

Sygn. akt I ACa 738/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 grudnia 2016 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Małgorzata Gawinek
Sędziowie:	SSA Tomasz Żelazowski SSO del. Agnieszka Bednarek - Moraś (spr.)
Protokolant:	st. sekr. sądowy Beata Waclawik

po rozpoznaniu w dniu 29 grudnia 2016 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa Z. C.

przeciwko R. R.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie

z dnia 26 lutego 2015 roku, sygn. akt VI GC 48/14

I. zmienia zaskarżony wyrok w całości w ten sposób, że nadaje mu treść:

1. zasądza od pozwanej R. R. na rzecz powoda Z. C. kwotę 5.981,69 zł (pięć tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt jeden złotych sześćdziesiąt dziewięć groszy) i oddala powództwo w pozostałym zakresie,

2. zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 2.417 zł (dwa tysiące czterysta siedemnaście złotych) tytułem kosztów procesu,

II. oddala apelację w pozostałym zakresie,

III. rozstrzyga, że koszty postępowania apelacyjnego powód ponosi w 88%, natomiast pozwana w 12% i pozostawia szczegółowe ich wyliczenie referendarzowi sądowemu.

Agnieszka Bednarek - Moraś Małgorzata Gawinek Tomasz Żelazowski

Sygn. akt. I ACa 738/15

UZASADNIENIE

Powód Z. C. Przedsiębiorstwo (...) wystąpił z pozwem przeciwko R. R., domagając się zasądzenia na jego rzecz odsetek o łącznej wartości 23.760 zł za 176 dniową zwłokę w wykonaniu dzieła, liczoną od dnia 15.11.2011 r. do dnia rozwiązania umowy z pozwaną tj. - 11.05.2011 r. oraz kwoty 2.970 zł za robotę w ogóle niewykonaną przez pozwaną, a objętą zleceniem.

W piśmie procesowym datowanym na 18 stycznia 2014 r. powód rozszerzył i zmienił żądanie pozwu w ten sposób, że domagał się zasądzenia na swoją rzecz kwoty 93.917.08 zł, w tym kwoty 70.157.08 zł stanowiącej kosztorysową wartość robót naprawczych oraz kwoty 23.760 zł za nieterminowe wykonanie zleconych pozwanej do wykonania na podstawie umowy z 23 września 2011 r. robót termoizolacyjnych.

W odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o jego oddalenie na koszt powoda i zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 26 lutego 2015 roku Sąd Okręgowy w Koszalinie oddalił powództwo (pkt 1), zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 3.617 zł tytułem kosztów postępowania (pkt 2) oraz zasądził od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Koszalinie kwotę 1.318,50 zł (pkt 3).

Sąd Okręgowy ustalił, iż powód pełnił funkcje generalnego wykonawcy na inwestycji –budynek wielorodzinnym położonym przy ul. (...) K. – Z.. W dniu 23 września 2011 r. strony sporu podpisały umowę nazwaną umową o dzieło, na podstawie której pozwana zobowiązała się do wykonania na wyżej wymienionym budynku robót termoizolacyjnych na pow. 600 m², szczegółowo określonych w § 1 oraz do wykonania izolacji przeciwwodnej wraz z dociepleniem styropianem ekstrudowanym ścian przyziemia elewacji na pow. 75 m² w terminie od 23 września 2011 r. do 15. listopada 2011 r. za wynagrodzeniem 45 zł za m² netto powierzchni. Zgodnie z treścią § 3 umowy zamawiający uprawniony był do naliczenia kary umownej w wys. 0,5% za każdy dzień zwłoki za niedotrzymanie terminu realizacji umowy.

Roboty dociepleniowe na obiekcie trwały od 15 października 2011 r. i zostały przerwane przez kierownika budowy w związku z zaistnieniem niekorzystnych warunków atmosferycznych. Do wykonania pozostało malowanie i wykonanie tynków cienkowarstwowych.

Z ustaleń sadu I instancji wynika, że w dniu 15 grudnia 2011 r. pozwana zeszła z budowy. Po okresie zimowym pozwana nie kontynuowała robót, ponieważ powód zalegał z opłaceniem dwóch wystawionych przez nią faktur, a poza tym nie skontaktował się z nią w kwestii podjęcia robót. Powód nie wyznaczył pozwanej terminu na wykonanie poprawek i dokończenie realizacji umowy.

Pozwana nie wykazała, że roboty termoizolacyjne ukończyła w całości i bezusterkowo w dniu 15 grudnia 2011 r. i że wydała je powodowi. Pozwana nie wykonała umowy w pozostałej części. Powód nie wykazał, że roszczenie o zasądzenie kary umownej za zwłokę w terminowej realizacji umowy wynika z umowy stron z 23 września 2011 r. (§ 3 umowy.)

Sąd Okręgowy zważył, iż strony łączyła umowa o dzieło. Powód zlecił pozwanej do wykonania roboty ociepleniowe o łącznej pow. 600 m², na budynku przy ul. (...) w K., szczegółowo opisane w § 1 umowy z 23 września 2011 r. oraz wykonanie izolacji przeciwwodnej wraz z dociepleniem styropianem ekstrudowanym ścian przyziemia o łącznej pow. 75 m². Zgodnie z treścią art. 628 § 1 k.c. - wysokość wynagrodzenia za wykonanie dzieła można określić przez wskazanie podstaw do jego ustalenia. Jeżeli strony nie określiły wysokości wynagrodzenia, ani nie wskazały podstaw do jego ustalenia,yczytuje się w razie wątpliwości, że strony miały na myśli zwykłe wynagrodzenie za dzieło tego rodzaju. Jeżeli także w ten sposób nie da się ustalić wysokości wynagrodzenia, należy się wynagrodzenie odpowiadające uzasadnionemu nakładowi pracy oraz innym nakładom przyjmującego zamówienie. Strony umowy z

23 września 2011 r. w treści § 3 wskazały podstawy do obliczenia wynagrodzenia dla wykonawcy uzgadniając, że za wykonane dzieło zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie w wys. 75 zł netto za metr kwadratowy.

Sąd Okręgowy wskazał, że jeżeli strony umowy o dzieło nie umówiły się inaczej, wynagrodzenie jest należne w momencie oddania (wydania) dzieła, albo – w wypadku, gdy dzieło ma być oddane (wydane) częściami i wynagrodzenie zostało obliczone osobno za każdą jego część – z chwilą spełnienia każdego ze świadczeń częściowych (art. 641 § 1 i 2 k.c.). W realiach sprawy zawarta między stronami umowa nie przewidywała płatności częściowych, a zatem pozwana mogła skutecznie prawnie domagać się jego uiszczenia przez powoda, de facto, dopiero po wykonaniu dzieła w całości. Pozwana nie wykonała zlecenia w całości (brak dowodu, okoliczność przyznana). Wykonane przez pozwaną roboty ociepleniowe obarczone były wadami wykonawczymi. Pozwana nie dysponowała w procesie dowodem na okoliczność, iż wydała powodowi dzieło zgodnie z umową, a zatem nie była uprawniona do żądania zapłaty wynagrodzenia w wysokości uzgodnionej w umowie. Przedstawione przez pozwaną na dowód wywiązania się z umowy jej odrębne rozliczenia niepotwierdzone przez powoda nie uprawniały pozwanej do żądania od powoda wynagrodzenia. Zaistniała sytuacja nie uprawniała pozwanej zarówno do odmowy kontynuowania robót z powodu, jak twierdziła przez sądem, nieopłacenia przez powoda wystawionej przez nią faktury, zwanej przez nią faktura końcową. Przez oddanie dzieła należy rozumieć przeniesienie na zamawiającego posiadania dzieła materialnego albo ucieleśnionego. Oddanie dzieła nie oznacza jego odbioru, choć odebranie dzieła świadczy o jego oddaniu. Do oddania dzieła dochodzi przez czynności faktyczne, gdy przyjmujący zamówienie przekazuje (wydaje) dzieło zamawiającemu, a ten przyjmuje (odbiera) je. Ciężar dowodu w przedmiocie wydania dzieła zamawiającemu obarcza przyjmującego zlecenie (art. 6 k.c.). Pozwana nie udowodniła, że wydała przedmiot umowy powodowi (brak dowodu) oraz że, jak zarzuciła w odpowiedzi na pozew, w dniu 15 grudnia 2011 r. zlecenie było wykonane (za wyjątkiem izolacji przeciwwodnej).

