

Sygn. akt I ACa 847/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 marca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Halina Zarzeczna
Sędziowie:	SSA Mirosława Gołuńska (spr.) del. SSO Joanna Kitłowska-Moroz
Protokolant:	sekr.sądowy Magdalena Gołtsche

po rozpoznaniu w dniu 19 marca 2015 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa M. O. (1)

przeciwko G. Z.

o zapłatę

oraz z powództwa wzajemnego G. Z.

przeciwko M. O. (1)

o zapłatę

na skutek apelacji powoda-pozwanego wzajemnego

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 6 czerwca 2014 r., sygn. akt I C 363/12

***I. oddala apelację,***

***II. zasądza od powoda-pozwanego wzajemnego na rzecz pozwanej – powódki wzajemnej kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.***

***Joanna Kitłowska-Moroz Halina Zarzeczna Mirosława Gołuńska***

Sygn. akt I A Ca 847/14

## UZASADNIENIE

Powód M. O. (1) domagał się ostatecznie zasądzenia od pozwanej G. Z. (następcy prawnego pozwanego pierwotnie J. Z.) kwoty 495.320 zł z odsetkami ustawowymi od kwoty 70.080 zł od dnia 18 sierpnia 2009 r. oraz od kwoty 417.240 zł od dnia 4 lutego 2010 r. wnosząc nadto o zwrot kosztów procesu .

Powód podał , że zawarł z J. Z. 27 czerwca 2009 r. umowę o roboty budowlane, wykonawca zobowiązał się do wykonania hali magazynowo - gospodarczej oraz wiaty, za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 100.000 zł netto plus podatek VAT. Pozwany w umówionym terminie żadnego ze wskazanych obiektów nie wykonał ,a następnie pismem z 21 lipca 2009 r. wezwał powoda do zapłaty. Ze względu na znaczenie budowanych obiektów dla powoda pismem z 11 sierpnia 2009 r. wezwał pozwanego do dobrowolnego spełnienia świadczenia ,informując o naliczaniu kary umownej .

Dochodzona przez powoda kwota 495.320 zł stanowi karę umowną za opóźnienie pozwanego w wykonaniu umowy, naliczoną za okres do dnia 4 lutego 2010 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 19 listopada 2009 r. orzekł, że pozwany J. Z. powinien zapłacić powodowi M. O. (1) kwotę 78.080 zł wraz z ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym od dnia 18 sierpnia 2009 r. do dnia zapłaty oraz kwotę 4.593 zł tytułem kosztów postępowania.

W sprzeciwie od powyższego nakazu zapłaty pozwany wnosił o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda kosztów postępowania. Pozwany wskazał, że umowa stron w przeważającej części została wykonana, zaś niewykonanie jej w pozostałym zakresie było wynikiem okoliczności leżących po stronie powoda. Pozwany wybudował dla powoda halę magazynowo-gospodarczą oraz wykonał dodatkowe roboty, których konieczność uzgodniono z powodem i których wykonanie powód potwierdził dokonując wpisu do dziennika budowy bez zastrzeżeń dodając ,że 8 lipca 2009 r. powód złożył do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego wniosek o udzielenie pozwolenia na użytkowanie hali, które zostało mu wydane w dniu 27 lipca 2009 r. Pozwany zarzucił, że w trakcie wykonywania przez niego hali, powód postawił przy ścianie hali silos i wykonał lej zsykowy do tego silosa, lej ten kolidował z projektowaną wiatą. Wykonanie wiaty magazynowej zgodnie z projektem stało się niemożliwe, gdyż wiatą nachodziła na lej zsykowy, a nadto nie było możliwe przygotowanie - zgodnie z projektem budowlanym - fundamentów punktowych dwóch spośród siedmiu projektowanych filarów wiaty. Strony ustnie uzgodniły, że wiatą zostanie wykonana w późniejszym terminie, tj. do dnia 4 września 2009 r. Pozwany po zakończeniu budowy hali wystawił faktury za wykonane usługi i w dniu 20 lipca 2009 r. przekazał je powodowi, który zobowiązał się je podpisać i zwrócić , czego jednak tego nie uczynił , nie zapłacił też należnego wynagrodzenia . Pozwany ponawiał pisemne prośby o zapłatę należnego mu wynagrodzenia, jednak powód unikał z nim kontaktu, nie zgadzał się na spotkanie, nie odbierał telefonów. Powód uchylał się od uznania faktu dokonania i prawidłowości robót pozwanego. Powód uniemożliwiał pozwanemu wykonywanie prac poprzez niedostarczenie na plac budowy materiałów niezbędnych do budowy i zatrzymanie dziennika budowy. Z powyższych względów, w dniu 4 września 2009r. pozwany wezwał powoda do zapłaty należnego mu wynagrodzenia oraz wyznaczył dodatkowy termin na spełnienie świadczenia pod rygorem odstąpienia od umowy. Powód nie zapłacił żądanej kwoty , więc w piśmie z dnia 6 października 2009 r. pozwany złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Zdanie placu budowy nastąpiło w dniu 24 października 2009 r. .

