

Sygn. akt I ACa 307/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 lipca 2017 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Mirosława Gołuńska (spr.)
Sędziowie:	SSA Danuta Jezierska SSA Krzysztof Górski
Protokolant:	sekr.sądowy Emilia Startek

po rozpoznaniu w dniu 5 lipca 2017 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa Syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej w upadłości likwidacyjnej w S. przeciwko R. B.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 16 grudnia 2016 roku, sygn. akt VIII GC 208/15

I. oddala apelację,

II. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 4.050 (cztery tysiące pięćdziesiąt) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Danuta Jezierska Mirosława Gołuńska Krzysztof Górski

Sygn. akt I ACa 307/17

UZASADNIENIE

Powódka Przedsiębiorstwo (...) spółka akcyjna z siedzibą w S. domagała się zasądzenia od pozwanego R. B. kwoty 326.696,29 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 16 lipca 2012 r. Powódka nadto wносиła o zasądzenie od pozwanego kosztów procesu.

W uzasadnieniu pozwu wyjaśniła, że dochodzi od pozwanego wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane z umowy z 19 stycznia 2012 r., dotyczącej projektu „Budowa pawilonu handlowo-usługowego (...) w miejscowości O.” za które wystawiła 21 czerwca 2012 r. fakturę VAT nr (...) na kwotę 332.100 zł z terminem płatności do dnia

16 lipca 2012 r., której to pozwany nie uregulował. Powódka podała o potrąceniu ze wskazanej kwoty wzajemnej wierzytelności-5.403,71 zł, z faktury VAT nr (...) z 20 września 2012 r.

Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa i o zasądzenie od powódki kosztów procesu. Zakwestionował roszczenie powódki zarówno co do zasady, jak i wysokości. Jednocześnie, na wypadek stwierdzenia podstaw do uznania powództwa, pozwany podniósł zarzut potrącenia kwoty 501.529,72 zł, na którą miały składać się:

- 166.050 zł tytułem kary umownej za nieterminową naprawę wad i usterek wykonanych przez powódkę robót budowlanych,
- 50.349 zł tytułem kosztów, jakie pozwany poniósł w związku ze zleceniem napraw innym podmiotom,
- 190,72 zł tytułem kosztów wody zużytych przez powódkę w czasie wykonywania prac,
- 284.940 zł tytułem obniżenia wysokości przysługującego powódce wynagrodzenia.

Pozwany wyjaśnił, że roboty wykonywane przez powódkę stanowiły przedmiot umowy zawartej 29 sierpnia 2011 r. pomiędzy nim a (...) S.A. Umowa ta określała termin, w którym pozwany miał oddać obiekt budowlany do użytkowania, pod rygorem zapłaty wysokich kar umownych. Wskazał, iż ustalony między nim a powódką termin zakończenia robót był wyznaczony na dzień 31 maja 2012 r., podczas gdy faktyczne zakończenie robót przez powódkę miało miejsce w dniu 15 czerwca 2012r. Dalej pozwany podał, że przy odbiorze robót zostało stwierdzone wiele wad, usterek i braków, w związku z czym pozwany wezwał powódkę do ich usunięcia. Wyznaczony powódce termin na usunięcie ww. nieprawidłowości upłynął bezskutecznie. Pozwany wyznaczył kolejny termin do dnia 31 lipca 2012 r. i tym razem powódka podjęła się usunięcia nieprawidłowości. Niemniej, podczas kontroli w dniu 31 lipca 2012 r. stwierdzono, że powódka większości usterek nie usunęła. Ponowne wezwanie powódki do usunięcia usterek było bezskuteczne, dlatego pozwany pismem z dnia 4 września 2012 r. odmówił powódce zapłaty i domagał się obniżenia jej wynagrodzenia o kwotę 300.000 zł. Wobec nieusunięcia usterek przez powódkę pozwany zrobił to we własnym zakresie . Pismem z dnia 3 października 2012 r. wezwał powódkę do zapłaty poniesionych z tego tytułu kosztów oraz kosztów nadzoru autorskiego, a także kwoty 190,72 zł tytułem kosztów wody zużytej przez powódkę w toku wykonywania robót budowlanych, które zgodnie z umową miała powódka uregulować. Powódka odmówiła zapłaty. Skoro powódka uchylała się od usunięcia wad i usterek, pozwany miał możliwość wstrzymania się od zapłaty (art. 488 § 2 k.c.). Powódka nie zgłosiła też pozwanemu udziału podwykonawców. Z uwagi zaś na nieterminowe usuwanie usterek pozwany obciążał powódkę zgodnie z umową karą umowną w wysokości 2.200 zł dziennie (za 76 dni zwłoki), aż do kwoty 166.050 zł, stanowiącej granicę naliczania kary umownej. W tym zakresie pozwany ujął również szkodę poniesioną w związku z koniecznością sporządzenia opinii technicznej. Natomiast łączny koszt usunięcia usterek wyniósł 50.349 zł, obejmując koszty zakupu i montażu baterii kondensatorów mocy biernej (9.298 zł), zmiany zastosowanych opraw oświetleniowych wewnętrznych (4.190 zł), naprawy pieca c.o. (2.000 zł), usunięcie usterek dachu (861 zł), wykonanie studni wodomierzowej (34.000 zł).

W zakresie potrącenia kwoty 284.940 zł pozwany powołał się na art. 560 w zw. z art. 638 i 565 k.c.

W toku procesu została ogłoszona upadłość powódki , a w jej miejsce do toczącego się postępowania wstąpił syndyk masy upadłości Przedsiębiorstwo (...) spółki akcyjnej w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w S..

Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z dnia 16 grudnia 2016 roku :

I zasądził od pozwanego R. B. na rzecz powoda syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej w upadłości likwidacyjnej w S. kwotę 61.433,11 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 16 lipca 2012 r.;

II oddalił powództwo w pozostałej części;

III zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 3585 złotych tytułem kosztów procesu.

Orzeczenie takiej treści zostało oparte na następujących ustaleniach faktycznych :

Przedsiębiorstwo (...) spółka akcyjna z siedzibą w S. (dalej: (...) SA) prowadziła działalność gospodarczą, której przedmiotem było w szczególności wykonywanie robót budowlanych. (...) S.A. jest w upadłości obejmującej likwidację jej majątku. R. B. prowadzi działalność gospodarczą pod firmą (...) R. B. a w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej pozwany wykonuje roboty budowlane.

W dniu 19 stycznia 2012 r. w S. pozwany zawarł z (...) SA umowę, na podstawie której spółka miała wykonać roboty budowlane objęte zadaniem „Budowa pawilonu handlowo-usługowego(...) w miejscowości O.”. Umowa nie określała zakresu robót, wskazywała jednak, że zakres robót składających się na przedmiot umowy określa specyfikacja techniczna, stanowiąca załącznik nr 1 do umowy. Ponadto załącznikiem nr 2 do umowy, stanowiącym integralną część umowy, były wytyczne z dnia 7 września 2011 r., określające warunki i sposób realizacji robót.

W umowie zastrzeżono, że zakres robót nie obejmuje wykonania sieci zewnętrznych elektrycznych i sanitarnych, znajdujących się poza granicami terenu będącego przedmiotem opracowania projektu. Roboty miały zostać zrealizowane zgodnie ze sztuką budowlaną, a także wymogami prawa budowlanego, BHP oraz przeciwpożarowych (§1 i §7 umowy). Za wykonanie umowy wykonawca miał otrzymać wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 2.700.000 zł netto, powiększone o podatek VAT. (...) SA miała ponieść koszty zużycia wody i energii elektrycznej oraz koszt odpowiedniego przyłączenia. Ewentualne roboty dodatkowe miały być wykonywane na podstawie odrębnych umów, na podstawie protokołów konieczności zatwierdzonych przez pozwanego (§ 4 umowy). Płatność wynagrodzenia miała następować w oparciu o faktury częściowe, a następnie o fakturę końcową. Ostateczne rozliczenie w oparciu o fakturę końcową wymagało protokołu końcowego odbioru robót i zestawienia wartości wykonanych robót. Podstawą zapłaty faktury końcowej było również złożenie oświadczenia o rozliczeniu zgłoszonych podwykonawców. Faktura końcowa miała zostać opłacona w terminie 21 dni od daty doręczenia (§5). Wstrzymanie wynagrodzenie płatne wykonawcy mogło nastąpić w przypadku uzasadnionych roszczeń podwykonawców w stosunku do wykonawcy za wykonane roboty w ramach zawartej umowy (§7).

Roboty budowlane miały się rozpocząć przekazaniem terenu budowy, tj. w dniu 20 stycznia 2012 r., termin ich zakończenia został wyznaczony: dla robót wewnętrznych-15 maja 2012 r., a dla zewnętrznych - 31 maja 2012 r. W umowie przewidziano, że wykonania robót może zostać wydłużone z różnych przyczyn, w tym m. in. z uwagi na warunki atmosferyczne, warunki geologiczne, archeologiczne lub terenowe, z przyczyn leżących po stronie pozwanego, działanie organów administracji, czy wreszcie przyczyny zewnętrzne, niezależne od stron umowy, skutkujące niemożliwością prowadzenia prac. Termin wykonania robót miał zostać wówczas odpowiednio przedłużony. O konieczności przedłużenia terminu wykonania robót wykonawca miał niezwłocznie powiadomić pozwanego na piśmie - pod rygorem nieważności. Warunki atmosferycznie uzasadniające przedłużenie robót wymagały odnotowania w „Dzienniku zdarzeń pogodowych” z potwierdzeniem obu stron. W umowie ustalono również możliwość przyjęcia zmian w sposobie wykonania robót (§3 umowy).

Strony miały dokonywać odbioru robót. W przypadku stwierdzenia w toku czynności odbioru wad nienadających się do usunięcia pozwany miał prawo obniżyć wynagrodzenie wykonawcy - jeżeli wady nie uniemożliwiają użytkowania przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, odpowiednio do utraconej wartości użytkowej, technicznej czy estetycznej albo odstąpić od umowy - jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie (§ 8 umowy).

W umowie strony zastrzegły kary umowne za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, w tym m. in. karę umowną wykonawcy wobec pozwanego za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy lub w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi – w kwocie 2.200 zł za każdy dzień zwłoki. Strony ustaliły jednocześnie, że łączna wysokość kar umownych każdej ze stron nie może przekroczyć 5% wynagrodzenia umownego brutto (166.050 zł brutto), lecz strony mają prawo dochodzić odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych (§ 9 umowy).

Przewidziano możliwość odstąpienia od umowy (§10 umowy), a wykonawca udzielił pozwanemu gwarancji (§11 umowy). Wszelkie zmiany umowy wymagały formy pisemnej pod rygorem nieważności (§12 umowy). Inspektorem

nadzoru inwestorskiego (z ramienia pozwanego) został wyznaczony Z. S., a kierownikiem budowy (z ramienia wykonawcy) został L. M. (§7 umowy). Roboty budowlane miały być wykonywane przez (...) S.A. w oparciu o ustalony przez nią harmonogram rzeczowo-finansowy. W toku robót budowlanych kierownikiem budowy w miejsce L. M. został S. P.. Inwestorem opisanego zadania, z którym pozwanego łączyła umowa o wykonanie ww. robót, była (...) S.A.

