiot odbioru został wykonany zgodnie z projektem technicznym i warunkami technicznymi wykonania odbioru robót budowlano-montażowych.

31 maja 2012 r. powódka wezwała pozwanego do wykonania umowy o roboty budowlane, w szczególności: do wykonania obowiązku określonego w § 4 ust. 1 umowy i w § 3 aneksu z 26 maja 2009 r. poprzez zakończenie budowy i zgłoszenie do odbioru końcowego budynków A i B, a także wykonania i zgłoszenia do odbioru elementów infrastruktury zewnętrznej.

W odpowiedzi na powyższe pozwany wskazał, że faktycznie, nie zgłosił w formie pisemnej gotowości do odbioru robót, jednakże faktu tego nie można utożsamiać z niewykonaniem robót. Fakt, że roboty zostały wykonane zgodnie z umową i zgodnie z projektem budowlanym jest możliwy do stwierdzenia za pomocą innych dowodów.

Powódka przedstawiła pozwanemu prywatną ekspertyzę, z której miało wynikać, że obiekt budowlany, budynki mieszkalne A i B w chwili obecnej nie nadają się do odbioru końcowego w świetle przepisów prawa i umowy pomiędzy stronami. Po raz kolejny wezwała do wykonania prac mających na celu zakończenie budowy budynków mieszkalnych wraz z wykonaniem zagospodarowania terenu oraz do usunięcia wad wykonanych prac wg szczegółowego opisu zawartego w ekspertyzie, jak też w reklamacjach zgłaszanych ustnie i pocztą elektroniczną.

5 lipca 2012 r. powódka wezwała pozwanego do zapłaty kwoty 1.331.500 zł przypadającej jej z tytułu kar umownych wyliczonych na dzień 5 lipca 2012 r. za niezgłoszenie do odbioru końcowego budynku A, B i za niewykonanie elementów infrastruktury zewnętrznej.

Pozwany nie wykonał prac określonych w załączniku nr 1 do przedmiotowej umowy w zakresie: dróg pożarowych z płyt (...) (wartość tych prac zamyka się kwotą 26.010,51 zł) oraz wygrodzenia placu zabaw (którego wycena jest niemożliwa z uwagi na brak szczegółowych wytycznych projektowych). Wszystkie prace związane z infrastrukturą zewnętrzną w kosztorysie zatytułowanym „zagospodarowanie terenu” zamknęły się kwotą 360.382,14 zł.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy uznał powództwo za częściowo zasadne. Żądanie pozwu oparte zostało na twierdzeniu, iż pozwany pozostawał w zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy, co otwierało powódce drogę do domagania się zastrzeżonej kary umownej w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki. Po przedstawieniu instytucji kary umownej, która może być zastrzeżona w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego (art. 483 § 1 k.c.) Sąd I instancji wskazał, odwołując się do zapisu § 10 ust. 1 pkt b umowy, iż kara umowna przewidziana została za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, jako całości. Przedmiotem umowy było nie tylko wykonanie infrastruktury zewnętrznej budynków A i B, ale również wykonanie samych tych budynków. W tej sytuacji rozdzielanie kary umownej oparte na rozdzielaniu przedmiotu umowy na jego poszczególne elementy (składniki) i dokonywanie odrębnej oceny zasadności roszczenia o zapłatę kary umownej za zwłokę w wykonaniu tylko jednego z nich, przy pozostawieniu do późniejszej oceny analogicznych roszczeń za inne, pozostałe elementy, Sąd Okręgowy uznał za nieusprawiedliwione i bezzasadne.