Z ostrożności procesowej pozwany podniósł zarzut rażącego wygórowania kary umownej wnosząc o jej miarkowanie.

W odpowiedzi na sprzeciw M. O. (1) rozszerzył powództwo do kwoty 495.320 zł .Podniósł też, że wskazywane przez pozwanego uzgodnienia dotyczące przeprowadzenia dodatkowych robót budzą wątpliwości, gdyż w umowie strony postanowiły, że wszystkie zmiany i uzupełnienia umowy muszą być dokonane w formie pisemnej pod rygorem nieważności, zaś strona pozwana nie przedstawiła aneksu do umowy. Zaprzeczył by wybudowanie silosu oraz leja zsykowego kolidowało z projektowaną wiatą. Celem inwestycji było zabudowanie leja projektowaną wiatą, co wynika z projektu budowlanego, a pozwany nigdy nie zgłaszał o istnieniu przeszkód do wybudowania wiaty. Powód zaprzeczył twierdzeniom pozwanego dotyczącym przedłużenia terminu wykonania prac budowlanych, niedostarczania materiałów budowlanych do budowy wiaty oraz zatrzymania dziennika budowy. Ponadto powód

wskazał, że nie mógł potwierdzić przedłożonego protokołu obioru częściowego robót, gdyż stwierdził wady w wykonaniu hali magazynowo-gospodarczej, na co zwrócił uwagę w dzienniku budowy.

Pozwem wzajemnym z dnia 26 lutego 2010 r. J. Z. wniósł o zasądzenie od pozwanego wzajemnie M. O. (1) kwoty 90.539,98 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 13 listopada 2009 r. i kosztami procesu.

W uzasadnieniu żądania wskazał, że na sumę dochodzoną pozwem wzajemnym składają się następujące kwoty:

1) 87.495,93 zł tytułem wynagrodzenia należnego powodowi za wykonanie:

- pięciu z sześciu etapów zadania inwestycyjnego określonego w § 20 ust. 2 umowy, składających się łącznie na halę magazynowo-gospodarczą (wykonanie ścian, rusztowania żelbetonowego, posadzek, konstrukcji dachu, pokrycia dachu);
- części fundamentów pod wiatę;
- prac dodatkowych i zamiennych, uzgodnionych z pozwanym wzajemnie oraz z projektantem, objętych protokołem nr (...) z 1 lipca 2009 r. wraz z kosztorysem na kwotę 28.211,73 zł, polegających na wykonaniu izolacji poziomej ław fundamentowych i ścian fundamentowych, wykonaniu dwóch warstw izolacji pionowej, wymianie gruntu w obrębie wnętrza hali na głębokość 50 cm, wykonaniu dodatkowych prefabrykatów zbrojenia w ilości około 5 ton, zamianie ścian zewnętrznych z siporeksu na bloczki betonowe na wysokość do 60 cm, zamianie obudowy ścian na poziomie powyżej 2 metrów z drewna i blachy trapezowej na murowane z siporeksu, zakończone wieńcem żelbetowym, zamianie przesklepienia otworów w ścianie zachodniej z drewna na podciąg żelbetowy;