Dokumentację projektową (projekt budowlany, projekt instalacji etc.) sporządzał na podstawie umowy zawartej z pozwanym (...) sp. z o.o. sp. k., na podstawie umowy z dnia 28 czerwca 2011 r. zawartej między (...) sp. z o.o. sp. k. z innym podmiotem, w którego miejsce na podstawie aneksu nr (...) wstąpił pozwany. (...) sp. z o.o. sp. k. z wcześniejszym kontrahentem ustalił, iż w ramach ustalonego wynagrodzenia za projekt budowlany będzie sprawowany nadzór autorski. Zawarto następnie aneks nr (...) do umowy, na podstawie którego ww. spółka miała sprawować również w ramach procesu budowlanego nadzór autorski. Za sprawowanie nadzoru autorskiego pozwany zapłacił na podstawie faktur VAT nr (...) z dnia 30 maja 2012 r. kwotę 12.300 zł brutto.

Przekazanie(...) S.A. terenu i placu budowy w O. nastąpiło protokolarnie w dniu 19 stycznia 2012 r. Tego samego dnia pozwany przekazał (...) SA część dokumentacji projektowej, tj. aneks do projektu budowlanego oraz projekt powykonawczy. Od 26 stycznia do 14 lutego 2012 r. (...) S.A. nie wykonywała prac budowlanych, w związku z niesprzyjającymi warunkami atmosferycznymi (temperatura poniżej $-5^{(o)}$ C, opady śniegu). W okresie tym informacje o aktualnej temperaturze i opadach śniegu uwzględniono w „Dzienniku zdarzeń pogodowych”. Dokonane wpisy zostały potwierdzone przez inspektora nadzoru inwestorskiego. O przerwie w wykonywaniu robót poinformowano pozwanego pismem z dnia 16 lutego 2012 r..

W trakcie wykonywania robót (...) SA, pozwany oraz (...) S.A. pozostawały w kontakcie korespondencyjnym. Pozwany ponaglał (...) SA co do wykonywania robót budowlanych, wskazywał na konieczność zwiększenia liczby pracowników. Informował, że przestój od 26 stycznia do 14 lutego 2012 r wymagał wcześniejszego zgłoszenia. Pismem z 16 maja 2012 r. zwrócił uwagę, że nie zostały przez (...) SA wykonane przyłącza wody, kanalizacji sanitarnej i deszczowej. W odpowiedzi pismem wysłanym w dniu 17 maja 2012 r. (...) SA wskazała, że wykonanie przyłączy znajdujących się poza terenem będącym przedmiotem projektu nie jest objęte zakresem robót przewidzianych w ramach umowy. W związku z tym zaproponowała wykonanie prac dodatkowych.

(...) S.A. zarzucał (...) SA zbyt krótki czas pracy pracowników wykonujących roboty.

W trakcie wykonywania przez (...) S.A. robót budowlanych były stwierdzane nieprawidłowości dokumentacji projektowej, która podlegała zmianom (np. poszerzenie otworu drzwiowego). Kilkakrotnie dokonywano zmian w stosunku do projektu.

Pismem z dnia 31 maja 2012 r. (...) SA poinformowała pozwanego, że (...) S.A. zakończyła zagospodarowanie wnętrza obiektu, po dokonaniu odpowiednich robót wewnętrznych. Wskazała przy tym, iż kolejnego dnia zostaną zakończone prace porządkowe, a obiekt zostanie zamknięty przed osobami postronnymi. Pismem z dnia 8 czerwca 2012 r. powiadomiła pozwanego, że zakończyła roboty budowlane i prosi o rozpisanie odbioru robót. Wykonanie robót zostało potwierdzone przez inspektora nadzoru inwestorskiego wpisem do dziennika budowy w dniu 11 czerwca 2012 r..

Wykonany przez (...) SA obiekt budowlany został poddany odpowiednim kontrolom. I tak: 8 czerwca 2012 r. kontrolę przeprowadziła Komenda Powiatowa Państwowej Straży Pożarnej w G., bez zastrzeżeń co do wymogów bezpieczeństwa przeciwpożarowego, podobnie Państwowy Powiatowy Inspektor Sanitarny w G. w wyniku kontroli przeprowadzonej w dniu 12 czerwca 2012 r. nie zgłosił żadnych zastrzeżeń. Kontrola przeprowadzona przez Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego w S. 14 czerwca 2012 r. stwierdziła, że obiekt budowlany został wykonany zgodnie z projektem budowlanym, w sposób prawidłowy, a obiekt spełnia warunki niezbędne do wydania decyzji o pozwoleniu na jego użytkowanie. Kontrola Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego z 2 czerwca 2012 r. ustaliła, że użytkowanie wybudowanego obiektu zgodnie z przeznaczeniem nie powinno spowodować zagrożenia dla zdrowia lub życia ludzkiego.

W dniu 15 czerwca 2012 r. protokolarnie został przeprowadzony odbiór obiektu wykonanego przez (...) SA, w którym to odbiorze uczestniczyli : pozwany, inspektor nadzoru inwestorskiego, kierownik budowy oraz przedstawiciel (...) S.A. W protokole odbioru stwierdzono, że wykonany przez (...) SA obiekt nadaje się do użytkowania. (...) SA przekazała przedstawicielowi (...) SA komplet kluczy do obiektu. W trakcie odbioru w wykonanym obiekcie stwierdzone zostały usterki, w tym m. in. nienależyte ułożenie płytek ściennych i podłogowych na zapleczu, nieodpowiednie ułożenie płytek elewacyjnych, brak instalacji grzewczej w rynnach oraz brak płatków przeciwniegowych, brak wykonania studni wodomierzowej (wykonana przez inwestora), wadliwie wykonany separator tłuszczów na parkingu, zastosowanie niewłaściwych lamp oświetleniowych, niewłaściwe wykonanie kabla zasilającego (aluminium zamiast miedzi). Uzupełnieniem protokołu miał być osobny protokół przeglądu instalacji elektrycznej.

W trakcie odbioru dokonano również odczytów mediów, które miały obciążać (...) SA. Licznik wody wykazał zużycie 64 m³, a licznik energii elektrycznej wykazał : 18.0.02-29,729 kWh, 58.0.02-0,220 kWh, 88.0.02-4,556 kWh.

Ostatecznie wykonane przez (...) SA roboty zostały odebrane, a obiekt przekazany do użytkowania. Przekazanie przez (...) SA kompletu dokumentów miało nastąpić w dniu 19 czerwca 2012 r., a pozwany miał w terminie do 22 czerwca 2012 r. zapoznać się z tymi dokumentami. Termin ten nie został zachowany z powodu konieczności przeszkolenia personelu (...) S.A. w dniu 20 czerwca 2012 r. Pismem z dnia 21 czerwca 2012 r. (...) S.A. poinformowała jednak, że jest już gotowa do przekazania dokumentów.

W dniu 15 czerwca 2012 r. odrębny protokół odbioru sporządzono pomiędzy pozwanym oraz inwestorem (...) SA. Przy sporządzaniu tego protokołu był obecny przedstawiciel (...) SA S. P. W protokole również wskazano na występowanie usterek w wykonanych robotach budowlanych i wyznaczono termin na ich usunięcie do dnia 30 czerwca 2012 r. Protokół stanowił załącznik do protokołu sporządzanego między pozwanym a (...) SA. Kopie protokołu zostały rozdane uczestnikom odbioru.

Decyzją z dnia 18 czerwca 2012 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w G. udzielił pozwolenia na użytkowanie wykonanego przez powódkę obiektu, stwierdzając że obiekt został wykonany zgodnie z zatwierdzonym projektem, wszystkie urządzenia i elementy wykonano w sposób umożliwiający na użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, zostały przedstawione dokumenty świadczące o dopuszczeniu zastosowanych materiałów w budownictwie, a teren budowy i przyległy został uporządkowany. W dniu 21 czerwca 2012 r. został dokonany końcowy odbiór robót, w którym stwierdzono wykonanie całości robót zgodnie z umową. Ustalono również, że wartość ostatniej części wynagrodzenia powódki wynosi 270.000 zł netto. W konsekwencji (...) SA na podstawie faktury VAT nr (...) z dnia 21 czerwca 2012 r. obciążyła pozwanego kwotą 332.100 zł brutto tytułem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. W dniu 1 lipca 2012 r. pozwany poprzez wiadomość e-mail przypomniał (...) SA, że 30 czerwca 2012 r. upłynął ustalony termin usunięcia usterek, w związku z czym oczekuje na ustalenie terminu odbioru usunięcia usterek. W odpowiedzi na otrzymaną fakturę pismem z 17 lipca 2012 r. poinformował, że wstrzymuje się z zapłatą kwoty wynikającej z dostarczonej faktury ze względu na liczne usterki w wykonanym obiekcie, a także z powodu odstępstw od dokumentacji projektowej. Jednocześnie pozwany wyznaczył (...) SA termin ostatecznego usunięcia usterek na dzień 31 lipca 2012 r. Wobec braku zapłaty kwoty 332.100 zł (...) S.A. kilkakrotnie wzywała pozwanego do zapłaty, w tym m. in. pismem z dnia 18 lipca 2012 r. Strony wymieniały korespondencję co do usunięcia przez wykonawcę usterek. W piśmie z dnia 23 lipca 2012 r. (...) SA poinformowała, że usterki stwierdzone w protokole odbioru z dnia 15 czerwca 2012 r. zostały usunięte. Podała, że roboty związane z wykonaniem płatków przeciwniegowych oraz ogrzewaniem rynien, które nie były zawarte w dokumentacji albo były niedostatecznie sprecyzowane, wykona do 10 sierpnia 2012 r.

W dniu 25 lipca 2012 r. pozwany i przedstawiciel (...) S.A. w wykonanym przez (...) SA obiekcie stwierdzili wykonanie przez nią naprawy części zgłaszanych usterek.

Ustalili, że naprawa wszystkich usterek nastąpi do 30 sierpnia 2012 r. Po tym spotkaniu pozwany w piśmie z dnia 26 lipca 2012 r. poinformował (...) S.A., że w dniu 31 lipca 2012 r. odbędzie się na byłym placu budowy spotkanie celem

zweryfikowania usunięcia usterek. Zaznaczył, że w jego ocenie wskazywane przez (...) S.A. prace powinny zostać już zrealizowane.

W dniu 31 lipca 2012 r. doszło do spotkania, w którym uczestniczyli pozwany, były inspektor nadzoru inwestorskiego oraz przedstawiciel (...) SA. Ze spotkania sporządzono protokół w którym stwierdzono, że (...) SA usunęła część zgłaszanych usterek. W protokole podano nadal występujące usterki (m. in. zastosowanie aluminiowego kabla zasilającego zamiast kabla miedzianego, występowanie przecieków z dachów, brak deklaracji zgodności niektórych elementów). Zanotowano, że (...) SA nie wykonała studni wodomierzowej co zrobił zastępczo pozwany. Pozwany w dalszej korespondencji wskazał, że kosztami tymi obciąży (...) SA.

