

Sygn. akt V ACa 480/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 stycznia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Olga Gornowicz-Owczarek (spr.)
Sędziowie :	SA Jadwiga Galas SO del. Aleksandra Janas
Protokolant :	Barbara Knop

po rozpoznaniu w dniu 13 stycznia 2015 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa A. K.

przeciwko J. K.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

z dnia 25 marca 2014 r., sygn. akt X GC 133/13

1. oddala apelację;
2. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;
3. przyznaje adwokatowi E. Ł. od Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Gliwicach) kwotę 3.321 (trzy tysiące trzysta dwadzieścia jeden) złotych, w tym 621 złotych podatku od towarów i usług, tytułem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej pozwanemu z urzędu w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt V ACa 480/14

## UZASADNIENIE

A. K. wniósł o zasądzenie od J. K. kwoty 130.985,30 zł z ustawowymi odsetkami od 1 listopada 2010 r. oraz kosztami postępowania. Roszczenie wywodził z zawartej z pozwanym umowy z 27 maja 2009r. umowy o roboty

budowlane. Przedmiotem całej inwestycji była rewitalizacja i termoizolacja budynku Urzędu Miasta w K.. Pozwany był podwykonawcą w ramach tej inwestycji i zlecił powodowi część prac, za które miał zapłacić 299.000 zł. Podstawą do wystawienia faktury częściowej był, protokół odbioru. Po odbiorze końcowym w dniu 3 marca 2010r. i usunięciu usterek stwierdzonych w tym protokole - dnia 28 czerwca 2010 r. dokonano odbioru robót usterkowych. Pozwany pismem z dnia 30 listopada 2010r. dokonał potrącenia wierzytelności. Do potrącenia zgłosił należności wskazane w notach księgowych nr(...) i (...). Na skutek tego potrącenia powód był zobowiązany dopłacić pozwanemu kwotę 26.542,50zł. Powód zakwestionował podstawy wystawienia not księgowych, odesłał noty i oświadczenie bez księgowania. Z ostrożności procesowej powód podniósł zarzut miarkowania kary umownej.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego. Zarzucił, że umowa miała być wykonana do 14 października 2009r. Powód wykonał swoje roboty w sposób umożliwiający ich odbiór w dniu 12 lipca 2010r. Uprawniało to pozwanego do obciążenia powoda karą umowną. Wadliwie wykonane prace uniemożliwiały odbiór przed terminem stwierdzonym protokołem z 12 lipca 2010 r. Pozwany w związku ze zwłoką powoda poniósł dodatkowe koszty najmu żurawia (24.522 zł), zakupu dodatkowego osprzętu okien (zniszczonego przez powoda wskutek wadliwej zabudowy) oraz koszty robót wykonanych przez P. F., (zatrudnionego pierwotnie, jako podwykonawca powoda) w kwocie 41.473,91zł oraz koszty dokonanej w dniu 2 lutego 2010 r., częściowej zapłaty na rzecz P. F., faktury nr (...) pozwanego w kwocie 15.400 zł. Pozwany wskazał, że przyjął fakturę powoda nie kwestionując prawidłowości jej wystawienia wyłącznie w powiązaniu z dokonanym potrąceniem. Część roszczeń powoda została zaspokojona w związku z art. 647<sup>1</sup> § 5 kc. Część prac, które miał wykonać powód podzlecił on innym firmom, których wierzytelności wobec powoda zostały zaspokojone przez pozwanego. Pozwany podniósł zarzut przedawnienia oparty na art. 646 kc.

Pełnomocnik pozwanego pismem z dnia 11 października 2013r. podniósł zarzut potrącenia w łącznej kwocie 157.901 zł w tym kwoty 79.563zł tytułem odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy, obejmującej dodatkowe koszty, które musiał ponieść pozwany w związku z opóźnieniem prac powoda oraz kwoty 78.338 zł stanowiącej karę umowną dochodzoną na podstawie § 10 pkt 1. ppkt 1.3 umowy naliczoną za okres od 4 marca 2010 r. do 12 lipca 2010 r.