Sąd I instancji oceniając sprawę w tym ujęciu wskazał, że niewątpliwie doszło do nienależytego wykonania przez pozwanego zobowiązania. Natomiast z całą pewnością nie można mówić o tym, aby zwłoka pozwanego obejmowała okres od 1 stycznia 2010 r. do 5 lipca 2012 r. Kara umowna przez strony została przewidziana za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, jako całości. Umowa łącząca strony w swej treści nie przewidywała jednego ogólnego terminu zakończenia prac budowlanych dla całego wykonywanego przez pozwanego zadania inwestycyjnego. Rozdzielała przedmiot umowy na poszczególne etapy i każdy z tych etapów opatrzony został inną datą jego zakończenia. W tej sytuacji – na gruncie zapisu § 10 umowy – nie było innej możliwości, jak przyjęcie, że datą wykonania przedmiotu umowy (całego) był dzień wykonania tego z jej etapów, który opatrzony był najpóźniejszą datą. Skoro zatem taką najpóźniejszą datą była data zakończenia i odbioru końcowego budynku oznaczonego literą A, stanowiącego II etap inwestycji, przedmiot umowy winien zostać wykonany do 31 marca 2010 r. Okres naliczania kary umownej za zwłokę w jego wykonaniu rozpoczął zatem swój bieg od 1 kwietnia 2010 r.

Na dzień 14 września 2010 r. Sąd I instancji ustalił zaś datę końcową pozostawania przez pozwanego w zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy, co wynikało z ustaleń faktycznych sprawy: wpisu do dziennika budowy z tego dnia, którym kierownik budowy G. W. zgłosił zakończenie robót budowlanych w części mieszkalnej budynku A oraz zgłosił zakończenie prac zewnętrznych, wpisu w dzienniku budowy z tego samego dnia dokonanego przez Z. N. – inspektora nadzoru inwestorskiego, uzyskania na tej podstawie pozwolenia na użytkowanie budynku mieszkalnego. Sąd Okręgowy uznał zaś, że zapis poczyniony w dzienniku budowy 25 października 2010 r., z którego wynikało, że do tego dnia nie zakończono zagospodarowania terenu zgodnie z projektem (ukształtowanie terenu, zieleń, plac zabaw, wykonanie ogródków do mieszkań (...)), został wykonany już po zwrocie dziennika budowy z Urzędu Miasta, po wydaniu obu w/w decyzji zezwalających na użytkowanie budynków mieszkalnych A i B, na wyraźne polecenie prezesa powodowej spółki, bez poinformowania o jego dokonaniu zarówno samego pozwanego, jak i kierownika budowy. Powyższy wpis w dzienniku budowy nie odzwierciedlał zatem rzeczywistego stanu rzeczy i dokonany został wyłącznie na potrzeby przyszłego procesu sądowego. Niebagatelne znaczenie miały także, w ocenie Sądu I instancji, zeznania świadków: Z. N., P. W., K. N., z których wynikało, że wszystkie późniejsze roboty, wykonywane po 14 września 2010 r., były tak naprawdę robotami poprawkowymi, czynionymi w ramach zgłaszanych przez poszczególnych lokatorów reklamacji, czy też mającymi za zadanie naprawę usterek. Tego typu robót nie można uznać za mające na celu wykonanie przedmiotu umowy; z założenia prowadzone są one bowiem już po jego wykonaniu. Również wykaz usterek i poprawek sporządzony wiosną 2011 roku daje wyraz temu, że po 14 września 2010 r. nie były prowadzone roboty związane z wykonaniem przedmiotu umowy jako takiego, lecz chodziło wyłącznie o prace poprawkowe i naprawę usterek. Natomiast protokół bezusterkowego odbioru końcowego z 10 października 2011 r., pomimo swej nie do końca jednoznacznej nazwy, był niczym innym jak protokołem odbioru prac wyłącznie poprawkowych, a nie – prac związanych z wykonaniem przedmiotu umowy, na co wskazuje jego szczegółowa analiza, jak i zeznania świadków traktujące na okoliczności związane ze sporządzeniem tegoż protokołu.