W sierpniu 2012 r. do pozwanego zgłosił się podwykonawca, z którego usług korzystała (...) SA przy wykonywaniu robót budowlanych i poinformował, że spółka nie uregulowała należnego mu wynagrodzenia (227.016,19 zł) prosząc o interwencję, gdyż w przypadku dalszego braku zapłaty będzie kierował swoje roszczenie do pozwanego.

Pozwany w piśmie z dnia 4 września 2012 r. domagał się obniżenia żądanego przez (...) SA wynagrodzenia o kwotę 300.000 zł i dostarczenia do 20 września 2012 r. skorygowanej faktury, na co (...) S.A. nie przystała. W dniu 20 września 2012 r. pozwany obciążył (...) SA na podstawie: faktury VAT nr (...) kwotą 5.403,71 zł brutto tytułem zużytej energii elektrycznej podczas wykonywania robót, faktury VAT nr (...) kwotą 12.300 zł brutto tytułem nadzoru autorskiego, faktury VAT nr (...) kwotą 190,72 zł brutto tytułem zużycia przez (...) S.A. w okresie wykonywania robót 64 m⁽³⁾ wody. W piśmie z dnia 26 września 2012 r. (...) SA oświadczyła, iż wyraża zgodę na dokonanie kompensaty kwoty 5.403,71 zł brutto z faktury VAT nr (...) z dnia 20 września 2012 r. z należnym jej wynagrodzeniem. Jednocześnie spółka odmówiła uznania pozostałych kwot, wynikających z innych faktur. Poinformowała też, że usuwa usterki w wykonanym obiekcie.

(...) S.A. zgłaszała pozwanemu wady i usterki wykonanych robót.

W dniu 4 października 2012 r. doszło do spotkania pozwanego i przedstawiciela (...) S.A. Stwierdzono, że pozwany usunął usterki występujące w instalacji c.o. poprzez naprawę pieca.

Poprzez wiadomość e-mail z dnia 9 października 2012 r. pozwany wezwał (...) SA do usunięcia usterek budowlanych zawartych w protokole odbioru, przypominając o ustalonym terminie do dnia 15 października 2012 r. Jednocześnie wezwał do usunięcia wad w postaci pęknięć ścian, odbojów w magazynach, wdzierania się wody do magazynu przez bramy magazynowe, naprawienie nagrzewnic w magazynach. Pozwany zlecił innemu wykonawcy usunięcie usterek robót wykonanych przez powoda w zakresie przecieków dachu, w związku z czym w dniu 22 listopada 2012 r. poniósł koszt 861 zł brutto.

Pozwany w dniu 17 sierpnia 2012 r. zakupił baterię do kompensacji mocy biernej za kwotę 4.700 zł brutto. Za jej montaż w wykonanym przez (...) S.A. obiekcie zapłacił w dniu 19 września 2012 r. kwotę 2.460 zł brutto. Tego samego dnia zapłacił kwotę 738 zł brutto za lokalizację i naprawę obwodów gniazd 230V. W dniu 19 października 2012 r. pozwany zapłacił natomiast kwotę 1.400 zł brutto za regulację ww. baterii oraz przegląd rozdzielni głównej.

W październiku 2012 r. pozwany zlecił M. U. (1) sporządzenie opinii technicznej wykonanego przez (...) S.A. obiektu wraz z kosztorysem usunięcia usterek i wad. Za sporządzenie ww. opinii pozwany zapłacił w dniu 5 grudnia 2012 r. kwotę 12.300 zł brutto. W opinii stwierdzono wady w wykonanych przez (...) SA robotach budowlanych, niewykonanie części prac, a także konieczność zlecenia przez pozwanego nadzoru autorskiego. Łączną kwotę przysługującego pozwanemu wobec (...) SA roszczenia opiniujący określił na kwotę 346.130 zł.

W dniu 5 grudnia 2012 r. przedstawiciel (...) SA usunął występujące w obiekcie usterki polegające na zarysowaniach na ścianach oraz wyeliminował nieszczelności między płytami. Sporządzono tego dnia notatkę, w której kierownik funkcjonującego sklepu (...) potwierdził, iż na ten dzień nie stwierdza innych usterek. Pismem z dnia 21 grudnia 2012 r. (...) SA poinformowało pozwanego, iż nadal występują usterki w wykonanym obiekcie, a usunięcie usterek w dniu

5 grudnia 2012 r. nie było prawidłowe, gdyż kierownik sklepu nie był osobą kompetentną do dokonania odbioru, a nadto nie sporządzono odpowiedniego protokołu.

Wykonanie studni wodomierzowej było objęte zakresem prac, które miała wykonać (...) S.A. na podstawie umowy z pozwanym.

Wykonane przez (...) S.A. roboty budowlane dotknięte były wadami w zakresie: płytek podłogowych, płytek ściennych, płytek elewacyjnych, braku systemu przeciwo-blodzeniowego, odbojników wewnętrznych stalowych, blachy ryflowanej na ścianie, parapetów zewnętrznych, krawężników, kostki betonowej, odwodnienia liniowego, balustrady zewnętrznej, kabla zasilającego, muru oporowego rampy oraz kabla do oświetlenia zewnętrznego. Rynkowa wartość robót (w zakresie, do którego odnosiły się wady) bez uwzględnienia wad wynosi kwotę 360.403,30 zł netto; roboty z uwzględnieniem wad miały wartość rynkową 214.020 zł netto. Różnica w wartości rynkowej wynosi 146.383,30 zł netto 180.051,46 zł brutto). Zastosowany przez (...) S.A. w obiekcie separator koleseencyjny nie był tym samym, który został wskazany w projekcie, jednak spełniał wymagania przewidziane w dokumentacji projektowej, a przy tym zastosowany separator był droższy o 170 zł netto. Wymagania w zakresie wytrzymałości, wynikające z tej dokumentacji, trudno ocenić, gdyż dokumentacja ich nie zawiera. Z kolei wymaganie co do pokrywy betonowej (włazów) zostało spełnione.

Przecieki pojawiające się z dachu obiektu przy odpowietrznikach kanalizacji i rurach wentylacyjnych stanowiły wady w wykonanych przez (...) S.A. robotach, jednak wady te zostały usunięte pod koniec 2012 r. Wady te uzasadniają zmniejszenia wynagrodzenia wykonawcy o kwotę 700 zł netto (861 zł brutto).

Po tak poczynionych ustaleniach faktycznych, po dokonaniu ich kwalifikacji prawnej Sąd pierwszej instancji uznał roszczenie powódki za uzasadnione w części.

Sąd podał, że ustalenia faktyczne poczynił na podstawie licznych dokumentów złożonych do akt, których autentyczność nie była przez strony kwestionowana, zeznań świadków i stron oraz opinii biegłych z zakresu budownictwa R. S. i B. S.. Zaznaczył, że dał wiarę zeznaniom świadków, które w znacznej mierze korespondowały z dowodami z dokumentów. Opinie biegłych, będące jeszcze przedmiotem ustnych wyjaśnień, uznał za przekonujące i dlatego zaakceptował wynikające z nich wnioski. Wyjaśnił przyczyny oddalenia wniosku powódki o dowód z kolejnego biegłego sądowego.

Co do umowy łączącej strony Sąd podał, że niekwestionowane było zarówno to, iż jest to umowa o roboty budowlane z art. 647 k.c., jak i wysokość należnego powódce wynagrodzenia.

Spór dotyczył natomiast tego czy pozwanemu przysługiwało prawo obniżenia wynagrodzenia z tytułu wad istniejących w wykonanych przez powódkę robotach budowlanych, a także, czy skuteczny był zarzut potrącenia wzajemnych wierzytelności, jakie przysługiwały pozwanemu względem powódki, w szczególności, czy pozwanemu przysługiwały wierzytelności przedstawione do potrącenia.

Wprawdzie pozwany ujął kwotę, o którą, jego zdaniem, należało obniżyć wynagrodzenie powoda, także w łącznej kwocie wierzytelności zgłoszonej do potrącenia, jednakże biorąc pod uwagę, iż podstawę obniżenia stanowiły przepisy o rękojmi za wady, czynność ta była zbędna. Skorzystania z uprawnień z tytułu rękojmi poprzez obniżenie wynagrodzenia (oczywiście przy założeniu uzasadnionych podstaw) następuje bowiem w chwili złożenia oświadczenia woli drugiej stronie.

Sąd ocenił, że zgłoszony przez pozwanego w procesie zarzut potrącenia obejmował także oświadczenie materialno-prawne i tym samym doszło do skutecznego potrącenia wzajemnych wierzytelności. Na potrącenie powołano się bowiem nie tylko w odpowiedzi na pozew, ale także na rozprawie w której uczestniczył, oprócz pełnomocnika procesowego, także reprezentant powódki. Sąd dodał, że złożenie oświadczenia materialno-prawnego o potrąceniu, tu - czynności korzystnej dla pozwanego, objęte jest także umocowaniem pełnomocnictwa procesowego udzielonego

przez pozwanego .To zaś oznaczało , że oświadczenie materialno-prawne o potrąceniu złożone powódce należało uznać za skuteczne .

Dalej Sąd zaznaczył ,że na kwotę przedstawioną do potrącenia składało się kilka wierzytelności, w tym kara umowna za zwłokę w usunięciu wad obliczona na podstawie § 9 pkt 1 c umowy. Niesporne było, że w protokole z dnia 15 czerwca 2012 r. wskazano usterki w wykonanych robotach .

Choć protokół nie określał terminu usunięcia usterek, to w jego pkt 4 odwołano się do załącznika, którym był protokół sporządzony w tym samym dniu z udziałem inwestora. W tamtym protokole wskazano, że termin do usunięcia usterek upływa z dniem 30 czerwca 2012 r. Sąd zaznaczył, że z zeznań świadków R. F. i Z. S., którym dał wiarę , wynikało, że kierownik budowy S. P. uczestniczył w czynnościach odbiorowych, w tym przeprowadzonych z udziałem inwestora, a ów załącznik między inwestorem a pozwanym był kserowany i rozdawany wszystkim uczestnikom odbioru. To w ocenie Sądu Okręgowego uprawniało do wniosku ,że powódka знаła termin usunięcia usterek (30 czerwca 2012 r.) .Sąd zaznaczył , że gdyby nawet termin ten nie został wskazany to usterki i tak należało usunąć niezwłocznie po odbiorze . Termin 2 tygodni byłby zatem uzasadniony także i w takim przypadku. Jednak za przyjęciem tezy o wyznaczeniu terminu świadczy fakt, że w piśmie z 23 lipca 2012 r. ponaglono wykonawcę do usunięcia usterek i wyznaczono ostateczny termin 30 lipca 2012 r.

