

Sygn. akt I ACa 253/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 stycznia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Beata Kozłowska (spr.)

Sędzia SA Marzena Konsek-Bitkowska

Sędzia SO (del.) Paweł Pyzio

Protokolant referent-stażysta Małgorzata Sadurska

po rozpoznaniu w dniu 28 stycznia 2016 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) – (...) w W.

przeciwko E. Z.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 9 lipca 2014 r.

sygn. akt XVI GC 669/10

I. zmienia zaskarżony wyrok:

- w punkcie pierwszym częściowo w ten sposób, że oddala powództwo co do kwoty 361 601,56 zł (trzysta sześćdziesiąt jeden tysięcy sześćset jeden złotych pięćdziesiąt sześć groszy) z ustawowymi odsetkami od dnia 24 grudnia 2009 r. do dnia zapłaty,

- w punkcie drugim w ten sposób, że ustala, że (...) - (...) P. w W. winna zwrócić E. Z. całość kosztów procesu, przy czym ich szczegółowe wyliczenie pozostawia referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w Warszawie,

- uchyla punkt trzeci,

-w punkcie czwartym kwotę, która winna być zwrócona (...) - (...) P. w W. tytułem niewykorzystanej części zaliczki obniża do kwoty 147,36 zł (sto czterdzieści siedem złotych trzydzieści sześć groszy),

II. oddala apelację w pozostałym zakresie,

III. zasądza od (...) - (...) P. w W. na rzecz E. Z. kwotę 15400 (piętnaście tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego,

IV. nakazuje pobrać od (...) - (...) P. w W. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 10000 (dziesięć tysięcy) złotych tytułem części nieuiszczonej opłaty od apelacji.

Marzena Konsek-Bitkowska Beata Kozłowska Paweł Pyzio

I ACa 253/15

UZASADNIENIE

(...) – (...) P. w W. wniosła o zasądzenie od pozwanego E. Z. kwoty 379 988,08 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 24 grudnia 2009 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie kosztów procesu.

W uzasadnieniu powód wskazał, że na mocy umowy z dnia 4 kwietnia 2007 r. zlecił pozwanemu, jako generalnemu wykonawcy, wykonanie projektu i realizację inwestycji pn. rozbudowa Odnowy Biologicznej, budowa rosyjskiej bani w zakresie robót budowlano-montażowych, inżynierskich oraz wyposażenia z uwzględnieniem pomieszczenia dla wypoczynku z centralnie położonym kominkiem, pomieszczenia do wypoczynku na piętrze i oddzielnego budynku „rosyjskiej bani” z basenem wewnętrznym. Za wykonanie prac wykonawca miał otrzymać wynagrodzenie w wysokości 1 080 000 zł plus VAT. Następnie strony z uwagi na dokonanie zmian w projekcie polegającej na zwiększeniu planowanej powierzchni zabudowy i zwiększenia liczby kondygnacji i tym samym zwiększenia zakresu prac powierzonych wykonawcy zawarły w dniu 6 lutego 2008 r. aneks do umowy na mocy którego zwiększeniu uległo także wynagrodzenie wykonawcy do 2 157 623,00 zł plus VAT. Przedmiotowa umowa była jeszcze dwukrotnie zmieniana i ostatecznie jako termin wykonania całości prac objętych umową ustalono dzień 1 lipca 2009 r.

Jednocześnie strony zastrzegły, iż w przypadku uchybienia przez wykonawcę terminowi wykonania i protokolarnego przekazania całości prac wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości 0,1% za każdy dzień opóźnienia. Wbrew zapisom umownym wykonawca nie zrealizował inwestycji w ustalonym terminie. Ostateczny odbiór całości prac nastąpił dopiero w dniu 5 listopada 2009 r. W związku z niedotrzymaniem terminu ostatecznego odbioru prac powód obciążył pozwanego karą umowną. Powód dochodzi części tej kary w kwocie 379 988,08 zł.

W dniu 21 lipca 2010 r. Sąd Okręgowy w Warszawie wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym w którym nakazał pozwanemu E. Z., aby zapłacił na rzecz powoda (...) – (...) P. z siedzibą w W. kwotę 379 988,08 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 24 grudnia 2009 r. do dnia zapłaty oraz kosztami procesu w wysokości 7200 zł.

Pozwany E. Z. złożył sprzeciw od nakazu zapłaty. W uzasadnieniu sprzeciwu pozwany wskazał, że ilość dni opóźnienia wskazywana przez stronę powodową nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy. W ocenie pozwanego opóźnienia powstałe w trakcie realizacji robót wynikały wyłącznie z niewywiązania się przez stronę powodową z obowiązków ciążących na niej, jako inwestorze, oraz braku należytego współdziałania z pozwanym w trakcie realizacji tej inwestycji. Pozwany podkreślił, że do obowiązków powodowej fundacji należało między innymi dostawa części oświetlenia (kinkietów) oraz dostawa i montaż zlewozmywaków wraz z bateriami w bufecie, wykonanie zaplecza bufetu, sali masażu, a także wykonanie aneksu porządkowego w przedsionku do bufetu. Wskazany zakres prac nie został przez stronę powodową wykonany. Pozwany wskazał, że niewykonanie przez powodową spółkę wszystkich obowiązków, uniemożliwiło pozwanemu zakończenie poszczególnych robót a szczególności wystąpienie w terminie do poszczególnych służb. Wystające przewody elektryczne (brak kinkietów) czy nie zamontowane zlewozmywaki wyłączały obiekt z użytkowania i uniemożliwiły pozwanemu uzyskanie zgody (...) czy (...) Pozwany wskazał, że pomimo tego, iż powodowa fundacja zleciła pozwanemu wykonanie części prac, które winna samodzielnie wykonać, przy obliczaniu zwłoki w wykonaniu robót przez pozwanego, strona powodowa nie uwzględniła dodatkowo zleconych prac, które winny spowodować przesunięcie terminu zakończenia poszczególnych robót. Pozwany zarzucił także, że sposób wyliczenia kary umownej przez powodową fundację nie znajduje uzasadnienia w postanowieniach łączącej strony umowy wraz z późniejszymi aneksami i został dokonany w sposób tendencyjny w celu obciążenia pozwanego jak najwyższą kwotą kary umownej.

Wyrokiem z dnia 9 lipca 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie :

- 1. zasądził od E. Z. na rzecz (...) - (...) P. w W. kwotę 379 988,08 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 24 grudnia 2009 r. do dnia zapłaty;**
- 2. zasądził od E. Z. na rzecz (...) - (...) P. w W. kwotę 27 988,44 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;**
- 3. zasądził od E. Z. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 1 132,20 zł tytułem nieuiszczonej części wydatków;**
- 4. nakazał zwrócić (...) - (...) P. w W. ze Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 1 279,56 zł tytułem niewykorzystanej części zaliczki.**

Swe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych i następujących ocenach prawnych:

W dniu 4 kwietnia 2007 r. pomiędzy powodem M. Fundacją (...) (...) P. z siedzibą w W. jako zamawiającym a pozwanym E. Z. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą (...) jako wykonawcą została zawarta umowa nr (...), której przedmiotem było wykonanie projektu i realizacja inwestycji pn. rozbudowa Odnowy Biologicznej, budowa rosyjskiej bani w zakresie robót budowlano-montażowych, inżynierskich oraz wyposażenia z uwzględnieniem:

- a) pomieszczenia dla wypoczynku z centralnie położonym kominkiem;
- b) pomieszczenia dla wypoczynku na piętrze;
- c) oddzielnego budynku „rosyjskiej bani” z basenem zewnętrznym.

