

Sygn. akt. I ACa 405/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 grudnia 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Rzeszowie Wydział I Cywilny

w składzie:

<i>Przewodniczący</i>	<i>SSA Anna Pelc (spraw.)</i>
<i>Sędziowie:</i>	<i>SA Anna Gawelko</i> <i>SA Dariusz Mazurek</i>
<i>Protokolant:</i>	<i>st.sekr.sądowy Cecylia Solecka</i>

po rozpoznaniu w dniu 20 grudnia 2012 r. na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z o.o. **w M.**

przeciwko (...) **Spółce z o.o. w M.**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego-Sądu Gospodarczego w Rzeszowie

z dnia 6 czerwca 2012 r., sygn. akt VI GC 292/11

I. **o d d a l a** apelację,

II. **z a s ą d z a** od powoda (...) Spółki z o.o w M. na rzecz pozwanego (...) Spółki z o.o w M. kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

UZASADNIENIE

Powód (...) M. (...) sp. z o.o w M. jako zamawiający wykonanie ogrodzenia na terenie lotniska w M., domagał się zasądzenia od pozwanego (...)sp. z o.o w M. wykonawcy robót, kwoty 772.714,64 zł tytułem kar umownych za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy, za okres od 9 listopada 2009 r do 10 sierpnia 2011 r.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa , z ostrożności procesowej wnosząc o miarkowanie kary umownej .

Sąd Okręgowy ustalił, że na podstawie umowy z dnia 18 września 2007 r, pozwany zobowiązał się wykonać ogrodzenie z siatki na terenie lotniska w M. w zakresie określonym w załącznikach nr(...) do umowy .

Termin rozpoczęcia robót określono na dzień 24 września 2007 r, a zakończenia na 31 lipca 2008 r, przy czym powód przesunął ten termin na 9 listopada 2009 r.

Umowa zmieniana była aneksami nr (...) co do wysokości wynagrodzenia, długości ogrodzenia i bramy wjazdowej .

Zgodnie z § 9 pkt. 6 umowy, w brzmieniu aneksu nr (...), wykonawca zobowiązany był do zapłaty na rzecz zamawiającego kary umownej w wysokości 0,2 % kwoty brutto wynagrodzenia , o której mowa w § 6 pkt. 1 stanowiącej iloczyn 139 zł i ilości metrów ogrodzenia + VAT, za każdy dzień zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy, licząc od dnia rozpoczęcia robót . W § 8 pkt. 2 umowy przewidziano odbiory częściowe robót.

W trakcie wykonywania robót sporządzono 14 protokołów częściowego odbioru (z dnia : 31.10.2007 r, 9.11.2007 r, 4.12.2007r, 25.02.2008r, 31.03.2008 r, 29.04.2008 r, 28.08.2008 r, 3.07.2008 r, 31.07.2008 r, 29.08.2008 r, 30.09.2008 r, 25.05.2009 r, 31.07.2009 r, 9.11.2009 r), na podstawie których wykonawca wystawił faktury obejmujące wynagrodzenie za wykonywane roboty .

W wymienionych protokołach powód wskazywał konieczność wykonywania poprawek robót i usunięcia usterek w postaci wyrównania terenu, naciągów drutów mocujących i naciągowych, obsypania cokołów ogrodzenia ziemią, wyrównania i porządkowania terenu, poprawki malowania słupków ogrodzenia, przelotek i zwyżek. W protokole z 31 lipca 2009 r nie zamieszczono uwag, a w protokole z 9 listopada 2009 r wskazano konieczność dokonania poprawek naciągnięcia drutów kolczastych na odkosach, poprawkę obsypania cokołów ogrodzenia oraz poprawkę malowania co, w ocenie Sądu Okręgowego, oznaczało, że wcześniejsze usterki usuwane były na bieżąco .

Ostatni protokół sporządzony został 9 listopada 2009 r, wobec czego Sąd Okręgowy przyjął zarówno na podstawie twierdzeń pozwu (k. 7) jak i w oparciu o zeznania świadków , że w tym dniu pozwany zakończył wykonanie robót .

Ostatni etap ogrodzenia odebrany został z zastrzeżeniami powoda co do jakości robót – ogłoszono brak podsypu pod elementy betonowe, brak siatki w dwóch miejscach po 1m po każdej stronie bramy, były również dziury pod elementami betonowymi . Świadek T. J. pracownik (...) M. (...) zeznał, że w listopadzie 2009 r (...) wykonał jedynie uzupełnienie ogrodzenia przy bramie, przy czym od listopada 2009 r. trwał między stronami spór co do ilości metrów wykonanego ogrodzenia . Dopiero po odbiorze dokonanym 10 sierpnia 2011 r, wykonawca wystawił fakturę, w której udzielił upustu na słupki.