Wobec takich ustaleń Sąd przyjął, że od 1 lipca 2012 r. powódka była w zwłoce w usunięciu wad w wykonanych przez siebie robotach, co dawało podstawę do obciążenia go karą umowną.

Dalej Sąd przytoczył art. 483 § 1 k.c. stanowiący ,że można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Przypomniął, że kara umowna pełni funkcję zarówno represyjną, jak i kompensacyjną, stanowiąc surogat odszkodowania. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Zastrzeżenie kary umownej powoduje natomiast modyfikację ogólnych reguł odpowiedzialności w tym sensie, że dla zaistnienia obowiązku zapłaty kary umownej niezbędne jest łączne wystąpienie tylko dwóch przesłanek pozytywnych. Pierwszą z nich jest istnienie skutecznego postanowienia umownego, z którego wynika obowiązek świadczenia kary umownej, drugą – niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania lub obowiązku, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność .

Przenosząc to do sprawy Sąd wskazał ,że w ustalonym stanie faktycznym nie było podstaw dla naliczenia kary umownej w maksymalnej wysokości 166.050 zł. Okres zwłoki uzasadniający karę nie biegł bowiem aż do daty wniesienia pozwu. W ocenie Sadu nie było podstaw dla przyjęcia, że również w okresie, w którym pozwany nie oczekiwał na usunięcie usterek, zlecając wykonanie napraw we własnym zakresie., powódka była nadal w zwłoce z usunięciem wad. W ocenie Sądu Okręgowego o zwłoce w usunięciu wad można mówić do czasu poinformowania powódki jako wykonawcy przez pozwanego o skorzystaniu z uprawnienia do wykonania zastępczego . Oznacza to ,że od chwili poinformowania powódki przez pozwanego, że bądź sam wykona prace naprawcze i potrąci ewentualnie wierzytelności z wynagrodzenia, bądź obniży wynagrodzenie, brak było podstaw do dalszego naliczania kary umownej za zwłokę. Uwzględniając powyższe Sąd zaznaczył, że w piśmie z dnia 4 września 2012 r. pozwany poinformował powódkę o obniżeniu wynagrodzenia z tytułu wad wykonanych robót, a szacunkowy koszt obniżenia i usunięcia wad określił na ok.300.000 zł. Z chwilą dotarcia pisma do powódki oczywiste było, że pozwany nie oczekuje od powódki usunięcia wad. Skoro najpóźniej w dniu 8 września 2012 r. pismo to zostało doręczone powódce karę umowną można było liczyć od 1 lipca do 8 września 2012 r., czyli za okres 70 dni co dało kwotę 154.000 zł.

Następnie Sąd pierwszej instancji rozważał zasadność zarzut powódki zmiarkowania tej kary ze względu na jej rażące wygórowanie - art. 484§ 2 k.c.

W ocenie Sądu Okręgowego w przedmiotowej sprawie istniały podstawy do obniżenia kary umownej. Sam sposób jej obliczenia (2.200 zł/dzień) nie uwzględniał tego, ile jest wad oraz, czy są one istotne. Z opinii biegłego sądowego R. S. wynika, że wadami dotknięte były roboty o wartości ponad 360.000 zł, a wartość obniżki wskazywanej przez

biegłego to 146.383 zł, czyli 13% łącznej wartości umownej robót (2.700.000 zł). Zestawienie wadliwych robót z całością robót wskazuje, iż wady dotyczyły jedynie niewielkiej części robót. Kolejnym argumentem przemawiającym za obniżeniem kary umownej jest to, iż nie wykazano, aby występujące wady uniemożliwiały korzystanie z obiektu. Wprost przeciwnie, z dokumentów znajdujących się w aktach wynika, iż obiekt został dopuszczony do użytku, co pozwala wnosić, że wady nie miały charakteru istotnego. Nie wykazano też, iż wskutek zwłoki w usunięciu wad pozwana poniosła jakąś znaczną szkodę. Z tych wszystkich względów Sąd zmniejszył karę umowną o połowę, uznając, że pozwanemu przysługuje nadal kwota 77.000 zł, która stanowi 21 % wartości robót, w których stwierdzono wady.

Sąd pierwszej instancji uznał też w części za uzasadniony zarzut potrącenia w zakresie części kosztów usunięcia wad w robotach wykonanych przez powódkę w sytuacji gdy żądanie pozwanego miało podstawę w art. 471 k.c.. Przepis ten wprowadza odpowiedzialność dłużnika za szkodę z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. I tak za zasadne uznał Sąd Okręgowy żądanie zwrotu kosztów zakupu baterii kondensatorów mocy biernej w kwocie 7.160 zł, (nieco niższej, niż żądał pozwany), gdyż na taką łącznie kwotę opiewały rachunki (4700 zł i 2460 zł - zakup i montaż) załączone do prywatnej opinii technicznej. Sąd przyjął, że choć załączono również rachunek za „regulację i przegląd”, to jednak pozwany nie wykazał już związku tych kosztów z nienależytym wykonaniem umowy przez powódkę. Sąd podzielił stanowisko pozwanego, że skoro powódka powinna do 30 maja 2012 r. dokonać zakupu i montażu baterii kondensatorów, to z uwagi na jej bezczynność, jeszcze po wezwaniu w lipcu 2012 r. pozwany był uprawniony do zakupu i montażu baterii. Powódka nie wykazała przy tym by do montażu były potrzebne dane dotyczące zużycia energii. Sąd uwzględnił również koszty związane z usunięciem przecieków z dachu na kwotę 861 zł z rachunku z 22 listopada 2012 r. Powódka twierdziła, że usunęła te usterki, ale data rachunku wskazuje, iż były to czynności podjęte później, już po opuszczeniu placu robót przez powódkę. Wady te musiały występować zatem nadal. Z opinii biegłego poza tym wynika, że zadana z tego tytułu kwota ta nie była wygórowana i odpowiadała standardowym stawkom. Sąd uwzględnił również kwotę 190,72 zł za zużycie 64 m³, które wynikało z protokołu odbioru z 15 czerwca 2012 r. Za niezasadne natomiast Sąd uznał wierzytelności pozwanego z tytułu zmiany zastosowanych opraw oświetleniowych wewnętrznych (4.190 zł), naprawy pieca c.o. (2.000 zł), nadzoru autorskiego (12.013 zł). Pozwany nie wykazał by poniósł koszty zastosowania innych ram oświetleniowych oraz koszty naprawy pieca. Nie przedstawił rachunków dotyczących tych prac, koszty te były jedynie przedmiotem szacowania w prywatnej opinii. Opinia ta w postępowaniu sądowym nie ma zaś waloru opinii biegłego. Co do kosztów nadzoru autorskiego w kwocie 12.013 zł – według Sądu Okręgowego nie było podstaw dla przyjęcia, by pomiędzy tym wydatkiem a nienależytym wykonaniem robót przez powoda zachodził związek przyczynowy. Z dokumentów - w szczególności z aneksu do umowy między pozwanym a biurem projektowym (...) - nie wynika, kiedy dokładnie wprowadzono obowiązek nadzoru autorskiego. Brak podstaw dla przyjęcia, że nastąpiło to wskutek działania powódki przez zgłaszanie zmian do projektu. Sąd zauważył, że z zeznań świadka K. H. (reprezentanta (...)) wynika, iż obowiązek nadzoru autorskiego ciążył na nim już od początku umowy. Sąd zarzucił pozwanemu w tym miejscu pewną niekonsekwencję skoro raz zarzuca on powódce wprowadzenie samowolnie zmian, z drugiej zaś twierdzi iż o konieczności uzgodnień z projektantem w tym zakresie. Sąd miał jednocześnie na uwadze fakt, że dokonywanie zmian i ustaleń z projektantem nie należy do rzadkości przy prowadzeniu robót budowlanych. Przeciwnie, w większości inwestycji pewne zmiany w dokumentacji projektowej występują, a różnią się tylko tym, czy są istotne i wymagają zmiany pozwolenia na budowę, czy też nie. Konieczność uzgadniania ich z projektantem można zatem i należy przewidywać. Są to zwykłe koszty, ponoszone zwykle przez zamawiającego w procesie budowlanym, dlatego Sąd nie uwzględnił z tego tytułu wierzytelności odszkodowawczej dla pozwanego. Co do studni wodomierzowej o wartości 34.000 zł - Sąd uznał zasadność tej wierzytelności pozwanego, co uwzględnił w kwocie łącznej zgłoszonej przez pozwanego z tytułu obniżenia wynagrodzenia.

Obniżenie wynagrodzenia z tytułu rękojmi za wady w robotach wykonanych przez powoda miało uzasadnienie w przepisach art. 637 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 638 i art. 656 §1 k.c. Wysokość obniżki z tytułu poszczególnych wad Sąd ustalił na podstawie opinii biegłego, skutecznie nie podważonej przez strony.

Co do kwestii separatora - Sąd Okręgowy przyjął, kierując się ustaleniami opinii dwóch biegłych, że brak podstaw dla przyjęcia, iż zastosowany przez powoda separator nie spełnia swej funkcji i musi zostać wymieniony. Sąd podkreślił, że z opinii biegłego B. S. wynika, iż zainstalowany separator może mieć nawet niektóre właściwości lepsze

od tego zaprojektowanego. Różnica w zasadzie dotyczy jedynie kwoty zakupu ,którą Sąd uwzględnił przy obniżeniu wynagrodzenia. Takie same argumenty skutkowały uwzględnieniem przy obniżeniu ceny różnicy kosztów zakupu kabli aluminiowych zamiast miedzianych.

Ostatecznie Sąd pierwszej instancji uwzględnił kwotę obniżki wynagrodzenia , na jaką wskazywała opinia biegłego R. S., tj. łącznie o 146.383,30 zł, powiększoną o 23% stawkę podatku od towarów i usług , co dało ostatecznie kwotę 180.051,46 zł.