Jeśli chodzi o kwestię wygrodzenia placu zabaw Sąd Okręgowy wskazał, że w projekcie budowlanym budynków mieszkalnych wielorodzinnych, w załączniku do decyzji o pozwoleniu na budowę brak zapisów o placu zabaw i jego wyposażeniu oraz wygrodzeniu. Również na rysunkach brak danych o wygrodzeniu placu zabaw i jego wyposażeniu. W tej sytuacji, pomimo istnienia regulacji prawnych obligujących do wygrodzenia placów zabaw (rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie - Dz. U. Nr 75, poz. 690 ze zm.), pozwany nie miał żadnych wytycznych i wskazówek, w jaki sposób wygrodzić tenże plac zabaw i przy pomocy jakich materiałów to uczynić. Skoro tak, nie można mówić o tym, aby przedmiot umowy w powyższym zakresie nie został wykonany. Trudno bowiem wykonać coś, szczegółów czego nie ma w projekcie budowlanym.

W odniesieniu zaś do drogi przeciwpożarowej z płyt Y., materiał dowodowy zdaniem Sądu I instancji potwierdził, że faktycznie nie została ona wykonana.

Niemniej jednak Sąd Okręgowy odwołał się do treści art. 484 § 2 k.c., zgodnie z którym jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara

umowna jest rażąco wygórowana. Mając na uwadze fakt, że pozwany wykonał ciężące na nim zobowiązanie w przeważającej części, a na rozprawie 24 lutego 2014 r. pozwany zgłosił żądanie zmniejszenia kary umownej z uwagi na fakt jej rażącego wygórowania, Sąd I instancji zasądził od pozwanego na rzecz powódki 109.510,51 zł z tytułu kary umownej za 167 dni zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy (167 dni x 500 zł = 83.500 zł) oraz za niewykonanie drogi przeciwpożarowej z płyt Y., której wartość wyceniona została przez biegłego na kwotę 26.010,51 zł, przy zastosowaniu instytucji jej miarkowania.

Sąd Okręgowy nie zgodził się z argumentacją strony powodowej, jakoby pozwany nigdy w formie pisemnej nie zgłosił powódce gotowości do odbioru końcowego robót, a zatem – że nie zgłosił gotowości do odbioru robót w sposób, który przewidywała umowa łącząca strony w swym § 5 ust. 3. Uczynił to bowiem G. W., kierownik budowy, będący przedstawicielem pozwanego, poprzez dokonanie 8 stycznia i 14 września 2010 r. odpowiednich wpisów w dzienniku budowy. Umowa nie wymagała, aby zgłoszenie to musiało nastąpić w formie odrębnego oświadczenia.

Z powodów szczegółowo opisanych w uzasadnieniu Sąd I instancji uznał za bezzasadny zarzut potrącenia zgłoszony przez stronę pozwaną.

Mając na uwadze wszystkie powyżej zaprezentowane argumenty, w zakresie pozostałej kwoty 303.989,49 zł, Sąd Okręgowy oddalił powództwo, jako nieuzasadnione.

O kosztach procesu orzeczono w oparciu o przepis art. 100 zd. 1 k.p.c. przy uwzględnieniu, że powód wygrał sprawę w 26,5%.

Apelacje od powyższego wyroku wniosły obie strony.

Powódka zaskarżyła wyrok w części oddalającej powództwo, zarzucając:

1) naruszenie przepisu postępowania, art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej oceny dowodu w postaci dziennika budowy i przyjęcie, że wpis z 14 września 2010 r. dokonany przez kierownika budowy daje podstawę do twierdzenia, że z tymże dniem pozwany wykonał przedmiot umowy w całości, podczas gdy prawidłowa ocena dowodu winna prowadzić do wniosku, że powyższy wpis miał na celu wyłącznie zgłoszenie do uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu;

2) naruszenie przepisu postępowania, art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej oceny dowodu w postaci umowy z 1 lipca 2008 r. i przyjęcie, że kara umowna winna być naliczona od 1 kwietnia 2010 r. podczas, gdy prawidłowa ocena dowodu winna prowadzić do wniosku, że kara umowna za zwłokę w wykonaniu elementów infrastruktury zewnętrznej winna być liczona od 1 stycznia 2010 r. ze względu na fakt, że elementy infrastruktury zewnętrznej winny być wykonane do 31 grudnia 2009 r.;

3) naruszenie przepisu postępowania, art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej oceny dowodów w postaci dziennika budowy i przyjęcie, że zwłoka pozwanego w wykonaniu przedmiotu umowy miała miejsce do dnia wpisu w dzienniku z 14 września 2010 r. dokonanego przez kierownika budowy, podczas gdy widłowa ocena całości materiału dowodowego zebranego w sprawie winna prowadzić do wniosku, że roboty nie zostały wykonane do 5 lipca 2012 r.