Świadek W. K. pracownik firmy (...) zeznał, że wykonanie ogrodzenia zakończono w 2009 r, tj. wtedy, gdy postawiono ostatni element ogrodzenia , którym była brama.

Z uwagi na to, że początkowo nie było wiadomo jaka będzie szerokość bramy pozostawiono przestrzeń większą niż 12 m, co spowodowało, że po obu stronach pozostawały wolne miejsca około 1 m – 1.20 m.

Po wykonaniu ogrodzenia nie była kwestionowana jakość robót, dopiero w 2010 r. stwierdzono ślady korozji, delikatny zwis drutu i prześwity między przęsłami prefabrykowanymi. W 2011 r. na spotkaniu prezesów obu firm ustalono, że usterki zostaną usunięte w okresie od czerwca do początku sierpnia 2011 r, poza tym wykonawca zobowiązał się do obniżenia wynagrodzenia o wartość 34 słupków, których nie zamontowano .

Ilość metrów wykonanego ogrodzenia została ustalona dopiero w maju 2011 r.

Według Sądu Okręgowego po sporządzeniu protokołu odbioru robót w dniu 9 listopada 2009 r, pozwany nie wykonywał ogrodzenia , a jedynie po tym dniu usuwał usterki i to te, które powstały w trakcie eksploatacji ogrodzenia .

Przedmiot umowy został oddany do dnia 9 listopada 2009 r, a stwierdzone wady nie przeszkadzały w korzystaniu z ogrodzenia, przy czym na usunięcie usterek została udzielona gwarancja .

Wprawdzie ostateczne rozliczenie stron nastąpiło dopiero po spotkaniu prezesów w 2011 r. po zgodnym ustaleniu przez strony ilości metrów wykonanego ogrodzenia – powód dotychczas liczył metraż ogrodzenia według ilości wykonanych przęsł (każde po 2,5 m) , natomiast pozwany liczył mb, stosownie do postanowień umowy – jednak w ocenie Sądu Okręgowego nie miało to znaczenia dla przyjęcia, że wykonawca zgłosił odbiór końcowy pismem z dnia 27

maja 2009 r. i powód winien był zgodnie ze zgłoszeniem dokonać końcowego odbioru robót, nie zachodziły bowiem okoliczności uniemożliwiające prawidłową eksploatację przedmiotu umowy .

Skoro powód nie udowodnił, by pozwany wykonywał jakiegokolwiek roboty po 9 listopada 2009 r., a wykonawca wykonywał po tej dacie jedynie roboty związane z usunięciem wad, brak było podstaw – jak stwierdził Sąd Okręgowy – do obciążenia pozwanego przez powoda karami umownymi za zwłokę w wykonaniu umowy .

Z tej przyczyny wyrokiem z dnia 6 czerwca 2012 r, Sąd Okręgowy oddalił powództwo i orzekł stosownie o kosztach postępowania .

W apelacji od tego wyroku powód zarzucił :

1. naruszenie przepisów postępowania cywilnego tj. art. 233 kpc poprzez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów i dokonanie ustaleń faktycznych sprzecznych z zebrany materiał dowodowy , zasadami logiki i doświadczenia życiowego wobec ustalenia, że pozwany zakończył do dnia 9 listopada 2009 r roboty polegające na wykonaniu ogrodzenia lotniska, po tym dniu usuwał jedynie usterki, zaś stwierdzone wady nie przeszkadzały w korzystaniu z ogrodzenia , art. 233 § 1 kpc poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, art. 234 poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że powód nie wykazał, by uchybienie terminowi w wykonaniu robót i pozostawanie pozwanego w zwłoce w oddaniu przedmiotu umowy było spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosił pozwany art. 231 poprzez jego niezastosowanie, art. 245 w związku z art. 253, art. 233 § 1 i art. 328 § 2 poprzez przyjęcie , że protokół odbioru końcowego robót z dnia 10.08.2011 r nie był terminem zakończenia robót,

2. naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 476 kc w związku z art. 471 i art. 483 kc poprzez przyjęcie, że na powodzie spoczywał obowiązek wykazania, że pozwany popadł w zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy i że uchybienie terminowi w wykonaniu spornych robót spowodowane było okolicznościami , za które odpowiedzialność ponosił pozwany , w konsekwencji ustalenie, że naliczenie przez powoda kary umownej było bezpodstawne, art. 647 w związku z art. 654 i art. 354 § 1 kc poprzez przyjęcie, że wykonanie robót miało miejsce do dnia 9 listopada 2009 r, pomimo istnienia wad oraz, że wady nie uniemożliwiały prawidłowej eksploatacji przedmiotu umowy i fakt ich istnienia pozostaje kwestią uboczną z punktu widzenia czynności odbioru robót.