Sąd wyjaśnił przy tym ,że uwzględnił przy obniżeniu wynagrodzenia jedynie te usterki, które zostały wymienione w protokole z 15 czerwca 2012 r. oraz w piśmie z 23 sierpnia 2012 r. z powołaniem się na notatkę z 31 lipca 2012 r.. Wynikało to z faktu ,że uprawnienia z tytułu rękojmi są obwarowane pewnymi wymaganiami, wynikającymi w szczególności z przepisu art. 563 § 2 k.c. stosowanym w związku z art. 638 i 656 §1 k.c. Pierwszy ze wskazanych przepisów (w brzmieniu obowiązującym w 2012 r.) stanowi, że przy sprzedaży między osobami prowadzącymi działalność gospodarczą utrata uprawnień z tytułu rękojmi następuje, jeżeli kupujący nie zbadał rzeczy w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach tego rodzaju i nie zawiadomił niezwłocznie sprzedawcy o dostrzeżonej wadzie, a w wypadku gdy wada wyszła na jaw dopiero później - jeżeli nie zawiadomił sprzedawcy niezwłocznie po jej wykryciu. Do zachowania terminów zawiadomienia o wadach rzeczy sprzedanej wystarczy wysłanie przed upływem tych terminów listu poleconego (§ 3). Sąd zaznaczył, że z uwagi na treść przywołanego przepisu możliwe było uwzględnienie tylko tych usterek, które wskazano w protokole odbioru bo to wówczas należało dokonać przeglądu wykonanych przez powódkę prac i zgłoszenia wad. Gdy wady ujawniły się w późniejszym okresie, mogłyby stanowić przedmiot uprawnień z rękojmi tylko wtedy, gdyby pozwany wykazał, że nie miał możliwości stwierdzenia tych wad wcześniej. Tego zaś pozwany , w ocenie Sądu Okręgowego , nie wykazał. Z przepisów dotyczących rękojmi za wady fizyczne wynika, że pozwany powinien niezwłocznie powiadomić powódkę o wystąpieniu nowych wad. Choć pozwany powoływał się na wady późniejsze, ujawnione po protokole odbioru (pęknięcia ścian, zabezpieczenia więźby stropu), to już jednak w aktach sprawy nie ma pism, z których wynikałoby, iż zgłosił wykonawczej spółce fakt pojawienia się tego rodzaju usterek. Pozwany powołał się jedynie na opinię prywatną załączoną do odpowiedzi na pozew. To nie oznacza , że doszło do zgłoszenia usterek. Odpowiedź na pozew doręczona bowiem została pełnomocnikowi procesowemu, a nie stronie. Tymczasem to właśnie samej stronie należało zgłosić reklamacje dotyczące wykonanych robót. Pozwany nie wykazał z jakich przyczyn nie zgłosił wykonawcy, w szczególności przed otrzymaniem pozwu, ww. wad.

W konsekwencji tak poczynionych ustaleń faktycznych i prawnych Sąd pierwszej instancji uznał, że wynagrodzenie należne stronie powodowej należy pomniejszyć o 180.051,46 zł tytułem obniżenia wynagrodzenia z tytułu wad oraz wierzytelności potrąconej z wierzytelnością powoda : 77.000 zł tytułem kary umownej, 7.160 zł za baterie kondensatorów, 861 zł tytułem naprawy dachu oraz 190,72 zł tytułem zużycia wody, tj. łącznie o kwotę 265.263,18 zł.

Skutkowało to ostatecznie zasądzeniem przez Sąd Okręgowy od pozwanego na rzecz powoda kwoty 61.433,11 zł, w pozostałej części Sąd powództwo oddalił jako niezasadne.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł natomiast mając na uwadze jego wynik , w oparciu o art. 100 k.p.c. Postanowienie kosztowe zostało szerzej uzasadnione .

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego , w zakresie rozstrzygnięć zawartych w pkt I i III , czyli co do uwzględnienia powództwa oraz rozstrzygnięcia o kosztach procesu , **wniósł pozwany**.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił mającą wpływ na treść orzeczenia obrazę:

1. prawa materialnego, a to art. 484 § 2 k.c. poprzez jego zastosowanie i obniżenie kary umownej, którą strony ustaliły w umowie o roboty budowlane z 19 stycznia 2012 r., mimo braku ku temu przesłanek ustawowych, w szczególności w postaci jej rażącego wygórowania;
2. obrazę przepisów postępowania, a to art. 233 § 1 k.p.c., poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego wyrażający się w przyjęciu, że:

a/. okres zwłoki powoda w usunięciu zgłoszonych mu wad i usterek biegnie do 8 września 2012 r., a nie do dnia wniesienia pozwu, w sytuacji gdy pozwany pismem z 4 września 2012 r. jedynie zasygnalizował istnienie jego prawa do żądania obniżenia ceny, a nie z niego skutecznie skorzystał, w szczególności wobec faktu dalszego domagania się od powoda naprawy wad, a nadto w sytuacji gdy żądanie obniżenia ceny przysługiwało pozwanemu niezależnie od uprawnień z tytułu rękojmi i związaną z nią karą umowną

b/. pozwany nie zgłosił niezwłocznie powódce wszystkich wad i usterek wymienionych w odpowiedzi na pozew, m.in. pęknięcia ścian, odbojów w magazynach, wdzierania się wody do magazyny uszkodzenia nagrzewnic, w sytuacji gdy w aktach sprawy znajduje się wiadomości e-mail z 9 października 2012 r. zawierająca takie wezwanie, a skuteczność jego doręczenia potwierdza m.in. notatka z 5 grudnia 2012 r. o usunięciu przez powoda ww. pęknięć, a nadto sam powód nie kwestionował braku takiego zgłoszenia, a jedynie fakt nie istnienia wad i usterek lub wskazywał na ich usunięcie,

c/. koszty nadzoru autorskiego w kwocie 12.013,00 zł nie mogą obciążać powoda, bowiem brak jest pomiędzy tym wydatkiem a nienależnym wykonaniem robót związku przyczynowego, w sytuacji gdy z materiału dowodowego, w szczególności zeznań K. H., S. P. i pozwanego wynika, że koszty te zostały poniesione w związku z samowolnie dokonanymi przez powoda zmianami konstrukcyjnymi,

d/. opinie sporządzone przez biegłych R. S. oraz B. S. są pełne i w pełni wiarygodne, w sytuacji gdy nie uwzględniają one rzeczywistych szkód poniesionych przez pozwanego, jak np. koszty robót związanych z usunięciem wadliwych elementów, czy też montażu separatora koleseencyjnego.

W konsekwencji tak skonstruowanych i szerzej uzasadnionych zarzutów apelujący wnosil o zmianę skarżonego orzeczenia przez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego za obie instancje. Pozwany uzasadniając zarzuty apelacyjne w części wstępnej stwierdził co do zasady nie kwestionuje poczynionych przez Sąd pierwszej instancji ustaleń faktycznych, a jedynie dokonana przez Sąd ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz jego subsumcję prawną.

W odpowiedzi na apelację pozwanego powód wniósł o jej oddalenie domagając się jednocześnie zasądzenie od apelującego zwrot kosztów postępowania . Odniósł się przy tym do poszczególnych zarzutów apelacyjnych z apelacji pozwanego kwestionując ich zasadność. Podtrzymał przy tym stanowisko ,że w protokole odbioru końcowego z 15 czerwca 2012 r. nie ustalono terminu usunięcia usterek , szeroko takie swoje przekonanie uzasadniał kwestionując ocenę dowodów dokonana przez Sąd pierwszej instancji. Twierdził wręcz ,że nie miał wiedzy o wystąpieniu usterek o których mowa w załączniku do tego protokołu odbioru .Podnosił nadto ,że zasadnicza część wad wykazanych w tym protokole, z uwagi na ich charakter , koszt ich usunięcia oraz możliwość użytkowania przedmiotu z wadą, bez szkody dla inwestora , jak np. płytki na podłogach zaplecza, płytki na ścianach zaplecza, płytki elewacyjne, nawierzchnia utwardzona, separator tłuszczowy, kabel zasilający główny , kabel zasilający lampy, studnia wodomierzowa, odbojniki wewnętrzne, blacha ryflowana na ścianach, parapety z blachy aluminiowej, balustrada zewnętrzna i murek żelbetowy przy rampie, nie powinny być brana pod uwagę, jako wady do usunięcia, lecz jako wady na podstawie których pozwany byłby uprawniony do obniżenia należnego powodowi wynagrodzenia - 656 § 1 k.c. w zw. z art 637§ 2 k.c. (w brzmieniu przed zmianą z 2014r.). To zaś oznacza ,że po pierwsze od 1 lipca 2012 r. nie był w zwłoce z usunięciem usterek , a po drugie - pozostałe wady do usunięcia, byłyby znikomej wartości, co nie było bez znaczenia dla uznania , że naliczona kara umowna, w przypadku nie usunięcia wad w uzgodnionym terminie, jest rażąco wygórowana, i uprawniająca Sąd na zarzut powoda, do miarkowania naliczonej kary (484 § 2 k.c.). Powód za słuszne uznał obniżenie kary umownej z uwagi na sposób jej określenia , czyli bez powiązania z ilością i rodzajem występujących wad .Podkreślał, że zdecydowana część wad, zważywszy na koszty usunięcia , była nieusuwalna. Stąd zarzut usunięcia wad w znikomej części uważał za chybiony. Zakwestionował by wartość wad wynosiła 360 000zł. jako podano w apelacji . Zwracał uwagę na uruchomienie wybudowanego obiektu jako sklepu oraz brak wykazania poniesienia szkody z przyczyny zwłoki w usunięciu wad.

Sąd Apelacyjny zważył , co następuje :

apelacja pozwanego jako bezzasadna podlegała oddaleniu w całości.

Co do zasady sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go już jednak zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia sąd ten bierze z urzędu pod uwagę jedynie nieważność postępowania (zob. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, której nadano moc zasady prawnej). Co do stosowania prawa materialnego sąd drugiej instancji nie jest oczywiście związany zakresem zarzutów apelacyjnych; ich rola sprowadza się bowiem tylko do uwypuklenia istotnych, zdaniem strony skarżącej, problemów prawnych, dla przekonania sądu odwoławczego co do ich oceny oraz "ułatwienia" kontroli instancyjnej.

Pozwany nie zarzucał nieważności postępowania, Sąd odwoławczy z urzędu też jej się nie stwierdził.

Pozwany w apelacji zarzucił naruszenia prawa procesowego oraz naruszenia prawa materialnego. Nie wskazał w apelacji nowych twierdzeń ani dowodów, Sąd odwoławczy nie prowadził własnego postępowania dowodowego. Zasadne w tym miejscu jest przypomnienie treści art. 382 k.p.c. stanowiącego, że sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału dowodowego zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. W niniejszej sprawie Sąd Apelacyjny orzekał wyłącznie na podstawie dowodów zebranych przed Sądem Okręgowym.

W kodeksie postępowania cywilnego nie ma odrębnego i bezpośredniego uregulowania wymagań, którym musie odpowiadać treść uzasadnienia wyroku sądu drugiej instancji. W tej sytuacji stosuje się - co do zasady - odpowiednio przepis art. 328 § 2 k.p.c. Sąd drugiej instancji w obecnym systemie apelacji jest sądem orzekającym nie tylko merytorycznie, ale i kontrolnie, dlatego też uwzględniając regulacje zawartą w cyt. wyżej przepisie, należy stwierdzić, że uzasadnienie wyroku w instancji apelacyjnej musi być tak zredagowane, aby odpowiadało obu funkcjom. Zadośćuczynienie tej powinności w sposób minimalny to kategoryczny i jednoznacznie zaakceptowanie ustaleń poczynionych przez sąd pierwszej instancji. Ustalenia sądu pierwszej instancji nie są wiążące dla sądu drugiej instancji, dlatego też obowiązek dokonywania ustaleń istnieje niezależnie od tego, czy wnoszący apelację podniósł zarzut dokonania wadliwych ustaleń faktycznych lub ich braku (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2015 r. III CSK 203/14, LEX nr 1678964). Gdy sąd drugiej instancji nie uzupełnia postępowania dowodowego - tak jak w niniejszej sprawie, ani po rozważeniu zarzutów apelacyjnych, nie znajduje podstaw do zakwestionowania oceny dowodów i ustaleń faktycznych orzeczenia pierwszoinstancyjnego, może te ustalenia przyjąć za podstawę faktyczną swojego orzeczenia. Może to nastąpić przez oświadczenie o akceptacji ustaleń faktycznych, a nawet ocen prawnych sądu pierwszej instancji (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2015 r., V CSK 270/14, LEX nr 1682218).