Wyrokiem z dnia 25 marca 2014 r. Sąd Okręgowy w Gliwicach zasądził od pozwanego J. K. na rzecz powoda A. K. kwotę 130.985,30 zł złotych z ustawowymi odsetkami od 19 listopada 2010r. oraz kwotę 4.617 zł tytułem kosztów procesu, oddalił powództwo w pozostałym zakresie i przyznał adwokatowi E. Ł. jako pełnomocnikowi z urzędu wyznaczonemu dla pozwanego J. K. kwotę 3.600 zł złotych plus podatek VAT, tj. łącznie kwotę 4.428 zł złotych tytułem nieopłaconej pomocy prawnej.

Sąd Okręgowy oparł się na następujących okolicznościach faktycznych:

Strony w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej zawarły umowę o roboty budowlane. Powód zobowiązał się do wykonania konstrukcji dachu wraz z pokryciem dachówką karpiówką, ułożeniem obróbek blacharskich, rynien i rur spustowych, zabudowę okien połaciowych i pozostałego osprzętu, obłożeniem kominów łupkiem, wraz z dostawą materiałów pomocniczych, natomiast pozwany zobowiązał się do zapłaty za wykonanie powyższych prac kwoty 299.000 zł netto. Wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy.

Termin wykonania prac określono na 100 dni kalendarzowych (§ 2 umowy) od daty przekazania miejsca wykonywania robót, które nastąpiło 6 lipca 2009 r. W dniu 9 lipca 2009 r. powód przystąpił do realizacji zadania.

Rozliczenie miało nastąpić fakturami częściowymi, wystawionymi na podstawie częściowych protokołów odbioru robót, zawierających wyszczególnienie wykonanych prac i podpisanych przez przedstawicieli obu stron. Ostateczne rozliczenie umowy miało nastąpić na podstawie faktury końcowej, opiewającej na różnicę pomiędzy wynagrodzeniem całkowitym, a kwotami ujętymi w fakturach częściowych (§ 9 umowy).

W związku z realizacją umowy powód wystawił pozwanemu następujące faktury:

1. faktura VAT nr (...) z dnia 28 lipca 2009 r. na kwotę 40.000 zł netto, w oparciu o protokół odbioru częściowego z tego samego dnia,
2. faktura VAT nr (...) z dnia 24 sierpnia 2009 r. na kwotę 40.000 zł netto, w oparciu o protokół odbioru częściowego z tego samego dnia,
3. faktura VAT nr (...) z dnia 21 września 2009 r. na kwotę 70.000 zł netto, w oparciu o protokół odbioru częściowego z tego samego dnia,
4. faktura VAT nr (...) z dnia 30 października 2009 r. na kwotę 40.000 zł netto, w oparciu o protokół odbioru częściowego z tego samego dnia.

We wszystkich powyższych protokołach, jakość robót wykonanych przez powoda określona została, jako dobra i wszystkie były podpisane pozwanego.

Poza sporem było to, że prace nie zostały wykonane w terminie określonym umową.

Zakończenie robót budowlanych nastąpiło w dniu 3 marca 2010 r., co wynika ze sporządzonego tego dnia protokołu odbioru. Komisja odbiorowa stwierdziła, że prace zostały wykonane zgodnie z umową, za jedyną niezgodność uznając „termin zakończenia robót”, bez dalszego precyzowania tego zapisu. W dniu 3 marca 2010 r. nastąpiło „oddanie przedmiotu zamówienia”, o jakim mowa w § 10 ust. 1 pkt. 1.3 umowy. Do protokołu załączony został „protokół dodatkowy usterek”, zawierający wykaz usterek i terminy ich usunięcia

Powód przystąpił do usuwania usterek, przy czym część z nich wykonywał z użyciem żurawia, który służył mu wyłącznie do transportu materiałów. Z tego sprzętu korzystały także inne firmy wykonujące prace na obiekcie.

