

**Sygn. akt VI Ga 145/15**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 25 czerwca 2015 r.**

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Andrzej Borucki

Sędziowie: SO Barbara Frankowska

SO Anna Harmata (spraw.)

Protokolant: st. sekr. sądowy Małgorzata Zawilo

po rozpoznaniu w dniu 25 czerwca 2015 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: (...) Sp. z o.o. w S.

przeciwko: (...) Sp. z o.o. Sp. K. w R.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego od wyroku Sądu Rejonowego w Rzeszowie V Wydziału Gospodarczego z dnia 19 grudnia 2014 r., sygn. akt V GC 633/14

I. oddala apelację,

II. zasądza od pozwanego (...) Sp. z o.o. Sp.k. w R. na rzecz powoda (...) Sp. z o.o. w S. kwotę 1.800 zł (jeden tysiąc osiemset złotych) tytułem zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

**Sygn. akt VI Ga 145/15**

## UZASADNIENIE

wyroku z dnia 25 czerwca 2015 r.

Pozwem wniesionym w sprawie powód (...) Sp. z o.o. w S. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) Sp. z o.o. Sp. k. w R. kwoty 54.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 14 listopada 2013 r. do dnia zapłaty oraz kosztami postępowania.

W uzasadnieniu pozwu powód podał, że na podstawie łączącej strony umowy o roboty budowlane z dnia 10 kwietnia 2012 r. mającej za przedmiot budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego, o roboczym numerze nr 5 zlokalizowanego na działce nr (...) obr. (...) przy ul. (...) w R. wykonał na rzecz pozwanego prace, z tytułu czego wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 54.000 zł, zaakceptowaną przez pozwanego. Pomimo upływu terminu płatności, pozwany nie uiścił należności objętej pozwem.

W sprzeczności od wydanego w ww. sprawie nakazu zapłaty pozwany wniósł o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie kosztów postępowania. W uzasadnieniu sprzeciwu pozwany przyznał fakt zawarcia z powodem umowy o roboty

budowlane z dnia 10 kwietnia 2012 r., dotyczącej budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego, oznaczonego jako budynek nr (...), ponadto wskazał, że strony łączyły umowy o roboty budowlane dotyczące budowy innych budynków mieszkalnych wielorodzinnych w R., przy ul. (...), w tym umowa o roboty budowlane z dnia 15 czerwca 2011 r. (budynek nr (...)). Podał, że pomimo upływu wskazanego w umowie terminu zakończenia realizacji umowy, powód nie zakończył robót przewidzianych do wykonania w harmonogramie prac i w projekcie wykonawczym oraz nie zgłosił pozwanemu gotowości do odbioru końcowego. Powołując się na oświadczenie z dnia 19 lutego 2014 r. pozwany podniósł zarzut potrącenia wierzytelności przysługującej mu względem powoda z tytułu kar umownych za nieterminowe wykonywania przez powoda umowy o roboty budowlane z dnia 15 czerwca 2011 r. (budynek nr (...)), w wysokości 1.419.000,00 zł (za okres od dnia 1 listopada 2012 r. do dnia 16 lutego 2014 r.), z wierzytelnością dochodzoną w niniejszym postępowaniu.