W ramach I etapu wykonawca zobowiązał się do m.in. sporządzenia dokumentacji projektowej w zakresie niezbędnym dla uzyskania pozwolenia na budowę, realizację budowy oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, sporządzenia dokumentacji projektowej dla rozbudowy (...)P., uzyskania wszelkich uzgodnień, opinii i decyzji wynikających z obowiązujących przepisów ze szczególnym uwzględnieniem ewentualnej wycinki drzew.

W ramach II etapu zamawiający zlecił, a wykonawca przyjął do wykonania roboty budowlane polegające na rozbudowie obiektu (...) (...) P. zlokalizowanego w W. przy ul. (...). Wykonawca zobowiązał się dostarczyć projekt do dnia 30 kwietnia 2007 r. , natomiast zakończenie realizacji inwestycji ustalono na dzień 31 grudnia 2007 r. Wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy za przedmiot umowy ustalono na kwotę 1 080 000 zł. Wykonawca zobowiązał się do oddania, a zamawiający do odebrania całości lub części robót objętych umową po stwierdzeniu należytego oraz bezusterkowego ich wykonania. Warunkiem dokonania odbioru końcowego miało być zgłoszenie do odbioru potwierdzone zapisem inspektora nadzoru w dzienniku budowy i przedstawienie przez wykonawcę wyników prób i sprawdzeń, a także protokołów odbiorów branżowych z udziałem użytkownika, wynikających z warunków technicznych wykonania i odbioru robót oraz Polskich Norm. Zgodnie z postanowieniami umowy przystąpienie zamawiającego do odbioru przedmiotu umowy miało wywołać skutek w postaci zawieszenia biegu terminów, z upływem których zamawiającemu przysługują kary umowne. W przypadku konieczności przerwania czynności odbioru z powodu występujących wad i usterek, komisja odbiorowa miała ustalić termin ich usunięcia, czego konsekwencją było odwieszenie biegu terminów, z upływem których zamawiającemu przysługują kary umowne. Zgodnie z umową wykonawca miał zapłacić zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1% całkowitej wartości umownej z tytułu nieterminowego zrealizowania przedmiotu umowy oraz nieterminowego usunięcia wad stwierdzonych podczas odbioru i w okresie rękojmi – liczonej za każdy dzień zwłoki.

W trakcie prowadzenia inwestycji zamawiający wielokrotnie zmieniał zakres robót w wyniku czego strony zawierały kolejne aneksy do umowy nr (...) z dnia 4 kwietnia 2007 r.

Dnia 6 lutego 2008 r. strony zawarły aneks nr (...) do umowy nr (...) zawartej w dniu 4 kwietnia 2007 r. zgodnie z którym w związku z decyzją podjętą przez zamawiającego dotyczącą zwiększenia powierzchni użytkowej i kubatury rozbudowywanej odnowy biologicznej, poprzez zwiększenie jej planowanej powierzchni zabudowy i zwiększenie liczny kondygnacji (o dodatkowe piwnice) przedmiotem umowy jest wykonanie projektu i realizacja inwestycji pn. rozbudowa odnowy biologicznej, budowa rosyjskiej bani w zakresie robót budowlano-montażowych, inżynierskich oraz wyposażenia z uwzględnieniem:

- a) pomieszczenia do wypoczynku z centralnie położonym kominkiem;
- b) pomieszczenia do wypoczynku na piętrze;
- c) budynku „rosyjskiej bani” z basenem wewnętrznym;
- d) zespołu przebierałniowo-sanitarnego w piwnicy wraz z dodatkową powierzchnią użytkową.

Strony ustaliły nowy termin zakończenia realizacji inwestycji przy czym:

- a) termin zakończenia robót budowlanych i instalacyjnych wraz z dokonaniem odbiorów wewnętrznych ustalono na dzień 22 sierpnia 2008 r.;
- b) termin odbioru końcowego z uzyskaniem pozwolenia na uruchomienie i użytkowanie inwestycji miało nastąpić w terminie do 30 września 2008 r.;

Wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy za wykonanie całości przedmiotu umowy z dnia 4 kwietnia 2007 r. ustalono na łączną kwotę netto 2 157 623,00 zł. Strony ostatecznie oświadczyły, że wyżej określona kwota wynagrodzenia stanowi wartość ostateczną, a wykonawca nie będzie uprawniony do jej podwyższenia w żadnym wypadku, w tym także w przypadku zmiany cen towarów i usług potrzebnych do realizacji umowy.

W dniu 6 lutego 2009 r. strony podpisały aneks nr (...) do umowy nr (...) w którym jako ostateczny termin wykonania całości prac objętych umową z dnia 4 kwietnia 2007 r. strony ustaliły na dzień 1 lipca 2009 r. Zgodnie z aneksem nr (...) za termin wykonania całości pracy, strony uznały datę sporządzenia w trybie przewidzianym umową końcowego bezusterkowego protokołu odbioru wszystkich prac przewidzianych w umowie i wszystkich aneksach oraz uzyskania świadectwa charakterystyki energetycznej budynku i pozwolenia na użytkowanie inwestycji. Ponadto zgodnie z § 4 pkt 6a aneksu nr (...) w przypadku uchybienia przez wykonawcę terminowi udostępniania pomieszczeń lub terminowi zakończenia prac budowlanych wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1% wartości brutto całości wynagrodzenia jakie wykonawca ma otrzymać z tytułu realizacji umowy za każdy dzień opóźnienia. Zgodnie z § 4 pkt 6b w przypadku uchybienia przez wykonawcę terminowi wykonania i protokolarnego przekazania całości prac objętych umową wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1% wartości brutto całości wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia. Wyżej opisane kary miały być niezależne od siebie. W dniu 13 lutego 2009 r. wykonawca przekazał inwestorowi projekt technologiczny.

W dniu 31 marca 2009 r. strony podpisały aneks nr (...), zgodnie z którym zamawiający powierzył wykonawcy do wykonania ponad zakres wynikający z umowy nr (...) z dnia 4 kwietnia 2007 oraz aneksy nr (...) prace opisane w załączniku do tego aneksu na łączną kwotę 182 776,00 zł. Równocześnie zmieniono termin zakończenia robót budowlano-montażowych na dzień 15 kwietnia 2009 r.

W trakcie prowadzenia robót inwestor wprowadzał zmiany do projektu skutkujące zmianą zakresu prowadzonych robót. Inwestor zmienił m.in. rodzaj technologii w jakiej miała zostać wykonania elewacja budynku, rodzaj drzwi mających zostać zamontowanych w obiekcie z drewnianych na aluminiowe. Inwestor zmienił również planowany wystrój wnętrz, co skutkowało opóźnieniem w dostarczeniu pozwanemu kinkietów.

W dniu 2 czerwca 2009 r. (...) „ (...) (...) P.” wystąpiła do Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego dla (...) W. o przeprowadzenie czynności związanych z dopuszczeniem do użytkowania obiektu sauny tzw. bani.

W dniu 19 czerwca 2009 r. w Dzienniku Budowy p.o. kierownika budowy E. Z. zgłosił do odbioru końcowego wykonanie budynku sauny „bani”, roboty budowlane, elektryczne i sanitarne o czym poinformował inwestora.