Sąd I instancji zważył, iż oddanie dzieła następuje także wówczas – jeżeli z umowy inaczej nie wynika – gdy przyjmujący zamówienie stawia dzieło do dyspozycji zamawiającego i zamawiający może je odebrać, choć tego nie czyni. Taka sytuacja także nie miała w sprawie miejsca (brak dowodu). Zarzutowi pozwanej, iż do 15 grudnia 2011 r. wykonała umowę (oprócz izolacji przeciwwodnej) przeczą zapisy w dzienniku budowy, z których wynika, że pozwana przerwała roboty w dniu 15 grudnia 2011 r. na skutek wpisu kierownika budowy w związku z niesprzyjającymi warunkami pogodowymi. Wskazuje na to także analiza wpisów do dziennika budowy w kontekście ustaleń inwestora zawartych w protokole z 20 grudnia 2011 r., w oparciu o które należy wyciągnąć wniosek, że w chwili przerwania przez pozwaną robót w dniu 15 grudnia 2011 r. zrealizowane było docieplenie ścian zewnętrznych budynku, podczas gdy zgodnie z umową pozwana zobowiązała się do docieplenia wszystkich ścian budynku. Ponadto, Sąd Okręgowy wskazał, że nawet gdyby za pozwaną przyjąć, że w dniu 15 grudnia 2011 r. pozostawiła przedmiot umowy powodowi do dyspozycji, to 15 grudnia 2011 r. pozwana była co najmniej w opóźnieniu w stosunku do terminu umownego, który upłynął z dniem 15 listopada 2011 r., a to oznaczało nienależyte wykonanie umowy z konsekwencją jej ew. odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 471 k.c.).

Jak wywodził Sąd i instancji do oddania dzieła może dojść poprzez wystawienie faktur VAT, co świadczy o tym, iż dzieło – w ocenie zamawiającego zostało wykonane. W realiach sprawy mimo, że umowa tego nie przewidywała, pozwana wystawiła dwie faktury częściowe, które powód opłacił twierdząc jednak, że były to zaliczki na poczet wynagrodzenia, których pozwana żądała twierdząc, że nie ma na materiały (vide zeznania powoda w charakterze strony); ostateczne rozliczenie wymagało wedle powoda, w pierwszej kolejności zweryfikowania przez pozwaną obmiarów wykonanych robót co wynikało z umowy, gdzie ilość m.kw powierzchni określono w przybliżeniu, czego od pozwanej bezskutecznie się domagał. Z faktur pozwanej nr 24 z 30 listopada 2011 r. oraz 1 z 3 stycznia 2012 r. wynika, że obejmowały one wynagrodzenie naliczone przez pozwaną za roboty wymienione w rozliczeniu z 29 listopada 2011 r. - ściany od wewnątrz oraz wnęki klatki schodowej oraz docieplenia wnęk klatek schodowych. Żadna z tych faktur nie podaje obmiarów wykonanych robót, w związku z czym powód zasadnie domagał się od pozwanej ich podania jako niezbędnych dla końcowego rozliczenia.

Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z treścią art. 483 § 1 k.c. - można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej

sumy (kara umowna). Powód w pozwie domagał się zasądzenia kary umownej za zwłokę w realizacji umowy przez pozwaną (roboty termoizolacyjne) oraz za niewykonanie umowy (izolacja przeciwwodna). Zdaniem Sądu Okręgowego roszczenie powoda było w świetle umowy stron bezzasadne. Postanowienie ujęte w § 3 umowy z 23 września 2011 r. posiada następujące brzmienie- „...za każdy dzień zwłoki zamawiający naliczy karę umowną 05%.”. Z zapisu tego wynika co niesporne, że kara umowna została zastrzeżona dla powoda na wypadek zwłoki wykonawcy w realizacji umowy. Z zapisu tego nie wynika jednakże, w jakim aspekcie realizacji umowy zwłokę tę strony miały na uwadze – czy zwłokę w dotrzymaniu przez pozwaną terminu końcowego umowy, czy wyznaczonego jej terminu do usunięcia wad wykonawczych, czy niewykonania umowy w ogóle względnie jej poszczególnych elementów. Powód w oparciu o powołany zapis umowny domagał się zasądzenia kary umownej za zwłokę w niedotrzymaniu przez pozwaną terminu końcowego umowy w części obejmującej roboty termoizolacyjne i przeciwwodne, a jednocześnie w oparciu o ten sam zapis kary umownej za niewykonanie części w postaci izolacji przeciwwodnej, choć zapis ten nie daje zdaniem Sądu Okręgowego podstawy do żądania żadnej z tych kar z uwagi na to, że nie precyzuje, za jakie konkretnie uchybienia w realizacji umowy przez pozwaną kara się powodowi należała. Ponadto, powód naliczył karę umowną przyjmując jako podstawę uzgodnioną między stronami cenę 1 m² oraz ilość m² wskazaną w umowie, jednakże umknęło powodowi, że ilości te w umowie wskazane zostały przez strony tylko w przybliżeniu i sam domagał się od pozwanej dokonania ich weryfikacji. Zatem oprócz tego, że umowa stron nie precyzuje ze względu na jakie aspekty niewykonania względnie nienależytego wykonania umowy kara umowna została zastrzeżona na jego rzecz, to przyjęty przez powoda sposób jej naliczenia (wysokość kary) nie mógł zasługiwać na akceptację jako odpowiadający woli stron umowy. Sąd nie był uprawniony do dokonania interpretacji zapisu umownego wyrażonego przez strony sporu w § 3 umowy z 24 września 2011 r. we własnym zakresie, powód zaś nie wnioskował przeprowadzenia dowodu z przesłuchania stron na okoliczność, jaka faktyczna wola stron umowy znalazła w tym zapisie umowy ucieleśnienie, wywodząc z tego zapisu korzystne dla siebie skutki prawne. W rezultacie powyższego roszczenie powoda o zasądzenie żądanej przez niego kary umownej jako nieznajdujące oparcia w umowie z 23 września 2011 r. podlegało oddaleniu (art. 6 k.c.).

Zdaniem Sadu Okręgowego jako nieudowodnione oddaleniu podlegało także roszczenie o zasądzenie kwoty 70 tys. zł. stanowiącej zdaniem powoda równowartość kosztu zrealizowanych robót naprawczych.

Zgodnie z treścią art. 636 § 1 k.c. - jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie. Uprawnienie zamawiającego do skorzystania z instytucji wykonana zastępczego powstaje zatem w sytuacji, gdy, zamawiający będzie w stanie wykazać wadliwe albo sprzeczne z umową wykonywanie dzieła (art. 6 k.c.) oraz gdy zamawiający nie zamierza korzystać z prawa do odstąpienia od umowy. Warunkiem jednakże sine qua non skorzystania z tego prawa jest w świetle przytoczonego przepisu ustawy wezwanie wykonawcy do zmiany sposobu wykonania i wyznaczenie mu w tym celu odpowiedniego terminu.

Sąd I instancji zważył, że pozwana wykonywała roboty do czasu ich przerwania w dniu 15 grudnia 2011 r. w sposób wadliwy, co powód udowodnił załączonymi do pozwu dokumentami oraz zeznaniami świadka J. J., oraz własnymi - w charakterze strony. Jednakże jak wynika z ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego, a konkretnie z zeznań powoda złożonych przed sądem - jakkolwiek wzywał on świadka K., reprezentującego na budowie pozwaną, do dokonania napraw robót wykonanych wadliwie, to jak zeznał – nigdy nie wyznaczył pozwanej „odpowiedniego terminu” do ich wykonania, o którym mowa w art. 636 § 1 k.c. Dodatkowym potwierdzeniem takiej oceny było załączone do pozwu pismo, jakie powód skierował do pozwanej, datowane na 10 stycznia 2012 r. W treści tego pisma, informującego pozwaną o zamiarze powoda zlecenia zastępczego wykonania umowy, powód powołuje się na kierowane do pozwanej kilkakrotnie wezwania do zmiany sposobu wykonania dzieła i jego dokończenie, nie ma tam natomiast mowy o niedotrzymaniu przez pozwaną wyznaczonego jej terminu w tym przedmiocie.