2) 3.044,05 zł stanowiąca karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia brutto za roboty, od których realizacji odstąpiono (§7 umowy) oraz odszkodowanie w części przewyższającej karę umowną, tj. w wysokości 1.010,72 zł, w związku z utratą korzyści w postaci zysku w wysokości 13% wartości niewykonanych prac, tj. wartość wiaty minus wartość wykonanych fundamentów pod wiatę (§10 ust. 2 umowy).

M. O. (1) w odpowiedzi na pozew wzajemny wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie na jego rzecz od powódki wzajemnej kosztów postępowania. Podtrzymał dotychczasowe stanowisko zaprzeczając by strony umówiły się na jakiegokolwiek inne roboty, niż określone w umowie z dnia 27 czerwca 2009 r., zgodnie z którą wszelkie zmiany i uzupełnienia umowy pod rygorem nieważności powinny być dokonywane w formie pisemnej. Twierdził, że protokół z dnia 1 lipca 2009 r. został sporządzony na potrzeby niniejszego procesu, powód wzajemny nie przedstawił mu wcześniej tego protokołu.

### **Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z dnia 6 czerwca 2013 r.:**

I. oddalił powództwo główne w całości;

II. zasądził od powoda - pozwanego wzajemnie M. O. (1) na rzecz pozwanej - powódki wzajemnej G. Z. kwotę 65.825,73 zł z odsetkami ustawowymi od kwot:

- 62.781,68 zł od dnia 13 listopada 2009 r. do dnia zapłaty

- 3.044,05 zł od dnia 2 marca 2010 r. do dnia zapłaty;

III. oddalił powództwo wzajemne w pozostałej części;

IV. zasądził od powoda - pozwanego wzajemnie na rzecz pozwanej – powódki wzajemnej kwotę 10.635,- tytułem kosztów zastępstwa procesowego, zaś pozostałe koszty postępowania wynikające z wniesienia powództwa głównego i wzajemnego zniósł wzajemnie pomiędzy stronami.

Orzeczenie to zostało oparte na następujących ustaleniach:

J. Z. prowadził działalność gospodarczą polegającą na wykonywaniu usług budowlanych .M. O. (1), komornik sądowy , prowadzi też działalność rolniczą i uprawą drzewek ozdobnych. W 2009 roku z uwagi posiadane uprawy zbóż (na powierzchni ok. 550 hektarów) potrzebował pomieszczeń do selekcjonowania, suszenia i przechowywania ziarna. Wiosną 2009 r. strony podjęły rozmowy dotyczące kosztów i terminu realizacji inwestycji, polegającej na budowie hali magazynowo - gospodarczej o powierzchni około 591 m<sup>2</sup> i wiaty o powierzchni około 300 m<sup>2</sup>, na nieruchomości rolnej, położonej w miejscowości D.. Uzgodniono wstępnie cenę za wykonanie (robocizną) hali i wiaty na poziomie od 80 000 do 100 000 zł netto. M. O. (1) zależało na szybkim wybudowaniu hali i wiaty do przechowywania zbiorów. Do robót budowlanych przystąpiono na podstawie ustnych uzgodnień stron, jeszcze przed zawarciem pisemnej umowy .W maju 2009 r., już po przystąpieniu przez pracowników J. Z. do organizacji i przygotowania placu budowy okazało się, że konieczna jest zmiana usytuowania obiektu na działce, z uwagi na rosnące tam drzewa. Przemieszczenie zaprojektowanego obiektu wymagało zmiany pozwolenia na budowę, a to z kolei wymusiło wstrzymanie się z rozpoczęciem robót o około 21 dni. W dniu 19 maja 2009 r. Starosta (...) wydał decyzję w sprawie zmiany pozwolenia na budowę z dnia 3 kwietnia 2009 r. w zakresie zmiany lokalizacji obiektów hali i wiaty na nieruchomości powoda w D.. W dniu 10 czerwca 2009 r. przystąpiono do budowy hali. W początkowej fazie realizacji prac nabywaniem i dostarczaniem potrzebnych do budowy materiałów budowlanych - zgodnie z ustnymi ustaleniami stron - zajmował się J. Z.. Ponieważ pomiędzy stronami dochodziło do nieporozumień na tle ilości i ceny dostarczanych przez J. Z. materiałów, uzgodniono , że materiały te nabywać i dostarczać na budowę będzie M. O. (1), na podstawie zgłaszanego z odpowiednim wyprzedzeniem przez wykonawcę zapotrzebowania.