W dniu 28 czerwca 2010 r. dokonano odbioru robót usterkowych, co zostało potwierdzone stosownym protokołem. Zatem w tym dniu nastąpiło usunięcie wad stwierdzonych przy odbiorze, o jakim mowa w § 10 ust. 1 pkt 1.5 umowy.

Prace zostały ukończone w dniu 3 marca 2010 r., po tej dacie pozwany usuwał usterki stwierdzone przy odbiorze końcowym. Z materiału dowodowego zebranego w sprawie wynika, że opóźnienie w wykonaniu robót spowodowane było czynnikami niezawinionymi przez powoda. Wśród podstawowych przyczyn leżały m.in: kolizyjność prowadzonych prac z innymi branżami, brak udostępnionego frontu robót (m.in. brak wieńców dachowych), niewłaściwie ustawione rusztowanie, zmiany w technologii budowy kominów, zabudowy wentylatorów i klap ppoż. a także zmiany koncepcji montażu kołnierzy okien połaciowych. Wraz z przeciąganiem się prac do okresu późnej jesieni i zimy, do powyższych doszły przeszkody związane z niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi (śnieg, oblodzenie).

W dniu 1 października 2010 r. powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...), opiewającą na kwotę 109.000,00 zł netto i w tym samym dniu przesłał ją do pozwanego. Kwota ta stanowiła różnicę pomiędzy całkowitym wynagrodzeniem umownym (tj. 299.000 zł netto) a należnościami opisanymi w fakturach częściowych (tj. 190.000 zł netto). Termin płatności został oznaczony na dzień 31 października 2010 r. Należności wynikającej z VAT nr 29 pozwany nie uścił. Pismem z dnia 30 listopada 2010 r. złożył oświadczenie o potrąceniu wskazanej wierzytelności powoda (w wysokości brutto 131.358,50 zł) z wierzytelnościami pozwanego w kwocie 79.563 zł i 78.338 zł wskazanymi w notach księgowych nr (...) z dnia 30 listopada 2010 r. Notą księgową nr (...) pozwany obciążył powoda kwotą 79.563 zł zgodnie z § 10 pkt 3 umowy, która obejmowała, wedle jej treści, „refakturę” kosztów poniesionych przez zleceniodawcę dotyczących pokrycia dachu. Nota księgowa nr (...) wg jej treści obejmowała karę umowną wyliczoną na podstawie § 10 pkt 1.3 umowy za opóźnienie za okres od 4 marca 2010 roku do 12 lipca 2010 r.

W zakresie dotyczącym przyczyn i zawinienia powstałego opóźnienia w realizacji robót, Sąd dał wiarę zeznaniom świadków: D. D., M. K. i W. K.. Zdaniem Sądu Okręgowego, zeznania te korespondują z informacjami zawartymi w dzienniku budowy, z których wynika m.in. że dopiero 28 sierpnia 2009 r. dokonano odbioru zbrojenia wieńców

dachowych(...) i (...)”, a 18 sierpnia 2009 r. zatwierdzono koncepcję prowadzenia kanałów na zewnątrz komina, na które to opóźnienia powoływali się świadkowie oraz powód przesłuchiwany informacyjnie. Sąd dał wiarę twierdzeniom powoda co do tego, że nie był on obowiązany do zapewnienia rusztowania bądź żurawia.

W tych okolicznościach Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że powództwo zasługiwało na uwzględnienie, gdyż wysokość wynagrodzenia wskazana w spornej fakturze nie była przez pozwanego kwestionowana zaś wierzytelności zgłoszone przez pozwanego do potrącenia w notach nr (...) i (...) nie zostały wykazane.

Nota księgowa nr (...) na kwotę 79.563 zł wykazywała, zdaniem pozwanego, szkodę, która nie została pokryta naliczoną karą umowną. Pozwany jednakże nie przedstawił żadnych wywodów w kierunku wykazania wysokości szkody. Wobec treści ust.3 art. 10 umowy pozwany miał prawo dochodzić odszkodowania uzupełniającego, jeśli kara umowna nie pokrywa poniesionej szkody. Do pozwanego zatem należało wskazanie, którą z kar umownych przewidzianych w umowie nalicza i wykazanie okoliczności uzasadniających naliczenie określonej kary umownej, a także wykazanie wysokości szkody oraz tego, że naliczona kara umowna nie pokryła poniesionej szkody. Pozwany nie podjął nawet próby wykazania, że poniósł szkodę w wysokości przewyższającej naliczoną karę umowną, niezależnie od tego, że kara umowna naliczona w notcie nr (...) została wyliczona niezgodnie postanowieniami umowy.

