

Sygn. akt VI A Ca 706/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 listopada 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Marzena Miąskiewicz

Sędzia SA – Jerzy Paszkowski

Sędzia SO (del.) – Magdalena Sajur-Kordula (spr.)

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Kędzierska

po rozpoznaniu w dniu 7 listopada 2012 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki jawnej w W.

przeciwko M. C.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 15 marca 2012 r.

sygn. akt XXV C 2093/05

I. oddala apelację,

II. zasądza od M. C. na rzecz (...) Spółki jawnej w W. kwotę 2.700 zł (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt. VI A Ca 706/12

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 15 marca 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie, Wydział XXV Cywilny w sprawie z powództwa (...) spółka jawna w W. przeciwko M. C. o zapłatę, zasądził na rzecz powódki kwotę w wysokości 150.793,05 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 31 lipca 2004 r. do dnia zapłaty. W punkcie drugim wyroku zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 14.239,70 zł tytułem zwrotu kosztu procesu, natomiast w punkcie trzecim nakazał pobrać od pozwanego na rachunek Skarbu Państwa- Kasy Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 3000,82 zł z tytułu przyznanego wynagrodzenia biegłemu. (k. 590).

Sąd Okręgowy oparł swe rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych i prawnych:

(...) Spółka jawna (...) w W. i M. C. wiązała umowa zawarta w dniu 17 października 2002 r., na mocy której pozwany, jako inwestor zlecił powodowej spółce jako wykonawcy, wykonanie remontu i modernizację budynku mieszkalnego jednorodzinnego położonego w W. przy ul. (...). Prace te miały być przeprowadzone zgodnie z projektem

wykonawczym - architektonicznym, projektem wykonawczym wzmocnienia i pogłębienia fundamentów, projektem wykonawczym instalacji wodno - kanalizacyjnej oraz projektem wykonawczym przyłącza wody i przyłącza kanalizacji. Na podstawie § 3 pkt 12 umowy wykonawca zobowiązany był do dostarczenia dokumentacji powykonawczej po zakończeniu robót, ale przed podpisaniem protokołu odbioru przedmiotu umowy. Strony ustaliły, że roboty rozpoczną się w dniu 27 października 2002r. - a zakończą w dniu 31 maja 2003r. Powódka umownie miała zastrzeżone prawo do nie dotrzymania wskazanego terminu zakończenia prac, jeżeli realizacja robót zostanie przerwana bez jej winy. W oparciu o umowę termin zakończenia prac ulegał przesunięciu o czas trwania niezawionej przyczyny przerwania robót, oraz w przypadku rozszerzenia robót lub zmian projektowych. Powódce przysługiwało wynagrodzenie ryczałtowe ustalone na sumę 1 005 286, 98 zł. Każdy etap prac miał być odebrany protokolarnie przez inwestora i inspektora nadzoru. Pozwany po odbiorze prac w terminie 14 dni od daty dostarczenia faktury VAT miał zapłacić kwotę stanowiącą 90% jej wartości brutto. Pozostałe 10% miało stanowić gwarancję dobrego wykonania umowy. W podobny sposób miała być uregulowana końcowa faktura. W przypadku zwłoki powódki w wykonaniu robót pozwany był uprawniony do żądania zapłaty kary umownej w wysokości 0,5% wartości umowy za każdy dzień opóźnienia (§ 11 pkt. 1 umowy). Obowiązek zapłaty pozwanemu kary umownej obciążał powódkę również w razie odstąpienia od umowy z winy powodowej spółki w wysokości 15% wartości umowy. Przy czym za winę wykonawcy (powódki) uważano również:

- zaniechanie realizacji umowy w sposób nieprzerwany przez okres 7 dni z przyczyn leżących po stronie powódki,
 - opóźnienie w wykonaniu umowy większe niż 10 dni z przyczyn leżących po stronie powódki (§ 11 pkt. 2 umowy).
- Wypłata wynagrodzenia za wykonane prace w zakresie instalacji wodno -kanalizacyjnej, przyłącza wody i kanalizacji na warunkach określonych w umowie, następowała za uprzednią ich wyceną zaakceptowaną przez pozwanego (aneks nr (...) zawarty w dniu 15 listopada 2002r. do umowy z dnia 17 października 2002r.). Prezydent (...) W. w dniu 17 stycznia 2003 r. wydał decyzję nr (...) o zatwierdzeniu projektu i zezwoleniu na budowę. Inwestor nie dotrzymał obowiązku ustanowienia inspektora nadzoru inwestorskiego. Faktyczne obowiązki inspektora nadzoru sprawowała projektantka obiektu będąca równocześnie kierowniczką budowy - pani K. M.. Wykonała projekt budowlany w zakresie adaptacji i modernizacji przedmiotowego zabytkowego budynku, na budynek mieszkalny. Na podstawie tego projektu zostały prowadzone wszelkie prace budowlane. Prace budowlane zostały podjęte przed uprawomocnieniem się decyzji o pozwoleniu na budowę. Roboty te dotyczyły podbijania fundamentów i pogłębienia piwnic. Na skutek odmiennego stanu fundamentów niż przewidywał projekt, prace w tym zakresie uległy wydłużeniu. W związku z tą okolicznością pozwany zażądał sporządzenia szerokiej inwentaryzacji.

Decyzja o pozwoleniu na budowę uprawomocniła się w dniu 20 lutego 2003 r.