Po wykonaniu robót fundamentowych inwestor zwrócił się o wymianę grunt na głębokości około 50 cm, w obrębie ścian fundamentowych hali. Do wykonania tych prac przystąpiono 17 czerwca 2009 r. Niezbędny sprzęt mechaniczny z jego obsługą zapewnił inwestor, a pracownicy J. Z. zajęli się odkopaniem ścian fundamentowych, rozproszaniem i ubijaniem kruszywa. Następnie, w trakcie realizacji ścian hali, zamawiający zdecydował się na zmianę sposobu ich wykonania, tj. z częściowo blaszanych (powyżej 1,76 m) na w całości murowane. Wykonawca zgodził się na to, informując wcześniej, że podniesie to koszty robocizny, a nadto konieczne jest dokonanie zmian w projekcie oraz wpisu w dzienniku budowy przez projektanta. Na budowie często był ojciec powoda J. O. (1), a także M. O. (2) i jego żona A. O., zajmująca się plantacją drzewek ozdobnych, położoną w sąsiedztwie placu budowy. M. O. (2) był siostrzeńcem J. Z., zajmował się usługami rolniczymi i doradztwem, współpracował z M. O. (1) w ramach prowadzonej przez nich działalności rolniczej. W dniu 2 kwietnia 2009 r. M. O. (1) udzielił M. O. (2) pełnomocnictwa w formie aktu notarialnego do zawierania, wypowiedzania i rozwiązywania wszelkiego rodzaju umów cywilnoprawnych. M. O. (2) od momentu podjęcia w 2008 r. decyzji o budowie hali i wiaty aktywnie uczestniczył we wszystkich sprawach związanych z tą inwestycją; załatwiał formalności związane z uzyskaniem pozwolenia na budowę, znalazł wykonawcę, brał udział w rozmowach z nim, pośredniczył w kontaktach pomiędzy inwestorem a wykonawcą, wykonywał szereg czynności na budowie, m.in. pilnował placu budowy, nadzorował roboty, kupował materiały, przyjmował zapotrzebowanie na materiały, potwierdzał odbiór materiałów, itp. Żona M. O. (2) pełniła funkcje prezesa zarządu w kilku spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością, w których udziałowcem był M. O. (1). Gdy prace przy budowie hali były już znacznie zaawansowane, w dniu 27 czerwca 2009 r. M. O. (1) (zwany w umowie Zamawiającym) i J. Z. zawarli pisemną umowę o roboty budowlane, na mocy której J. Z. zobowiązał się do wykonania hali magazynowo – gospodarczej, o powierzchni użytkowej 591,12 m<sup>2</sup> oraz przylegającej do niej wiaty, o powierzchni użytkowej około 300 m<sup>2</sup>, na działce nr (...), położonej w miejscowości D., gmina K.. Termin rozpoczęcia robót budowlanych strony ustaliły na dzień 9 czerwca 2009 r., a termin zakończenia robót - na 15 lipca 2009 r. dla hali magazynowo – gospodarczej oraz na dzień 31 lipca 2009 r. – dla wiaty. Zakres rzeczowy umowy określony był projektem budowlanym stanowiącym integralną część umowy, przy czym strony ustaliły, że wykonawca wykonał określone roboty zamienne . Zamawiający zobowiązał się wobec wykonawcy do odebrania robót i zapłaty umówionego wynagrodzenia w wysokości i według zasad określonych w umowie .Wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie ww. robót strony ustaliły na kwotę 100.000 zł netto plus podatek VAT, które obejmowało również koszt usunięcia wad ujawnionych przy odbiorze, w okresie rękojmi i gwarancji. Przed podpisaniem umowy zamawiający przekazał wykonawcy kwotę