Odnosnie do noty księgowej nr (...) pozwany powołał się na zapis § 10 pkt 1.3 umowy, z czego wynika, że za podstawę naliczenia kary przyjął opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy w terminie, jednocześnie wskazując, iż została naliczona na okres od 4 marca 2010 r. do 12 lipca 2010 r. Jednakże przedmiot umowy został przez niego odebrany (choć z usterkami) w dniu 3 marca 2010 r., zaś 28 czerwca 2010 r. dokonano odbioru robót usterkowych, zatem naliczenie kary z tego tytułu było bezzasadne, skoro w umowie przewidziano odrębne kary umowne zarówno za opóźnienie w przystąpieniu do usuwania wad (§ 10 pkt 1.4), jak i za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze (pkt 1.5). Zatem warunkiem oddania przedmiotu zamówienia nie było bezusterkowe wykonanie prac.

Wysokość kary umownej wskazanej w § 10 pkt 1.3 umowy wpływ mieć powinno liczone w dniach opóźnienie pomiędzy umownym terminem zakończenia robót a faktycznym ich zakończeniem. Zakończenie robót zostało potwierdzone protokołem odbioru z dnia 3 marca 2010 r. W świetle powyższych rozważań bezzasadne było naliczenie przez pozwanego kary umownej z § 10 pkt 1.3 tj. z tytułu opóźnienia w oddaniu w terminie przedmiotu zamówienia za okres od 4 marca 2010 r. do 12 lipca 2010 r.

Nie został uwzględniony podnoszony przez pozwanego zarzut przedawnienia roszczenia powoda na zasadzie art. 646 w zw. z art. 656 § 1 k.c. Sąd Okręgowy przyjął pogląd, że roszczenia wynikające z umowy o roboty budowlane przedawniają się w terminach określonych w art. 118 k.c. Mając na względzie brzmienie art. 115 k.c., termin zapłaty należności dochodzonej niniejszym pozwem upłynął w dniu listopadzie 2010 r. a pozew złożono w marcu 2013 r. zarzut przedawnienia uznano za nieuzasadniony.

Sąd Okręgowy oddalił powództwo w zakresie dotyczącym odsetek za okres od 1 listopada 2010r. do 18 listopada bowiem pozwany pominął, że wedle § 9 ust. 4 faktura końcowa miała być płatna w 47 dni po doręczeniu faktury, a nie jak przyjął powód 30 dni, a faktura została wysłana 1 października 2010 r.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł po myśli art. 98 k.p.c. i zasądził od pozwanego na rzecz powoda koszty zastępstwa procesowego.

Apelację od powyższego wyroku złożył pozwany, który wniósł jego zmianę poprzez oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Pozwany zarzucił naruszenie przepisów postępowania:

1. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną ocenę zebranego materiału dowodowego, a także brak wszechstronnego rozważenia zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, co w konsekwencji doprowadziło do uznania, iż brak

było podstaw do naliczenia kary umownej za opóźnienie w oddaniu przedmiotu zamówienia, podczas gdy z protokołów odbioru bezspornie wynika, iż prace nie zostały oddane w terminie, a zatem zasadne było naliczenie kary umownej;

2. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez nieprawidłową ocenę materiału dowodowego, a także brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego i w konsekwencji błędne uznanie, że pozwany nie wykazał wysokości szkody, którą poniósł w związku z opóźnieniem w oddaniu przedmiotu umowy oraz nieprawidłowym wykonaniem prac objętych łączącą strony umową, podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje na fakt poniesienia przez pozwanego dodatkowych kosztów związanych z usuwaniem usterek oraz opóźnieniem w oddaniu przedmiotu umowy.