Faktyczne wprowadzenie na budowę, miało miejsce w dniu 3 marca 2003r. Powódka wystąpiła do Zarządu Terenów Publicznych o zajęcie chodnika, zgodę uzyskała w dniu 11 kwietnia 2003r. Uzyskanie zgody było zależne od inwestora. Jej brak ograniczał możliwości organizowania placu budowy. W związku z tym nie można było postawić rusztowania w celu dokonania rozbiórki dachu. Ta okoliczność spowodowała zahamowanie postępu w robotach przy rozbiórce dachu i robotach wyburzeniowych. W trakcie postępowania prac pozwany kilkakrotnie zmieniał projekty: występował z propozycjami budowy basenu, windy. Prace utrudniały panujące wówczas warunki atmosferyczne (mrozy do połowy kwietnia). Szczegółowe projekty uwzględniające zmiany powstały pod koniec kwietnia. Nie przewidziano ilości gruzu, którą należało wywieźć, w projekcie nie zakładano, że konieczne będzie odtworzenie ścian tzw. kolankowych – które również wydłużyły przewidziany czas. Zdając sobie sprawę z zaistniałego opóźnienia w wykonywaniu prac, powódka poinformowała o ww. przyczynach takiego stanu rzeczy pozwanego pismem z 5 maja 2003r. Inwestor (pozwany) na bieżąco był informowany o wszelkich zmianach w toku wykonywania prac. We wrześniu 2003r. na budowę dostarczono projekt ogrodzenia. W październiku 2003r. nie było projektu na przewidziane roboty elektryczne. Miesiąc później nie dostarczono projektu garażu

W miarę wykonywania przez powódkę prac w budynku przy ul (...), były one odbierane w tych wykonanych częściach przez pozwanego. Dokumentacja projektowa była dostarczana partiami. Jednocześnie powódka nie dopilnowała, aby dokumentacja uwzględniała warunki panujące na budowie. Na pokrycie kosztu prac remontowych i modernizacyjnych pozwany zapłacił powódce tytułem zaliczki kwotę 1 067 236, 23 zł. W trakcie realizacji projektu

był on kilkakrotnie zmieniany, konieczne było przeprowadzenie szeregu dodatkowych prac. Dotyczyło to zwłaszcza sposobu zamontowania windy: w projekcie założono utworzenie windy typu hydraulicznego, natomiast inwestor w trakcie budowy zmienił zdanie i zażądał zamontowania windy typu elektrycznego

Z uwagi na duże opóźnienie powoda w wykonaniu prac w stosunku do terminu przewidzianego w umowie, pozwany z dniem 23 lutego 2004r. wypowiedział umowę z dnia 17 października 2002r. obciążając przy tym powoda karą umowną w wysokości 150 793. 05 zł. która to suma stanowić miała 15% wartości umowy

Kontynuując prace, powódka nie miała przedstawionych wszystkich niezbędnych dokumentów. W lutym 2004r. brak było wielu rozwiązań projektowych w zakresie instalacji elektrycznych, instalacji wodno - kanalizacyjnej i centralnego ogrzewania. Powódką nie uzyskała informacji od pozwanego odnośnie murowanego ogrodzenia od strony sąsiadów, nie otrzymała od pozwanego przekroju poprzecznego oranżerii. Zostały podjęte prace nad wykonaniem 2 przepompowni, odmiennie niż w pierwotnym projekcie, z uwagi na to, że rury kanalizacyjne biegły bardzo płytko, czego nie uwzględniono projektując pierwotnie przebieg instalacji wodno - kanalizacyjnej. Dużo czasu zajęła wymiana drewna, która miało być użyta do konstrukcji dachu. Dostarczone na początku belki nie zostały zaakceptowane przez pozwanego z uwagi na występującą w nich sinicę. Dużo czasu zajęło przez pozwanego sprecyzowanie miejsc gdzie mają być umiejscowione grzejniki. Wiele z tych problemów rozwiązano w marcu 2004r., po podjęciu przez pozwanego stosownych decyzji. Wówczas też, na życzenie pozwanego dokonano zmian funkcjonalnych w łazienkach, co pociągało za sobą przeróbkę wykonanych instalacji hydraulicznych. Pojawiła się również nowa koncepcja rozwiązania funkcjonalnego parteru budynku. W kwietniu 2004r. brak było projektu ogrodu, nie było wybranego dostawcy i wykonawcy elementów kamiennych, wykonawcy prac stolarskich. Ze względu na dobro zieleni prace przy przebudowie ogrodzenia mogły się rozpocząć w październiku 2004r. W maju 2004r. była realizowana koncepcja usytuowania punktów poboru wody w ogrodzie. Nadal nie był wybrany dostawca i wykonawca elementów kamiennych ani wykonawca prac stolarskich. Prace zostały znacznie wydłużone wobec faktu, że pozwany zmienił całkowicie koncepcję umiejscowienia pomieszczenia rekreacyjnego. Podczas budowy pomieszczenia znaleziono skrzynię z amunicją, co wymagało powiększenia wykopu, natomiast samo pomieszczenie zostało powiększone. Wykonane przez powódkę prace w obejmujące: fundamenty, pomieszczenie rekreacyjne, ściana kolankowa wokół całego budynku, przyłącze kanalizacyjne, przebicia ściany konstrukcyjnej piwnicy, pomiędzy pomieszczeniem rekreacyjnym a kuchnią, przeprojektowanie napędu windy z hydraulicznego na elektryczny, zmiany elektryczne, hydrauliczne, przestawianie ścianek działowych, przeprojektowanie stalowej więźby dachowej, - odbiegały sposobem wykonania od założeń zawartych w projekcie. Pomiędzy kolejnymi etapami pracy zdarzały się przestoje.