W rezultacie zaniechania wyznaczenia pozwanej terminu odpowiedniego, w rozumieniu z art. 636 § 1 k.c. powód, w świetle tego przepisu ustawy, pozbawił się uprawnienia do poprawienia zlecenia i dalszego wykonania dzieła innemu podmiotowi, a to czyni roszczenie powoda o zwrot kosztów wykonania zastępczego bezzasadnym.

Niezależnie od powyższego Sąd Okręgowy wskazał na inne powody uznania roszczenia powoda w tym zakresie za pozbawione podstaw. W umowie zawartej w dniu 1 marca 2012 r. ze świadkiem W. P., której przedmiot stanowiło dokończenie i naprawa robót zleconych do wykonania pozwanej, strony uzgodniły wynagrodzenie w formie ryczałtowej w kwocie 23.761,72 zł. Słuchany przed Sądem w charakterze świadka W. P. zeznał, że otrzymał od powoda umówione wynagrodzenia. Następnie do pisma procesowego z 18 stycznia 2014 r. powód dołączył sporządzony przez siebie 21 maja 2012 r. kosztorys powykonawczy robót naprawczych po pozwanej opiewający na kwotę 70.157,08 zł domagając się zasądzenia tej kwoty. Tej oczywistej rozbieżności w obliczeniu kosztu wykonania zastępczego powód nie wyjaśnił, ale bardziej istotnym jest, że jak wynika z ustaleń faktycznych Sądu, zgodnie z umową z 23 września 2011 r. zawartą z pozwaną strony uzgodniły wysokość należnego pozwanej wynagrodzenia przez wskazanie podstaw do jego ustalenia - 45 zł za m² powierzchni podanej w umowie w przybliżeniu, wymagającej zweryfikowania na gruncie (§ 1 umowy). Mając na uwadze, że w trakcie zlecenia przez powoda robót zastępczych strony nadal łączyła zawarta między nimi umowa oznacza, że zastępcze zlecenie robót (gdyby było uprawnione) nie przekreśliło uzgodnionej przez strony w § 1 umowy metody ustalenia wynagrodzenia za wykonanie dzieła.

W takiej zatem sytuacji celem skutecznego domagania się od pozwanej zwrotu kosztu wykonania zastępczego powód byłby obowiązany koszt ten obliczyć w ten sposób, że od wynagrodzenia obliczonego wedle przyjętej w umowie metody winien byłby odliczyć to, co musiał wydatkować na dokończenie dzieła, nie zaś określać wysokość wynagrodzenia na podstawie rzeczywistej wartości wykonanych robót, czyli według kosztorysu powykonawczego.

Roszczenie powoda o zwrot kosztów wykonania zastępczego było nieuprawnione zarówno co do zasady, jak i co do wysokości na gruncie art. 636 § 1 k.c. i § 1 umowy z 23 września 2011 r.

Sąd Okręgowy wskazał, że jeśli dzieło wykonane zostało wadliwie zlecający może skorzystać i uprawnień z rękojmi albo dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych w oparciu o art. 471 k.c., w myśl którego - dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Odpowiedzialność kontraktowa dłużnika powstaje, jeżeli spełnione zostaną następujące przesłanki: wystąpi szkoda wierzyciela w postaci uszczerbku majątkowego; szkoda musi być spowodowana niewykonaniem lub nienależyte wykonanym zobowiązaniem przez dłużnika; musi istnieć związek przyczynowy między faktem nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania a poniesioną szkodą. Ciężar dowodu istnienia wyżej wymienionych przesłanek, faktu aktualizującego odpowiedzialność z art. 471 k.c., istnienia związku przyczynowego oraz powstania szkody, także w postaci utraconych korzyści, w świetle art. 6 k.c. spoczywa na wierzycielu jako osobie, która z tychże faktów wywodzi skutki prawne. Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Sąd Okręgowy uznał, że powód nie udowodnił, że kwota wynikająca ze sporządzonego przez niego kosztorysu powykonawczego stanowi uszczerbek majątkowy powoda pozostający w bezpośrednim związku z niewykonaniem i nienależytym wykonaniem umowy przez pozwaną. Powód nie udowodnił, jakie roboty i w jakim zakresie wymagały napraw – załącznik do protokołu sporządzony przez świadka P. G. – inspektora nadzoru inwestorskiego zawiera ogólnikowy opis stwierdzonych wad, a to wykluczyło możliwość dokonania przez Sąd I instancji weryfikacji kosztorysu powykonawczego ze skutkiem negatywnym dla powoda.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. oraz na podstawie § pkt 6 Rozporządzenia Min. Spraw. z 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie.

Apelację od powyższego orzeczenia wywiódł powód w części oddalającej powództwo co do kwoty 47.521,72 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od kwoty 23.760,00 zł od dnia 8 sierpnia 2012 r. do dnia zapłaty oraz w części orzekającej o kosztach procesu.

Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

I. naruszenie przepisów postępowania mogące mieć wpływ na wynik sprawy, tj.:

1) art. 217 § 1 w zw. z art. 227 w zw. z art. 278 § 1 k.p.c., poprzez nieuzasadnione pominięcie wniosku dowodowego powoda o powołanie biegłego z zakresu budownictwa i wymiarowania robót na okoliczność stwierdzenia faktycznego zakresu robót wykonanych przez pozwaną, co bez wątpienia przyczyniłoby się do wyjaśnienia istotnych dla sprawy okoliczności w kontekście roszczenia odszkodowawczego powoda, a mianowicie ustalenie, w jakim zakresie pozwana nie wykonała umowy oraz w jakim zakresie należało usunąć wady robót wykonanych przez pozwaną,

2) art. 227 w zw. z art. 299 k.p.c. poprzez niedopuszczenie dowodu z przesłuchania obu stron na okoliczność mającą istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, tj. na okoliczność wykładni umowy z dnia 23 września 2011 r. zawartej pomiędzy stronami i ustalenie, jaki był zgodny zamiar stron ww. umowy w zakresie istnienia w niej zapisu dotyczącego możliwości obciążenia pozwanej karą umowną za zwłokę w realizacji ww. umowy,

3) art. 230 w zw. z art. 210 § 2 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie i uznanie przez Sąd, iż powód nie wykazał zasadności sposobu naliczenia kary umownej zgodnie z umową z dnia 23 września 2011 r., podczas gdy pozwana nie negowała twierdzeń powoda, iż kara umowna zgodnie z umową ma być liczona od całości wynagrodzenia pozwanej liczonego od szacunkowo przewidzianej ilości robót (za zwłokę w realizacji umowy) - co sąd winien potraktować jako uznanie okoliczności podanych przez powoda jako przyznane,

- co w konsekwencji doprowadziło Sąd do błędów w ustaleniach faktycznych polegających na przyjęciu, iż powód nie wykazał, że roszczenie o zasądzenie kary umownej za zwłokę w terminowej realizacji umowy wynika z umowy stron z 23 września 2011 r., a także, iż nie zaszły przesłanki do obciążenia pozwanej przez powoda odpowiedzialnością odszkodowawczą z tytułu wykonania tzw. robót poprawkowych i zastępczych przez wykonawcę zastępczego.