Ponadto wniesiono o zasądzenie na rzecz pełnomocnika z urzędu kosztów pomocy prawnej świadczonej z urzędu, bowiem koszty te nie zostały przez pozwanego uiszczone w całości ani w żadnej części.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego nie odniosła zamierzonego skutku i jako niezasadna podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Poczynione w toku postępowania ustalenia faktyczne należało uznać za prawidłowe, dlatego też Sąd Apelacyjny uznaje je za własne.

Oceniając wiarygodność przeprowadzonych dowodów Sąd Okręgowy nie przekroczył granic swobodnej oceny dowodów określonych przepisem art. 233 § 1 k.p.c. Za chybione należało uznać zarzuty apelującego dotyczące prawidłowości poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 czerwca 1999r. (sygn. akt II UKN 685/98) ramy swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.) wyznaczone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego oraz regułami logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Błąd w ustaleniach faktycznych następuje, gdy zachodzi dysharmonia pomiędzy materiałem zgromadzonym w sprawie a konkluzją, do której dochodzi sąd na skutek przeinaczenia dowodu oraz wszelkich wypadków wadliwości wynikających z naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. Przepis ten byłby naruszony, gdy ocena materiału dowodowego koliduje z zasadami doświadczenia życiowego lub regułami logicznego wnioskowania. Tak rozumianego zarzutu sprzeczności ustaleń Sądu z treścią materiału dowodowego Sądowi pierwszej instancji w niniejszej sprawie skutecznie zarzucić nie można.

Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne im je przyznając (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2001 r., sygn. akt IV CKN 970/00; z dnia 12 kwietnia 2001 r., sygn. akt II CKN 588/99; z dnia 10 stycznia 2002 r., sygn. akt II CKN 572/99). Takich zarzutów nie sposób dopatrzeć się w treści apelacji.

Istnienie wierzytelności powoda z tytułu wykonanych robót budowlanych nie było kwestionowane. Pozwany jednak wywodził o umorzeniu tej wierzytelności na skutek złożonego oświadczenia o potrąceniu. Oświadczenie takie zostało przez niego wystosowane osobiście w piśmie z dnia 30 listopada 2010 r., a więc przed wytoczeniem pozwu w sprawie, czemu powód nie przeczył. Bez znaczenia pozostawały zatem zarzuty strony powodowej, że ustanowiony z urzędu pełnomocnik procesowy pozwanego nie miał umocowania do składania oświadczeń o charakterze materialnoprawnym.

Sąd Okręgowy ustalił jednak, że wierzytelności przedstawione do potrącenia powodowi nie zostały wykazane i stąd skutek w postaci umorzenia dochodzonego roszczenia nie nastąpił (art. 499 k.c.). Z oceną taką należy się zgodzić.

Oświadczenie o potrąceniu obejmowało należności z tytułu kary umownej (78.338 zł) i dalszej szkody (79.563 zł) powstałych wskutek nieterminowego wykonania zobowiązania przez powoda.

Nie ulegało wątpliwości, iż kara umowna naliczona została za opóźnienie w wykonaniu świadczenia przez powoda w okresie od 4 marca 2010 r. do 12 lipca 2010 r. Tak też przyjął Sąd Okręgowy. Błędnie bowiem zakłada skarżący w apelacji, iż Sąd Okręgowy zarzucił pozwanemu brak wskazania, której z kar umownych określonych w § 10 umowy pozwany zażądał. Sąd pierwszej instancji wyjaśnił jedynie, że umowa o roboty budowlane z dnia 27 maja 2009 r. przewidywała odrębne sankcje w postaci kary umownej za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania i za opóźnienie w usunięciu wad w wydanym przedmiocie umowy. Owe kary umowne uaktualniały się w innych stanach faktycznych i wzajemnie się wykluczały. Kara za opóźnienie w oddaniu przedmiotu zamówienia przysługiwała wierzycielowi, gdy nie otrzymał świadczenia w określonym terminie, a kara za opóźnienie w usunięciu wad, gdy wydanie wprawdzie nastąpiło, ale przedmiot umowy zawierał wady, których wyznaczony przez wierzyciela termin ich usunięcia nie został przez dłużnika zachowany. W konkluzji ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy przyjął, że do wydania dzieła doszło w dniu 3 marca 2010 r., stąd naliczanie kary umownej za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania w ogóle nie miało racji bytu. Pozwany natomiast przeczył, i takie stanowisko nadal reprezentuje w apelacji, że w dniu 3 marca 2010 r. przedmiot umowy był kompletny ze względu na stwierdzone wady, stąd nie nastąpiło jeszcze wykonanie umowy. Ze stanowiskiem pozwanego nie sposób się jednak zgodzić.