4) naruszenie przepisu postępowania, 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie dowolnej oceny dowodów w postaci zeznań świadków G. W., Z. N., P. W., K. N., że roboty wykonywane przez pozwanego i jego podwykonawcę P. W. po 14 września 2010 r. miały charakter usuwania usterek (roboty poprawkowe), podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego, w tym zeznań ww. świadków i strony A. W. oraz dokumentu w postaci Protokołu bezusterkowego odbioru końcowego zakresu robót z 10 października 2011 r. winna prowadzić do wniosku, że roboty wykonywane po 14 września 2010 r. były robotami objętymi przedmiotem umowy, co w konsekwencji uzasadnia twierdzenie, że pozwany nie zakończył wykonywania przedmiotu umowy 14 września 2010 r.;

5) naruszenie przepisu postępowania, art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędne uznanie zeznań Prezesa zarządu powoda A. W. za niewiarygodne w zakresie, w jakim stwierdził, że pozwany zakończył roboty w marcu 2011 r., podczas gdy powyższa

okoliczność została potwierdzona również dokumentem w postaci Protokołu bezusterkowego odbioru końcowego zakresu robót z 10 października 2011 r.;

6) naruszenie przepisu postępowania art. 207 § 6 k.p.c., poprzez uwzględnienie zarzutu miarkowania kary umownej podniesionego przez pełnomocnika pozwanego w mowie końcowej na rozprawie 24 lutego 2014 r., podczas gdy powyższe twierdzenie winno zostać pominięte jako spóźnione,

7) naruszenie przepisu prawa materialnego art. 65 § 2 k.c. poprzez dokonanie błędnej wykładni oświadczeń woli stron zawartych w § 10 ust. 1 w zw. z § 4 umowy poprzez przyjęcie, że kara umowna zastrzeżona została za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy jako całości, podczas gdy celem i zamiarem stron było zastrzeżenie kary umownej za zwłokę w wykonaniu każdego z elementów przedmiotu umowy, o których stanowi § 4 umowy, co zostało nadto potwierdzone przez Sąd Okręgowy poprzez zasądzenie również kary umownej za niewykonanie drogi przeciwpożarowej z płyt (...);

8) naruszenie przepisu prawa materialnego art. 65 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie badania jaki był zgodny zamiar i cel stron umowy w odniesieniu do zapisów stanowiących o naliczeniu kary umownej, podczas gdy toku postępowania pomiędzy stronami zaistniał spór czy kary umowne winny być liczone za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy jako całości czy też może za poszczególne elementy przedmiotu umowy (odrębnie budynek A, budynek B oraz infrastruktura zewnętrzna);

9) naruszenie prawa materialnego art. 484 § 2 k.c. poprzez jego zastosowanie i zmniejszenie kary umownej na zasadzie miarkowania, przy braku ku temu przesłanek.

W konkluzji skarżąca wniosła o zmianę wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości po uprzednim uzupełnieniu materiału dowodowego o dokumenty opisane w apelacji.

Pozwany zaskarżył wyrok w części uwzględniającej powództwo i rozstrzygającej o kosztach procesu, zarzucając naruszenie art. 321 § 1 k.p.c. poprzez orzekanie w przedmiocie kary umownej liczonej za okres nie objęty żądaniem a także co do zasądzenia kwoty 26.010,51 zł w ogóle nie objętej żądaniem pozwu, a także naruszenie przepisów postępowania, poprzez niezasądzenie od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kosztów zastępstwa procesowego, pomimo stosownego wniosku w tym zakresie, z naruszeniem art. 98 § 1 w zw. z art. 98 § 3 w zw. z art. 99 k.p.c.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów za obie instancje.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja strony pozwanej jest częściowo zasadna.