W dniu 28 czerwca 2004r. został spisany protokół końcowy wykonanych prac. Do odbioru zgłoszono następujące prace - z jednoczesnym wyliczeniem wartości tych prac:

- podbicie fundamentów - 103 786,35 zł,
- pogłębienie piwnic - 40 577, 82 zł.
- roboty rozbiórkowe zadaszania - 6 807. 04 zł,
- roboty rozbiórkowe konstrukcji - 116 333 zł. ,
- wykonanie konstrukcji budynku - 202 531. 82 zł.,
- wykonanie dobudowy tarasu - 57 991. 48 zł.
- wykonanie pomieszczenia rekreacyjnego - 253 030.70 zł,
- wykonanie gzymsów na elewacji - 45 654, 28 zł,
- wykonanie drenażu odwadniającego - 13 796. 50 zł,

- wykonanie okablowania elektrycznego - 59 143. 50 zł.
- wykonanie instalacji wodno - kanalizacyjnej wewnętrznej - 33 145. 86 zł.
- wykonanie pionów centralnego ogrzewania - 14 777.94 zł.
- wykonanie studni przepompowni i kanalizacji zewnętrznej - 20 417. 15 zł. - ogrodzenie-38 118, 19 zł,
- wykonanie izolacji fundamentów bez strony wschodniej - 33 911, 55 zł,
- wykonanie dachu 132 174.90 zł.,
- wykonanie ocieplenia poddasza wraz z rusztem - 19 062.90 zł.,
- wykonanie ocieplenia i tynku na elewacji 102 927,99 zł.,
- okna wraz z montażem - 56 790,19 zł.

Prace dodatkowe i uzupełniające wyceniono na 56 530.20 zł. Łączna suma wykonanych prac wyniosła 1 496 405, 02 zł brutto. Po odjęciu uiszczony przez pozwanego zaliczki do zapłaty pozostała kwota 429 168,79 zł. Na ww. kwotę powódka w dniu 1 lipca 2004r. wystawiła pozwanemu końcową fakturę (faktura VAT nr (...) z dnia 1 lipca 2004r.). Jednocześnie zaznaczono, że instalacja fundamentów od strony wschodniej zostanie odebrana oddzielnym protokołem, co też uczyniono w dniu 16 lipca 2004r. Wartość tych prac zamknęła się kwocie 31 921. 27 zł netto, do zapłaty której powódka wezwał pozwanego fakturą z dnia 16 lipca 2004r. (faktura VAT ar (...) z dnia 16 lipca 2004r.) Tym samym za wykonane prace do rozliczenia z powodową spółka pozostawała kwota 463 324, 54zł. Do kontynuowania prac wykończeniowych wybrano inną niż powodowa firmę. Pozwany zwrócił powodowi w dniu 8 lipca 2004r. fakturę (...) i protokół końcowy wykonanych prac z dnia 28 czerwca 2004r. zarzucając im niezgodność zawartych w nich danych ze stanem faktycznym - protokół nie został bowiem podpisany przez inwestora (tzn. przez pozwanego lub upoważnioną przez niego osobę). Po zweryfikowaniu protokołu przez upoważnionego przez pozwanego J. P. (2) i ponownym otrzymaniu faktury w dniu 19 lipca 2004r., pozwany dokonał jej akceptacji.

W dniu 19 lipca 2004r. pozwany zaakceptował ww. faktury wystawione przez powódkę. Ich zwrotu dokonał 28 lipca 2004r. i jednocześnie poinformował powodową spółkę, że płatność jest niższa o kwotę 150 793,05 zł (kara umowna), natomiast jako gwarancję dobrego wykonania zatrzymuje sumę 153 056, 08 zł - która miała być przez niego zwrócona po dostarczeniu przez powoda gwarancji bankowej. Powódka nie zgodził się ze stanowiskiem pozwanego i wezwał go do zapłaty kwoty 150 793,05 zł w terminie do dnia 10 sierpnia 2004 r.

Sąd Okręgowy dał wiarę zeznaniom powołanych w sprawie świadków oraz opiniom sporządzonym przez biegłych powołanych, w tym ich wyjaśnieniom ustnym złożonym na rozprawie. W motywach prawnych uzasadniających uwzględnienie powództwa Sąd Okręgowy wskazał, że w oparciu o zasady doświadczenia zawodowego powołanych w sprawie biegłych, określony w umowie termin 7 miesięczny na wykonanie prac objętych przedmiotem umowy był nierealny, biorąc pod uwagę rozmiar prac jakie powódka była zobowiązana wykonać. Dodatkowo Sąd Okręgowy upatrywał źródło niedotrzymania terminu w wykonaniu umowy, w niewłaściwym wypełnianiu funkcji powołanego inspektora nadzoru w rozumieniu przepisów art. 18,25 i 26 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. W ocenie Sądu gdyby powołany przez pozwanego inspektor nadzoru aktywnie uczestniczył w procesie budowy zrealizowanie umowy z dnia 17 października 2002 r. z pewnością byłoby bardziej możliwe , a przynajmniej opóźnienie w pracach nie byłoby aż tak duże. Dalej Sąd podniósł, że pozwany jedynie formalnie dopełnił swój obowiązek w zakresie powołania osoby na stanowisko inspektora bowiem nie było realnej współpracy z powodową spółką za pośrednictwem inspektora. Ta okoliczność wynikała z faktu w ocenie Sądu iż projektantka obiektu pełniła na budowie dwie funkcje: inspektora nadzoru i kierownika budowy – natomiast art. 24 ustawy Prawo budowlane nie przewiduje takiej koncentracji władzy i odpowiedzialności na placu budowy. Sąd ustalił, również, że pozwany we właściwym czasie nie wykonał następujących obowiązków:

- uzyskania pozwolenia na budowę,
- uzyskania innych pozwoleń (np. zajęcie chodnika),
- zapewnienia nadzoru inwestorskiego,
- dostarczenia kompletu dokumentacji technicznej i projektowej,
- zmiany i uzupełnienia projektowe,
- brak decyzji w sprawie rodzaju zastosowanych materiałów i urządzeń (np. : rodzaju windy) oraz rozwiązań projektowych.