Po dokonaniu kontroli inspekcja sanitarna zgłosiła uwagi co do m.in. funkcjonowania wentylacji w budynku sauny, jak również wskazała, że w pomieszczeniu porządkowym należy wymienić zlewozmywak na dwukomorowy. Ponadto inspekcja stwierdziła zakrycie sufitem podwieszanym wywiewu zużytego powietrza z pomieszczenia bufetu oraz z pomieszczenia zaplecza bufetu, nie wykonanie aneksu porządkowego zaprojektowanego w przedsionku prowadzącym do zaplecza bufetu, nie zamontowanie dwudziałowej szafki ubraniowej dla personelu bufetu. Państwowa Inspekcja Pracy zaleciła zamontowanie dodatkowych poręczy na schodach oraz zabezpieczenie dużych tafli szyb przed przypadkowym rozbiciem.

Odbiór końcowy inwestycji przez komisję powołaną zgodnie z zarządzeniem Prezesa Fundacji „ (...) – (...) P.” nr (...) wg sprawozdania z dnia 3 lipca 2009 r. rozpoczęto 30 czerwca 2009 i prowadzono do 3 lipca 2009 r. W końcowym wniosku komisja zawnioskowała o przerwanie odbioru końcowego obiektu i przekazanie wykonawcy wykazu usterek oraz wyznaczenie nowego terminu odbioru na dzień 20 lipca 2009 r., wskazując, że nie ma możliwości zgłoszenia obiektu do użytkowania, gdyż Państwowa Inspekcja Pracy i Sanepid zgłosili zastrzeżenia do obiektu, nie jest zakończona przebudowana instalacja wentylacji, brak elektrycznego systemu obsługi klientów i nie ustalono terminu jej wykonania, ponadto obiekt nie jest przygotowany do odbioru (nie jest posprzątanym i występują liczne usterki według załączonego wykazu). W opisie dołączonym do sprawozdania obiektów i pomieszczeń uwidoczniło usterki obiektu m.in. nieprawidłowo pomalowane ściany oraz sufit z widocznymi zaciekami, szpary w podłogach, nieprawidłowo wykonaną obróbkę okien i drzwi, brak odbojników przy drzwiach, brudne oprawy oświetleniowe i listwy. Ponadto w pomieszczeniu Sauna-Bania stwierdzono brak ciepłej wody w kranie, brak wentylacji w saunie i przedsionku, widoczne szpary w łączeniach w suficie, niedokręcone śruby, brudne okna i podłogi.

Pismem z dnia 20 lipca 2009 r. powód powiadomił pozwanego o usunięciu usterek oraz wykonaniu zaleceń Państwowej Inspekcji Pracy oraz Sanepidu dotyczących wykonawcy.

W dniach 29 i 31 lipca 2009 r. inspektorzy nadzoru robót przeprowadzili wizję lokalną w pomieszczeniach „bania” w celu sprawdzenia kompletności usunięcia usterek zgłoszonych przez Komisję ds. odbioru końcowego „bani” w dniach 30.06-3.07.2009 r. Po przeprowadzeniu kontroli stwierdzono, że nie usunięto m.in. następujących usterek: szpar w podłogach, zamazanych listew, nie doczyszczono listew aluminiowych, ościeżnic drzwiowych, a także stwierdzono, że w pomieszczeniu Sauna-Bania nie działa wentylacja w przedsionku. Stwierdzono ponadto konieczność dokonania licznych poprawek malarskich, poprawienia obróbki drzwi i okien, wykonania lepszego silikonowania.

W dniu 14 sierpnia 2009 r. komisja odbioru dokonała kolejnego przeglądu obiektu „bani” i wniosła uwagi odnośnie gotowości obiektu do odbioru końcowego inwestycji. Podczas kolejnego przeglądu ponownie stwierdzono szpary w podłodze, zamazane listwy, widoczne wkrety w listwach, nie poprawione łączenia ścian, nie poprawione silikonowanie, niedoczyszczone ościeżnice drzwiowe, wgniecione drzwi do wc. W pomieszczeniu Sauna-Bania nie wykonano z wymienionych pierwotnie usterek: braku ciepłej wody, braku wentylacji w przedsionku, rowki okapane żywicą, zdeptana podłoga drewniana oraz schody drewniane. Po dokonanych przeglądzie komisja stwierdziła, że obiekt nie jest gotowy do użytkowania. Wykonawca zgłosił zdanie odrębne, że obiekt jest gotowy do użytkowania. Przewodniczący komisji poinformował, że dalsza realizacja prac i usunięcia wad powierzone zostanie osobie trzeciej na koszt wykonawcy.

W dniu 18 sierpnia 2009 r. odbyło się spotkanie w sprawie inwestycji „bania” zarząd mając na uwadze dążenie do szybkiego zakończenia inwestycji zdecydował o kontynuowaniu przez pozwanego prac polegających na usuwaniu wad i usterek. Wykonawca zobowiązał się do zakończenia usuwania usterek do 31 sierpnia 2009 r.

W dniu 31 sierpnia 2009 r. komisja ds. odbioru końcowego inwestycji p.n. rozbudowa odnowy biologicznej, budowa rosyjskiej bani, dokonała ponownego przeglądu obiektu w wyniku którego ustalono, że prace poprawkowe mające na celu usuwanie usterek potwierdają do końca tygodnia wraz z niwelacją terenu. Wstępny termin przekazania obiektu do użytkowania wraz z pozwoleniami zaplanowano na koniec września 2009 r.

W dniu 9 października 2009 r. Państwowy Inspektor Nadzoru Budowlanego wydał decyzję nr (...), na mocy której udzielił pozwolenia na użytkowanie budynku sauny (tzw. Bani).

Państwowy Powiatowy Inspektor Sanitarny w piśmie skierowanym do (...) „ (...) – (...) P.”, nie sprzeciwił się dopuszczenia do użytkowania budynku Sauny (tzw. Bani).

W dniu 5 listopada 2009 r. strony podpisały protokół odbioru końcowego i przekazania inwestycji pn. rozbudowa odnowy biologicznej, budowa rosyjskiej bani objętej umową nr (...) wraz z aneksami (...). Komisja stwierdziła, że obiekt po uzupełnieniu wyposażenia przygotowany jest do eksploatacji w dniu 5 listopada 2009r.

Przyczyną powstałego opóźnienia w terminie zakończenia inwestycji było zbyt późne opracowanie przez powoda projektu technologicznego, a także mające miejsce po zawarciu aneksu nr (...) do łączącej strony umowy niedocenienie przez pozwanego wymagań powoda w zakresie jakości wykonanych robót.

Pismem z dnia 6 maja 2010 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 986.216,84 zł wynikającej z rozliczenia noty księgowej nr (...)r. z dnia 12 listopada 2010 r. Brak wpłaty całości należności w terminie do dnia 15 maja 2010 r. spowoduje konieczność skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego z powództwem o zapłatę.

Pomimo upływu określonego terminu pozwany nie odpowiedział na wezwanie powoda do zapłaty.

Łączna wartość całości powierzonych wykonawcy prac wyniosła 3.064.420 zł

Sąd Okręgowy wyjaśnił, iż powyższy stan faktyczny ustalił na podstawie wskazanych powyżej, niewymagających dowodu bezspornych twierdzeń stron i faktów przez strony przyznanych oraz uznanych za przyznane, a ponadto dowodów w postaci powołanych dokumentów, które w ocenie Sądu nie budzą wątpliwości, co do swej mocy dowodowej. Ponadto stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie zeznań świadków P. K. (1), M. Z., R. W., J. F., P. T., B. A., M. M. (2), J. H., E. S., J. C., P. K. (2), J. S., E. P., R. P. oraz stron procesu – w imieniu powódki J. T. oraz pozwanego E. Z., które uznał za wiarygodne i pomocne dla potrzeb ustalenia stanu faktycznego w niniejszej sprawie.