II. naruszenie prawa materialnego:

1) art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez jego pominięcie i brak dokonania wykładni oświadczeń woli stron w zakresie umowy z dnia 23.09.2011r. zawartej pomiędzy stronami i ustalenia, jaki był ich zgodny zamiar w zakresie istnienia w umowie zapisu dotyczącego możliwości obciążenia karą umowną pozwanej,

2) art. 471 k.c., poprzez przyjęcie przez Sąd, iż nie zaszły przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanej względem powoda, podczas gdy ze stanu faktycznego sprawy wynika, iż wskutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi pozwana, powód poniósł realną szkodę majątkową, będącą normalnym następstwem nienależytego wykonania umowy przez pozwaną.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części tj. o zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kwoty 47.521,72 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od kwoty 23.760,00 zł od dnia 8 sierpnia 2012 r. do dnia zapłaty; o zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania przed Sądem I instancji według norm przepisanych; o zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych. Ewentualnie, w przypadku uznania przez Sąd Apelacyjny, iż zachodzi potrzeba orzeczenia kasatoryjnego, wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji oraz pozostawienie Sądowi I instancji rozstrzygnięcia o kosztach procesu za obie instancje, w tym kosztach zastępstwa procesowego.

Na podstawie art. 382 k.p.c. apelujący wniósł również o przeprowadzenie następujących dowodów:

- z opinii biegłego z zakresu budownictwa i wymiarowania robót na okoliczność stwierdzenia faktycznego zakresu robót wykonanych przez pozwaną oraz ustalenia okoliczności, w jakim zakresie należało usunąć wady robót wykonanych przez pozwaną, a także ustalenia, w jakim zakresie roboty wykonane przez tzw. wykonawcę zastępczego

W. P., których koszty pokrył powód, odpowiadają niedokończeniu robót przez pozwaną i istnienia wad w robotach wykonanych przez pozwaną,

- z przesłuchania stron na okoliczność wykładni umowy z dnia 23 września 2011r. zawartej pomiędzy stronami i ustalenie, jaki był zgodny zamiar stron ww. umowy w zakresie istnienia w niej zapisu dotyczącego możliwości obciążenia pozwanej karą umowną za zwłokę w realizacji ww. umowy.

W uzasadnieniu skarżący wskazał, że wyrok Sądu I instancji zawiera szereg uchybień będących konsekwencją zarówno naruszenia przepisów prawa procesowego, jak i przepisów prawa materialnego, które powodują, iż ww. wyrok w zaskarżonej części nie może się ostać. W piśmie procesowym z dnia 18 stycznia 2014 r. powód wniósł o powołanie biegłego z dziedziny budownictwa i zasad wymiarowania celem wydania opinii w przedmiocie zweryfikowania faktycznego zakresu robót i obmiarów tych robót wykonanych przez pozwaną. Nadto skarżący wskazał, że umowa ściśle wskazuje termin zakończenia robót przez pozwaną i jest to jedyny jej obowiązek „terminowy”, który wiąże się z oddaniem dzieła, a nieracjonalnym byłoby określenie przez strony, iż stawka kary umownej, tj. 0,5%, miałyby dotyczyć ceny jednostkowej 45 zł (za 1 m²), wówczas bowiem za 176 dni zwłoki powodowi przysługiwałaby kara umowna w wysokości ok. 39 zł. Sąd - w razie powzięcia wątpliwości w tym zakresie - winien był skonfrontować strony i przesłuchać je na okoliczność ustalenia faktycznej woli stron w zakresie zapisu o karze umownej. Pozwana nie kwestionowała sposobu naliczenia przez powoda kary umownej. W związku z powyższym Sąd nie zastosował w tej sytuacji art. 230 w zw. z art. 210 § 2 k.p.c.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja powoda okazała się częściowo zasadna i doprowadziła do zmiany zaskarżonego wyroku.

Na wstępie odnotować należy, że postępowanie apelacyjne, jakkolwiek jest postępowaniem odwoławczym i kontrolnym, to jednakże zachowuje charakter postępowania rozpoznawczego. Oznacza to, że Sąd Odwoławczy ma pełną swobodę jurysdykcyjną, ograniczoną jedynie granicami zaskarżenia. Sąd ten nie może poprzestać jedynie na ustosunkowaniu się do zarzutów apelacyjnych. Merytoryczny bowiem charakter orzekania Sądu II instancji polega na tym, że ma on obowiązek poczynić własne ustalenia i ocenić je samodzielnie z punktu widzenia prawa materialnego, a więc dokonać subsumcji. Z tego też względu Sąd ten może, a jeżeli je dostrzeże powinien, naprawić wszystkie stwierdzone w postępowaniu apelacyjnym naruszenia prawa materialnego popełnione przez Sąd I instancji i to niezależnie od tego, czy zostały one podniesione w apelacji, jeśli tylko mieszczą się w granicach zaskarżenia (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13.04.2000 r., III CKN 812/98 i in.).

Granice zaskarżenia w przedmiotowej sprawie wyznaczył w apelacji powód zaskarżając wyrok Sądu I instancji częściowo, a mianowicie w części oddalającej powództwo co do kwoty 47.521,72 złotych wraz ustawowymi odsetkami liczonymi od kwoty 23.760 złotych od dnia 8 sierpnia 2012 roku oraz w części orzekającej o kosztach postępowania. W zaskarżonym zakresie kwota 23.760 złotych stanowiła karę umowną za zwłokę w zakończeniu robót, zaś kwota 23.761.72 złotych stanowiła szkodę majątkową, w postaci wynagrodzenia zapłaconego przez powoda wykonawcy zastępczemu, któremu powierzono dokończenie prac niezakończonych przez pozwaną oraz usunięcie wad tych robót.

Na początku rozważań Sąd Apelacyjny wskazuje, iż w obowiązującym systemie prawnym obowiązek gromadzenia dowodów ciąży na stronach co wynika z treści art. 232 k.p.c. Natomiast przepis art. 6 k.c. stanowi, iż ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Dlatego też w przedmiotowym postępowaniu na powodzie spoczywał ciężar wykazania dochodzonego od pozwanej roszczenia zarówno co do zasady, jak i co do wysokości, natomiast pozwana powinna wykazać, że zachodzą okoliczności zwalniające ją od spełnienia świadczenia.

Po analizie akt sprawy i zgromadzonego w nich materiału dowodowego Sąd Odwoławczy stwierdził, że Sąd Okręgowy nie przeprowadził w przedmiotowej sprawie postępowania dowodowego w zakresie wystarczającym dla poczynienia ustaleń faktycznych mających wpływ na zastosowanie przepisów prawa materialnego. Co za tym idzie niezbędnym było uzupełnienie materiału dowodowego na etapie postępowania apelacyjnego, nadto zaistniała konieczność

poczynienia dodatkowych lub odmiennych ustaleń faktycznych w oparciu o materiał dowodowy znajdujący się w aktach sprawy.

Sąd Apelacyjny ustalił następujący stan faktyczny sprawy:

W przedmiotowej sprawie poza sporem pozostawało, iż obie strony postępowania prowadzą działalność gospodarczą, powód J. C. pod nazwą (...)Przedsiębiorstwo Budowlane, zaś pozwana R. R. pod nazwą (...) Usługi Ogólnobudowlane.

W ramach prowadzonej działalności powód pełnił funkcje generalnego wykonawcy na inwestycji Wspólnoty Mieszkaniowej nieruchomości położonej przy ul. (...) w K. – Z.. W ramach tej inwestycji pozwany zlecał wykonanie poszczególnych etapów robót różnym podwykonawcom, w tym również zawarł z pozwaną w dniu 23 września 2011 roku umowę o dzieło nr 1/09/2011, której przedmiotem było wykonanie elewacji północno-zachodniej oraz elewacji północno-wschodniej: docieplenie ścian oraz lukarn (z przygotowaniem powierzchni pod tynk strukturalny) z montażem rusztowań, osadzeniem parapetów. Powierzchnię objętą pracami określono na ok. 600 m². Nadto strony uzgodniły wykonanie izolacji przeciwwodnej wraz z dociepleniem styropianem ekstrudowanym ścian przyziemia elewacji j.w. na powierzchni ok. 75 m². Zgodnie z umową prace miały być wykonywane od dnia 23 września 2011 roku do 15 listopada 2011 roku. Materiały niezbędne do wykonania dzieła miał dostarczyć powód. Cenę ustalono na 45 zł za 1 m² netto. W umowie wpisano również, iż za każdy dzień zwłoki powód może naliczyć karę umowną 0,5%. W sprawach nieuregulowanych strony odwołały się do przepisów kodeksu cywilnego dotyczących umowy o dzieło. Powyższe wynika jednoznacznie z umowy stron, której treść nie była przez żadną ze stron kwestionowana (umowa k. 4-5).