Słusznie skarżący podnosi, że nie było objęte żądaniem pozwu czy też jego modyfikacją roszczenie o zapłatę kwoty 26.010,51 zł, którą Sąd I instancji zasądził jako karę umowną z tytułu niewykonania drogi pożarowej z płyt (...). Powódka wskazywała, z niewykonaniem jakich konkretnie robót przez pozwanego związane jest dochodzone pozwem roszczenie oparte na art. 483 k.c., nie wymieniając wszakże drogi pożarowej. Nie dokonała w tym względzie także przedmiotowej zmiany powództwa. Ponadto trudno uznawać, by przy wartości tej drogi wyliczonej przez biegłego na 26.010,51 zł kara umowna za jej niewykonanie (abstrahując od sposobu zastrzeżenia w umowie stron kary umownej) miała wynieść dokładnie tę wartość. Po wtóre podnieść należy, iż powódka nie domagała się zapłaty tej kwoty z innego tytułu - jako odszkodowania (art. 471 k.c.) czy też w oparciu o jakąkolwiek inną podstawę prawną. Tym samym zarzut naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. był w tej części uzasadniony i na zasadzie art. 386 § 1 k.p.c. skutkował zmianą wyroku, i oddaleniem powództwa.

Chybiony był natomiast dalej idący zarzut naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. Rzeczywiście, w pozwie powódka domagała się zapłaty kary umownej wyliczonej za okres od 1 stycznia 2011 r. do 5 lipca 2012 r. Niemniej jednak w piśmie procesowym

z 6 grudnia 2012 r. wyjaśniła, że omyłkowo wskazała niewłaściwą datę początkową naliczania kar umownych, a data prawidłowa to 1 stycznia 2010 r. (k.280). W takim stanowisku procesowym powódki można dopatrzeć się wyrażonej na piśmie modyfikacji powództwa, z przywołaniem nowych okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie kary umownej za okres wcześniejszy.

Na tym kończą się zarzuty odnoszące się do istoty sprawy, bowiem zarzut obrazu art. 98 § 1 w zw. z art. 98 § 3 w zw. z art. 99 k.p.c. dotyczył akcesoryjnej części rozstrzygnięcia, zaś częściowa zmiana wyroku wymusiła konieczność orzeczenia o kosztach procesu na nowo.

Wypada jedynie dodać, iż Sąd I instancji w istocie nie dokonał zmiarkowania kary umownej, pomimo powołania się na treść przepisu art. 484 § 2 k.c. oraz na fakt wykonania zobowiązania w znacznej części. Wyliczona na 109.510,51 zł kara umowna, jako iloczyn dwóch wartości: 167 dni zwłoki i 500 zł kary za każdy dzień, nie została bowiem w jakikolwiek sposób obniżona i w konsekwencji zasądzona jest w pełnej wysokości. Wprawdzie Sąd II instancji nie jest związany zawartymi w apelacji zarzutami prawa materialnego i samodzielnie dokonuje oceny prawnej zgłoszonego roszczenia, także pod kątem argumentów podniesionych przez stronę przeciwną nakierowanych na obronę przed dochodzonym powództwem, niemniej jednak brak zarzutów apelacyjnych odnoszących się do art. 484 § 2 k.c. czy też powiązanych z nim zarzutów obrazu prawa procesowego (np. art. 328 § 2 k.p.c.) każe uznać, że pozwany w istocie nie domaga się już zmniejszenia kary umownej, nawet na wypadek nieuwzględnienia wiodącego zarzutu naruszenia art. 321 § 1 k.p.c. Poza tym zwłoka pozwanego, wynosząca ok. 5,5 miesiąca jest znacząca jeśli się zważy, że rozpoczęcie robót miało nastąpić 1 lipca 2008 r. i obejmowało ono wykonanie dwóch budynków mieszkalnych A i B oraz infrastruktury zewnętrznej. Strona pozwana nie wykazała nadto, w jakim zakresie budynek A był wykonany na dzień rozpoczęcia naliczania kary umownej, tj. na 1 kwietnia 2010 r.