W ocenie Sądu doszło również do naruszenie obowiązku poinformowania powódki, o dacie uprawomocnienia się decyzji o pozwoleniu na budowę, i że z tą chwilą powodowa spółka mogła przystąpić do rozpoczęcia prac. Pozwany dostarczając powodowej spółce dokumentacji projektowej nie w całości, lecz sukcesywnie spowodował pośrednio skutek w postaci opóźnienia w wykonaniu prac. W jego ocenie zakres dokumentacji projektowej został szczegółowo określony w § 4 rozporządzenia ministra infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (Dz. U. z dnia 16 września 2004 r.) , a pozwany tych warunków nie spełnił. Przedstawiona przez niego dokumentacja była niekompletna, ponadto często zmieniana i uzupełniana w trakcie trwania prac budowlanych i modernizacyjnych. Sąd podnosi również, że umowa wiążąca strony na roboty o wartości 1 005 000 zł, a później zapadły decyzje, co do budowy windy i ogrodzenia, co stanowiło koszt 300.000 zł. Wykonano również roboty zamienne i dodatkowe o wartości 750.000 zł. Natomiast kwestie te, nie zostały wprowadzone do umowy w formie aneksów, mimo że zasadniczo zmieniały umowę – co biegły określił stosunkiem w 75 % do pierwotnych ustaleń. W ocenie Sądu te powyżej wskazane ustalenia, nie wykazały winy po stronie powódki w uchybieniu terminu wykonania umowy tym samym nie było podstaw do skutecznego uznania iż pozwany wypowiedział umowę. Sąd wskazał, że wprawdzie pozwany złożył na piśmie oświadczenie o wypowiedzeniu, ale nie dopełnił dalszych niezbędnych czynności dla jego skuteczności. Tj. nie dokonał odbioru budynku i terenu budowy, co więcej zlecił powódce dalsze wykonanie prac. Brak jest również podstaw – w ocenie tego Sądu – do stwierdzenia iż pozwany skutecznie odstąpił od umowy i przysługuje mu uprawnienie do naliczenia kary umownej. To rozumowanie doprowadziło Sąd do uwzględnienia powództwa w całości. Rozstrzygnięcie o kosztach procesu oparł na zasadzie wynikającej z art. 98 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniósł pozwany zaskarżając go w całości i zarzucając:

1. błędną wykładnię (prowadzącą do rażącego naruszenia powołanego przepisu) art. 18 ustawy Prawo budowlane poprzez przyjęcie, że przepis ten „szczegółowo określa zakres obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego”, podczas gdy przepis ten w ust. 1 dotyczy obowiązków inwestora, w ust. 2 prawa inwestora do powołania inspektora nadzoru inwestorskiego, a w ust. 3 prawa do wprowadzenia nadzoru autorskiego.
2. błędną wykładnię art. 25 w zw. z art. 26 oraz niezastosowanie art. 20 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Prawo budowlane, poprzez przyjęcie, że:
 - a) ustanowienie przez pozwanego inspektora nadzoru inwestorskiego zwalnia wykonawcę z obowiązku prowadzenia robót w sposób zorganizowany oraz z terminowego wykonania robót budowlanych i w związku z tym jest przesłanką ekskulpującą wykonawcę z opóźnienia w wykonywaniu robót budowlanych.
 - b) pełnienie faktycznej funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego przez projektanta, zapewniającego jednocześnie nadzór autorski, wyklucza należyte wykonywanie przez taką osobę obowiązków przewidzianych w art. 18 i art. 25 ustawy Prawo budowlane.

c) inspektor nadzoru inwestorskiego ma za zadanie koordynowanie prac wykonawcy dodatkowo w sytuacji, gdy wykonywanie robot budowlanych następuje przez jeden podmiot, nie korzystający z podwykonawców (w stanie taktycznym sprawy do czasu odstąpienia od umowy),

3. niezastosowanie art. 34 ust. 3 pkt 2 oraz ust. 4 ustawy Prawo budowlane w zw. z § 11 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 3 listopada 1998 roku (Dz. U. z 1998 r., Nr 140, poz. 906 - rozporządzenie obowiązywało w okresie od 21 lutego 1999 roku do 11 lipca 2003 roku, czyli w okresie miarodajnym dla oceny projektu będącego podstawą zatwierdzenia w pozwoleniu na budowę co wynika z przyjęcia przez Sąd, że autor projektu budowlanego (architektoniczno-wykonawczego), pełniący faktycznie funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego (potwierdzają to obie strony umowy) nie miał szczegółowej wiedzy w sferze technicznej planowanych pracy,

4. błędną wykładnię, art. 41 ust 1 i ust. 3 Prawo budowlane poprzez przyjęcie, że rozpoczęcie robót, przygotowawczych przy remoncie budynku obiektu będącego przedmiotem umowy z dnia 17 października 2002 roku, bez uprzedniego uzyskania pozwolenia na budowę, może mieć znaczenie dla oceny legalności tych robót w sytuacji w której pozwany jako inwestor uzyskał następnie na te roboty - prowadzone zgodnie z projektem budowlanym - pozwolenie na budowę.