Wskazując na powyższe powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie na jego rzecz od pozwanego kwoty 766.618,64 zł względnie o uchylenie tego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu .

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje :

Z treści apelacji wynika, że według powoda :

1. o dacie odbioru końcowego przesądza treść protokołu z dnia 10 sierpnia 2011 r w szczególności stwierdzenie, że roboty zakończono 10 sierpnia 2011 r i komisja złożona z przedstawicieli obu stron postępowania uznaje te roboty za ukończone i odebrane – w związku z brzmieniem § 8 pkt. 5 umowy, zgodnie z którym za odbiór końcowy uważa się doprowadzenie robót do stanu zgodnego z dokumentacją oraz konieczność dokonania jakichkolwiek dodatkowych czynności, w szczególności wykonania jakichkolwiek prac przez wykonawcę lub inne osoby oraz dostarczenie zamawiającemu odpowiednich atestów i certyfikatów,

2. odbiory częściowe mają charakter warunkowy i takim protokołem był protokół sporządzony 9 listopada 2009 r. ,

3. faktura końcowa wydana została na podstawie protokołu odbioru końcowego z dnia 10 sierpnia 2011 r,

4. po 9 listopada 2009 r pozwany nadal wykonywał ogrodzenie.

Przytoczone zarzuty nie zasługują na uwzględnienie z przytoczonych niżej przyczyn .

Podstawowe znaczenie w niniejszej sprawie ma fakt, że w umowie z dnia 18 września 2007 r nr (...) przewidziano częściowe odbiory robót, w terminie 3 dni od daty zgłoszenia (§ 8 pkt. 2 umowy), przy czym zamawiający zobowiązany był do odebrania przedmiotu umowy po sprawdzeniu należytego jego wykonania (§ 8 pkt. 1).

Z protokołów odbiorów częściowych wynika, że odbierając wykonanie poszczególnych fragmentów ogrodzenia przedstawiciele powoda (zamawiającego) sprawdzali każdorazowo jakość robót, zamieszczając uwagi co do stwierdzonych usterek, przy czym wykonawca poprawiał roboty, o czym świadczą adnotacje przedstawiciela powoda o wykonaniu robót poprawkowych (np. w załączniku do protokołu z dnia 18.09.2007 r (k. 36), w protokole odbioru z dnia 9.11.2007r (k. 39), w protokole z 4.12.2007r (k. 34) na odwrócie).

Wprawdzie w protokołach tych zdarzały się adnotacje o warunkowym odebraniu robót ze względu na stwierdzenie wad (np. protokół odbioru częściowego z dnia 29.04.2008 r – k.37, z dnia 28.05.2008 r – k.38), jednakże powód nie przedłożył dowodu na to, że wady robót stwierdzone w protokołach odbiorów częściowych nie zostały usunięte przez wykonawcę w wyznaczonym mu czasie .

Powyższe uprawniało Sąd Okręgowy do przyjęcia, że w momencie dokonania odbioru częściowego kolejnego etapu ogrodzenia powód nie kwestionował jakości robót związanych z wykonaniem poprzedniego etapu, zatem uznał, że roboty poprawkowe wykonawca wykonał prawidłowo, nawet jeżeli nie znalazło to odzwierciedlenia w odpowiednim zapisie .

Protokół odbioru z 9 listopada 2009 r stwierdzający wykonanie 22,10 mb ogrodzenia ocenić należy w kontekście pisma pozwanego z dnia 27 maja 2009 r (k. 106) i pisma powoda z dnia 2 czerwca 2009 r (k. 107) .