Bezzasadna jest także – w tym wypadku w całości - apelacja powódki.

Sąd Apelacyjny podzielił i przyjął ustalenia faktyczne Sądu I instancji leżące u podstaw przyjęcia, że pozwany pozostawał w zwłoce w wykonaniu zobowiązania, zabezpieczonego karą umowną, od upływu terminu określonego w umowie stron, jako data zakończenia ostatniego zadania inwestycyjnego (prace w budynku A). Przede wszystkim Sąd Okręgowy oparł się w tym względzie na treści pisemnej umowy łączącej strony, która w § 10 ust. 1 pkt b przewidywała, że pozwany zapłaci powódce karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki.

Nie znalazł uznania Sądu II instancji zarzut naruszenia przepisu prawa materialnego - art. 65 § 2 k.c. poprzez dokonanie błędnej wykładni oświadczeń woli stron zawartych w umowie stron poprzez przyjęcie, że kara umowna zastrzeżona została za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy jako całości. Oczywiście rację ma strona powodowa, że w umowach należy raczej badać zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na ich dosłownym brzmieniu, tyle tylko że w ramach kombinowanej wykładni oświadczeń woli, uwzględniającej elementy zarówno obiektywne jak i subiektywne, to na stronach spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania, jaki ten zamiar i cel rzeczywiście był. Tymczasem, pomimo istnienia co do tego sporu między stronami, strona powodowa - bo ona z tego faktu wywodziła korzystne dla siebie skutki prawne w postaci wcześniejszego terminu naliczania kar umownych (art. 6 k.c.), nie wniosowała o przeprowadzenie dowodu z zeznań np. osób uczestniczących w negocjowaniu umowy i jej zawieraniu na okoliczność tego, że zgodnym zamiarem stron i celem umowy było naliczanie kar umownych po 500 zł za każdy dzień zwłoki, ale liczonych osobno za opóźnienie w wykonaniu każdego etapu zadania inwestycyjnego. Skoro takie dowody nie zostały zawnioskowane i przeprowadzone, to Sądowi I instancji nie pozostało nic innego, jak tylko oprzeć się na literalnym brzmieniu umowy, która każe liczyć karę umowną od upływu terminu wykonania umowy jako całości, czyli od najpóźniej wymagalnego etapu prac. Taka kwalifikacja zastrzeżenia kar umownych koresponduje z treścią art. 647 k.c., który definiując umowę o roboty budowlane wskazuje na obowiązek wykonawcy oddania przewidzianego w umowie obiektu, któremu odpowiada obowiązek inwestora odebrania tego obiektu. Przedmiotem umowy o roboty budowlane jest zatem obiekt, jako całość umówionych prac. Oczywiście w ramach swobody umów nie ma przeszkód do tego, by karę umowną zastrzec z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania przyjmującego różnorodną postać, a także za nienależyte wykonanie zobowiązania w części, nawet nieznacznej (np. poszczególne etapy prac, elementy

umowy), tyle tylko, że w rozpoznawanej sprawie strony tego nie uczyniły – a przynajmniej powódka tego nie wykazała, odwołując się do art. 65 § 2 k.c.

Trudno także zaakceptować twierdzenie, że kara umowna za zwłokę powinna być liczona za okres wcześniejszy, bo została zastrzeżona także na wypadek niewykonania elementów infrastruktury zewnętrznej, które zgodnie z umową winny być wykonane do 31 grudnia 2009 r. Z ustaleń faktycznych Sądu I instancji wynika, że tak naprawdę to umowa w zakresie elementów infrastruktury została przez pozwanego wykonana (umowa nie określała kwestii wygrodzenia placu zabaw, zaś na braku wykonania drogi przeciwpożarowej z płyt (...) powódka nie opierała swego żądania), natomiast jedyne co, to z opóźnieniem został wykonany budynek A, który zgodnie z umową miał być zgłoszony do odbioru 31 marca 2010 r.