32.213,11 zł netto plus VAT z tytułu wykonanych dotychczas robót budowlanych, którą zaliczono na poczet ustalonego wynagrodzenia. Ponadto zamawiający zapłacił wykonawcy za zakupione przez niego materiały budowlane kwotę 40.000 zł. Strony postanowiły, że rozliczenie wykonawcy za realizację przedmiotu umowy nastąpi na podstawie prawidłowo sporządzonych i zaakceptowanych (podpisanych przez zamawiającego) faktur VAT z siedmiodniowym terminem płatności licząc od dnia doręczenia faktury zamawiającemu. Podstawą wystawienia faktury będzie protokół odbioru wykonanych elementów robót, potwierdzony i podpisany przez zamawiającego. Strony umówiły się również na kary umowne. Zamawiający miał zapłacić wykonawcy karę umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od zamawiającego - w wysokości 10% wynagrodzenia brutto za roboty, od których realizacji odstąpiono. Natomiast wykonawca miał zapłacić zamawiającemu kary umowne m.in. za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy - w wysokości 2% kwoty wynagrodzenia brutto, określonej w § 2 ust.6 umowy, liczonej za każdy dzień opóźnienia (§10 ust.1 pkt 1). Strony zastrzegły sobie również prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, do pełnej wysokości poniesionej szkody. Strony postanowiły, że oprócz przypadków przewidzianych przez ustawę k.c. przysługuje im prawo odstąpienia od umowy, w określonych w niej 5 sytuacjach. Nadto w przypadku odstąpienia od umowy przez jedną ze stron, zamawiający dokona protokolarnie odbioru robót wykonanych i uiszczy wynagrodzenie należne wykonawcy stosownie do odebranych i wykonanych robót, przejmie protokolarnie teren budowy. Strony postanowiły jednocześnie, że wynagrodzenie płacone będzie w oparciu o faktury przejściowe, wystawiane za poszczególne etapy robót. Strony ustaliły następujące etapy robót, podlegających rozliczeniu fakturami przejściowymi:

- 1) wykopy, fundamenty i izolacje – 10%
- 2) ściany podłużne osłonowe i szczytowe – 10%
- 3) ruszt żelbetowy ścian – 10%
- 4) konstrukcje dachu i pokrycie – 10%
- 5) podłóża, izolacje i posadzki – 10%
- 6) wiata – 10% (§ 20).

Strony ustaliły też, że zmiany umowy będą dokonywane pod rygorem nieważności w formie pisemnej. Na przełomie czerwca i lipca 2009 r. M. O. (2) zwrócił się do J. Z. z pytaniem, czy nie wykonałby on leja zsykowego pod wiatą. Po obejrzeniu rysunku leja i miejsca, w którym miał się on znajdować, J. Z. odmówił jego wykonania, stwierdzając, że tego rodzaju budowla wymaga projektu budowlanego, pozwolenia na budowę, a ponadto, że wystąpi kolizja z częścią zaprojektowanej wiaty, gdyż lej wymagał wykonania ponad dwumetrowego wykopu w miejscu, w którym miały się znajdować dwie stopy (fundamenty punktowe) wiaty. Dla zintensyfikowania prac przy budowie hali J. Z. zatrudnił dwie firmy podwykonawcze, którym za wykonane roboty zapłacił łącznie około 27.000 zł. W dniu 1 lipca 2009 r. J. Z. sporządził dokument zatytułowany Protokół Nr (...) konieczności wykonania robót dodatkowych i zamiennych na budowie Hala Magazynowo – Gospodarcza w D. W protokole tym stwierdził konieczność dodatkowego wykonania i zmiany określonych robót.