Pozwem z dnia 19 lutego 2014 r. powód wniósł o zasądzenie od pozwanego na swoją rzecz kwoty 58.173,24 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 20 lutego 2014 r. do dnia zapłaty oraz kosztami postępowania. W uzasadnieniu pozwu powód powołał umowę z dnia 15 czerwca 2011 r. o roboty budowlane, dotyczącą budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego, zlokalizowanego na działce nr (...) obr. (...) przy ul. (...) w R.. Wobec konieczności wykonania prac dodatkowych pozwany zlecił je powodowi. Powód wykonał na rzecz pozwanego prace dodatkowe, z tytułu czego wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 49.680 zł, zaś pozwany pomimo upływu terminu płatności, nie uiścił należności. Na kwotę dochodzoną pozwem składała się: kwota 49.680 zł objęta fakturą oraz kwota 8.493,24 zł stanowiąca skapitalizowane na dzień wniesienia pozwu odsetki za opóźnienie. W sprzeciwie od wydanego nakazu zapłaty pozwany wniósł o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania. Powołując się na złożone powodowi oświadczenie o potrąceniu z dnia 19.02.2014r., pozwany zgłosił zarzut potrącenia wierzytelności przysługującej mu względem powoda z tytułu kar umownych za nieterminowe wykonywanie przez niego umowy o roboty budowlane z dnia 15 czerwca 2011 r. (budynek nr (...)), w wysokości 1.419.000,00 zł (za okres od dnia 1 listopada 2012 r. do dnia 16 lutego 2014 r.), z wierzytelnością przysługującą powodowi z tytułu wynagrodzenia za dodatkowe roboty budowlane, wykonane w związku z realizacją umowy o roboty budowlane z dnia 15 czerwca 2011 r. w wysokości 49.680 zł, wynikającej z faktury VAT nr (...) z dnia 12 października 2012 r.

Postanowieniem z dnia 9 czerwca 2014 r. Sąd zarządził połączenie obu powyższych spraw do wspólnego prowadzenia i rozpoznania oraz rozstrzygnięcia pod sygn., akt V GC 633/14.

W odpowiedzi na sprzeciw powód zakwestionował zasadność naliczenia przez pozwanego kar umownych. Wskazał m.in. iż prace dotyczące budynku nr (...) zakończono 27 września 2012r. tj. przed terminem przewidzianym umową, co wynika z zapisów dziennika budowy. Całość prac została objęta protokołami odbioru poszczególnych etapów oraz protokołami przekazania mieszkańcom poszczególnych lokali. Powyższe zostało wykonane zgodnie z umową, pozwana odebrała wszystkie etapy prac, sporządzono również protokoły przekazania wszystkich lokali w budynku. Zakończenie robót zostało ponadto zgłoszone do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego, który decyzją z dnia 21 grudnia 2012r. udzielił pozwolenia na użytkowanie budynku.

Wyrokiem z dnia 19 grudnia 2014 r. wydanym w sprawie prowadzonej pod sygn. akt V GC 633/14 Sąd Rejonowy w Rzeszowie V Wydział Gospodarczy zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 54 000,00 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 14 listopada 2013 r. do dnia zapłaty (I), zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 6.317,00 zł tytułem kosztów procesu (II), zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 58.173,24 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 20 lutego 2014 r. do dnia zapłaty (III), zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 6.567,79 zł tytułem kosztów procesu (IV), postanowił przyznać biegłemu sądowemu D. L. wynagrodzenie za opinię sądową w wysokości 849,55 zł (V) oraz nakazał ściągnąć od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego w Rzeszowie kwotę 349,55 zł tytułem pokrycia wydatków na opinię biegłego (VI).

Jak wskazał Sąd Rejonowy okoliczność bezsporną w niniejszej sprawie stanowił fakt, iż w dniu 10 kwietnia 2012 r. strony sporu zawarły umowę o roboty budowlane, przedmiotem której była budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego zlokalizowanego na działce nr (...) obr.(...)przy ul. (...) w R., oznaczonego jako budynek nr (...). Zgodnie z umową, rozliczenia pomiędzy stronami następowały na podstawie faktur przejściowych wystawianych zgodnie z harmonogramem prac, po wykonaniu konkretnego etapu, w wysokości wynikającej z procentowego

zaawansowania elementów robót. Z tytułu wykonania prac stanowiących przedmiot umowy powód wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 54.000 zł, którą pozwany przyjął i zaakceptował. Pomimo upływu terminu płatności określonego w fakturze, pozwany nie dokonał zapłaty należności za wykonane roboty, w związku z czym powód wezwał go do zapłaty.