Wbrew odmiennemu zapatrywaniu powódki, jej wnioskowaniu w tym zakresie nie potwierdził Sąd Okręgowy zasądzając również karę umowną za niewykonanie drogi przeciwpożarowej z płyt (...), bo ostatecznie powództwo w tym zakresie zostało oddalone przez Sąd II instancji.

Chybiony jest też zarzut obrazy art. 233 § 1 k.p.c. nakierowany na zakwestionowanie mocy dowodowej, wiarygodności i skuteczności dowodu w postaci wpisu w dzienniku budowy z 14 września 2010 r. dokonanego przez kierownika budowy.

U podstaw argumentacji skarżącego tkwi podstawowy błąd polegający na niedostrzeżeniu specyfiki procesu budowlanego, który rządzi się określonymi zasadami i chronologią. Najpierw następuje wykonanie robót budowlanych, następnie ich odbiór a w końcu uzyskanie przez inwestora pozwolenia na użytkowanie obiektu (w tej kolejności). W sytuacji zatem, gdy pewne formalne wymogi obowiązujące między stronami na danym etapie procesu budowlanego nie zostały dopełnione, ale doszło do realizacji kolejnych etapów i finalnie inwestor może zgodnie z prawem korzystać z przewidzianego umową stron obiektu, to nie można uznać, że wykonawca pozostaje w zwłoce ze zgłoszeniem gotowości odbioru obiektu.

W orzecznictwie podnosi się, że w sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 k.c.). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania (wyrok SN z 7 marca 2013 r., II CSK 476/12, LEX nr 1314394). Już samo zgłoszenie robót do odbioru, aktualizuje obowiązek przystąpienia przez inwestora do czynności odbiorowych. Inwestor od dokonania tej czynności może się uchylić, ale tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i osadzonych w treści umowy bądź przepisach prawa przyczyn, czyniących to zgłoszenie nieskutecznym. W sytuacji faktycznego przyjęcia robót przez zamawiającego, nie może on zwalczać żądania zapłaty wynagrodzenia z tej tylko przyczyny, że nie został sporządzony - nawet przewidziany w umowie - formalny protokół ich odbioru. Okolicznością, której znaczenia dla określenia aktualizacji obowiązku zapłaty wynagrodzenia nie sposób przecenić, jest w takiej sytuacji fakt przejęcia przez inwestora obiektu wraz ze wszystkimi wykonanymi robotami, zwłaszcza w sytuacji rozpoczęcia w nim prowadzenia normalnej działalności gospodarczej. Z tym zdarzeniem wiązać należy skutek odbioru, w rozumieniu art. 647 k.c. (wyrok SA w Szczecinie z 25 lipca 2012 r., I ACa 276/12, LEX nr 1237834). Orzecznictwo w tej mierze jest nawet bardziej liberalne - w wyroku z 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07 (OSP 2009/1/7) SN zaaprobował pogląd, iż samo istnienie zapisu dokonanego przez wykonawcę w dzienniku budowy o gotowości do odbioru budynku, nakładało na inwestora obowiązek dokonania czynności odbiorczych. Z powyższego wynika, że wykonawca może wykazywać faktyczną datę zakończenia robót wszystkimi dokumentami, które dany fakt potwierdzają, nie tylko i wyłącznie protokołem odbioru końcowego robót.

W sprawie jest też bezsporne, że w odniesieniu do przedmiotowego obiektu została wydana decyzja o pozwoleniu na jego użytkowanie. Art. 57 ust. 1 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.) zawiera wyliczenie dokumentów, jakie inwestor powinien załączyć do zawiadomienia o zakończeniu budowy obiektu budowlanego lub wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie. Są nimi m.in.: oryginał dziennika budowy; oświadczenie kierownika budowy o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami i o doprowadzeniu do należytego stanu i porządku terenu budowy, a także - w razie korzystania - drogi, ulicy, sąsiedniej nieruchomości, budynku lub lokalu; oświadczenie o właściwym zagospodarowaniu terenów przyległych, jeżeli eksploatacja wybudowanego obiektu jest uzależniona od ich odpowiedniego zagospodarowania; protokoły badań i sprawdzeń; inwentaryzacja geodezyjna powykonawcza; potwierdzenie zgodnie z odrębnymi przepisami odbioru wykonanych przyłączy; kopia świadectwa charakterystyki energetycznej budynku.