Sąd oparł się również na dowodach w postaci złożonych do akt sprawy opiniach biegłych z zakresu budownictwa K. G., B. D., przy czym za najistotniejszą i kluczową dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu w niniejszej sprawie Sąd uznał opinię biegłego sądowego W. B. (1), w tym opinii ustnej. Powyższą opinię Sąd podzielił w całości, uznając je za sporządzoną fachowo oraz uznając ją za stanowczą, jasną, rzeczową i wyczerpującą. Dlatego też oparł się na niej w całości, przyjmując wnioski zawarte w opinii za własne.

Sąd Okręgowy uznał, że powództwo zasługiwało na uwzględnienie w pełnym zakresie.

Zawartą przez strony w dniu 4 kwietnia 2007 r. umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie projektu i realizacja inwestycji pn. rozbudowa Odnowy Biologicznej, budowa rosyjskiej bani w zakresie robót budowlano-montażowych, inżynierskich oraz wyposażenia, należy zakwalifikować jako umowę o roboty budowlane.

Zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

W myśl art. 649 k.c. w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy.

Podstawowym uprawnieniem zamawiającego jest uzyskanie wykonanego obiektu budowlanego, który stanowi materialny rezultat, a podstawowym uprawnieniem wykonawcy jest otrzymanie wynagrodzenia w umówionej przez strony wysokości. Przed zmaterializowaniem się określonego w umowie rezultatu (budynku, obiektu) istnieje w świadomości stron pewne jego wyobrażenie, „abstrakcyjny pierwowzór”, ujęty w ramach projektu budowlanego. Natomiast w obecnych warunkach ekonomicznych należy wyeksponować w pełni interes wykonawcy, dla którego najważniejsza jest perspektywa osiągnięcia konkretnego zysku.

Jeżeli w toku realizacji inwestycji pojawi się konieczność wykonania prac dodatkowych, nieobjętych w zestawieniu robót, wykonawca nie może uzależnić ich wykonania od podwyższenia umówionego wynagrodzenia ryczałtowego. Profesjonalny wykonawca musi odznaczać się bowiem znajomością rzeczy i obliczając wysokość wynagrodzenia, powinien przewidzieć niezbędny zakres prac. Dotyczy to jednak robót związanych z wykonaniem budynku w jego kształcie określonym w projekcie. Jeżeli bowiem w toku robót pojawi się potrzeba wykonania dodatkowych elementów budynku, które nie były przewidziane w umowie i w projekcie, to strony mogą - ale nie muszą - w drodze porozumienia poszerzyć zakres robót i zwiększyć wynagrodzenie. Dokonuje się tego drogą aneksu do już zawartej umowy.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy zważyć należy, że zarówno w łączącej strony umowie z dnia 4 kwietnia 2007 r. nr (...), jak i w kolejno zawieranych trzech aneksach do tej umowy, wyraźnie podkreślono wagę bezusterkowego wykonania robót budowlanych. Zgodnie bowiem z umową wykonawca zobowiązał się do oddania, a zamawiający do odebrania całości lub części robót objętych umową po stwierdzeniu należytego oraz bezusterkowego ich wykonania. Warunkiem dokonania odbioru końcowego miało być zgłoszenie do odbioru potwierdzone zapisem Inspektora Nadzoru w dzienniku budowy i przedstawienie przez wykonawcę wyników prób i sprawdzeń, a także protokołów odbiorów branżowych z udziałem użytkownika, wynikających z warunków technicznych wykonania i odbioru robót oraz Polskich Norm.

Powód domagał się zasądzenia od pozwanego kwoty 379.988,08 zł tytułem kary umownej za nie zrealizowanie przez wykonawcę inwestycji w ustalonym terminie. Pozwany konsekwentnie podnosił, że opóźnienia powstałe w trakcie realizacji robót wynikały wyłącznie z niewywiązania się przez stronę powodową z obowiązków ciężących na niej jako inwestorze oraz braku należytego współdziałania z pozwanym w trakcie realizacji tej inwestycji. Pozwany zarzucał inwestorowi, że na skutek wprowadzania dużej ilości zmian wpływających na zakres robót nie był w stanie oddać w umówionym terminie inwestycji bez wad. Pozwany w swojej argumentacji pomija jednakże, że na skutek zmiany pierwotnego planu inwestycji oraz zwiększenia zakresu robót strony zawierały dodatkowe aneksy do umowy, w których wydłużano termin zakończenia inwestycji, a także zwiększano wysokość wynagrodzenia. O ile w umowie z dnia 4 kwietnia 2007 r. jako termin zakończenia realizacji inwestycji strony ustaliły na dzień 31 grudnia 2007 r., to już w aneksie nr (...) termin odbioru końcowego z uzyskaniem pozwolenia na uruchomienie i użytkowanie inwestycji w terminie ustalono na dzień 30 września 2008 r., zaś w aneksie z dnia 6 lutego 2009 r. jako ostateczny termin wykonania całości prac objętych umową z dnia 4 kwietnia 2007 r. strony ustaliły na dzień 1 lipca 2009 r. Z powyższego wynika, że każda istotna zmiana zakresu robót powodowała zawieranie przez strony dodatkowego aneksu do łączącej strony umowy, w którym wydłużano ostateczny termin całkowitego zakończenia inwestycji. Pozwany, jako profesjonalny podmiot prowadzący działalność gospodarczą polegającą na prowadzeniu robót budowlanych, godząc się na zawarcie z powodem umowy wraz z kolejnymi aneksami, powinien przewidywać czy w ustalonym w umowach terminie będzie w stanie zrealizować całość inwestycji. Pozwany zarzucał także m.in., że inwestor już w końcowej fazie inwestycji dokonał zmiany w wystroju wnętrza poprzez zmianę instalowanych kinkietów, a także dokonał zmiany rodzaju technologii, w jakiej miała zostać wykonana elewacja budynku. Pozwany podnosił także, że powód nie dostarczył na czas niezbędnych elementów wyposażenia budynku oraz nie dokonał wchodzących w zakres jego czynności dotyczących montażu urządzeń sanitarnych.

W ocenie Sądu pozwany w żaden sposób nie wykazał, że powyższe zmiany miały jakikolwiek wpływ na brak możliwości oddania obiektu bez wad w umówionym terminie. W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż powołana komisja celem odbioru inwestycji stwierdziła szereg drobnych wad polegających przede wszystkim na niedoczyszczeniu niektórych powierzchni i elementów wyposażenia budynku, źle pomalowanych ścian, nie zamontowaniu niektórych elementów

wyposażenia budynku będących w zakresie czynności pozwanego, np. poręczy, odbojników. Poważniejsze wady dotyczyły nieprawidłowo działającej wentylacji, nieprawidłowo spasowanych listew na ścianach oraz braku ciepłej wody w niektórych częściach budynku. A zatem stwierdzone wady nie miały żadnego związku z opóźnieniem przez inwestora dostarczenia kinkietów, mebli czy też zmiany technologii, w której wykonana została elewacja budynku.

Pozwany nie wykazał, że nie był w stanie odpowiednio zabezpieczyć miejsc, w których miały zostać zainstalowane kinkiety. Powyższa okoliczność ma bardzo istotne znaczenie, gdyż pozwany mógłby zgłosić zarzut inwestorowi, że nie zamontowanie kinkietów jest konsekwencją ich niedostarczenia w wymaganym terminie. Tymczasem brak podstaw do uznania, że stwierdzone w protokołach odbioru usterki miały jakikolwiek związek ze zbyt późno zamontowanymi kinkietami bądź innymi elementami wyposażenia wnętrza.