W czasie wykonywania umowy prace były wykonywane przez pozwaną sprawnie, powstały jednak opóźnienia w wykonaniu prac, które wynikały z niedostarczenia materiałów budowlanych przez powoda (dowód zeznania świadków R. D. k. 106 v., J. J. k. 107v.-108, K. K. (2) k. 108 v.)

Roboty dociepleniowe na obiekcie trwały do 15 grudnia 2011 r. i zostały przerwane przez kierownika budowy w związku z zaistnieniem niekorzystnych warunków atmosferycznych, co potwierdzono wpisem do dziennika budowy (niesporne nadto dziennik budowy k. 299 zeznania świadka P. G. k. 203). Do wykonania pozostało malowanie i wykonanie tynków cienkowarstwowych.

Wykonanie prac zleconych pozwanej do dnia 15 grudnia 2011 roku potwierdził P. G. (pismo z 3 stycznia 2012 roku k. 79, zeznania świadka P. G. k. 203). Pozwana wykonała prace objęte umową za wyjątkiem docieplenia niektórych ościeży okien, co do których był spór, czy są one objęte umową (dowód zeznania świadków R. D. budowy k. 106 v., J. J. k. 107v.-108, K. K. (2) k. 108 v.).

Po tej dacie pozwana nie wykonywała już żadnych robót na tej inwestycji (niesporne). Powód nie sporządził obmiarów prac wykonanych przez pozwaną (niesporne).

W dniu 22 grudnia 2011 roku z udziałem powoda i przedstawicieli inwestora odbył się odbiór robót, jednak nie został on dokonany z powodu licznych wad i usterek, z których tylko część dotyczyła prac wykonanych przez pozwaną tj. uszczelnienie styku parapetów okiennych z oknem - na wszystkich ścianach- termin usunięcia wad do końca roku), docieplenie ościeży okiennych, wymiana uszkodzonego parapetu na ścianie północno-wschodniej- termin usunięcia wad w następnym roku – wiosna 2012 (dowód protokół odbioru k. 6-8, podobnie protokół odbioru z 22.12.2011 roku k. 11-12).

W dzienniku budowy zapisano, że w dniu 9 stycznia 2012 roku z uwagi na poprawę warunków pogodowych rozpoczęto poprawki na elewacji północnej, postawiono rusztowanie, wymieniane były parapety (14 szt.)i uzupełniany był styropian w ościeżach wg protokołu odbioru prac(dowód dziennik budowy k. 300).

W piśmie z dnia 10 stycznia 2012 roku powód wezwał pozwaną do odbioru wykonanych przez pozwaną prac, poinformował, że dokonuje naliczania kary umownej za zwłokę, że wobec braku reakcji na wezwanie do usunięcia

wad zleca ich wykonanie innej firmie na koszt pozwanej. Nadto powód wezwał pozwaną do dokonania rzeczywistych obmiarów wykonanych przez nią prac. Uprzedził też, że do czasu dokonania pozytywnego odbioru wstrzymuje się od zapłaty wynagrodzenia (dowód – pismo powoda k. 9).

W dniu 1 marca 2012 roku powód zawarł umowę o dzieło z W. P., której przedmiotem było dokończenie i naprawa prac termoizolacyjnych w budynku wspólnoty mieszkaniowej nieruchomości położonej przy ul. (...) w K. –Z.. Prace miały być wykonane w terminie od 3 marca 2012 roku do 15 kwietnia 2012 roku. Strony uzgodniły, że wykonane dzieło wykonawca otrzyma wynagrodzenie w kwocie 23.761,72 zł.(dowód umowa k. 13-14). Umowa ta została wykonana w terminie, powód zapłacił W. P. uzgodnione wynagrodzenie (zeznania świadka W. P. k. 107).

Wady robót dociepleniowych w części wykonanej przez pozwaną wyszczególnione zostały w protokole komisji z dnia 22 grudnia 2011 roku, a ich usunięcie miało nastąpić przez: uzupełnienie docieplenia ościeży okiennych styropianem, poprawieniem osadzenia parapetów, wymianie uszkodzonych parapetów, wykonaniu drugiej warstwy kleju do siatki w części klatki schodowej. Zakres prac wykonanych przez W. P. obejmuje usunięcie wszystkich usterek wymienionym w ww. protokole i obejmuje też zakończenie prac powierzonych pozwanej i usunięcie stwierdzonych w nim wad. Zakres wykonanych przez pozwaną robót można obecnie stwierdzić tylko na podstawie dokonanych przez nią obmiarów. Pozwana nie uczestniczyła w odbiorze, powód natomiast nie potrafi jednoznacznie określić zakresu robót wykonanych przez pozwaną. Od obmiarów należało potrącić, zakwestionowane przez powoda rozliczenie powierzchni otworów okiennych i drzwiowych, w których nie zostały wykonane ościeża oraz powierzchnie boczne balkonów, które ze względu na ich wymiary winny być wliczone do powierzchni balkonów. Pozwana wykonała zakres robót o łącznej wartości 40.431,07 zł. Natomiast wartość robót, których pozwana nie wykonała i które wykonał za nią W. P. wynosi 5.981,69 zł (dowód opinia biegłego z zakresu budownictwa G. K. k. 440-448).

W dniu 11 maja 2012 roku zarząd Wspólnoty- inwestora odstąpił od umowy z powodem z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wspólnota dokonała wyboru kolejnego wykonawcy- R. S., któremu 14 maja 2012 roku przekazała plac budowy(dowód wpisy w dzienniku budowy k. 303).

W dniu 6 sierpnia 2012 roku powód złożył oświadczenie, iż wypowiada umowę o dzieło i rezygnuje z usług pozwanej (pismo k. 15). Tego samego dnia wezwał pozwaną do zapłaty kary umownej naliczanej za okres od 15 listopada 2011 roku do 11 maja 2012 roku , $600\text{m}^2 \times 45 \text{ zł} = 27.000\text{zł} / 0,5\% = 135 \text{ zł} \times 176 \text{ dni} = 23.760 \text{ zł}$ netto plus 8% podatek VAT(dowód pismo k. 17). Powód wystawił również fakturę VAT na 23.761,72 zł za prace poprawkowe wykonane zastępczo (faktur k. 141).

W odpowiedzi na wezwanie do zapłaty pozwana odmówiła spełnienia żądań powoda, twierdząc, że umowa została przez nią wykonana i zakończyła ją 15 grudnia 2011 roku (pismo z 10 sierpnia 2012 roku k. 144)

Pozwana wystawiła powodowi w czasie trwania umowy faktury na kwoty 21.942,36 złotych – za prace rozliczane do 8 listopada 2011 roku oraz 20.733,24 zł za prace rozliczane do 29 listopada 2011 roku(rozliczenia k. 74-78), z czego powód nie zapłacił 6.733,24 zł. Dodatkowo po ostatecznym rozliczeniu robót pozwana wystawiła fakturę na 7.202,52 zł. Ta ostatnie kwoty, łącznie 13.395,76 zł zasądzone zostały od powoda na rzecz pozwanej nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym wydanym w dniu 15 marca 2012 roku przez Sąd Rejonowy w Koszalinie w sprawie sygn. akt V GNc 810/12(nakaz zapłaty k. 80 oraz faktury k. 21,22 w aktach V GNc 810/12). Orzeczenie to jest prawomocne.