5. błędną wykładnię (prowadzącą do rażącego naruszenie powołanych przepisów) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego (Dz. U. z 2004 , Nr 202, poz.2072 z późn. zm.) w związku z art. 31 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że przepisy te mogą mieć zastosowanie do oceny dokumentacji projektowej będącej podstawą zatwierdzenia w pozwoleniu na budowę, które dotyczyło remontu obiektu, podczas gdy przepisy przywołanego rozporządzenia mają zastosowanie wyłącznie do robót budowlanych wykonywanych w ramach zamówień publicznych, niezależnie od faktu, że czas ich wejścia w życie i obowiązywania nastąpił prawie dwa lata po sporządzeniu projektu remontu obiektu wykonywanego przez powoda na zlecenie pozwanego, na podstawie umowy nie będącej przedmiotem zamówienia publicznego.

6. błędną wykładnię art. 65 § 1 k.c. poprzez nieuwzględnienie przy dokonywaniu wykładni oświadczenia woli pozwanego o odstąpieniu od umowy, zachowania powoda, który po złożeniu przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od umowy oraz po zapoznaniu się z nim nie wystosował do pozwanego jakiegokolwiek pisma, ani nie podjął działania, z którego wynikałoby, że nie akceptuje oświadczenia pozwanego.

7. błędną wykładnię (stanowiącą o rażącym naruszeniu powołanego przepisu) art. 65 § 2 k.c. poprzez przyjęcie, że prawo pozwanego do odstąpienia od umowy oraz prawo do żądania przez niego kary umownej za odstąpienie od umowy, uzależnione jest od winy powoda (zwłoki) w nieterminowym wykonaniu umowy, podczas gdy strony nie zastrzegły umownego prawa odstąpienia, jak i nie dokonały modyfikacji żadnej z ustawowych postaci prawa odstąpienia, przewidując jedynie, iż za odstąpienie z winy wykonawcy uważana będzie sytuacja, w której opóźnienie (a nie zwłoka), w wykonywaniu umowy jest większe niż 10 dni.

8. błędną wykładnię (stanowiącą o rażącym naruszeniu powołanych przepisów, art. 65 § 2 k.c. w zw. z art. 658 k.c. i art. 3 pkt, 8 ustawy Prawo budowlane poprzez nieuwzględnienie, że umowa z dnia 17 października 2002 roku była umową o remont budynku, a zatem jej interpretacja powinna uwzględniać charakter robot remontowych (remont obejmuje przede wszystkim określone prace w już istniejącym budynku lub budowli), w szczególności w kontekście określenia przez strony terminu robót na okres zimowy.

9. błędną wykładnię art. 65 § 2 k.c. w zw. z art. 355 § 2 k.c. poprzez przyjęcie, że powód - podmiot profesjonalnie zajmujący się wykonywaniem robót budowlanych na obiektach zabytkowych, do jakich należał obiekt objęty umową z dnia 17 października 2002 roku - zawarł umowę z przyjęciem terminu niemożliwego do zrealizowania,

10. błędną wykładnię art. 65 § 2 k.c. poprzez przyjęcie, że strony zawierając umowę z dnia 17 października 2002 roku sporządziły ją niestaranie i z nadmiernym ryzykiem po stronie wykonawcy oraz z przyjęciem terminu niemożliwego do zrealizowania, która to ocena Sądu nastąpiła:

a) wbrew woli stron wyrażonej w pismach procesowych oraz zeznaniach, przy jednoczesnym oparciu stanowiska Sądu na opinii i wypowiedzi biegłych.

b) wbrew woli stron, które na żadnym etapie postępowania przedsądowego oraz w procesie nie kwestionowały ryczałtowego charakteru i wysokości wynagrodzenia wykonawcy odpowiadającego powierzonym robotom.

c) wbrew postanowieniom umowy przewidującym zwolnienie powoda z obowiązku zachowania terminu wykonania umowy w przypadku przerwy w robotach.

d) wbrew postanowieniom umowy przewidującym, w razie przekroczenia terminu wykonania umowy (a nie odstąpienia od niej), kary umowne wyłącznie w przypadku zwłoki wykonawcy.

11. rażące naruszenie art. 647¹ § 1 k.c. w związku z art. 8 ust 1 ustawy z dnia 14 lutego 2003 roku o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw poprzez powołanie tego przepisu w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, jak podstawy orzekania, w sytuacji w której przepis ten wszedł w życie w dniu 24 kwietnia 2003 roku i nie mógł być stosowany do umowy o roboty budowlane zawartej w dniu 17 października 2002 roku.

12. błędną wykładnię (prowadzącą do rażącego naruszenia powołanych przepisów) art. 635 k.c. art. 644 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. i art. 658 k.c. oraz art. 494 k.c.:

a) poprzez przyjęcie, że art. 635 k.c i art. 644 k.c dotyczy wypowiedzenia umowy, a nie odstąpienia od niej,

b) poprzez przyjęcie, że skuteczność złożenia oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane zależy od dopełnienia przez inwestora dalszych niezbędnych czynności, tj. od „dokonania odbioru budynku i terenu budowy”.

c) poprzez przyjęcie, że po odstąpieniu przez inwestora od umowy o roboty budowlane, fakt zlecenia przez niego dalszego wykonywania prac temu samemu wykonawcy, z którym łączyła go umowa od jakiej odstąpił, oznacza nieskuteczność złożonego oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy,

13. błędną wykładnię (prowadzącą do rażącego naruszenia powołanych przepisów) art. 635 i art. 644 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. i art. 658 k.c. polegającą, na przyjęciu, iż prawo do odstąpienia przewidziane w tych przepisach uzależnione jest od wystąpienia przesłanki w postaci zwłoki wykonawcy w wykonywaniu robót budowlanych.