Sąd Okręgowy zgodził się z twierdzeniem biegłego W. B. (1), że pozwany po podpisaniu aneksu nr (...) z dnia 31 marca 2009 r. powinien zintensyfikować roboty wykończeniowe i stosować nadzór na swoimi pracownikami, mający na celu uzyskanie wysokiej jakości prowadzonych prac wykończeniowych. Znamienne jest również, że pomimo kilkukrotnie przeprowadzanych odbiorów inwestycji, komisja za każdym razem stwierdzała liczne te same drobne uchybienia w postaci m.in. nie wyczyszczenia powierzchni, nieprawidłowo pomalowanych ścian, źle spasowanych listew. Nawet w dniu ostatecznego odbioru wykonawca nie naprawił wszystkich usterek. Pozwany nie zdołał wyjaśnić, dlaczego pomimo tak długiego okresu prowadzenia odbiorów nie udało mu się usunąć większości drobnych usterek, których zniwelowanie nie wymagało poświęcenia dużych nakładów.

Zdaniem Sądu Okręgowego z całokształtu okoliczności niniejszej sprawy wynika, że strony wskazywały na zupełnie różne przyczyny opóźnienia zakończenia inwestycji. Powód powoływał się na liczne uchybienia szczegółowo opisane w protokołach odbioru. Przy czym co istotne powyższych uchybień pozwany co do zasady nie kwestionował (za wyjątkiem zastrzeżeń dotyczących działania wentylacji). Pozwany natomiast powoływał się na opóźnienia w dostarczaniu elementów wyposażenia budynku przez powoda, a także dokonywanie przez pozwanego licznych zmian nawet w końcowym etapie inwestycji.

Ponieważ w ocenie Sądu Okręgowego pozwany nie wykazał, że stwierdzone przez komisję odbioru uchybienia były skutkiem spowodowanego przez powoda opóźnienia w dostarczaniu elementów wyposażenia budynku i wprowadzanych zmian w projekcie, należało w pełni podzielić przedstawioną przez powoda argumentację zawartą w pozwie, która dodatkowo została udokumentowana obszernym zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym.

Sąd Okręgowy w pełni podzielił także wniosek biegłego, że do kłopotów przyczyniających się w konsekwencji do opóźnienia realizacji inwestycji zaliczyć należy późne otrzymanie przez inwestora projektu technologicznego, co miało miejsce dopiero w dniu 17 lutego 2009 r. Poprawiony projekt został przekazany inwestorowi praktycznie w końcowej fazie realizacji budowy. Jak wskazał biegły w projekcie technologicznym zawarte są wszystkie żądania inwestora, podane muszą być wszystkie parametry urządzeń przewidzianych w obiekcie przyjęte technologie, wielkości parametrów poszczególnych pomieszczeń. Gdyby projekt technologiczny był opracowany w pierwszej fazie prac projektowych mogłyby nie wystąpić problemy z pomieszczeniem solarium, czy spór co do wysokości temperatury w pomieszczeniu natrysków. Nawet sporne sprawy montażu solarium jak przy ewentualnej wymianie należy wyburzyć ściankę i po zamontowaniu nowego urządzenia ściany zamurować powinien rozstrzygnąć jednoznacznie projekt technologiczny. Sąd podzielił także wniosek końcowy, że w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w szczególności protokołów komisji odbioru wynika, że główną przyczyną opóźnień terminu zakończenia inwestycji było późne opracowanie projektu technologicznego po terminie 31 marca 2009 r., tj. terminie zawarcia aneksu nr (...) oraz niedocenienie przez pozwanego wymagań powoda w zakresie jakości wykonanych robót. Dodać należy, iż za wady w postaci m.in. braku ciepłej wody w niektórych częściach budynku odpowiedzialny jest pozwany również z tego względu, że jako projektant powinien przewidzieć jakiej technologii przy montażu urządzeń hydraulicznych należy użyć, ażeby ciepła woda była dostępna w całym budynku.

Z uwagi na powyższe uznać należy, że do opóźnienia w oddaniu inwestycji przyczynił się pozwany, a zatem powództwo ma uzasadnione podstawy.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut pozwanego dotyczący nieprawidłowo wyliczonej przez powoda wysokości kary umownej.

Zgodnie z art. 484 § 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody.

Zgodnie z § 4 pkt 6a aneksu nr (...) łączącej strony umowy w przypadku uchybienia przez wykonawcę terminowi udostępniania pomieszczeń lub terminowi zakończenia prac budowlanych wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1% wartości brutto całości wynagrodzenia jakie wykonawca ma otrzymać z tytułu realizacji umowy z dnia 4 kwietnia 2007 r. wraz ze wszystkimi aneksami za każdy dzień opóźnienia. Zgodnie z § 4 ust. 2 pktb w przypadku uchybienia przez wykonawcę terminowi wykonania i protokolarnego przekazania całości prac objętych umową z dnia 4 kwietnia 2007 r. wraz ze wszystkimi aneksami wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1% wartości brutto całości wynagrodzenia jakie wykonawca ma otrzymać z tytułu realizacji umowy z dnia 4 kwietnia 2007 r. wraz ze wszystkimi aneksami za każdy dzień opóźnienia. Wyżej opisane kary są niezależne od siebie (§ 4 ust. 2 pkt c).

Powyższa regulacja umowna dotycząca zasady naliczania kary umownej jest w ocenie Sądu Okręgowego jasna, a przeprowadzona przez pozwanego interpretacja powyższych zapisów umownych nie może się ostać.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była jedynie kwota naliczonej przez powoda kary umownej za okres od 1.07.2009 – 05.11.2009 r. tj. 124 dni z tytułu uchybienia przez pozwanego ostatecznemu terminowi wykonania prac wraz z pozwoleniem na użytkowanie. Zatem powód obciążył pozwanego karą umowną w wysokości 379 988,08 zł na podstawie § 4 ust. 6b aneksu nr (...) do łączącej strony umowy.

Pozostała część kary umownej, jaką pozwany obciążył powoda, nie była przedmiotem sporu w niniejszej sprawie, tak więc przedstawioną w tym zakresie argumentację pozwanego odnoszącą się do błędnego sumowania przez powoda naliczonych kar pieniężnych za nieterminowe zrealizowanie poszczególnych etapów inwestycji należy uznać za bezprzedmiotową.

Strony nie kwestionowały, że wartość całości prac powierzonych wykonawcy wynosi 3 064 420 zł, a liczba dni opóźnienia wynosiła 124. Tak więc 0,1% z kwoty 3 064 420 zł to 3 064,42 zł. Liczna dni opóźnienia powoda wynosiła 124 dni, a zatem łączna kwota kary umownej wynosi 379 988,08 zł.

Brak było także podstaw do uznania, że zachodzą podstawy do zmniejszenia kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.p.c., gdyż wykonanie zobowiązania przez pozwanego w znacznej części przed końcowym odbiorem nie miało znaczenia dla powoda, ponieważ nadal uniemożliwiało korzystanie z obiektu. Nie można także uznać, że dochodzona kara umowna jest rażąco wygórowana. Katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty. Okolicznością uzasadniającą miarkowanie kary umownej może być w szczególności dysproporcja pomiędzy wysokością zastrzeżonej kary umownej, a interesem wierzyciela chronionym za pomocą takiej kary. Wśród okoliczności rzutujących na możliwość miarkowania kary umownej jako rażąco wygórowanej wskazuje się na stopień winy dłużnika, jeśli na tej zasadzie oparta jest odpowiedzialność, brak szkody lub jej niewielki rozmiar, stosunek kary umownej do wartości spełnionego świadczenia. W ocenie Sądu Okręgowego między wysokością kary umownej, a uszczerbkiem w interesie powódki nie zachodzi dysproporcja, zaś tak znaczna wysokość kary umownej wynika ze znacznego opóźnienia pozwanego. Ponadto powód dochodzi w niniejszym procesie tylko części kary umownej, w której to części zdaniem Sądu nie można uznać za wygórowaną. Zasadność tego zarzutu należałoby natomiast rozważyć w przypadku domagania się przez powoda dalszej części kary umownej.