W związku z realizacją umowy o roboty budowlane z dnia 15 czerwca 2011 r. dotyczącej budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego nr (...), zlokalizowanego na działce nr (...) obr. (...) przy ul. (...) w R., powód wykonał prace dodatkowe, objęte zleceniem, z tytułu czego w dniu 12 października 2012 r. wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 46.680 zł, którą pozwany przyjął i zaakceptował. Pomimo upływu terminu płatności określonego w fakturze, pozwany nie dokonał zapłaty należności za wykonane roboty, w związku z czym powód wezwał go do zapłaty. W ramach umowy o wykonanie budynku nr (...) powód miał obowiązek wykonać nasady wentylacyjne na kominach spalinowych, zamontować urządzenie do podnoszenia ciśnienia wody oraz wykonać lamperie w budynku w postaci tynku dekoracyjno akrylowego (...). Powód nie zgłosił pozwananemu budynku do odbioru. Wszyscy mieszkańcy lokali w budynku nr (...) odebrali swoje lokale, był to odbiór trójstronny z udziałem: inwestora – pozwanego, mieszkańca i powoda jako generalnego wykonawcy. W przypadku odbiorów lokali przez mieszkańców obowiązywała praktyka, że nie ma już odbioru końcowego między wykonawcą (powodem) a inwestorem (pозwanym) tej części budynku w postaci lokalu. Poszczególne, wszystkie etapy robót w budynku nr (...) zostały odebrane przez pozwanego bez zastrzeżeń.

Oświadczeniem z dnia 19 lutego 2014r., które powód otrzymał w dniu 20 lutego 2014 r. pozwany dokonał potrącenia wierzytelności w kwocie 1.419.000 zł z tytułu kar umownych za nieterminowe wykonanie przez powoda umowy o roboty budowlane z dnia 15 czerwca 2011 r., (budynek nr (...)), naliczonej według stanu na dzień 17 lutego 2014 r., na podstawie pkt 10 ust. 1 lit. a umowy o roboty budowlane z dnia 15 czerwca 2011 r., stosownie do którego wykonawca miał zapłacić zamawiającemu kary umowne za zwłokę/opóźnienie w wykonywaniu przedmiotu umowy – w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umowy netto za każdy dzień zwłoki, z wierzytelnościami przysługującymi powodowi względem zamawiającego z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane, wykonane na podstawie ww. umów o roboty budowlane, wynikającymi z faktury VAT nr (...) z dnia 12 października 2012 r. w kwocie 49.680,00zł oraz (...) z dnia 23 października 2013 r. w kwocie 54.000 zł.

Zgodnie z ustaleniami dokonanyimi przez Sąd I Instancji w dniu 15 czerwca 2011 r. strony na piśmie zawarły umowę o roboty budowlane, czyniąc jej przedmiotem wybudowanie przez powoda budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z wewnętrznymi instalacjami i przyłączami mediów zgodnie z dostarczonymi projektami budowlanymi i wykonawczymi (tzw. budynek nr (...)). W umowie termin rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy strony wpisały na dzień 31.10.2012 r., przy czym była to omyłka autora pisemnej umowy, strony pozwanej, gdzie winien być to rok 2011, zaś termin zakończenia inwestycji – realizacji przedmiotu umowy strony ustaliły, powołując się na harmonogram robót, stanowiący załącznik nr 3 (§ 4 pkt 1,2). Zgodnie z treścią tegoż harmonogramu, ostateczny termin zakończenia prac ustalono na dzień 31.10.2012 r. Zgodnie z umową odbiór końcowy miał nastąpić po całkowitym wykonaniu przedmiotu umowy. Ustalono, że wykonawca zgłosi zamawiającemu gotowość do odbioru wpisem do dziennika budowy oraz pismem na adres zamawiającego, faksem oraz pocztą e-mail, wskazując datę gotowości, przedkładając za wykazem wszelkie dokumenty wymagane przy odbiorze. W umowie przyjęto podstawę do naliczenia przez zamawiającego kary umownej za zwłokę/opóźnienie w wykonywaniu przedmiotu umowy – w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umowy netto za każdy dzień zwłoki. Budynek nr (...) stanowiący przedmiot umowy powód wykonał zgodnie z warunkami pozwolenia na budowę z dnia 11 sierpnia 2011 r. nr (...), przy jednoczesnym wprowadzeniu zmian zakwalifikowanych przez projektanta jako nieistotne odstępstwa od projektu, w rozumieniu art. 36 a ustawy prawo budowlane. Według stanu na dzień 23.05.2014 r. i 26.05.2014 r. powód nie wykonał lamperii na klatkach schodowych – tynku dekoracyjnego akrylowego, zaś w to miejsce wykonał zwykłe lamperie. Prace polegające na montażu chromoniklowych końcówek wylotowych systemowych kominów S. zostały wykonane zgodnie z projektem wykonawczym, w terminie do dnia 27.09.2012 r. jako terminie, wskazanym przez kierownika budowy w dzienniku budowy wykonania wszystkich prac przy budynku nr (...), w tym również instalacyjnych, przy czym nakładki chromoniklowe stanowiły element instalacji centralnego ogrzewania i wchodziły w skład tzw. przewodów kominowych spalinowych, objętych wnioskiem o wydanie pozwolenia na użytkowanie. Instalację c.o. pozwany