14. niezastosowanie art. 651 k.c. w zw. z art. 56 k.c. i art. 658 k.c. w sytuacji w której wykonawca wbrew obowiązkom przewidzianym umowie (§ 3 pkt 1 umowy) oraz w art. 651 k.c. nie informował inwestora przez ponad 6 miesięcy od terminu rozpoczęcia robót przy 7 miesięcznym terminie na ich wykonanie o niekompletności dokumentacji projektowej, jej wadach lub innych okolicznościach, które mogłyby wpływać na realizację umowy, w szczególności jej terminową realizację.

15. niezastosowanie art. 658 k.c. co spowodowało nieuwzględnienie przez Sąd, że uczynienie przedmiotem umowy o roboty budowlane remontu, oznacza podzielność świadczenia wykonawcy, która umożliwia odstąpienie od części robót, przy jednoczesnym powierzeniu wykonywania temu samemu wykonawcy lub osobie trzeciej pozostałej części robót na podstawie odrębnej umowy.

16. naruszenie art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez pominięcie istotnego dla sprawy dowodu z pisma powoda z dnia 6 marca 2003 roku w związku z kosztorysem ofertowym w zakresie pozycji 1.2.3. 77-80, z których wynika, że powód w okresie do dnia 6 marca 2003 roku, czyli przed uprawomocnieniem się decyzji o pozwoleniu na budowę wykonywał roboty, w tym roboty fundamentowe, za co otrzymał wynagrodzenie, za dany etap prac,

17. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c poprzez:

a) przyjęcie, iż na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego brak jest podstaw do określenia, że w dniu odstąpienia przez pozwanego od umowy, powód opóźniał się z wykonaniem robót o 10 dni.

b) sprzeczność ustaleń Sądu z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, polegającą na przyjęciu, że pozwany nie złożył skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od umowy (Sąd mylnie określa je jako wypowiedzenie), podczas gdy oświadczenie o takiej treści, z dnia 23 lutego 2004 roku, zostało złożone przez pozwanego na piśmie i doręczone powodowi, który potwierdził zapoznanie się z jego treścią,

c) sprzeczność ustaleń Sądu z zebrany w sprawie materiałem dowodowym polegającą na przyjęciu, że pozwany nie odstąpił od umowy z powodem, a następnie nie zawarł z nim umowy o dalszą realizację prac podczas gdy z wpisów w dzienniku budowy z dnia 23 lutego 2004 roku wynika, iż odstąpienie takie miało miejsce, a z wpisów z dnia 27 lutego 2003 roku, że przedstawiciel inwestora zlecił powodowi dokończenie rozpoczętych prac.

d) sprzeczność ustaleń Sądu z zebrany w sprawie materiałem dowodowym (sprzeczność wynikająca wprost z części opisowej uzasadnienia wyroku), polegającą na przyjęciu, że faktyczne wejście powoda na budowę miało miejsce w dniu 3 marca 2003 roku, podczas gdy jak podaje sam Sąd roboty budowlane rozpoczęto jeszcze przed uprawomocnieniem się pozwolenia na budowę, czyli przed dniem 20 lutego 2003 roku.

e) sprzeczność ustaleń Sądu z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w szczególności z opinią biegłego Z. C., którą Sąd uznał za „uwzględniającą wszystkie okoliczności faktyczne sprawy”, wyjaśnieniami tego biegłego złożonymi na rozprawie w dniu 8 lutego 2010 roku oraz z dziennikiem budowy, polegającą na przyjęciu, że projektantka obiektu będąca inspektorem nadzoru pełniła, wbrew art. 24 ustawy Prawo budowlane, funkcje kierownika budowy, podczas gdy z dziennika budowy oraz z opinii biegłego Z. C. i ustnych wyjaśnień tego biegłego wynika, że sytuacja taka nie miała miejsca, a funkcję kierownika budowy pełnił Z. M.,

f) błędne wysunięcie - z dowodu w postaci opinii biegłego Z. C. który w ocenie Sądu „dokonał wnikliwej analizy dokumentacji związanej z budową” - wniosku, iż powodowie informowali inspektora nadzoru i projektanta o sytuacji na budowie, a inspektor nadzoru informował pozwanego, podczas gdy z dokumentacji związanej z budową, w szczególności z dziennika budowy przeszkodach w realizacji umowy, a maja 2003 roku, czyli na niecały termin na jej wykonanie,

g) nieprzeprowadzenie oceny (bez koniecznej analizy przesłanek, na jakich oparł się biegły oraz bez skontrolowania sposobu rozumowania biegłego) opinii biegłego Z. C., co doprowadziło Sąd do powtórzenia za biegłym, iż 100% wina za opóźnienie w realizacji umowy z dnia 17 października 2002 r. ponosi pozwany,

h) nieprawidłową ocenę opinii biegłego Z. C. (wbrew postanowieniu Sądu z dnia 5 lutego 2008 roku), a w następstwie jej uwzględnienie, w zakresie w jakim wykracza ona poza tezę dowodową określoną przez Sąd,

18. nierozpoznanie istoty sprawy, polegające na nierozpoznanie zarzutu pozwanego potrącenia wierzytelności dochodzonej pozwem z wierzytelności pozwanego wobec powoda z tytułu zapłaty kar umownych za odstąpienie od umowy z dnia 17 października 2002 r.