W piśmie z dnia 27 maja 2009 r pozwany zgłosił wykonanie ogrodzenia lotniska zgodnie z umową realizacyjną z dnia 18 września 2007 r przesyłając fakturę stanowiącą końcowe rozliczenie , wobec tego, że za pozostałą część ogrodzenia pozwany zapłacił wynagrodzenie na podstawie faktur częściowych (co oznacza, że wykonania robót w tym zakresie nie kwestionował). Powód zaś w piśmie z dnia 2 czerwca 2009 r zgłosił zastrzeżenia formalne co do wystawienia faktury końcowej oraz zakwestionował ilość mb wykonanego ogrodzenia .

Z powyższych pism wynika zatem, że protokół z 9 listopada 2009 r dotyczył odbioru ostatniego etapu robót związanych z wykonaniem ogrodzenia , czego nie zmienia fakt, że stwierdzono w nim nieistotne wady w postaci konieczności naciągnięcia drutów kolczastych na odkosach, obsypania cokołów ogrodzenia, poprawienia malowania .

W tej sytuacji protokół z dnia 10 sierpnia 2011 r kończył jedyne wzajemne rozliczenia stron, po ustaleniu ilości mb ogrodzenia i wykonaniu robót poprawkowych wymienionych w protokole z dnia 9 listopada 2009 r (nie jest znana data wykonania tych robót), ale nie nosił cech protokołu odbioru końcowego. Protokołem tym był - w opisanym stanie faktycznym – protokół z dnia 9 listopada 2009 r , jak trafnie przyjął Sąd Okręgowy .

Stanowisko to nie klóci się z brzmieniem § 8 pkt. 5 umowy, bowiem nawet, gdyby „doprowadzenie robót do stanu zgodnego z dokumentacją bez konieczności dokonania jakichkolwiek dodatkowych czynności (...)” rozumieć jako odebranie od wykonawcy robót bez wad, to w niniejszej sprawie miało to miejsce skoro na dzień 29 listopada 2009 r nie stwierdzono złej jakości robót co do całości ogrodzenia z wyjątkiem konieczności drobnych poprawek odnośnie końcowych 22,10 mb ogrodzenia .

Podkreślenia wymaga , że czym innym jest zgłoszenie odbioru robót, czym innym stwierdzenie wad w wykonaniu robót.

W wyroku z dnia 5 marca 1997 r II CKN 28/97 (OSNC 1997 nr 6 – 7 poz. 90), Sąd Najwyższy uznał i Sąd Apelacyjny pogląd ten podziela , że jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru.

W protokole z tej czynności, stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad.

Protokoły odbioru częściowego dotyczyły zarówno ilości jak i jakości robót, zatem w konkretnym przypadku brak było podstaw do przyjęcia – jak zarzucał powód w apelacji – by miały charakter warunkowy .

Warunkowo jedynie przyjmowano wykonanie pewnych etapów robót, co spowodowane było stwierdzeniem wad robót, te zaś usuwane były przez wykonawcę na bieżąco, a w każdym razie przed sporządzeniem protokołu z dnia 9 listopada 2009 r.

Gołosłowny jest więc zarzut powoda, że po tej dacie pozwany wykonywał jeszcze roboty budowlane , zaś nieznaczące poprawki robót co do ostatniej ich części tj. w odniesieniu do 22,10 mb ogrodzenia w żadnym razie nie stanowiły podstawy do odmowy odbioru zwłaszcza, że odmowy takiej – co wynika z w/w protokołu – nie było i powód końcowe roboty odebrał .

Strona powodowa również nie wskazała jakich atestów i certyfikatów pozwany nie przedłożył zatem i w tej części zarzut apelacji należy uznać za bezzasadny .

Sąd Okręgowy prawidłowo ocenił zebrany w sprawie materiał dowodowy, wobec czego zarzuty podniesione w apelacji co do naruszenia art. 233 kpc oraz art. 231 w zw. z art. 34 kpc należało uznać za bezzasadne .

W związku z zarzutem naruszenia art. 476 w związku z art. 471 i 483 kc, podkreślenia wymaga , że na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania zwłoki w wykonaniu robot (art. 6 kc), zaś wykonawca chcąc uwolnić się z odpowiedzialności winien wykazać , że zwłoka spowodowana była okolicznościami , za które nie odpowiada.

Powód nie wykazał, by roboty związane z wykonaniem ogrodzenia wykonane zostały po 9 listopada 2009 r – co wyżej podkreślono – i z tych względów Sąd Okręgowy prawidłowo oddalił powództwo.

Podzielając stanowisko Sądu Okręgowego Sąd Apelacyjny oddalił apelację na podstawie art. 385 kpc.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 w związku z art. 108 § 1 kpc .

cs