odebrał. Powód nie zamontował zestawu podnoszenia ciśnienia wody w pomieszczeniach hydroforni, objętych zakresem prac określonych w projekcie wykonawczym „Budynek mieszkalny wielorodzinny” – projekt wykonawczy instalacje sanitarne”. Brak wykonania lamperii dekoracyjnych oraz montażu zestawu podnoszącego ciśnienie wody w pomieszczeniu hydroforni nie uniemożliwił odbioru całego budynku oraz wydania decyzji bezwarunkowej przez Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego o pozwoleniu na użytkowanie, było to tzw. nieistotne odstępstwo od projektu, które nie zostało naniesione w projekcie budowlanym. Brak nakładek chromoniklowych na kominy wiązały się z koniecznością wydania decyzji warunkowej tzw. ostrej, wyznaczającej termin uzupełnienia tego braku p/r braku prawa do użytkowania budynku. Brak tych nakładek nie uniemożliwił, ani nie utrudniał prawidłowej eksploatacji budynku, choć bez nich nie powinno dojść do odbioru kominarskiego przed zgłoszeniem wniosku o dopuszczenie do użytkowania. Brak zestawu urządzeń do podnoszenia ciśnienia wody nie wpływał de facto na ciśnienie wody, a zatem jakość użytkowania budynku. Decyzją z dnia 21 grudnia 2012 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego udzielił bezwarunkowego pozwolenia na użytkowanie budynku. Poszczególne lokale w budynku przekazywano mieszkańcom już w lipcu 2012 r. i robiono to sukcesywnie, również po dacie potwierdzenia w dzienniku budowy zakończenia budowy. Powód w ramach rękojmi i gwarancji wykonywał prace poprawcze po dopuszczeniu budynku do użytkowania. Pismem z dnia 17 lutego 2014 r., wysłanym powodowi drogą poczty elektronicznej w dniu 18 lutego 2014 r. pozwany wezwał powoda do zapłaty kar umownych.