Przy tak określonych zarzutach pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości oraz oddalenie powództwa w całości, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych (k.617-623).

Powódka wniosła o oddalenie apelacji pozwanego jako bezzasadnej i zasądzenie od pozwanego na rzecz powódki kosztów postępowania apelacyjnego w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych (k.645-648). W uzasadnieniu powódka wskazała, że za wykonane prace na rzecz pozwanego należy się wynagrodzenie co jest

okolicznością bezsporną, natomiast zarzut potrącenia podnoszony przez pozwanego jest nieskuteczny z powodu niezachowania elementarnych przesłanek umożliwiających jego dokonanie tj. braku istnienia wierzytelności po stronie pozwanej.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie, chociaż niektóre zarzuty skarżącego są słuszne, zaś wyrok odpowiada prawu, ale z przyczyn innych niż wskazane w uzasadnieniu Sądu Okręgowego.

Przede wszystkim rację ma skarżący zarzucając Sądowi Okręgowemu błędną wykładnię art. 635 k.c., art. 644 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. i art. 658 k.c. oraz art. 494 k.c. Sąd Okręgowy błędnie zinterpretował oświadczenie woli zawarte w piśmie z dnia 23 lutego 2004r. (k.36), jako wypowiedzenie umowy o roboty budowlane, tymczasem stanowiło ono oświadczenie o odstąpieniu od tej umowy.

Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, że umowa zawarta pomiędzy stronami w dniu 17 października 2002r. (k.7-10), stanowi umowę o remont budynku, określoną w art. 658 k.c., obejmującą bardzo szeroką modernizację budynku mieszkalnego jednorodzinne, położonego w W. przy ul. (...). Do umowy takiej mają zastosowanie przepisy tytułu XVI księgi trzeciej kodeksu cywilnego, a poprzez zastosowanie art. 656 § 1 k.c., do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Wobec tego odpowiednie zastosowanie mogą znaleźć art. 635 k.c. lub 644 k.c. Z uwagi na to, że w piśmie z dnia 23 lutego 2004r. pozwany powołuje się na opóźnienie w wykonywaniu prac, przyjąć należało, że odstąpił od umowy z przyczyn podanych w art. 635 k.c., stanowiącym, że jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła.

Podsumowując należy stwierdzić, że pozwany skutecznie odstąpił od zawartej umowy, gdyż powód opóźnił się z wykonaniem remontu. Uprawnienie pozwanego, zgodnie z cytowanym przepisem, nie było uzależnione od zawinonego opóźnienia (zwłoki), nie wymagało również podjęcia żadnych innych czynności, do których zaliczyć można dokonanie odbioru budynku i terenu budowy. Odstąpienie od umowy następuje ze skutkiem *ex tunc*, czyli tak, gdyby umowy nie zawarto, wobec czego niesłuszne jest twierdzenie Sądu I instancji, że poprzez powierzenie dalszych prac temu samemu wykonawcy, pozwany zniweczył swoje oświadczenie o odstąpieniu.

Słuszny okazał się również zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. w zakresie dotyczącym ustaleń związanych ze skutecznością odstąpienia od umowy i opóźnieniem się powoda w wykonywaniu robót. Sąd Apelacyjny uznał, że niezasadne było badanie przez Sąd Okręgowy, czy powód przekroczył termin wykonania prac w sposób zawiniony, gdyż nie miało to żadnego znaczenia, w myśl § 11 ust. 1 b łączącej strony umowy. Zastrzeżenie kary umownej w wysokości 15 % wartości umowy jest bowiem niezależne od zwłoki powoda- znaczenie ma tylko opóźnienie większe niż 10 dni (a takie w sprawie bezspornie nastąpiło) lub zaniechanie realizacji umowy w sposób nieprzerwany przez okres 7 dni. Opóźnienie w wykonaniu zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy dłużnik nie spełnia go we właściwym czasie (tu- określonym w umowie) z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności. Ponosi on wówczas jedynie takie skutki, jakie są przewidziane w umowie stron. Również żadne okoliczności i zdarzenia, poza zapisami umowy, nie mogą dłużnika zwolnić od odpowiedzialności za opóźnienie. W niniejszym wypadku skutkiem opóźnienia była możliwość naliczenia kary umownej po odstąpieniu od umowy. Bez znaczenia jest ocena Sądu, czy nastąpiła zwłoka i kto ponosi winę za opóźnienie. Wszelkie więc pozostałe zarzuty, dotyczące sprzeczności ustaleń Sądu z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, są zasadne o tyle, że Sąd zbędnie prowadził postępowanie dowodowe w tym kierunku, podobnie należy ocenić wnioski Sądu wyciągnięte na podstawie tak zebranego materiału dowodowego, w zakresie kto ponosi winę za poszczególne okresy opóźnienia. Zarzuty dotyczące błędnej wykładni przepisów lub błędnego ich zastosowania, zawarte w pkt 1-6, 11, 14, 16 apelacji, przy wyżej przedstawionej interpretacji oświadczeń woli stron, zawartych w umowie, są bez znaczenia, gdyż Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, że uprawnienie do obciążenia powoda karą umowną było przewidziane dla inwestora już w przypadku zwykłego opóźnienia. Kwestię, czy termin realizacji

prac, był możliwy do zrealizowania, czy umowa była sporządzona niestaranie i z nadmiernym ryzykiem dla powoda, należało rozważyć przy ewentualnym miarkowaniu kary umownej, w sytuacji, gdyby stosowny wniosek został przez powoda złożony.