Uwzględniając powyższe Sąd Apelacyjny stwierdza, że podziela ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji, który przedstawił konieczne fakty w celu ustalenia pełnej podstawy faktycznej. Ustalenia te Sąd uznaje za podstawą własnego rozstrzygnięcia, za prawidłową uważa też kwalifikację prawną sprawy, w tym wykładnię mających zastosowanie przepisów prawa materialnego. W tej sytuacji nie ma potrzeby powtarzania stanu faktycznego, który sąd pierwszej instancji ustalił bardzo dokładnie, przedstawiając chronologicznie sposób realizowania przez strony zawartej umowy, przebieg czynności odbiorowych oraz etap usuwania wad wykonanych robót. Sąd Okręgowy należycie przeprowadził postępowanie dowodowe, wszystkie zgromadzone zostały ocenione, a ocenie tej nie można zarzucić dowolności, jest ona logiczna i pełna, nie uchybia ona regułom oceny dowodów z art. 233§ 1 k.p.c. Wszystkie dowody zostały omówione pod kątem ich wiarygodności i mocy dowodowej dla ustalenia faktów istotnych dla skonstruowania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do zarzutów apelacyjnych zasadniczo w pierwszej kolejności sąd odnosi się do procesowych, ewentualne uchybienia w tym zakresie mogą bowiem rzutować na prawidłowość ustaleń faktycznych, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia o zasadności dochodzonego roszczenia. Zarzuty obrazy prawa materialnego mogą zasadniczo być ocenione i rozważone dopiero na tle prawidłowo ustalonej podstawy faktycznej. W tym miejscu Sąd odwoławczy zauważa, że apelujący zarzucając naruszenie procedury poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, a w konsekwencji poczynienie błędnych ustaleń faktycznych (zarzut z pkt 2 ppkt a i b) jednocześnie w

uzasadnieniu apelacji, w jej części początkowej, stwierdził, że nie kwestionuje ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego. Powyższe należy potraktować jako pewną niedokładność. W niniejszej sprawie, zważywszy na treść zarzutów nie było ostatecznie przeszkód by zacząć od oceny pierwszego, materialnego, zarzutu z apelacji pozwanego.

Przed przejściem do apelacji Sąd drugiej instancji już tylko krótko przypomina, że między stronami niekwestionowany był charakter łączącej ich umowy oraz wysokość i rodzaj umówionego wynagrodzenia (ryczałt). Sporne między nimi było natomiast to czy: zaistniały podstawy do miarkowania naliczonej wykonawcy przez pozwanego kary umownej za zwłokę w terminowym usunięciu stwierdzonych wad oraz okres zwłoki; o ile należało obniżyć wykonawcy wynagrodzenia z tytułu wadliwości wykonanych robót oraz czy istniały podstawy do obniżenia wynagrodzenia wykonawcy z tytułu kosztów usunięcia wad w robotach (czy też wykonania zastępczego).

Wykonawca robót budowlanych, jak wynika to z art. 647 k.c., zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem, który w myśl art. 648 §2 k.c. jest częścią umowy. Ponadto w umowie o roboty budowlane wzajemne zobowiązania i roszczenia wykonawcy i inwestora określa się przez odwołanie do wiedzy technicznej (art. 647 k.c.). Prawo budowlane wymaga by projektowanie i budowanie obiektów budowlanych było zgodne z zasadami wiedzy technicznej (art. 5 ust. 1 pr.bud.). Jeżeli obiekt wskazuje jedynie wadę nieistotną, to jego oddanie powoduje wymagalność wierzytelności o wynagrodzenie, natomiast inwestor powinien skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi. Wykryte wady podlegają usunięciu stosownie do art. 637 i art. 638 k.c. Niewątpliwie odstawową przesłanką odpowiedzialności wykonawcy budowlanego z tytułu rękojmi jest istnienie wady (art. 556 k.c.).

Pozwany w pierwszym zarzucie apelacyjnym podnosił kwestię dopuszczalności miarkowania kary umownej w oparciu o art. 484§2 k.c., z przyczyny jej rażącego zawyżenia. Według pozwanego w sprawie nie zaistniały przesłanki miarkowania kary umownej za zwłokę w usunięciu wad. W tej sytuacji jest uzasadnione uprzednie krótkie, bo czynił to już Sąd Okręgowy, omówienie prawa materialnego kwestii tych tyżącego. Należy zacząć od tego, że strony stosunku zobowiązaniowego mogą w ramach autonomii woli określać umownie zakres i sposób naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Podstawowym instrumentem prawnym służącym dokonywaniu tego rodzaju kontraktowych ustaleń jest kara umowna (art. 483-484 k.c.). Strony procesu z takiej możliwości skorzystały i zastrzegły w umowie kary umowne, również za nienależyte wykonanie zobowiązania, w tym karę umowną wykonawcy wobec pozwanego za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi – w kwocie 2.200 zł za dzień zwłoki, przy zapisaniu, że łączna wysokość kar umownych każdej ze stron nie może przekroczyć 5% wynagrodzenia umownego brutto czyli kwoty 166.050 zł.

Zważywszy na kwestionowanie przez pozwanego dopuszczalności miarkowania w ustalonym stanie faktycznym wyliczonej przez niego kary umownej jako rażąco zawyżonej Sąd Apelacyjny przypomina, że kara umowna jest instrumentem o znacznym stopniu elastyczności. W modelu kary umownej przyjętym w kodeksie cywilnym prymat należy przyznać funkcji kompensacyjnej. Oddziaływania przymuszające i represyjne pozostają skutkami wtórnymi, często faktycznymi i refleksowymi. Sprowadzają się do ubocznego, ekonomicznego lub psychologicznego efektu, wiążącego się z perspektywą konieczności świadczenia sumy pieniężnej lub z samym jej uiszczeniem. Kara umowna jest odszkodowaniem, którego swoistość polega na uprzednim zryczałtowaniu (zob. Kara umowna, aut. Jacek Jastrzębski, Oficyna, 2006r., s.177). Żądanie zapłaty kary umownej może być uwzględnione tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.), tak więc wina dłużnika sama przez się nie wyłącza możliwości obniżenia kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c.

Zgodnie z art. 484 § 2 k.c. dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej z dwóch podstaw, w rozpoznawanej sprawie powoływano jedną z nich, a mianowicie jej rażące wygórowanie. Kodeks cywilny przez miarkowanie przewiduje możliwość częściowego uchylenia się od obowiązku zapłaty kary umownej (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2007 r., IV CSK 181/07, Lex 341645). Następuje to w drodze orzeczenia sądu i jest rzeczywiście wyjątkiem od sformułowanej w art. 484§1 k.c. zasady, że kara umowna należy się w zastrzeżonej wysokości, bez względu na wysokość szkody w razie już tylko nienależytego wykonania umowy lub też jej niewykonania. Kara umowna może przy tym być „rażąco wygórowana” wygórowana już w chwili jej zastrzeżenia lub też może stać

się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można zaliczyć m.in. to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością, a wysokością należnej kary. Na co zwrócono już uwagę w apelacji przepis art. 484 §2 k.c. należy do tzw. prawa sędziowskiego. Z tego względu ma charakter przepisu bezwzględnie obowiązującego, strony nie mogą w umowie wyłączyć możliwości miarkowania kary umownej. Już jednak katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty, a ocena w tym zakresie, w zależności od okoliczności sprawy, należy do sądu orzekającego. Niewątpliwie miarkowanie kary umownej ma na celu przeciwdziałanie dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary a godnym ochrony interesem wierzyciela. Uwzględnienie stosunku między wysokością kary umownej a wartością zobowiązania, którego dłużnik nie wykonał lub wykonał z opóźnieniem jest jednym z dopuszczalnych mierników oceny wysokości kary umownej. W niniejszej sprawie może to być zakres wadliwości robót do robót w ogóle wykonanych przez wykonawcę. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 maja 2013 r. przyjął, że jeżeli kara umowna jest równa bądź zbliżona do wartości zobowiązania, można ją uznać za rażąco wygórowaną (IV CSK 644/12, LEX nr 1365722). Niewątpliwie szkoda poniesiona przez zamawiającego - tu pozwanego (niezależnie od jej ostatecznego ujęcia w sensie kwotowym lub wskazania tylko jej realnej postaci) stanowi jedno z kilku kryteriów, jakie mogą być brane pod uwagę przy ocenie wygórowanego charakteru kary umownej w świetle art. 484 § 2 k.c. (patrz: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2009 r. III CSK 198/08, LEX nr 523684). W razie nie poniesienia przez wierzyciela szkody uzasadniony jest w konsekwencji wniosek, że w takim wypadku dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej, argumentując, iż jest ona rażąco wygórowana. Za kryterium oceny rażącego wygórowania kary umownej może być też relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2015 r. I CSK 690/13, LEX nr 1659211). Sąd Najwyższy w cyt. wyżej wyroku - przywołanym zresztą w apelacji pozwanego - wyliczył dalej, że istotnym kryterium miarkowana jest nie tylko relacja kary umownej do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych ale też przyczyny opóźnienia przyczynienie się wierzyciela, stopień winy dłużnika, relacja do należnego wynagrodzenia lub ocena stopnia naruszenia interesu wierzyciela wskutek opóźnionego wykonania robót. Przenosząc to do sprawy istotny jest charakter i zakres wad, jak i to czy zamawiający ostatecznie nie skorzystał z innego - oprócz żądania usunięcia wad - uprawnienia z rękojmi. Podsumowując rozważania przytoczone powyżej Sąd odwoławczy zauważa, że wskazany wyżej katalog przesłanek miarkowania kary umownej nie jest zamknięty, nie jest zatem wykluczona redukcja kary umownej z innych przyczyn niż zaprezentowane.

Po poczynionych wyżej ogólnych uwagach co do funkcji kary umownej oraz podstaw jej miarkowania i możliwych w tym zakresie do zastosowania kryteriów, przenosząc powyższe do sprawy i powracając do pierwszego zarzutu z apelacji pozwanego Sąd odwoławczy jeszcze przypomina, że oceniana kara umowna została naliczona wykonawcy za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi. Z § 9 u.1 pkt 1 umowy wynika, że wykonawca płaci zamawiającemu kary umowne za każdy dzień zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych w ramach rękojmi kwotę 2200 za każdy dzień.