W ostatniej fazie budowy hali przystąpiono do budowy wiaty. Prace te jednak wstrzymano z powodu kolizji usytuowania dwóch stóp fundamentowych wiaty z głębokim wykopem pod lej zsykowy, wykonanym przez inną firmę. Hala magazynowo – gospodarcza została wykonana w terminie ustalonym umową stron. W dniu 9 lipca 2009 r. kierownik budowy G. Z. wpisała do dziennika budowy informację o zakończeniu budowy hali magazynowo – gospodarczej, w tym o wykonaniu robót ziemnych i fundamentów, ścian oraz konstrukcji dachu. W dniu 14 lipca 2009 r. M. O. (1) wpisem do dziennika budowy potwierdził wykonanie ww. prac, z tym zastrzeżeniem, że wykop o głębokości około 50 cm oraz wymiana gruntu zostały wykonane przez firmę wynajętą przez inwestora. Na wniosek M. O. (1) Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego wydał w dniu 27 lipca 2009 r. decyzję o udzieleniu pozwolenia na użytkowanie hali magazynowo – gospodarczej. W powykonawczym opisie technicznym sporządzonym przez kierownika budowy G. Z., stanowiącym załącznik do wniosku o wydanie pozwolenia na użytkowanie i zawiadomienia o zakończeniu budowy wskazano, że nastąpił odbiór hali magazynowo-gospodarczej. W celu uzyskania pozwolenia

na użytkowanie hali M. O. (1) zabrał z placu budowy dziennik budowy. Dziennik ten nie został zwrócony wykonawcy, ani kierownikowi budowy. W dniu 17 lipca 2009 r. J. Z. wystawił dwie faktury VAT: nr (...) na kwotę 46.100,01 zł brutto, za roboty budowlane przy realizacji hali magazynowo-gospodarczej w D., w tym: ściany podłużne osłonowe i szczytowe, ruszt żelbetowy ścian, podłóża, izolacje i posadzki oraz nr (...) na kwotę 28.211,73 zł brutto, za roboty dodatkowe i zamienne przy realizacji hali magazynowo-gospodarczej w D.. Również w dniu 17 lipca 2009 r. J. Z. sporządził dokument zatytułowany Protokół z odbioru częściowego robót budowlanych, który został podpisany przez J. Z. i G. Z.. Po wykonaniu hali i wystawieniu przez kierownika budowy zaświadczenia o zgodności hali z projektem strony umówiły się telefonicznie na spotkanie w dniu 20 lipca 2009 r. na terenie budowy, w celu rozliczenia kolejnego etapu budowy i odbioru prac. Tego dnia J. Z. przekazał M. O. (1) dwie faktury VAT i protokoły. Powód odmówił ich podpisania twierdząc, że musi się nad tym zastanowić i odda je następnego dnia. Następnego dnia strony spotkały się na placu budowy, jednak M. O. (1) nie zwrócił wykonawcy faktur, mówiąc, że ich nie ma, gdyż znajdują się one u M. O. (2) w G.. Tego samego dnia wieczorem G. Z. udała się do M. O. (2), który zwrócił jej niepodpisane faktury. W dniu 22 lipca 2009 r. ww. faktury VAT zostały wysłane M. O. (1) pocztą. M. O. (1) nigdy nie podpisał i nie zwrócił pozwanemu protokołu częściowego odbioru robót z dnia 17 lipca 2009 r.