Charakter tych dokumentów, treść oraz moment ich wytworzenia dostatecznie dowodzi, że w niniejszej sprawie do odbioru końcowego obiektu objętego umową stron rzeczywiście musiało dojść. Gdyby nie to, inwestor nie mógłby korzystać z tego obiektu na podstawie pozwolenia wydanego w postępowaniu administracyjnym.

Zgodzić się należy ze skarżącym tylko w tym zakresie, iż nie w każdym wypadku uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu wydawanego w formie decyzji administracyjnej jest równoznaczne z odbiorem robót budowlanych w rozumieniu art. 647 k.c. Nie będzie tak wtedy, gdy dotyczy to robót nie ujętych w projekcie budowlanym albo takich robót, od których nie jest uzależniona eksploatacja i bezpieczeństwo wybudowanego obiektu (zazwyczaj drobne prace, w istocie mające charakter umów o dzieło, tylko formalnie, niejako przy okazji, ujęte w umowie o roboty budowlane). W pozostałym zaś wypadku udzielenie pozwolenia na użytkowanie musi oznaczać, że wykonawca zgłosił gotowość odbioru – co najwyżej inwestor pozostaje w zwłoce z przeprowadzeniem czynności odbioru obiektu.

W rezultacie chybiony okazać się musiał zarzut wadliwej oceny dowodów w postaci zeznań świadków oraz prezesa zarządu powódki, który to zarzut był nakierowany na wykazanie, że po 14 września 2010 r. roboty wykonywane przez pozwanego były robotami objętymi przedmiotem umowy, zatem w tej dacie do odbioru nie doszło. Z dowodów tych, ocenionych wedle kryteriów z art. 233 k.p.c. wynika okoliczność prawidłowo ustalona przez Sąd Okręgowy - że po tej dacie pozwany wykonywał roboty, ale sprowadzały się one wyłącznie do usuwania usterek (roboty poprawkowe, gwarancyjne).

Niezasadny okazał się także zarzut naruszenia przepisu postępowania art. 207 § 6 k.p.c., bo zarzut materialno-prawny może być zgłoszony w każdym czasie i nie dotyczy go rygor pominięcia wynikający z powołanego przepisu, a po wtóre - jak dowiedziono przy rozpoznawaniu apelacji pozwanego – Sąd I instancji, choć powołał się w uzasadnieniu wyroku na miarkowanie kary umownej w kontekście niewykonania drogi przeciwpożarowej z płyt (...) o wartości 26.010,51 zł, to w istocie nie dokonał żadnego obniżenia wyliczonej przez siebie kary umownej, bo kwota 26.010,51 zł w ogóle nie była dochodzona w niniejszym procesie.

Z tych samych powodów nietrafny był zarzut naruszenia prawa materialnego - art. 484 § 2 k.c.

Na zasadzie art. 381 k.p.c. Sąd Apelacyjny pominął nowe dowody zawnioskowane w apelacji, bo strona pozwana nie wykazała uprawnienia do ich powołania w postępowaniu odwoławczym.

Z tych względów Sąd Apelacyjny oddalił apelację pozwanego w pozostałej części i apelację powódki w całości (art. 385 k.p.c.).

W ramach zmiany wyroku skorygowano rozstrzygnięcie o kosztach procesu za I instancję przy uwzględnieniu, że powód wygrał sprawę w ok. 79,80%.

Na podstawie w art. 100 zd. I w zw. z art. 108 i art. 391 § 1 k.p.c. orzeczono o kosztach postępowania apelacyjnego – pozwany wygrał sprawę w zakresie swojej apelacji w 23%, powód - 0%. Koszty powoda wyniosły 15.400 zł, pozwanego – 8.176 zł. Zasądzeniu na rzecz pozwanego podlegała różnica między kosztami poniesionymi a należnymi.