Uzasadniając swe rozstrzygnięcie Sąd I instancji wskazał, iż zawarte przez strony umowy były umowami roboty budowlane. Sąd Rejonowy wskazał, iż pozwany nie kwestionował roszczeń strony powodowej objętych dwoma pozwami zarówno co do zasady, jak i wysokości oraz terminów płatności, wynikających z faktur, dokonując przy tym potrącenia tych należności z własną wierzytelnością z tytułu naliczonej przez siebie kary umownej za opóźnienie w wykonaniu umowy. Niesporna między stronami była interpretacja umowy w części dotyczącej kary umownej, która została zastrzeżona na wypadek opóźnienie w wykonywaniu umowy, co strony zgodnie interpretowały jako termin zakończenia umowy. Termin ten został jednak, zdaniem sądu I instancji, ustalony na dzień 31.10.2012 r., bowiem był to termin „zakończenia prac” określony w harmonogramie, do którego to harmonogramu odwołały się strony określając w umowie termin realizacji przedmiotu umowy, dalej podając, iż skoro wedle zapisu ww. umowy jej przedmiotem było wybudowanie budynku mieszkalnego wraz z instalacjami, to powód umowę tę wykonał w terminie umówionym. Sąd Rejonowy powołał się na okoliczność, iż również zgodnie z zapisami umowy rozpoczął się termin biegu okresu gwarancji i rękojmi, a braki w postaci niewykonania przez powoda lamperii dekoracyjnych oraz brak urządzenia do podnoszenia ciśnienia wody nie można było uznać za niewykonanie umowy w postaci niedokończenia budynku wraz z instalacjami, skoro prace zostały etapowo odebrane przez pozwanego, a budynek wraz z instalacjami dopuszczony do użytkowania. Sąd ten wskazał również, iż z tych samych względów nie sposób było uznać za niezakończenie budowy braku stożków kominowych, choć w tym przedmiocie sąd ustalił, iż powód je wykonał. Sąd Rejonowy wskazał także, iż brak zgłoszenia przez powoda prac do odbioru nie stanowił o niezakończeniu przedmiotu umowy przez powoda, bowiem przedmiotem tym był budynek z instalacjami i ten przedmiot umowy powód wykonał. Ponadto pozwany w istocie dokonał odbioru przedmiotu umowy, skoro odebrał bezusterkowo wszystkie etapy prac, określone w harmonogramie, a które składały się na przedmiot umowy. O niezakończeniu umowy przez powoda nie przesądzał zdaniem Sądu I instancji też brak wydania pozwanemu certyfikatu jakości wykonanych prac. W konsekwencji Sąd Rejonowy uznał, iż oświadczenie o potrąceniu nie wywarło skutków prawnych w rozumieniu art. 498 k.c. w postaci umorzenia wierzytelności powoda, objętych 2 –oma połączonymi powództwami, bowiem pozwanemu nie przysługiwała wierzytelność w postaci kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy. W konsekwencji Sąd ten sąd oba powództwa uwzględnił w całości na mocy art. 647 k.c., zasądzając odsetki ustawowe od dnia następnego po terminach płatności niespornie ustalonych przez strony w fakturach VAT oraz orzekając o kosztach procesu sąd orzekł na mocy art. 108 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 3 k.p.c.

Apelację od powyższego rozstrzygnięcia wniosła strona pozwana. Zaskarżonemu rozstrzygnięciu skarżący zarzucił:

1) naruszenie przepisów prawa materialnego, a to:

- art. 647 k.c. poprzez jego niewłaściwą wykładnię i przyjęcie, że do uznania umowy o roboty budowlane za wykonaną, nie jest koniecznym dokonanie odbioru jej przedmiotu, podczas gdy odbiór ten stanowi element przedmiotowo istotny umowy określonej w ww. przepisie;

- art. 65 k.c. przez błędną wykładnię treści wzajemnych zobowiązań stron objętych umową z dnia 15 czerwca 2011 r.;

2) błędy w ustaleniach faktycznych, polegające na:

- przyjęciu, że dokonywanie przez pozwanego częściowych odbiorów robót jest równoznaczne z końcowym odbiorem robót;