Od początku realizacji inwestycji pomiędzy stronami dochodziło do nieporozumień i kłótni. Strony nie mogły się porozumieć co do brzmienia postanowień pisemnej umowy, zwłaszcza dotyczących wynagrodzenia wykonawcy. Powód miał zastrzeżenia do przedkładanych przez J. Z. kosztorysów, faktur, protokołów; uważał, że są w nich błędy i nieścisłości, dlatego odmawiał ich podpisania. Zirytowany tym J. Z. oznajmiał powodowi, że jeśli nie podpisze on dokumentów, to wykonawca zejdzie z budowy. Po nieprzyjemnej rozmowie, która odbyła się w dniu 20 lipca 2009 r. M. O. (1) postanowił nie rozmawiać już z J. Z.. W konsekwencji po 20 lipca 2009 r. unikał w ogóle kontaktu z nim. J. Z. bezskutecznie próbował kontaktować się telefonicznie z M. O. (1), M. O. (2) i A. O.. W celu wyjaśnienia sytuacji przyjeżdżał on również na plac budowy. Na początku sierpnia 2009 r. gdy zadzwonił do powoda z telefonu swojego znajomego powód odebrał ten telefon, lecz po chwili przerwał połączenie mówiąc, że nie będzie z nim rozmawiać.

W dniu 22 lipca 2009 r. pracownicy J. Z. ostatecznie zeszli z placu budowy w D., pozostawiając na nim ciężki sprzęt budowlany. Pismem z dnia 21 lipca 2009 r. J. Z. przesłał M. O. (1) dwie faktury VAT z 17 lipca 2009 r. wraz z wezwaniem do zapłaty objętych nimi kwot (46.100,01 zł brutto i 28.211,73 zł brutto), informując, że należność ta nie obejmuje robót dotyczących konstrukcji dachu i pokrycia. Pismem z dnia 7 sierpnia 2009 r. J. Z. ponownie wezwał M. O. (1) do zapłaty kwot 46.100,01 zł brutto i 28.211,73 zł brutto, za wykonane roboty przy budowie hali w D.. Pismem z dnia 11 sierpnia 2009 r. M. O. (1) wezwał J. Z. do wykonania świadczenia z tytułu umowy o roboty budowlane zawartej w dniu 27 czerwca 2009 r. W piśmie tym wskazano m.in., że prace objęte umową do dnia dzisiejszego nie zostały zakończone, zaś zgodnie z umową opóźnienie skutkuje naliczaniem kary umownej za każdy dzień zwłoki, która na dzień 11 sierpnia 2009 r. wynosi 52.000 zł. Natomiast odnosząc się do wezwania zapłaty z dnia 21 lipca 2009 r. wskazano, iż obowiązek zapłaty nie powstał, gdyż faktury VAT nie zostały wystawione prawidłowo, z uwagi na nieprzedstawienie przez wykonawcę protokołu odbioru robót wraz z fakturami. Pismem z dnia 4 września 2009 r. J. Z. poinformował M. O. (1), że do dnia dzisiejszego nie otrzymał podpisanego przez powoda protokołu częściowego odbioru robót, jak również żadnej informacji na temat przyczyn nie odesłania tego protokołu, przypominając, że powód na mocy § 2 ust. 5 umowy był zobowiązany do odbioru wykonanych prac. Jednocześnie J. Z. po raz kolejny wezwał M. O. (1) do zapłaty kwoty 73.311,74 zł oraz wyznaczył powodowi dodatkowy termin na realizację ww. zobowiązań do dnia 9 września 2009 r., pod rygorem odstąpienia od umowy o roboty budowlane z dnia 27 czerwca 2009 r. z winy zamawiającego. Ponadto J. Z. wezwał M. O. (1) do natychmiastowego oddania na budowę dziennika budowy, gdyż jego brak uniemożliwia dokonywanie wpisów, a w konsekwencji procesu budowlanego. Pismem z dnia 6 października 2009 r. J. Z. złożył M. O. (1) oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 27 czerwca 2009 r. w części dotyczącej wiaty w związku z bezskutecznym upływem terminu wyznaczonego w piśmie z dnia 4 września 2009 r. do zapłaty należności za wykonane prace oraz nieoddaniem na budowę dziennika budowy, niedostarczeniem materiałów niezbędnych do budowy wiaty oraz brakiem współdziałania z wykonawcą przy realizacji umowy.