Powyższy stan faktyczny ustalony został w oparciu o dowody z dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy: umowy stron, obmiarów, faktur, dziennika budowy, protokołów odbioru, korespondencji stron, których treści i zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy nie kwestionowała żadna ze stron postępowania. Z dokumentami tymi korespondowały zeznania świadków P. G.- inspektora nadzoru, R. D. kierownika budowy, J. J. – przedstawiciela inwestora oraz K. K. (2) – przedstawiciela pozwanej. W. P.. Zeznania te są spójne, zgodne i wzajemnie się uzupełniają dlatego też Sąd dał im wiarę, tym bardziej, że strona powodowa, poza własnymi zeznaniami, nie przedstawiła żadnych dowodów, które pozwoliłyby na dokonanie ustaleń odmiennych. Sąd Odwoławczy dał wiarę zeznaniom powoda tylko w takim zakresie,

w jakim pozostawały one zgodne z pozostałym materiałem dowodowym w postaci zeznań świadków i dokumentów, w pozostałej natomiast części jako odosobnione nie zasługiwały one na wiarę.

Sąd Apelacyjny uznając za zasadny zarzut apelacji błędnego pominięcia dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, zawnioskowany w piśmie powoda z dnia 18 stycznia 2014 roku (k. 126v.), ponowiony w apelacji, przeprowadził ten dowód w toku postępowania apelacyjnego. Opinia ta została wykonana w oparciu o cały dostępny biegłemu materiał dowodowy, jaki przedstawiły obie strony postępowania, wywody biegłej i jej wnioski są logiczne, jasne, rzeczowe, kategorię, jak i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego. Podkreślić należy, iż żadna ze stron nie zgłosiła zastrzeżeń do treści i wniosków opinii, dlatego też Sąd Odwoławczy uznał ją za wiarygodną i poczynił w oparciu o nią ustalenia faktyczne w sprawie.

W tym miejscu podnieść należy, iż chybiony okazał się zarzut apelującego, iż Sąd I instancji nie przeprowadził dowodu z zeznań stron celem ustalenia, w jaki sposób strony rozumiały postanowienia umowne dotyczące kary umownej za zwłokę, jako że powód złożył w tym zakresie zeznania na rozprawie przed Sądem Okręgowym w dniu 3 listopada 2014 roku k. 271-277, natomiast pozwana nie stawiała się, mimo prawidłowego wezwania celem przesłuchania w charakterze strony, co uniemożliwiło jej przesłuchanie. Zauważyć także należy, iż pozwana nie stawiała się również na wezwanie Sądu Apelacyjnego na rozprawę w dniu 20 stycznia 2016 roku. Sąd II instancji stwierdza również, iż obowiązek Sądu wynikający z art. 299 k.p.c. in fine nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego i aktualizuje się on jedynie wówczas, jeżeli Sąd uzna, że dotychczasowe rezultaty przeprowadzonego postępowania dowodowego nie świadczą o wyjaśnieniu faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Zaniechanie więc przez Sąd I instancji przeprowadzenia dowodu z przesłuchania stron nie dowodzi naruszenia art. 299 k.p.c., jeśli w ocenie tego Sądu fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy zostały już wyjaśnione. Nadto naruszenie art. 299 k.p.c. może mieć miejsce tylko wtedy, gdy nieprzesłuchanie stron - mimo zgłoszenia takiego wniosku dowodowego przez jedną z nich, mogło wpłynąć na wynik sprawy, rozumiany jako wyjaśnienie wszystkich istotnych i spornych okoliczności, albo gdy dowód z przesłuchania stron był jedynym dowodem, jakim dysponował sąd. Przepis art. 299 k.p.c. określa bowiem relację dowodu z przesłuchania stron do całokształtu materiału dowodowego zebranego w danej sprawie, traktując wypowiedź dowodową strony jedynie jako ewentualne - w zależności od okoliczności - uzupełnienie materiału dowodowego. Z tego przepisu wynikają konsekwencje zarówno co do momentu, w którym może zapaść decyzja sądu o przeprowadzeniu dowodu z przesłuchania stron, jak też co do zakresu przedmiotowego tego dowodu. Ograniczenia te są konsekwencją założenia o nikłej wartości dowodowej wypowiedzi osoby bezpośrednio zainteresowanej wynikiem postępowania. (por. orzeczenie SN z dnia 17 września 1946 r., C III 719/45, OSN(C) 1948, nr 2, poz. 34; wyrok SN z dnia 18 sierpnia 1982 r., I CR 258/82, LEX nr 8446; wyrok SN z dnia 28 listopada 1997 r., II CKN 457/97, M. Praw. 1998, nr 5, s. 4; wyr. SN z 18 lutego 2010 r., II CSK 369/09, LexPolonica nr 2440311; uzasadnienie wyroku SN z dnia 8 grudnia 2000 r., I CKN 1129/99, LEX nr 51635; wyrok SN z dnia 12 grudnia 2000 r., V CKN 175/00, OSP 2001, z. 7-8, poz. 116, z głosem częściowo krytyczną C. Gromadzkiego, PS 2003, nr 3, s. 141; SN w orz. z 7 lutego 2001 r., V CKN 176/00, niepubl.; wyrok SN z dnia 5 czerwca 2009 r., I PK 19/09, LEX nr 519171; wyrok SN z dnia 5 lipca 2006 r., IV CSK 98/06, LEX nr 459229).

W przedmiotowej sprawie Sąd Okręgowy dysponował pisemną umową stron, a nadto zeznaniami powoda, które to dowody pozwalały na poczynienie stosownych ustaleń co do woli stron wyrażonej w umowie z dnia 23 września 2011 roku w zakresie kary umownej.

Podstawę prawną roszczenia dochodzonego przez powoda stanowią co do kwoty 23.760 złotych - art. 483 k.c., natomiast kwoty 23.761.72 złotych - przepis art. 471 k.c.

W myśl dyspozycji art. 353¹ k.c., statuującego obowiązującą w polskim prawie zasadę swobody umów, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zgodnie zaś z treścią art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Z kolei art. 484 § 1 k.c. stanowi, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten

wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody, żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Powód dochodzący kary umownej winien wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z pozwaną oraz fakt zawinionego niewykonania bądź nienależytego wykonania tego zobowiązania.

W przedmiotowej sprawie nie można odmówić racji apelującej, która zarzuca zaskarżonemu wyrokowi naruszenie art. 65 § 2 k.c. Sąd Okręgowy nie dokonał bowiem wszechstronnej analizy postanowień umowy z dnia 23 września 2011 r., określających obowiązki stron w razie zwłoki w wykonaniu wynikającego z niej zobowiązania i ich wykładni uwzględniającej zgodny zamiar stron oraz cel zastrzeżenia kary umownej, poprzestając na literalnym brzmieniu kontraktu.