Mając powyższe na uwadze Sąd uznał powództwo za zasadne i na mocy wyżej powołanych przepisów orzekł jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach procesu Sąd orzekł zgodnie z zasadą odpowiedzialnością za wynik procesu wyrażoną w art. 98 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniósł pozwany.

Pozwany w swej apelacji podniósł następujące zarzuty:

- naruszenie prawa a mianowicie art. 484 k.c. w zw. z art. 471 k.c. poprzez uznanie, iż pozwany nie zdołał w terminie zrealizować inwestycji, podczas gdy E. Z. w terminie zrealizował inwestycję i w dniu odbioru inwestor nie stwierdził żadnych wad oraz usterek niezgodnych z umową, w (...);

- naruszenie prawa materialnego a mianowicie art. 484 k.c. w zw. z art. 471 k.c. poprzez uznanie, iż pozwany ze swojej winy nie zdołał w terminie zrealizować inwestycji, podczas gdy E. Z. nie sposób jest przypisać winy za powstałe opóźnienia w pracach wykonywanych na podstawie łączącej strony umowy, a to wobec faktu, że wymagania strony powodowej co do jakości wykonanych prac były ponadprzeciętne i nie były zgodne z wymaganiami jakie strony określiły w łączącej je umowie;

- naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a mianowicie art. 233 § 1 k.p.c., art. 316 k.p.c. i 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, braku dostatecznego uzasadnienia selekcji i oceny dowodów, na których Sąd się oparł w zakresie prawidłowego ustalenia stanu i jakości robót, które miał wykonać pozwany, a które to wymagania zostały określone w łączącej strony umowie, podczas gdy obiektywna wszechstronna, zgodna z zasadami dedukcji, ocena przedstawionych przez pozwanego w toku rozprawy dowodów winna prowadzić do wniosku, iż strony uzgodniły, że prace zostaną wykonane przez pozwanego zgodnie z warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót oraz Polskimi Normami.

Podnosząc powyższe zarzuty, pozwany na podstawie art. 368 § 1 pkt. 5 k.p.c. wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów procesu według norm prawem przepisanych za I i II instancję, bądź uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego jest w znacznej części uzasadniona.

Nie ma sporu pomiędzy stronami, iż łącząca strony umowa jest umową o roboty budowlane. Powód dochodzi od pozwanego kar umownych z tytułu nieterminowego wykonania prac, będących przedmiotem umowy. Strony w umowie z dnia 4 kwietnia 2007 r. zmienionej aneksami, ostatecznie uzgodniły, iż termin realizacji prac to 1 lipca 2009 r. Powód dochodząc kar umownych wskazał, iż termin ten nie został dotrzymany, gdyż prace zostały odebrane dopiero 5 listopada 2009 r. Co prawda pozwany już w czerwcu 2009 r. zgłosił wykonane prace do odbioru, jednakże powód odmówił odbioru prac, gdyż komisja powołana do odbioru odmówiła odbioru z uwagi na stwierdzone usterki, a w umowie, strony uzgodniły, iż odbiór prac nastąpi dopiero wówczas, gdy dokonany zostanie odbiór bezusterkowy.

Dla oceny zasadności roszczeń powoda istotne znaczenie ma więc to, czy odmowa odbioru prac była uzasadniona.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego ocena tej kwestii przedstawiona przez Sąd Okręgowy wymaga korekty i to nie tyle w zakresie ustaleń faktycznych, które należy uznać za prawidłowe, co w zakresie ocen prawnych ustalonych faktów. Trzeba przede wszystkim zauważyć, iż nie każda wada stwierdzona w trakcie odbioru robót, może uzasadniać odmowę odbioru prac, nawet jeśli strony w umowie postanowiły, tak jak strony niniejszego sporu, iż odbiór robót ma być bezusterkowy. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto trafny pogląd, który należy podzielić, iż w sytuacji, gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 k.c.). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń, co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot

zamówienia będzie mógł być kwalifikowany, jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Stanowisko to znajduje uzasadnienie w potrzebie rozróżnienia niewykonania zobowiązania z nienależytym wykonaniem zobowiązania, kiedy zachowanie dłużnika jedynie częściowo pozostaje sprzeczne z treścią zobowiązania. Natomiast utożsamienie sytuacji gdy roboty budowlane nie zostały wykonane z sytuacją, gdy są one dotknięte wadami czyniłoby zbędną regulację art. 637 k.c. w zw. z art. 656 k.c. Ponadto naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, uzależniając odbiór, a tym samym płatność należnego wykonawcy wynagrodzenia, od wykluczenia istnienia jakiegokolwiek wady w chwili oddania przedmiotu zamówienia, jak i umożliwiając naliczanie kary umownej za niedotrzymanie terminu realizacji umowy warunkowanej przedstawieniem robót do odbioru w stanie idealnym, co w praktyce jest trudne do realizacji (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, z dnia 30 października 2002 r. V CKN 1287/00, z dnia 8 stycznia 2004 r. I CK 24/03, z dnia 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07, z dnia 9 września 2011 r., I CSK 696/10).

Mając na uwadze powyższe, uznać należy, iż zapis umowy zawartej przez strony, mówiący, iż odbiór prac nastąpi jedynie wówczas, gdy zostanie sporządzony protokół odbioru bezusterkowego, pozostaje w sprzeczności z art. 647 k.c., statuującym obowiązek inwestora odbioru prac, zatem zapis ten nie może być uznany za wiążący. Zdaniem Sądu Apelacyjnego brak jest podstaw do uznania, iż zamieszczając w umowie zapis wiążący obowiązek zapłaty kar umownych z brakiem bezusterkowego odbioru robót, uzgodniły przyjęcie przez pozwanego odpowiedzialności za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi w rozumieniu art. 473 k.c. Ani powód, ani pozwany nie wskazywali w toku postępowania, iż taki był zgodny zamiar stron i cel umowy. Co więcej, rozszerzając na podstawie art. 473 § 1 k.c. odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej (art. 483 § 1 k.c.), strony muszą w umowie wyraźnie określić, za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Nie mogą to być okoliczności obciążające wierzyciela (art. 353¹ k.c.) (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2013 r. I CSK 748/12).

W sytuacji, gdy to powód odmówił odbioru robót, winien wykazać, iż uzasadnione to było istnieniem wad istotnych, a więc takich, które przesądzają o tym, że obiekt został wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady były na tyle istotne, że obiekt nie nadawał się do użytkowania. Zdaniem Sądu Apelacyjnego ciężar dowodu tych okoliczności spoczywał na powodzie.

Mając powyższe na uwadze uznać należy, iż wszelkie, nawet liczne uchybia, które stały się podstawą odmowy odbioru robót, które nie tylko biegli, ale i świadkowie określili mianem „estetycznych”, nie mogą uzasadniać twierdzenia, że pozwany dopuścił się zwłoki uzasadniającej naliczanie kar umownych. Z opinii biegłego W. B. wynika, iż przyczyną odmowy odbioru robót były właśnie kwestie natury estetycznej, zdaniem biegłego nie były to kwestie niezgodności realizacji obiektu z projektem. Również biegły B. D. w swej opinii nie stwierdził, by którakolwiek z kwestii wytkniętych pozwanemu w protokole Komisji powołanej do odbioru robót miała taki właśnie charakter.