Umownemu obowiązkowi wykonawcy oddania obiektu odpowiada obowiązek zleceniodawcy odebrania tego obiektu i zapłaty uzgodnionego wynagrodzenia. To, czy wykonawca wykonał związane z obiektem roboty budowlane w sposób zgodny z projektem i zasadami wiedzy technicznej (art. 643 k.c.) może być przedmiotem sporu. Jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, zleceniodawca jest obowiązany dokonać ich odbioru. W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń związanych między innymi z jakością wykonanych prac, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad wraz z ewentualnymi terminami ich usunięcia lub z oświadczeniem obierającego o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione w odbiorze (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r., sygn. akt II CKN 28/97). Skoro na żądanie wykonawcy zleceniodawca ma obowiązek dokonywać nawet częściowego odbioru robót, to tym bardziej na żądanie tego wykonawcy ma on także obowiązek dokonania odbioru końcowego, a sporządzony protokół służy stwierdzeniu, czy i w jakim zakresie oraz z jaką starannością zobowiązanie wykonawcy zostało wykonane. Skuteczne może być nawet dokonanie faktycznego odbioru bez sporządzania formalnego protokołu. W świetle art. 647 k.c. odbiór należy do obowiązków zleceniodawcy i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek, bowiem przepis odwołuje się do „odbioru robót” a nie „bezusterkowego odbioru robót”. Z chwilą odbioru robót przedmiotu umowy realizuje się prawo wykonawcy do żądania wypłaty wynagrodzenia i prawa tego nie niweczy, co do zasady, stwierdzenie w protokole odbioru zauważonych usterek.

W dniu 3 marca 2010 r. na żądanie powodowego wykonawcy doszło do odbioru jego robót i sporządzenia protokołu. W czynnościach odbiorowych brały udział nie tylko strony procesu, ale także zleceniodawca pozwany – (...) s.c. W protokole stwierdzono, że praca została wykonana zgodnie z umową. W ramach innych wniosków wskazano, że wystąpiły ustereki i wymieniono je. Były to: wymiana czterech ram w oknach (w sumie okien dachowych było zamontowanych około 120), drobne uszkodzenia faktury zewnętrznej okien dachowych, brak kotwienia w jednym oknie dachowym, wyrównanie dachówki w koszach, wyrównanie gąsiorów na kalenicach, wyrównanie i naprawienie rynien. Wyznaczono termin usunięcia poszczególnych usterek i uzgodniono dokonanie ich odbioru odrębnym protokołem, co miało miejsce w dniu 28 czerwca 2010 r.

Prawidłowo wobec tego przyjął Sąd Okręgowy, że rodzaj prac, które wymienia pozwany jako niedokończenie robót przez powoda stanowią w rzeczywistości wady, a nie brak zakończenia robót budowlanych, co ma przełożenie na zakres

ewentualnych roszczeń pozwanego. Ta ocena, czy powód wykonał swoje zobowiązanie, ale w sposób niewłaściwy, czy nie wykonał go w całości, ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