Z ust. 2 wynika, że łączna suma kar umownych płaconych przez każdą ze stron nie może przekroczyć 5% wynagrodzenia brutto, czyli 166.050 zł. Niesporne jest, co trafnie dostrzegł Sąd pierwszej instancji i na co też zwrócił uwagę powód w odpowiedzi na apelację pozwanego, że kara umowna za zwłokę w usunięciu wad została w umowie stron tak określona, iż bez znaczenia było czy chodzi o wady istotne czy nieistotne, jak i to jaki jest zakres robót dotkniętych wadami. W stanie faktycznym sprawy tak określona kara umowna w istocie, zważywszy nadto na fakt skorzystania przez zamawiającego z kolejnego - obok żądania usunięcia wad - uprawnienia z rękojmi, zasadnie została oceniona jako nadmierna. Przepis art. 656§1 k.c. w zakresie uprawnień z tytułu rękojmi za wady obiektu odsyła do art. 737 i 637 k.c. Drugi z wymienionych przepisów zawiera dalsze odesłanie do norm regulujących rękojmię przy sprzedaży (art. 556-576 k.c.). Odpowiedzialność z tytułu rękojmi ma charakter obiektywny, ma przywrócić ekwiwalentność świadczeń stron. Wykonanie uprawnień inwestora z tytułu rękojmi ma doprowadzić do stanu w którym otrzyma on świadczenie stanowiące ekwiwalent płaconego wynagrodzenia (tj. obiekt po usunięciu wad), względnie wysokość wynagrodzenia zostanie odpowiednio obniżona tak aby stanowiła ekwiwalent wykonanych robót z uwzględnieniem nieusuniętych wad.

W niniejszej sprawie pozwany jako zamawiający najpierw domagał się od wykonawcy usunięcia wad, a następnie skorzystał z kolejnego uprawnienia rękojmiowego a mianowicie z odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia. I zasadność

tego żądania była przedmiotem oceny w niniejszym procesie , ostatecznie umówione wynagrodzenie zostało - z powodu wady robót - obniżone w istotnym zakresie. Ta okoliczność nie może być całkowicie pomijana przy ocenie istnienia podstaw do miarkowania kary umownej jako rażąco wygórowanej. Sąd Okręgowy słusznie zwrócił uwagę na charakter wad i usterek przedmiotu umowy, to jest na fakt, że nie były one istotne, nie uniemożliwiały normalnego korzystania z obiektu. Niewątpliwie w przypadku usterek, które nie mają istotnego znaczenia, czyli nie wyłączają korzystania z wybudowanego obiektu niego zgodnie z przeznaczeniem, rozmiar szkody najczęściej także nie jest znaczny. Taka sytuacja zaistniała w niniejszej sprawie . Sąd pierwszej instancji stwierdzając , że powodowa spółka wykonał większość swojego zobowiązania bowiem wady dotyczyły jedynie niewielkiej części robót czyli 13 % łącznej wartości robót powiązał to tylko ze sposobem obliczenia kary za zwłokę w usunięciu wad. Innymi słowy z tym ,że kara ta była liczona identycznie niezależnie od stopnia wadliwości robót (tak samo w przypadku 1 % czy np. 50 % wadliwości robót). Sąd był przeto uprawniony do powiązania kryteriów miarkowania z jakością wykonanych robót, innymi słowy w ten sposób ocenił ogólnie jakość robót , a więc i postawę wykonawcy . Ogólne stwierdzenie pozwanego z apelacji ,że większość z ustalonych wad występuje do dnia dzisiejszego niczego nie wyjaśnia i nie przesądza . Niewątpliwie bowiem wykonawca część wad usunął, istnienie pozostałych skutkowało odpowiednim obniżeniem należnego mu wynagrodzenia, inne zostały uznane za niewykazane w odpowiednim terminie. Sąd pierwszej instancji zaznaczył ,że dla skorzystania z uprawnień jakie daje rękojmia za wady fizyczne mają zastosowanie regulacje dotyczące obowiązku zawiadomienia o wadzie obiektu. Brak aktów staranności ze strony zamawiającego powoduje utratę uprawnień z tytułu rękojmi. Sąd Okręgowy wskazał jakie wady i kiedy zostały zgłoszone wykonawcy. W tej sytuacji zasadne jest podzielenie ustaleń i wniosków tego Sądu , który w oparciu o opinię biegłego sądowego R. S. ustalił zakres robót dotkniętych wadami oraz określił w jakim zakresie powyższe powinno wpłynąć na obniżenie wynagrodzenia. Brak przeto podstaw do przyjmowania ogólnych twierdzeń z apelacji pozwanego o wyższej wartości wad niż to wynika z opinii biegłego , a następnie z ustaleń Sądu pierwszej instancji. Uprawnione przeto było powiązanie wartości wad z wysokością naliczonej kary umownej. Ogólne jednozdaniowe stwierdzenie w apelacji ,że argumentacja Sądu Okręgowego w zakresie zasadności miarkowania kary nie uwzględnia kosztów określonych przez biegłego S. jest tak ogólne ,że nie poddaje się kontroli merytorycznej . W tym miejscu można jedynie zauważyć , że powodowej spółce przysługiwało wynagrodzenie ryczałtowe, bez wyszczególnienia robocizny za montaż separatora. Apelujący nie wykazał , również na etapie apelacji, by wskutek zwłoki w usunięciu wad poniósł jakąkolwiek szkodę. Pozwany wprawdzie w uzasadnieniu zarzutów apelacyjnych zaznaczył ,że kwestionuje taką właśnie ocenę Sądu Okręgowego .Uzasadniając powyższe stwierdził, że przy pominięciu wartości wad, jego szkodą będzie np. zastosowanie innego rodzaju kabli elektrycznych generującego większe koszty zużycia energii elektrycznej oraz zapłata za posadowienie betonowego separatora koalescencyjnego, które to koszty są zdecydowanie większe aniżeli separatora plastikowego. Podane wyżej okoliczności nie łączą się jednak ze zwłoką w usunięciu wad , pomijając w tym miejscu , że wysokość tak podanej szkody nawet w przybliżeniu nie została sprecyzowana . Pozwany podał nadto ,że na skutek zaniechania powoda w usuwaniu zgłoszonych wad był zmuszony stawiać się na kolejne przeglądy, co z kolei generowało dodatkowe koszty z tytułu dojazdów. Tych kosztów apelujący również nie określił , nawet orientacyjnie. Stąd nie można mówić o wykazanej czy nawet uprawdopodobnionej szkodzie . Sąd pierwszej instancji ostatecznie w części roszczenie strony powodowej o zapłatę wynagrodzenia uwzględnił , uprawnia to do wniosku ,że to pozwany , po kompensacji wzajemnych wierzytelności okazał się dłużnikiem powoda (uprzednio powodowej spółki). Pozwany podawał ,że jeden podwykonawca (...) SA zgłaszał mu problemy z zapłatą wynagrodzenia. Ostatecznie jednak nawet nie twierdził by takie wynagrodzenie podwykonawcy zapłacił czy też był przez niego pozywany . Kwestia ogłoszenia upadłości likwidacyjnej wykonawcy nie może się przełożyć na kryteria miarkowania kary umownej za zwłokę w usunięciu ewentualnych dalszych wad budynku. Nie można w tym miejscu pomijać daty zawarcia i wykonania umowy , powyższe z kolei przekłada na bieg terminów dla uprawnień z rękojmi i roszczeń odszkodowawczych za nienależyte wykonanie umowy. W konsekwencji uwzględniając to wszystko , w tym dzieląc jako trafne kryteria miarkowania zastosowane przez Sąd pierwszej instancji , Sąd Apelacyjny zgadza się , że uzasadnione było obniżenie kary umownej o połowę. Niewątpliwie zastrzeżona w umowie kara umowna z tytułu zwłoki w usunięciu wad nie miała na celu wyrównania szkody przejawiającej się w konieczności poniesienia kosztów ich zastępczego usunięcia. Wyrównanie tak określonej szkody nastąpiło poprzez obniżenie wynagrodzenia .

Nietrafne okazały się też zarzuty pozwanego z punktu drugiego apelacji, w tym z ppkt a powiązanego z okresem naliczania kary umownej. Z treści pisma z dnia 4 września 2012 r., sporządzonego zresztą przez profesjonalistę, wynika jednoznacznie, że pozwany korzysta z kolejnego uprawnienia z rękojmi, czyli z żądania obniżenia umówionego wynagrodzenia z przyczyny wadliwości wykonanych przez (...) SA robót. Jak bowiem inaczej zinterpretować żądanie korekty wystawionej w dniu 21 czerwca 2012 r. faktury VAT nr (...). Z treści wskazanego pisma zawierającego określone oświadczenie woli zamawiającego wynika, że nie wnosi on o odszkodowanie lecz wyłącznie o obniżenie umówionego wynagrodzenia wskutek wadliwości robót. Stąd proponowana w apelacji inna ocena rzeczowego pisma niż ta dokonana, zgodnie z jednoznaczną treścią pisma, trafnie przez Sąd Okręgowy nie zasługuje na podzielenie. Oznacza to w konsekwencji, że Sąd pierwszej instancji właściwie określił okres zwłoki wykonawcy w usunięciu wad.

Sąd pierwszej instancji uwzględnił jedynie te usterki, które zostały wymienione w protokole z dnia 15 czerwca 2012 r. oraz w piśmie z dnia 23 sierpnia 2012 r., z powołaniem się na notatkę z 31 lipca 2012 r. Sąd wprawdzie powołał się w stanie faktycznym sprawy na wiadomość e-mailową z dnia 9 października 2012 r. znajdującą się na k. 307 akt sprawy, ostatecznie jednak dokonując oceny prawnej doszedł do wniosku, że zamawiający nie zgłosił wykonawcy faktu pojawienia się dodatkowych usterek robót. W tym miejscu zasadne jest dodanie, że wskazany e-mail jest podpisany wyłącznie przez R. F., przedstawiciela kontrahenta pozwanego - (...) SA. Do tego powód zaprzeczył by otrzymał rzeczony e-mail, a w każdym razie by z nim się zapoznał i w konsekwencji podjął się usuwania podanych w nim wad. W odpowiedzi na apelację powód argumentował, że potwierdzeniem tego by otrzymał tego e-maila nie jest notatka z 5 grudnia 2010 r., we wskazanej notatce jest bowiem mowa tylko o usuwaniu zarysowań na ścianach. Tak jest w rzeczy samej, autorzy notatki nie wspominają w niej o usunięciu wad w postaci pęknięć ścian, a co istotne notatkę podpisał również kierownik sklepu (...). Wobec takiej treści notatki brak podstaw by wywodzić, jak chce tego pozwany, że pośrednio dowodzi ona uprzedniego wezwania wykonawcy do usunięcia kolejnych wad. Oznacza to, że pozwany nie wykazał dowodowo by wzywał wykonawcę, z zachowaniem koniecznych z punktu widzenia prawa materialnego aktów staranności, do usunięcia opisanych w e-mailu wad.