Powód nie przedstawił dowodu, który świadczyłby o tym, iż którakolwiek z wad ujętych w protokołach z prac komisji powołanej do odbioru robót, miała takich charakter, tj. by świadczyła o realizacji robót niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub by wady te były na tyle istotne, że obiekt nie nadawał się do użytkowania

Trzeba jednakże zauważyć, iż odmowa przyjęcia robót uzasadniana była również wynikami kontroli przeprowadzonych przez PiP i Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego. Państwowa Inspekcja Pracy już w piśmie z dnia 17 czerwca 2009 r. zajęła stanowisko, nie zgłaszając sprzeciwu co do zamierzonego przejścia obiektu do użytkowania. Wniosła co prawda uwagi co do oznakowania skrzydła drzwiowego i poręczy, ale wobec braku sprzeciwu do użytkowania uznać należy, iż zastrzeżenia PIP nie dawały podstaw do odmowy dokonania odbioru obiektu.

Jeśli natomiast chodzi o kontrolę Sanepidu, to w protokole z kontroli przeprowadzonej 17 czerwca 2009 r. wskazane zostało, że Powiatowy Inspektor Sanitarny zgłosił zastrzeżenia co do braku wydzielenia szafki ubraniowej 2-działowej dla personelu (zamontowana była szafka jednodrzwiowa), niewykonanie szafy ze zlewem porządkowym na zapleczu bufetu i zakrycie sufitem podwieszanym wywiewu z bufetu oraz wywiewu z zaplecza bufetu. Co więcej, w piśmie z dnia

30 czerwca 2009 r. Sanepid wskazał na to, że inwestor nie przedstawił dokumentacji ilustrującej sposób wentylacji sauny błotnej, co uniemożliwiało kontrolę (k. 429).

Brak pozytywnego stanowiska Sanapidu był przeszkodą do uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu.

W piśmie z dnia 26 czerwca 2009 r. (k. 419) powód wskazał dodatkowo na niedokończenie próby prawidłowego funkcjonowania solarium, niewyjaśnienie kwestii wentylacji sauny, zlikwidowanie kapania żywicy z sufitu i konieczność wykonania zaleceń Sanapidu i PIP.

Analizując kwestie podniesione przez Sanepid, wskazać należy, iż pomiędzy stronami w trakcie realizacji robót doszło do uzgodnienia, iż to powód wyposaży aneks, tj. uczyni to firma zewnętrzna na zlecenie powoda, i tak też się stało. Wynika to z zeznań świadka P. K. (3) – inspektora nadzoru i R. W. – inspektora nadzoru w zakresie urządzeń sanitarnych oraz P. K. (2) – koordynatora z ramienia powoda zajmującego się kwestiami wyposażenia wnętrz. Z zeznań P. K. (2) wynika, iż po kontroli Sanapidu powód zażądał aneksu porządkowego zgodnie z projektem. Zatem zastrzeżenia Sanapidu do wyposażenia pomieszczenia zaplecza, w zakresie, w jakim dotyczyły prac wykonanych przez firmę zewnętrzną na zlecenie powoda, nie mogą obciążać pozwanego, zwłaszcza gdy wyposażenie aneksu zostało dokonane niezgodnie z projektem.

Pozwany obowiązany był natomiast do odkrycia 2 kratek wentylacyjnych, które zakryte były sufitem z karton-gipsu i te prace pozwany wykonał. Z zeznań świadka R. W. wynika, iż brak sprzętu do aneksu porządkowego spowodował opóźnienie ok. 1-2 miesięcy.

Pozwany w piśmie z dnia 20 lipca 2009 r. (k.469) zgłosił wykonanie zaleceń PIP i Sanapidu w takim zakresie, w jakim dotyczyły prac przez niego wykonanych i ze strony powoda nie było zastrzeżeń w tym zakresie. W dalszym ciągu pomiędzy stronami toczyła się natomiast dyskusja na temat wykonania prac związanych z wyposażeniem zaplecza. Pozwany ostatecznie dokonał na prośbę powoda montażu wyposażenia pomieszczenia zaplecza z własnej woli, co potwierdzili w swych zeznaniach świadkowie P. K. (3) i M. M. (2) – koordynator administracyjny z ramienia inwestora. Z zeznań świadka B. A. – koordynatora inwestycji z ramienia fundacji wynika, iż po dostarczeniu nowego wyposażenia wyposażenie to nie pasowało do istniejących już odpływów wykonanych zgodnie z projektem. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, konsekwencje konieczności zmiany wyposażenia aneksu i opóźnienia z tego faktu wynikającego, jak zostało to już wyżej wskazane, obciążają powoda, a nie pozwanego. W konsekwencji nie można przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika (wyrok Sadu Najwyższego w dnia 27 września 2013 r. I CSK 748/12).

Powód rozwiązał też problem brakującej ścianki działowej, pomimo tego, iż wcześniej ścianka działowa została rozebrana w porozumieniu z inwestorem, z uwagi na konieczność zastąpienia drzwi drewnianych drzwiami aluminiowymi, bo takie życzenie zgłosił inwestor. Powód ostatecznie zamontował ściankę działową, jak i wywiew na zapleczu bufetu. Realizację tych prac potwierdzili w swych zeznaniach świadkowie. Należy zatem przyjąć, iż pozwany faktycznie te prace wykonał.

Co prawda w piśmie z dnia 30 czerwca 2009 r. Sanepid wskazał jeszcze na konieczność dostarczenia dokumentacji dot. wentylacji łaźni błotnej, ale tę zakupił powód i to on był w dyspozycji dokumentacji i ostatecznie dokumentacja ta została złożona. Potwierdzili to świadkowie M. M. (2) i B. A. – koordynatorzy z ramienia inwestora. Z zeznań świadka R. W. wynika, iż były zastrzeżenia ze strony powoda do funkcjonowania wentylacji banii, ale pomiary podczas prób mieściły się w normie. Pomimo to inwestor nie był zadowolony i żądał kontynuowania prób.

Pozostałe kwestie, które legły u podstaw odmowy odbioru prac przez inwestora, nie uniemożliwiały użytkowania obiektu i jak wynika z zeznań świadka B. A. i opinii pisemnej oraz ustnych wyjaśnień biegłego W. B., dotyczyły kwestii estetycznych. Biegły wskazał w swej opinii i ustnych wyjaśnieniach, iż przyczyną odmowy odbioru prac były wygórowane wymagania inwestora w kwestiach estetycznych, uzasadnione, jego zdaniem, treścią umowy, w której