„Niewykonanie zobowiązania zachodzi wówczas, gdy w zachowaniu się dłużnika nie występuje nic, co by odpowiadało spełnieniu świadczenia, natomiast nienależyte wykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy zachowanie się dłużnika zmierzało do spełnienia świadczenia, a nawet dłużnik według własnej oceny spełnił świadczenie, jednakże osiągnięty przez niego wynik odbiega pod określonymi względami od tego, na czym miało polegać prawidłowo spełnione świadczenie.” ( por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002 r., sygn. akt III CZP 86/01 ). Biorąc pod uwagę powyższe kryterium, należy uznać, że o niewykonaniu robót budowlanych nie można mówić, jeśli wykonawca wykonał roboty, ale w sposób wadliwy. Roboty budowlane nie są wykonane, jeżeli nie wykonano ich w ogóle lub, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót albo odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość. Pozostałe natomiast usterki należy poczytywać za wady ( niewłaściwe wykonanie umowy ).

Nie było zatem żadnych podstaw faktycznych, aby uznać, że do odbioru robót nie doszło skutecznie w dniu 3 marca 2010 r. Nie zasługuje na uwzględnienie reprezentowane przez pozwanego stanowisko, że za taki odbiór można uznać czynności dokonane w dniu 12 lipca 2010 r. Czynności podjęte tego dnia dotyczyły zupełnie innego stosunku prawnego, a mianowicie umowy pomiędzy pozwanym a jego zleceniodawcą i nie mogą przekładać się automatycznie na relacje stron, których łączyła odrębna umowa.

W konsekwencji należało wysnuć wniosek, że pozwanemu nie przysługiwało odszkodowanie w postaci kary umownej za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania przez powoda po dniu 3 marca 2010 r. (art. 483 k.c.), gdyż świadczenie swoje powód w tym okresie już wydał.

W toku postępowania nie było sporne, iż pozwany zażądał również zapłaty kary umownej z tego samego tytułu za okres wcześniejszy, jednak ta wierzytelność nie była objęta oświadczeniem o potrąceniu skierowanym do wierzytelności powoda zgłoszonej w pozwie. Fakt ten pozostawał zatem poza sferą zainteresowania niniejszego sporu. Dołączone w tym zakresie do apelacji dokumenty, zgłoszone na rozprawie apelacyjnej jako wnioski dowodowe, nie mogły mieć wobec tego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy i zostały oddalone. Na przeszkodzie ich dopuszczeniu w postępowaniu odwoławczym stoi również przepis art. 381 k.p.c., który pozwala na pominięcie dowodów, które mogły zostać przedstawione na wcześniejszym etapie postępowania. Pozwany nie powołał się na żadne przeszkody, które uniemożliwiałyby mu zgłoszenie tych wniosków dowodowych w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji.

Zasadnie także zwrócił Sąd Okręgowy uwagę, że dochodzenie przez pozwanego odszkodowania w zakresie przewyższającym karę umowną za opóźnienie wykonaniu umowy uwarunkowane było wykazaniem, iż faktycznie poniesiona szkoda przewyższała wysokość zastrzeżonej kary umownej. Kara umowna ma charakter zaliczany, a zatem musi być zaliczona na poczet odszkodowania i zasądzeniu może podlegać tylko odszkodowanie w kwocie przenoszącej karę umowną. Przepis art. 484 § 1 k.c. uniemożliwia żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość kary umownej, o ile strony inaczej nie postanowiły. Możliwość taką strony przewidziały w § 10 pkt 3 umowy. Okoliczność przewyższenia kary nie została jednak wykazana. Nie ulega wątpliwości, że pozwany uznając, że zachodziły przesłanki z § 10 ust. 1.3. umowy już od dnia 17 października 2009 r., naliczył karę umowną w wysokości 81.926 zł, którą przedstawił do potrącenia z wynagrodzeniem powoda poza kwotą dochodzoną w niniejszej sprawie. Aby zatem dochodzić dalszego odszkodowania (kara umowna jest również odszkodowaniem, ale w zryczałtowanej wysokości) pozwany stanął przed obowiązkiem dowodzenia, że jego faktyczna szkoda wyniosła więcej niż naliczona kara umowna i o ile więcej. Takemu obowiązkowi dowodowemu pozwany nie sprostał.