Co do zarzutu z pkt 2 ppkt c apelacji - Sąd pierwszej instancji dokładnie przedstawił na podstawie jakich dowodów ostatecznie przyjął, że pozwany zawarł umowę o nadzór autorski bez związku z ewentualnymi wnioskami wykonawcy o dokonanie zmian w sporządzonym projekcie. Sąd dostrzegł niejednoznaczność zapisów aneksowanej umowy pozwanego z biurem projektowym co do daty wprowadzenia nadzoru autorskiego, z drugiej jednak strony wobec treści jednoznacznych w tym zakresie zeznań świadka H. był uprawniony do przyjęcia, iż nadzór autorski istniał od początku obowiązywania umowy pozwanego z (...). Przekonująca jest też dalsza argumentacja Sądu prowadząca do wniosku, że ponoszone przez zamawiającego pozwanego koszty związane z nadzorem autorskim stanowiły zwykłe koszty w procesie budowlanym. Odmienna, ogólna ocena dowodów osobowych, bez skomentowania zeznań świadka przywołanego przez Sąd pierwszej instancji, zaprezentowana przez pozwanego w apelacji ma charakter wyłącznie polemiczny i jako taka nie może być skuteczna. Pozwany, co podniósł powód w odpowiedzi na apelację, nie wykazał by obiekt wzniesiono z odstępstwem od projektu budowlanego oraz pozwolenia na budowę.

Już tylko dla wyczerpania argumentacji Sąd zaznacza, że obowiązki inwestora podzielić można w myśl przepisu art. 647 k.c. na trzy grupy, a mianowicie: na obowiązki związane z przygotowaniem robót budowlanych, z ich wykonaniem oraz z zapłatą wynagrodzenia. Niewątpliwie inwestor ma obowiązek dostarczenia projektu, ma też obowiązek współdziałania z innymi uczestnikami procesu budowlanego, a w szczególności podejmowania decyzji w sprawach od niego zależnych. Obowiązki wykonawcy polegają przede wszystkim na wykonaniu obiektu zgodnie z umową i normami prawa budowlanego, zabezpieczeniu placu budowy oraz na oddaniu zdatnego do użytku wybudowanego obiektu budowlanego. Zgodnie z brzmieniem 651 k.c. wykonawca powinien kontrolować czy przedłożona dokumentacja nadaje się do wykonania, nie jest już jednak jego zadaniem drobiazgową analizą projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. W art. 17 prawa budowlanego wskazano, kto jest uczestnikiem procesu budowlanego, są to mianowicie: inwestor; inspektor nadzoru inwestorskiego; projektant i kierownik budowy. Do obowiązków kierownika budowy należy zorganizowanie budowy i kierowanie budową obiektu budowlanego w sposób zgodny z projektem i pozwoleniem na budowę, przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, oraz przepisami bezpieczeństwa i higieny pracy (art. 22 pkt 3). Z tego względu ustawodawca w art. 23 pkt 1 wyposażył go w uprawnienie do występowania

do inwestora o zmiany projektowe, jeżeli są one uzasadnione koniecznością zwiększenia bezpieczeństwa realizacji robót budowlanych lub usprawnienia procesu budowy. Tylko, co należy podkreślić, w tym zakresie kierownik budowy może występować do inwestora o zmiany w rozwiązaniach projektowych. Inspektor nadzoru inwestorskiego ma prawo zgłaszania projektantowi sprawującemu nadzór autorski możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie oraz obowiązek potwierdzenia oświadczenia kierownika budowy o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami, gdy w sposób nieistotny odstąpiono od zatwierdzonego projektu budowlanego lub warunków pozwolenia na budowę (art. 57 ust. 2 zd. ostatnie) - art.25 ustawy . Art. 57 ust. 2 stanowi jednoznacznie, że w razie zmian nieodstępujących w sposób istotny od zatwierdzonego projektu lub warunków pozwolenia na budowę, dokonanych podczas wykonywania robót, do zawiadomienia o zakończeniu robót należy dołączyć kopie rysunków wchodzących w skład zatwierdzonego projektu budowlanego, z naniesionymi zmianami, a w razie potrzeby także uzupełniający opis. W takim przypadku oświadczenie o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym lub warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami powinno być potwierdzone przez projektanta i inspektora nadzoru inwestorskiego. Inspektor nadzoru inwestorskiego ma prawo żądać od kierownika budowy dokonania poprawek bądź ponownego wykonania wadliwie wykonanych robót, a także wstrzymania dalszych robót budowlanych w przypadku, gdyby ich kontynuacja mogła spowodować niedopuszczalną niezgodność z projektem lub pozwoleniem na budowę (art. 26). Z kolei do obowiązków projektanta należy m.in. w ramach sprawowanego nadzoru autorskiego stwierdzanie w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem oraz uzgadnianie możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego (art. 20 ust 4 a i b). Zgodnie z treścią art. 36a ust. 1 ustawy istotne odstępianie od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę jest dopuszczalne jedynie po uzyskaniu decyzji o zmianie pozwolenia na budowę. Z kolei z art. 36a ust. 6 wynika, że projektant dokonuje kwalifikacji zamierzonego odstąpienia oraz jest zawsze zobowiązany zamieścić w projekcie budowlanym odpowiednie informacje (rysunek i opis) dotyczące odstąpienia. Gdy w sposób nieistotny odstąpiono od zatwierdzonego projektu budowlanego lub warunków pozwolenia na budowę obiektu budowlanego, który wymaga uzyskania pozwolenia na użytkowanie, to do wniosku o wydanie takiej decyzji inwestor nie ma obowiązku dołączać dokumentów wymienionych w art. 57 ust. 2.

Przytoczone regulacje prawne dowodzą, że dopuszczalne przeprojektowanie projektu budowlanego w toku procesu budowlanego jest rzeczą zwykłą i dopuszczalną. Nie uzasadnia to automatycznie przerzucenia, bez konkretnych umownych unormowań, kosztów nadzoru autorskiego na wykonawcę.

Opinia pozasądowa M. U. (1), sporządzona na zlecenie pozwanego, stanowi jedynie rozwinięcie jego stanowiska prezentowanego w niniejszej sprawie. Nie ma ona waloru dowodu z biegłego, a fakt, iż jej autor jest jednocześnie biegłym sądowym tej oceny nie zmienia. Krytyka przez pozwanego opinii sporządzonych w niniejszej sprawie jest fragmentaryczna i za wyjątkiem odniesienia się do separatora zbyt ogólna by móc się do niej w ogóle odnieść. B. S., biegły z zakresu budownictwa sanitarnego, w pisemnej opinii stwierdził m.in., że z uwagi na zalety tworzywa sztucznego takie jak ich szczelność, odporność na korozję oraz brak negatywnego oddziaływania na środowisko wybór separatora wykonanego z tworzyw sztucznych ocenia jako trafny, a zastosowany przez wykonawcę (...) SA separator koalescencyjny spełniał wymagania przewidziane w dokumentacji projektowej. Zastosowany przez wykonawcę wąż betonowy ocenił również jako prawidłowe rozwiązanie. Dodał, że zainstalowany separator w praktyce funkcjonuje bez zastrzeżeń już pięć lat. Biegły nie stwierdził przy tym by miał on gorszą wytrzymałość niż betonowy. W ustnej opinii biegły podtrzymał taką swoją ocenę zainstalowanego separatora. Zauważył przy tym ogólnie, że koszty montażu separatora betonowego i z tworzywa sztucznego mogą się różnić - od 3 do 5 000 zł.

W tym miejscu trzeba się zgodzić z powodem, że skoro umówione wynagrodzenia miało formę ryczałtu, bez wyszczególnienia w takiej sytuacji kosztów montażu samego separatora to jest oczywiste, że brak podstaw do automatycznego obniżenia wynagrodzenia wykonawcy o podaną ogólnie różnicę w kosztach montażu różnego typu separatora i to w sytuacji gdy jest on instalowany w trakcie wznoszenia obiektu, a nie jako pojedyncza czynność. Pozwany nie wnosił o uzupełnienie opinii przez biegłego S., o jej uszczegółowienie. Już tylko to oznacza, że różnica kosztów montażu różnych separatorów miał zbyt ogólny charakter, biegły natomiast nie potwierdził by zainstalowany

separator miał niższą wytrzymałość od betonowego. Niesporne jest przy tym, że zmiana separatora była uzgodniona z inspektorem nadzoru (zob. min. zeznania świadka L. M. oraz dzienniki budowy). W protokole czerwcowym oraz piśmie zamawiającego z 31 lipca i z 24 sierpnia 2012 r. wskazywano jedynie, że separator wykonano niezgodnie z projektem. Z prywatnej opinii wynikało, że rzeczony separator należy wymienić na żelbetowy prefabrykowany, zgodny z projektem. Pozwany w apelacji nie kwestionował oceny Sądu Okręgowego, że brak podstaw by rzeczony separator wymieniać na żelbetowy. Na koniec trzeba dodać, że pozwany swoich zastrzeżeń dot. kwestii separatora, a na etapie apelacji jego montażu, nie przekształcił w określone roszczenie procesowe.

Reasumując : stosując instytucję miarkowania, sąd musi mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna. W ocenie Sądu Apelacyjnego zmniejszenie kary umownej w niniejszej sprawie o połowę, spełnia wszystkie funkcje kary umownej. Tak określona kara stanowi wystarczającą sankcję dla dłużnika za zwłokę w usunięciu, chroni przy tym interes wierzyciela, a z drugiej strony nie prowadzi do jego nadmiernego wzbogacenia. W konsekwencji zarzut obrazy art. 484 §2 k.c., poprzez jego zastosowanie w sprawie, Sąd odwoławczy ocenił jako pozbawiony zasadności. Za chybiony został uznany również zarzut obrazy art. 233 § 1 k.p.c. co wyżej szerzej omówiono.

W konsekwencji Sąd Apelacyjny nie dostrzegł w niniejszej sprawie podstaw do zmiany zaskarżonego orzeczenia poprzez orzeczenie zgodnie z wnioskami apelującego pozwanego. Skutkowało to oddaleniem, na podstawie art. 385 k.p.c., apelacji jako nieuzasadnionej.

Powód nie kwestionował wyroku w zakresie w jakim jego powództwo zostało oddalone, w tej sytuacji za zbędne Sąd Apelacyjny uznał odnośnienie się do jego zarzutów co do ustaleń i wniosków Sądu Okręgowego zaprezentowanych w odpowiedzi na apelację.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł zgodnie z jego wynikiem, w oparciu o art. 98§1 i §3 k.p.c. i art. 99 k.p.c. w zw. z art. 108§1 k.p.c. oraz art. 391 § k.p.c., z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U.2015.1804, z późn. zm.) - §2 i § 10 ust.1 pkt 2. Na koszty postępowania apelacyjnego powoda składało się wynagrodzenie jego profesjonalnego pełnomocnika procesowego w kwocie 4 050 zł. (5 400 zł x 75 %).

SSA Danuta Jezierska SSA Mirosława Gołuńska SSA Krzysztof Górski