W tym przypadku pomocne mogą być wytyczne przeprowadzania wykładni oświadczeń woli wyłożone w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2004 r. w sprawie V CK 670/03, OSNC 2005/9/162, w której Sąd Najwyższy wskazywał, iż przyjęta na tle art. 65 k.c. w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95 (OSNC 1995, nr 12, poz. 168) i późniejszych orzeczeniach Sądu Najwyższego (por. np. wyroki z dnia 21 listopada 1997 r., I CKN 825/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 81 i z dnia 20 maja 2004 r., II CK 354/03, OSNC 2005, nr 5, poz. 91) - w ślad za jednym z nurtów piśmiennictwa, odpowiadająca zarysowującej się współcześnie tendencji światowej (por. art. 8 Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, Dz. U. z 1997 r. Nr 45, poz. 286 oraz art. 5.101-5.107 Zasad europejskiego prawa umów, "Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2004, nr 3, s. 851) - tzw. kombinowana metoda wykładni przyznaje w przypadku oświadczeń woli składanych innej osobie pierwszeństwo temu znaczeniu oświadczenia, które rzeczywiście nadawały mu obie strony w chwili jego złożenia (subiektywny wzorzec wykładni). Pierwszeństwo to jest wyprowadzane z zawartego w art. 65 § 2 k.c. nakazu badania raczej, jaki był zgodny zamiar stron umowy, aniżeli opierania się na dosłownym brzmieniu umowy. To, jak same strony rozumiały oświadczenie woli w chwili jego złożenia można wykazywać za pomocą dowodu z przesłuchania stron, ale i wszelkich innych środków dowodowych. Na rozumienie to może wskazywać także zachowanie się stron po złożeniu oświadczenia woli, np. sposób wykonania umowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 1998 r., I PKN 532/97, OSNAPiUS 1999, nr 3, poz. 81). Prowadzeniu wszelkich dowodów dla ustalenia jak strony rzeczywiście rozumiały pisemne oświadczenie woli w chwili jego złożenia nie stoi na przeszkodzie art. 247 k.p.c., w przypadku bowiem dokonywania wykładni pisemnego oświadczenia woli zgłaszane w tym względzie dowody nie są dowodami przeciwko osnowie lub ponad osnowę dokumentu, lecz dowodami co do osnowy dokumentu. Wyrażane niekiedy z powołaniem się na paremię *clara non sunt interpretanda* zapatrywanie o niemożności uznania prawnej doniosłości znaczenia nadawanego oświadczeniu woli przez same strony, gdy znaczenie to odbiega od jasnego sensu oświadczenia woli wynikającego z reguł językowych (por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 1998 r., III CKN 307/97, OSN 1998, nr 9, poz. 135) pozostaje w oczywistej sprzeczności z brzmieniem art. 65 § 2 k.c. (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 1999 r., II CKN 379/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 10, z dnia 7 grudnia 2000 r., II CKN 351/00, OSNC 2001, nr 6, poz. 95, z dnia 30 stycznia 2004 r., I CK 129/03, "Izba Cywilna" 2004, nr 10, s. 33 i 34 i z dnia 25 marca 2004 r., II CK 116/03, "Izba Cywilna" 2004, nr 10, s. 33 i 34). Gdy się zaś okaże, że strony nie porozumiały się co do treści złożonego oświadczenia woli, za prawnie wiążące należy uznać jego znaczenie ustalone według obiektywnego wzorca wykładni. Przyczyna powyższego rozstrzygnięcia - potrzeba ochrony adresata - przemawia za tym, aby było to znaczenie, które jest dostępne dla adresata przy założeniu, jak się określa w piśmiennictwie, starannych z jego strony zabiegów interpretacyjnych, tylko bowiem zaufanie adresata do znaczenia będącego wynikiem jego starannych zabiegów interpretacyjnych zasługuje na ochronę. Potwierdza to zawarty w art. 65 § 1 k.c. nakaz tłumaczenia oświadczenia woli tak, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. Ustalając powyższe znaczenie oświadczenia woli wyrażonego za pomocą słów należy wyjść od jego sensu wynikającego z reguł językowych, przy czym w pierwszej kolejności należy uwzględnić reguły o regionalnym zasięgu lub środowiskowe, w tym także ustalone zwyczaje co do posługiwania się określonymi zwrotami przez środowisko lub grupę zawodową, do której należą strony, a dopiero potem reguły o ogólnym zasięgu (powszechne reguły danego języka). Trzeba przy tym mieć na względzie jednak nie tylko interpretowany zwrot, ale i jego kontekst, czyli pozostałe elementy wypowiedzi, której jest on składnikiem. W związku z tym nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego

zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi, klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego, na którym zasadza się funkcja oświadczenia woli jako regulatora stosunków cywilnoprawnych.

Sąd Najwyższy argumentował też, że oprócz kontekstu językowego, przy interpretacji oświadczenia woli powinno się brać pod uwagę, zgodnie z art. 65 § 1 k.c., także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny, na który składają się w szczególności dotychczasowe doświadczenia stron (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 1975 r., III CRN 160/75, OSPiKA 1977, nr 1, poz. 6), ich status (np. wyrażający się prowadzeniem działalności gospodarczej), przebieg negocjacji (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 września 1998 r., I CKN 815/97, OSNC 1999, nr 2, poz. 38).

Mając na względzie powyższe wskazówki, w oparciu o materiał dowodowy znajdujący się w aktach sprawy, należało dokonać wykładni złożonego w umowie z dnia 23 września 2011 roku oświadczenia woli nie tylko w kontekście jego literalnego brzmienia, ale przede wszystkim tego, jak same strony rozumiały postanowienie umowne w chwili zawarcia umowy, jaki był przedmiot umowy, cel dla którego zawarto w umowie przedmiotowe zastrzeżenia, w jaki sposób uprawniony wykonał to postanowienie umowne, przy założeniu racjonalnego działania uczestników obrotu prawnego i ekwiwalentności zawieranej przez strony umowy.

W tym kontekście Sąd Apelacyjny stwierdza, iż strony zawarły umowę o dzieło, określając jej przedmiot, sposób ustalenia wynagrodzenia oraz termin wykonania robót do dnia 15 listopada 2011 roku. Z umowy wynika też, iż strony postanowiły, że „za każdy dzień zwłoki zamawiający naliczy karę umowną 0,5%”. Skoro kara ta miała być naliczona za zwłokę (zawinione uchybienie terminowi) jest oczywistym, że odnosi się ona do jedynego terminu, jaki został wskazany w umowie i dotyczył terminu zakończenia robót oraz jedynego wskazanego w umowie obowiązku polegającego na wykonaniu robót. Również w kontekście charakteru zawieranej umowy, jej przedmiotu, należy dać wiarę wyjaśnieniom powoda, iż kara ta naliczana miała być od kwoty wynagrodzenia odpowiadającego robotom wykonanym z opóźnieniem, są one bowiem logiczne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego i zwyczajom przyjętym w obrocie gospodarczym przy wykonywaniu tego rodzaju kontraktów.

Powyższe nie pozwoliło jednak na uznanie roszczenia w tym zakresie za zasadne. W ocenie Sądu II instancji powód nie wykazał bowiem, że zaszły okoliczności uzasadniające naliczenia kary umownej za okres od 5 listopada 2011 roku do 11 maja 2012 roku. Umowa przewidywała bowiem, iż kara ta przysługuje w przypadku kwalifikowanego, zawinonego uchybienia terminowi. Z dowodów przeprowadzonych przez Sąd I instancji, tj. zeznań świadków P. G.-inspektora nadzoru, R. D. kierownika budowy, J. J. – przedstawiciela inwestora oraz K. K. (2) oraz oświadczenia inspektora nadzoru wynika natomiast, iż pozwana wykonała umowy objęte umową do dnia 15 grudnia 2011 roku. W tym dniu przedstawiła je do odbioru, przekazując jednocześnie plac budowy. Wbrew stanowisku skarżącego, znajduje to również potwierdzenie w jego własnym postępowaniu jako że w dniu 22 grudnia 2011 roku powód zgłosił prace te do odbioru inwestorowi, na okoliczność czego sporządzono stosowny protokół. Dodać można, iż w tym czasie do wykonania zostały tylko prace, co do których był spór czy są objęte umową i mają być wykonane, nadto powód zalegał z zapłatą wynagrodzenia za prace już wykonane. Nie można też uznać, iż występujące w robotach wady uzasadniały odmowę dokonania odbioru, jako, że nie wykazano, iż miały one charakter wad istotnych. Z dowodów z zeznań ww. świadków tych wynika nadto, iż opóźnienie, jakie powstało na dzień 15 grudnia 2011 roku wynikało z opóźnienia w dostawie materiałów budowlanych, które to zgodnie z umową miał dostarczyć powód. Dalej podnieść należy, iż z zapisów w dzienniku budowy wynika, iż o tym dniu prace zostały wstrzymane z uwagi na niesprzyjające warunki pogodowe za co pozwana odpowiedzialności nie ponosi. Zauważyć również należy, że w dzienniku budowy zapisano, że w dniu 9 stycznia 2012 roku z uwagi na poprawę warunków pogodowych rozpoczęto poprawki na elewacji północnej, postawiono rusztowanie, wymieniane były parapety (14 szt.) i uzupełniany był styropian w ościeżach wg protokołu odbioru prac, co świadczy o tym, iż część wad usunięto już w tym czasie i nie było podstaw do naliczenia kary umownej w tym zakresie.