Kluczowe dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest dokonanie oceny zasadności podniesionego przez pozwanego zarzutu potrącenia. Należy przychylić się do stanowiska zawartego w apelacji, że Sąd Okręgowy w swoim uzasadnieniu nie zawarł rozważań dotyczących tego zarzutu. Zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwala jednak na stwierdzenie, że oświadczenie o potrąceniu, dołączone do akt sprawy z dnia 28 lipca 2004r. (k.17) nie może być uznane za skuteczne.

Potrącenie polega na umorzeniu wzajemnych wierzytelności, poprzez zaliczenie jednej wierzytelności na poczet drugiej. Oświadczenie o potrąceniu, o którym mowa w art. 499 k.c. jest czynnością materialno-prawną. Może być złożone, gdy zaistnieją przesłanki potrącenia, do których zgodnie z art. 498 k.c. zaliczyć należy: wzajemność wierzytelności, jednorodność świadczeń, wymagalność wierzytelności i jej zaskarżalność. Oświadczenie o potrąceniu ma charakter prawo kształtujący, gdyż bez niego nie dojdzie do potrącenia, mimo istnienia jego przesłanek. Doniosłe skutki materialno-prawne (umorzenie wierzytelności wzajemnej) oraz procesowe (litispendencja i res iudicata), jak również specyficzny charakter czynności prawnej potrącenia powodują, że oświadczenie w tym zakresie powinno być dostatecznie wyraźne (tak: wyrok Sądu Najwyższego z 4 lutego 2000r. III CKN 730/98 niepublikowane) i powinno jednoznacznie precyzować wolę potrącenia (wyrok S.A. w Warszawie z 26 marca 2009r. VI ACA 1278/2008 niepubl.). Potrącający musi więc wyrazić swoją wolę umorzenia obu wierzytelności poprzez przeciwstawienie ich sobie. Warunkiem skuteczności oświadczenia o potrąceniu jest skonkretyzowanie wierzytelności pod względem rodzajowym, terminowym i wartościowym, w tym dokładne określenie kwoty pieniężnej, w jakiej ta wierzytelność się wyraża (wyrok Sądu Najwyższego z 20 grudnia 2006r. IV CSK 299/2006, niepublikowane).

Oświadczenie o potrąceniu, na które w niniejszej sprawie powołuje się strona pozwana, nie zawiera koniecznych elementów, świadczących o jego skuteczności. Pismo z dnia 28 lipca 2004r. dotyczy zwrotu zaakceptowanych faktur i zawiera równoczesną informację, że płatność na rzecz powoda „jest niższa o kwotę kary umownej określonej w piśmie z 23 lutego br. t.j. o kwotę 150.793,05 zł. Ponadto kwota 153.056,08 zł zostaje zatrzymana jako gwarancja dobrego wykonania i zwrócona zostanie po dostarczeniu gwarancji bankowej zgodnie z § 9 umowy z dnia 17 października 2002r.” Treść niniejszego pisma jest nieprecyzyjna, nie zawiera przede wszystkim zestawienia dwóch wierzytelności, które miałyby się wzajemnie umorzyć. Odwołanie do nieokreślonych wyraźnie faktur, nieoznaczonych nawet numerami, nie może być potraktowane jako wyrażenie woli potrącenia. Świadczy o tym również nieprecyzyjne określenie „płatność będzie niższa”, co może być interpretowane w różny sposób. Wobec braku złożenia skutecznego oświadczenia o potrąceniu zgodnie z art. 499 k.c. nie doszło do wzajemnego umorzenia wierzytelności stron.

Oświadczenie o potrąceniu należy odróżnić od zarzutu potrącenia, który został zawarty w odpowiedzi na pozew. Zarzut potrącenia to powoływanie się na dokonane potrącenie i jego skutki i ma charakter procesowy. Zgłoszenie takiego zarzutu nie spowoduje konwalidacji samego oświadczenia o potrąceniu.

W związku z podniesionym przez pozwanego zarzutem potrącenia i nieodniesieniem się, jego zdaniem, przez Sąd I instancji do tego zarzutu, pozwany wnosił o uchylenie wyroku do ponownego rozpoznania, wobec nierozpoznania istoty sprawy.

Sąd Apelacyjny, co do zasady, wydaje rozstrzygnięcia merytoryczne, wyjątkiem jest obowiązek lub możliwość wydania orzeczenia kasatoryjnego, w ściśle określonych przypadkach. Zgodnie z art. 386 § 4 k.p.c. taką możliwość uchylenia wyroku do ponownego rozpoznania powoduje nierozpoznanie istoty sprawy, które odnosi się do roszczenia będącego podstawą powództwa i zachodzi, gdy sąd i instancji nie orzekł w ogóle merytorycznie o żądaniach stron, zaniechał materialnej podstawy żądania pozwu albo pominął merytoryczne zarzuty pozwanego. W sprawie niniejszej Sąd Okręgowy przeprowadził postępowanie dowodowe w całości i wypowiedział się odnośnie odstąpienia od umowy przez pozwanego, podnosząc że nie było skuteczne i że pozwanemu nie przysługuje uprawnienie do naliczenia kary umownej. Mimo braku dokonania analizy podniesionego zarzutu potrącenia, stwierdzić należy że Sąd wypowiedział

się co do kwestii, że po stronie pozwanej brak jest wzajemnej wiarygodności. Sąd Apelacyjny uznaje to ustalenie za błędne, ale wobec jego istnienia, nie może być mowy o nierozpoznanie istoty sprawy przez Sąd I instancji.

Z tych względów, na podstawie art. 385 k.p.c., Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie dotyczące kosztów postępowania apelacyjnego oparto na mocy art. 98 § 1 i 3 k.p.c.