zastrzeżono, iż odbiór ma być bezusterkowy. Kierując się swym doświadczeniem życiowym biegły zaistniałą sytuację ujął jako chęć inwestora „zgubienia wykonawcy” i określił powoda jako „bezwzględnego inwestora”. Biegły uznał, że gdy wykonawca zgłosił prace do odbioru, to roboty objęte umową były wykonane. Zdaniem Sądu Apelacyjnego o tym, że w istocie przyczyną odmowy odbioru prac były kwestie estetyczne, świadczą protokoły komisji odbioru, w których drobiazgowo wymienione zostały takie usterki, które stały się przyczyną odmowy odbioru robót. Lista tych usterek jest długa, jedynie tytułem przykładu wskazać należy takie zastrzeżenia, jak konieczność doczyszczenia osprzętu elektrycznego, nierówności na suficie, zamazaną obudowę głośnika, poprawki malarskie wokół okien, szpary w podłodze, konieczność ponownego wykonania olejowania podłogi, konieczność wymiany kratki wentylacyjnych, konieczność poprawienia malowania na łączeniach między ścianą a sufitem, odchodzący pilaster od ściany, szpary pomiędzy podłogą a listwą przypodłogową, widoczne wkręty w listwach. Tego typu zastrzeżenia zostały zgłoszone odnośnie pomieszczenia podwójnego masażu B1.12. w protokole z kontroli przeprowadzonej 30.06-3.07.2009 r. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, bez specjalistycznej wiedzy można uznać, iż tego typu zastrzeżenia nie były na tyle istotne, by z ich powodu obiekt nie nadawał się do użytkowania. Tego typu uchybienia mogły być podstawą roszczeń z tytułu rękojmi, zwłaszcza że z umowy wynika, iż powód zatrzymał kaucję gwarancyjną dość znacznej wysokości. Zastrzeżenia dotyczące pozostałych pomieszczeń mają podobny charakter – dotyczą kwestii estetycznych. Świadczy o tym również protokół Komisji z dnia 30 lipca 2009 r. (k. 478), w którym w dalszym ciągu wskazano na takie uchybienia, jak brak odbojnika, szpary pomiędzy podłogą a listwą przypodłogową itp. Większość uwag dotyczy konieczności doczyszczenia wskazanych w protokole elementów, a nawet skoszenia trawy. Biegły sądowy W. B. (1) wskazał, iż zastrzeżenia powoda jako inwestora dotyczyły w istocie kwestii estetycznych. Te z pewnością nie stanowiły przeszkody do użytkowania obiektu, nie mogą też być uznane za istotne. Biegły wskazał, że nie stwierdził żadnego odstępstwa od projektu.

W protokole Komisji powołanej do odbioru, która dokonała przeglądu obiektu w dniach 30.06-3.07.2009 r. mowa jest o konieczności wykonania zalecań PIP i Sanepidu. Zalecenia Sanepidu, jako niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie, mogły być traktowane jako okoliczności uniemożliwiające korzystanie z obiektu, ale jak zostało to już wyżej wskazane, zalecenia te w takim zakresie, w jakim obciążały pozwanego, zostały wykonane do 20 lipca 2009 r.

Zatem o zwłoce pozwanego z uwagi na niewykonanie prac niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynku można mówić jedynie przez okres od 1 lipca do 20 lipca 2009 r., a więc przez okres 20 dni. Kara umowna za ten okres to 61 288,40 zł (20 x 3064,42 zł = 61 288,40 zł).

Tym niemniej, zdaniem Sądu Apelacyjnego, za zasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 484 § 2 k.p.c. poprzez odmowę miarkowania kary umownej.

Za trafnością stanowiska pozwanego o zasadności jego żądania miarkowania kary umownej świadczy fakt, iż wśród przyczyn, które były podstawą odmowy odbioru robót, były również przyczyny leżące po stronie powoda, tj. dostarczenie niewłaściwej szafki i umywalki, a powód nie wykazał, by usunął te braki przed 20 lipca 2009 r. Przyjął zatem należy, iż konsekwencje tych uchybień winny obciążać również powoda. Poza tym, nie można stracić z pola widzenia, iż pozwany zrealizował duży obiekt, znaczna część prac była wykonana prawidłowo, zastrzeżenia, które mogły skutkować odmową pozwolenia na użytkowanie dotyczyły jedynie jednego pomieszczenia i w zasadzie bardzo drobnych kwestii (odsłonięcia kratki wentylacyjnych), a więc prac o znikomej wartości, natomiast zgodnie z umową kara umowna miała być naliczana od całości wynagrodzenia, zdaniem Sądu Apelacyjnego okoliczności te, wbrew stanowisku Sądu Okręgowego, uzasadniały miarkowanie kary umownej. W ocenie Sądu Apelacyjnego kara umowna obciążająca pozwanego, winna być obniżona do 30 %, czyli do kwoty 18 386,52 zł.

Strony w umowie powiązały termin zakończenia prac z przedłożeniem pozwolenia na użytkowanie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego okres, jaki upłynął pomiędzy skutecznym zgłoszeniem prac do odbioru, a uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, pomimo tego, iż w świetle literalnego brzmienia umowy z uzyskaniem tego dokumentu został powiązany termin wykonania całości prac, nie może być podstawą żądania kar umownych. Pozwany występując o pozwolenie na użytkowanie działał nie w swoim imieniu, a jedynie jako pełnomocnik powoda, zastrzeżenie na rzecz powoda prawa do naliczania kar umownych za okres, który w żaden sposób nie był powiązany ze starannością pozwanego

i zależał li tylko od działania organów administracji, w sytuacji, gdy powód nie wykazał, by po stronie pozwanego leżały w tym zakresie jakiegokolwiek uchybienia, nie daje podstaw do twierdzenia, że doszło do nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanego. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 r. V CSK 362/07 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.). Z tego też względu przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej określane są przez pryzmat ogólnych przesłanek kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają - poza art. 483 k.c. - także przepisy o charakterze imperatywnym. Ocena skuteczności postanowienia umownego kreującego obowiązek zapłaty kary umownej podlega zatem kontroli w kontekście ograniczeń swobody umów (art. 353¹ k.c.), obejścia prawa, jak też ewentualnej sprzeczności z zasadami współzycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 k.c.).

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym częściowo w ten sposób, że oddalił powództwo co do kwoty 361 601,56 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 24 grudnia 2009 r. do dnia zapłaty.

Konsekwencją zmiany rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów procesu jest zmiana rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów procesu, ujętego w punkcie drugim zaskarżonego wyroku. Pozwany uległ jedynie co do niewielkiej części żądania powoda, dlatego też w oparciu o art. 100 zdanie drugie k.p.c. Sąd Apelacyjny ustalił, że (...) - (...) P. w W. winna zwrócić E. Z. całość kosztów procesu, przy czym ich szczegółowe wyliczenie pozostawił referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym w Warszawie i uchylił punkt trzeci zaskarżonego wyroku.

Zaskarżony wyrok został również zmieniony w punkcie czwartym w ten sposób, że kwota, która winna być zwrócona (...) - (...) P. w W. tytułem niewykorzystanej części zaliczki obniżona została do kwoty 147,36 zł, bowiem to z zaliczki powoda, jako strony przegrywającej w znacznej części proces, winny być pokryte nieuiszczone koszty sądowe.

Apelacja pozwanego w pozostałym zakresie, jako bezzasadna, została oddalona w oparciu o art. 385 k.p.c.

Powód jest stroną przegrywającą w znacznym zakresie również na etapie postępowania apelacyjnego, dlatego też Sąd Apelacyjny na podstawie art. 100 zdanie drugie k.p.c. zasądził od (...) - (...) P. w W. na rzecz E. Z. kwotę 15400 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego. Koszty te obejmują uiszczoną przez pozwanego opłatę od apelacji oraz wynagrodzenie pełnomocnika powoda ustalone w oparciu o § 2 w związku z § 6 pkt 7 i § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 461).

Nadto na podstawie art. 113 ust. 1 i 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Sąd Apelacyjny nakazał pobrać od (...) - (...) P. w W. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 10000 zł tytułem części opłaty od apelacji, od której uiszczenia pozwany był zwolniony.