Sąd Apelacyjny dostrzega również, iż kara winna być naliczona od wartości umówionych, niewykonanych w terminie prac, co w przypadku braku w ogóle obmiarów prac wykonanych przez pozwaną zarówno w terminie, jak i po terminie,

czy też niewykonanych nie pozwala na obliczenie należnej kary umownej. Podnieść należy też, że wynagrodzenie w umowie określono jedynie przez wskazanie podstaw jego obliczenia, wskazując jedynie orientacyjną powierzchnię ok. 600m². Powierzchni też również powód nie uznaje za wiążącą, domagając się od pozwanej obmiaru rzeczywiście wykonanych robót celem weryfikacji wystawionych faktur, zatem niezasadnym jest naliczanie od niej kar umownych.

W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, iż powód wykazał zawinione przez pozwaną uchybienie terminom umownym, które uzasadniałyby naliczanie kary umownej. Podnieść dodatkowo można, że nawet przy przyjęciu argumentacji powoda za całkowicie bezzasadne należałoby uznać również naliczanie kary za okres po usunięciu wad przez kolejnego podwykonawcę W. P.. Z umowy zawartej z tym przedsiębiorcą oraz z jego zeznań wynika, iż umowę wykonał w terminie czyli do dnia 15 kwietnia 2012 roku tymczasem powód nalicza karę do dnia 11 maja 2011 roku. Całkowicie pominięty został również przez skarżącego fakt, iż część wad usunięto już w połowie stycznia 2011 roku co wynika z zapisów w dzienniku budowy.

Sąd Apelacyjny zauważa także, że powód mimo obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 636 § 1 k.c. nie wyznaczył pozwanej stosownego terminu do usunięcia wad i 8 stycznia 2012 roku oświadczył, iż wady te usunie w sposób zastępczy na koszt pozwanej, do czego nie był uprawniony. Nadto z zapisów dokonanych w dzienniku budowy wynikało, iż w okresie od 15 grudnia 2011 roku do 9 stycznia 2012 roku panujące warunki atmosferyczne nie pozwalały na wykonanie ewentualnych poprawek zatem nie można było w tym okresie wyznaczyć terminu stosownego w rozumieniu ustawy. Są to obiektywne przeszkody i pozwanej nie można poczynić zarzutu zawinienia w opóźnieniu jakie wówczas powstało. Co za tym idzie w tym zakresie Sąd Apelacyjny podziela wywody Sądu Okręgowego, iż powodowi nie przysługiwało uprawnienie do wykonania robót w sposób zastępczy na koszt pozwanej.

Odnosząc się natomiast do drugiego ze zgłoszonych roszczeń stwierdzić należy, iż zostało ono udowodnione jedynie częściowo.

Zgodnie z art. 471 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Wobec powyższego na powodzie jako osobie, która z tego faktu chciała wywodzić skutki prawne zgodnie z przepisem art. 6 k.c. ciążył obowiązek udowodnienia istnienia zobowiązania i faktu jego nienależytego wykonania, szkody, jaka z tego wynikła (i jej wymiaru) oraz adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy nienależytym wykonaniem zobowiązania a powstałą szkodą.

Fakt, iż nie wszystkie prace objęte umową zostały przez pozwaną wykonane prawidłowo wynika jednoznacznie z dowodów zgłoszonych przez strony. Zakres nienależytego wykonanego zobowiązania wynikał z zeznań świadków P. G., R. D., J. J., K. K. (2), W. P. oraz częściowo powoda, a także dokumentów w postaci protokołów odbioru i dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa. W świetle zeznań ww. osób oraz opinii biegłej nie ulega również wątpliwości, iż ujawnione w protokole z dnia 22 grudnia 2011 roku wady nie zostały usunięte przez pozwaną, która opuściła plac budowy 15 grudnia 2011 roku. Dowody z zapisów w dzienniku budowy oraz umowy zawartej przez powoda z W. P. w dniu 1 marca 2012 roku oraz zeznania tego świadka i powoda w połączeniu z wnioskami opinii biegłej potwierdzają, iż koszty usunięcia usterek poniósł powód. Nie ulega też wątpliwości, iż mimo wezwania pozwana ich nie zwróciła w żadnym zakresie. W tym kontekście podnieść jednak trzeba, iż brak podstaw do uwzględnienia powództwa ponad kwotę wyliczoną z tego tytułu w opinii biegłej z zakresu budownictwa G. K.. Zwrócić należy bowiem uwagę na to, iż zakres prac wykonanych przez W. P. tylko częściowo dotyczył usunięcia wad w robotach wykonanych przez pozwaną i wobec braku obmiarów dokonanych przez powoda brak podstawy do przyjęcia zakresu koniecznych robót poprawkowych i zastępczych ponad te, które zostały wskazane przez biegłą, a wynikają z powołanych powyżej dowodów. Sąd Apelacyjny podkreśla przy tym, iż powód reprezentowany przez zawodowego pełnomocnika nie kwestionował opinii biegłej w tym zakresie. W związku z powyższym zachodziły podstawy do uwzględnienia powództwa jedynie co do kwoty 5.981,69 złotych, w pozostałym zaś zakresie powództwo jako niezasadne oddalono.

Dla porządku już tylko Sąd Apelacyjny wyjaśnia, iż w związku z zakresem zaskarżenia precyzyjnie wskazanym w apelacji przez zawodowego pełnomocnika strony powodowej zarówno w części wstępnej, jak i w zakresie złożonych w niej wniosków, Sąd nie orzekł o odsetkach od tej kwoty albowiem strona nie zaskarżyła oddalenia powództwa w tym zakresie, domagając się odsetek jedynie od kwoty 23.760 złotych dochodzonej z tytułu kary umownej, albowiem orzeczenie w tym zakresie jest prawomocne.

Powyższe rozstrzygnięcie co do meritum miało wpływ na orzeczenie o kosztach procesu. Podstawę orzeczenia w tym przedmiocie stanowił art. 100 zdanie 2 k.p.c., zgodnie z którym sąd może włożyć na jedną ze stron obowiązek poniesienia wszystkich kosztów, jeżeli przeciwnik uległ tylko co do nieznaczonej części swojego żądania, co miało miejsce w niniejszej sprawie, którą powód wygrał jedynie w ok. 5 %. Z tych przyczyn Sąd Apelacyjny zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 2.417 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego na podstawie § 12 ust 1 pkt 2 w zw. § 6 pkt 5 w zw. z § 4 ust. 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 (Dz.U. z 2013 r., poz. 461 tj.) w związku z § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie, mając na uwadze, iż w razie zmiany w toku postępowania wartości stanowiącej podstawę obliczenia stawki, bierze się pod uwagę wartość zmienioną, poczynając od następnej instancji.

Natomiast punkt 3 zaskarżonego wyroku, dotyczący kosztów sądowych zasądzonych od powoda na rzecz Skarbu Państwa, został całkowicie wyeliminowany, jako że nie znajdował on uzasadnienia w rzeczywistych kosztach postępowania przed Sądem I instancji. Wskazać należy, iż powód mimo częściowego zwolnienia od kosztów, a mianowicie od uiszczenia opłaty od pozwu (postanowienie Sądu z dnia 12 marca 2013 roku k. 52) poniósł całą opłatę od pozwu, nadto strony wpłacały zaliczki, które przewyższyły wydatki powstałe w toku postępowania i jak dotąd nie zostały rozliczone. Sąd Apelacyjny zauważa, że orzeczenie w tym przedmiocie nie zostało również w żaden sposób uzasadnione. Argumenty te przesądzają o tym, iż orzeczenie to nie mogło się ostać.

Mając powyższe na względzie w oparciu o przepis art. 386 § 1 k.p.c. orzeczono jak w punkcie I. wyroku, natomiast w pozostałym zakresie apelację na podstawie art. 385 k.p.c. oddalono.

Natomiast orzekając o kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Odwoławczy uznał, że koszty te wobec częściowego uwzględnienia apelacji powinny być stosunkowo rozdzielone na podstawie art. 100 k.p.c., odpowiednio do tego, w jakim zakresie strony wygrały postępowanie odwoławcze, tj. w 12 % powód i w 88% pozwana, przy czym szczegółowe wyliczenie pozostawiono referendarzowi sądowemu w Sądzie I instancji (art. 108 § 1 k.p.c.).

SSO del. Agnieszka Bednarek - Moraś SSA Małgorzata Gawinek SSA Tomasz Żelazowski