- przyjęciu, że powód zakończył roboty budowlane objęte umową z dnia 15 czerwca 2011 r., mimo że brak podpisanego przez strony protokołu odbioru końcowego robót.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty, pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia w pkt. I. i III., tj. części zasądzonej od pozwanego na rzecz powoda kwoty: 54 000,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 14 listopada 2013 r. do dnia zapłaty i kwoty 58 173, 24 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 20 lutego 2014 r. do dnia zapłaty poprzez oddalenie powództwa w tym zakresie, nadto o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu powyższego pozwany wskazał, że Sąd Rejonowy bezzasadnie przyjął, że „pozwany w istocie dokonał odbioru przedmiotu umowy, skoro odebrał bezusterkowo wszelkie etapy prac określone w harmonogramie”, podając, że gdyby strony chciały poprzestać jedynie na częściowych protokołach odbioru, nie wprowadzałyby w umowie szeregu obowiązków związanych ze zgłoszeniem do gotowości odbioru i podpisania protokołu odbioru końcowego. Protokoły odbioru poszczególnych etapów nie oznaczają jeszcze, zdaniem pozwanego, że powód wykonał wszystkie prace powierzone mu na mocy umowy o roboty budowlane. Dalej podał, iż biorąc pod uwagę treść ust. 4 pkt. 14 umowy z dnia 15 czerwca 2011 r., wobec braku podpisania przez strony protokołu odbioru końcowego, pozwany został pozbawiony możliwości stwierdzenia w nim zaistnienia wad i usterek. Pozwany podkreślił, iż z samego faktu, uznania przez sąd I instancji, że miały one charakter nieistotny, nie mający wpływu na użytkowanie budynku, nie można wywodzić, że pozwany nie był uprawniony do domagania się ich usunięcia. Pozwany podnosi również za niewłaściwe przyjęcie przez Sąd terminu, od którego biegnie okres gwarancji rękojmi oraz podkreślił, że decyzja administracyjna zezwalająca na użytkowanie budynku nie potwierdza jakości prac wykończeniowych i zakresu realizacji umowy o roboty budowlane z dnia 15 czerwca 2011 r. Końcowo strona pozwana zarzuciła, że pozwany miał pełne prawo do naliczania kar umownych, jako, że powód nie wykonał lamperii, nie wykonał nakładek na kominy i zestawu do podnoszenia ciśnienia wody. Nie jest zasadnym w ocenie pozwanego przyjmowanie przez Sąd, że usunięcie tych usterek było możliwe w drodze dochodzenia uprawnień z gwarancji, skoro powyżej dokumenty gwarancyjne nie zostały wydane, a sam okres gwarancji nie mógł rozpocząć biegu na skutek braku podpisania protokołu odbioru końcowego.

### **Sąd Okręgowy zważył co następuje:**

Apelacja pozwanego nie jest uzasadniona.

Analiza wyników przeprowadzonego przez Sąd I instancji postępowania dowodowego, poczynionych na tej podstawie ustaleń faktycznych i wywiedzionych rozważań prawnych nie pozwoliła na podzielenie zarzutów apelacji.

Głównym zarzutem apelacji był zarzut naruszenia art. 647 k.c. poprzez jego niewłaściwą wykładnię i przyjęcie, że do uznania umowy o roboty budowlane za wykonaną, nie jest koniecznym dokonanie odbioru jej przedmiotu, podczas gdy odbiór ten stanowi element przedmiotowo istotny umowy określonej w ww. przepisie. Wskazany zarzut, a także kolejne zarzuty formułowane przez pozwanego należało rozpatrzyć w świetle treści umowy obowiązującej między stronami i jej dalszej faktycznej realizacji; w realiach niniejszej sprawy. W sprawie istotę sporu i podstawę rozstrzygnięcia stanowiło rozpoznanie zarzutu pozwanego w zakresie potrącenia, wywodzonego za faktu, iż umowa z dnia 15 czerwca 2011r. w zakresie budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego (nr 7) nie została przez powoda