Jednocześnie należało podzielić pogląd, że poszczególne należności składające się na kwotę 79.563,11 zł nie zostały wykazane. Zakup „dodatkowego osprzętu okien” miał mieć związek z powstaniem uszkodzeń okien, których daty, przyczyny i osób odpowiedzialnych pozwany nie wskazał. Ponieważ powód zaprzeczył, aby po jego stronie istniała odpowiedzialność za uszkodzenia, które należało naprawić, pozwany był zobowiązany do udowodnienia zakresu i przyczyn powstania szkody oraz osób za nie odpowiedzialnych. Samo powołanie się, że został obciążony przez

osobę trzecią taką należnością nie jest wystarczające, skoro nawet nie wiadomo, czy takie obciążenie pozwanego było uzasadnione. Istotną przyczyną braku możliwości uwzględnienia zasadności tego roszczenia była okoliczność, iż materiały zakupione zostały przez inny podmiot niż ten, z którym pozwanego łączyła umowa o roboty budowlane, a mianowicie przez (...) Sp. z o.o. Spółkę Komandytową, a powiązań z tym podmiotem pozwany nie wyjaśnił.

Nie sposób było także uznać za udowodnioną odpowiedzialność powoda za konieczność wynajmu żurawia w miesiącach styczeń i luty 2010 r. Pozwany musiałby udowodnić wszystkie przesłanki tej odpowiedzialności wynikające z art. 471 k.c., a mianowicie niewłaściwe wykonanie umowy, szkodę i związek przyczynowy między tymi zdarzeniami. Tymczasem zeznania świadków są w tym zakresie lakoniczne. Podnosili oni, iż ze sprzętu korzystały inne firmy budowlane pracujące przy remoncie obiektu i to nawet w zakresie znacznie szerszym niż pracownicy powoda. Natomiast sam pozwany nie był w stanie wyjaśnić w zeznaniach, czy to wyłącznie na skutek opóźnień w wykonaniu prac dachowych nastąpiła konieczność przedłużenia wynajmu żurawia, czy też miało to związek również z innymi pracami. Wyjaśnił jedynie, że decyzja w tym zakresie nie pochodziła od niego.

Niejasne są również okoliczności wypłaty wynagrodzeń P. F.. Z pewnością jego firmie powierzono prace podwykonawcze ułożenia dachu. Ale zlecenia te pochodziły od dwóch podmiotów – powoda i firmy (...) Sp. z o.o. Spółki Komandytowej. Zakres tych prac był niejasny. W ramach materiału dowodowego przedstawiono umowę świadka z firmą (...), w którą zlecono mu wykonywanie robót, których, jak sam świadek zeznał, nie wykonywał i nie miał do tego uprawnień. Jednocześnie powód wykazał, że ze świadkiem łączyła go umowa podwykonawcza, z tytułu której świadek wystawił fakturę opiewającą na umówione wynagrodzenie, a powód wynagrodzenie to przelewem zapłacił. Nie wykazano zatem, iż wypłacane przez zleceniodawcę pozwanego kwoty na rzecz świadka dotyczyły prac, które świadek wykonał w ramach umowy z powodem, a więc tego, iż osoba trzecia świadczyła w imieniu powoda.

Tak daleko idące wątpliwości co do przyczyn i podstaw obciążenia pozwanego dodatkowymi kosztami przez jego kontrahenta nie pozwoliły na stwierdzenie, iż udowodniona została odpowiedzialność kontraktowa powoda z tego tytułu, a to słusznie doprowadziło Sąd Okręgowy do wniosku, że brak było podstaw do uznania skuteczności potrącenia również w tym zakresie.

Apelacja pozwanego nie mogła zostać zatem uwzględniona. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. Pozwany został zobowiązany do zwrotu powodowi poniesionych przez niego kosztów postępowania apelacyjnego, na które złożyło się wyłącznie wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 2.700 zł.

Wynagrodzenie pełnomocnikowi pozwanego świadczącego usługi z urzędu w postępowaniu apelacyjnym przyznano wynagrodzenie od Skarbu Państwa w myśl § 19 i 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.