wykonana w terminie. W ocenie Sądu Okręgowego strony umowy wprawdzie wskazały w niej podstawy dla naliczenia kar umownych, jednakże okoliczności stanowiące podstawę dla naliczenia tych kar nie zostały wykazane. W ust. 10 pkt 1 a) przedmiotowej umowy wskazano, iż wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za zwłokę/opóźnienie w wykonywaniu przedmiotu umowy - w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki. Kluczowym stało się więc ustalenie czy umowa ta została wykonana i w jakim terminie. Sąd Rejonowy przyjął, iż została ona wykonana w terminie 27 września 2012r. tj. przed terminem umownym, przypadającym na dzień 31. października 2012r. W ocenie Sądu Okręgowego stanowisko to zasługuje na podzielenie. Wskazać należy, iż strony określiły w umowie, iż termin realizacji przedmiotu umowy ustalają w harmonogramie robót, utożsamiając go więc z wynikającym z tego harmonogramu terminem zakończenia prac określonym na dzień 31 października 2012 r. Umowa z dnia 15.06.2011r. została zrealizowana w terminie, co wynika z wpisu w dzienniku budowy z dnia 27.09.2012r. zakończono roboty budowlane, konstrukcyjne, architektoniczne i instalacyjne wraz z infrastrukturą techniczną wewnątrz i zewnątrz budynku. Nie sposób dla tej oceny pominąć faktu wydania przez Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Wskazać nadto należy, iż budynek został zasiedlony. Całość prac objęto również częściowymi protokołami odbioru. Na wykonanie umowy wskazują także czynności w postaci realizacji gwarancji. W świetle materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, brak było więc podstaw dla stwierdzenia, iż roboty budowlane objęte w/w umową nie zostały wykonane, a umowa niezrealizowana tylko dlatego, że nie sporządzono protokołu odbioru końcowego. Budynek bowiem został oddany pozwanemu, świadczą o tym dalsze jego czynności faktyczno- prawne, w tym ubieganie się właśnie o pozwolenie na użytkowanie, co więcej uzyskanie tejże decyzji, a także stopniowe zasiedlenie budynku. Fakt więc wykonania – realizacji przedmiotu umowy z dnia 15 czerwca 2011r. w realiach niniejszej sprawy podlegał obiektywnemu stwierdzeniu na podstawie wszechstronnie rozważonego przez Sąd Rejonowy materiału dowodowego i brak było podstaw dla uznania, że umowę można uznać za wykonaną tylko po sporządzeniu protokolarnego końcowego odbioru prac.

Pozwany zarzucał, że odbiór ten nie został dokonany z uwagi na trzy elementy których powód nie wykonał, a to montażu zestawu podnoszenia ciśnienia wody, montażu chromoniklowych końcówek wylotowych systemowych kominów oraz lamperii tynku dekoracyjnego. Sąd Rejonowy właściwie przyjął, opierając się w tym zakresie na opinii biegłego sądowego, że brak montażu zestawu podnoszenia ciśnienia wody oraz lamperii tynku dekoracyjnego nie powoduje, że przedmiot umowy w postaci budowy budynku mieszkalnego nie został wykonany. Braki te stanowiły jedynie, jak stwierdził biegły, nieistotne odstępstwo od projektu, stąd dotycząc zresztą nikłego zakresu prac wykonanych przez powoda, dla stwierdzenia realizacji inwestycji pozostawały bez znaczenia. Z uwagi na treść materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie w ocenie Sądu Okręgowego, Sąd Rejonowy prawidłowo przyjął, iż montaż chromoniklowych nakładek na kominy został wykonany. Istotnie jak wskazał, to Sąd I instancji, to pozwanego z uwagi na zasady rozkładu ciężaru dowodu, obciążało wykazanie, że powód powyższego elementu nie wykonał – czemu pozwany nie sprostał. W ocenie Sądu Odwoławczego Sąd Rejonowy czyniąc ustalenia w powyższym zakresie dokonał ich prawidłowo – w ramach przysługującej mu swobodnej oceny dowodów, szczególnie niniejsze uzasadniając. Brak podstaw dla utożsamienia niewykonania umowy, z ew. nienależytym wykonaniem umowy i przysługującymi w tym uprawnieniami inwestora. Należy bowiem podkreślić, w nawiązaniu do zarzutów apelacji, iż przedmiotem niniejszej sprawy było zbadanie nie roszczeń z tytułu gwarancji, ale zasadności naliczenia kary umownej z tytułu niewykonania umowy, a dla stwierdzenia niniejszego, zważywszy jedynie na brak montażu zestawu podnoszenia ciśnienia wody oraz lamperii tynku dekoracyjnego, brak było podstaw.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na mocy art. 385 k.p.c., o kosztach orzekając na zasadzie art. 98 k.p.c. i art. 108 par. 1 k.p.c.