J. Z. wyznaczył M. O. (1) termin 22 października 2009 r., na przekazanie placu budowy i zdanie obowiązków kierownika budowy oraz zażądał, aby inwestor w tym dniu stawił się wraz z dziennikiem budowy w celu dokonania

stosownych wpisów. W odpowiedzi M. O. (1) poinformował, że w dniu 22 października 2009 r. przebywa na szkoleniu dla komorników sądowych i zaproponował, aby przekazanie placu budowy odbyło się w dniu 24 października 2009 r., godzina 10.00. M. O. (1) zakwestionował twierdzenia wykonawcy dotyczące niedostarczenia materiałów budowlanych do budowy wiaty oraz braku dziennika budowy na terenie inwestycji. Z kolei J. Z. pismem z dnia 16 października 2009 r. zaaprobował wskazany przez inwestora termin przekazania placu budowy oraz podtrzymał swoje stanowisko co do braku materiałów budowlanych i dziennika budowy. W dniu 24 października 2009 r. strony spotkały się na placu budowy w celu ustalenia sposobu i terminu jego przekazania przez wykonawcę inwestorowi. Wraz z J. Z. stawili się G. Z. – kierownik budowy i S. C. – majster budowlany. Natomiast M. O. (1) towarzyszył radca prawny A. L., M. O. (2) oraz kilku innych mężczyzn, mocno zbudowanych, stojących w rozkroku, z rękoma złożonymi w okolicy pasa. Pismem z dnia 6 listopada 2009 r. J. Z. wezwał M. O. (1) do zapłaty kwoty 90.539,98 zł, w tym 87.495,93 zł jako równowartości prac wykonanych na rzecz powoda, za które nie zapłacono oraz 3.044,05 zł jako równowartość utraconych korzyści w związku z nieukończeniem wiaty - w terminie 7 dni od otrzymania pisma, pod rygorem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego.

Projektując budynek hali z wiatą przyjęto założenie, że ma on - w zależności od pory roku – spełniać funkcję obiektu przechowującego sprzęt rolniczy, bądź produkty. W projekcie wiaty nie uwzględniono leja zsykowego oraz ciągów technologicznych przesyłu zbóż do suszarni. Projektant A. Ż. nie dysponował dokumentacją techniczną leja zsykowego. Projekt budowlany autorstwa A. Ż. został w trakcie realizacji inwestycji zmieniony, zmiany miały charakter nieistotny. Zmieniono wysokość nadproża nad otworem wjazdowym w ścianach szczytowych. Zgodnie z projektem wysokość ta powinna wynosić 4,5 m, a faktycznie wynosi w ścianie południowej 4,352 m, a w ścianie północnej – 4,37 m. Zniżenie wysokości przejazdu stanowi jedyną wadę w zrealizowanych przez pozwanego robotach. Nie wykonano następujących prac, uwzględnionych w projekcie i umowie:

- 1) nie pomalowano ścian hali farbą wapienną w kolorze białym o powierzchni wyliczonej w przedmiarze robót;
- 2) nie wykonano dwóch stóp fundamentowych konstrukcji wiaty (przy leju zsykowym);
- 3) nie wykonano konstrukcji wiaty wraz z przykryciem;
- 4) nie wykonano posadzki betonowej wiaty.

Powód zakupił materiały potrzebne do budowy wiaty. Pomimo braku bezpośredniej kolizji pomiędzy dwiema (niewykonanymi przez pozwanego) stopami fundamentowymi, a konstrukcją leja zsykowego, nie można było - ze względu na położenie w strefie wzajemnych oddziaływań obciążeń - wykonać robót bez projektu branży konstrukcyjnej koordynującej posadowienie wiaty i leja oraz wskazującego technologię wykonania robót. Jest to tym bardziej ważne, że posadowienie fundamentów wiaty w okolicach leja nastąpiło na gruncie nierodzimy (nasypowym). Wartość prac nie wykonanych przez pozwanego w ramach umowy wynosi 16.326,50 zł netto. Wartość prac wykonanych przez pozwanego wynosi 83.673,50 zł netto, czyli 102.918,41 zł brutto (100.000 zł – 16.326,50 zł = 83.673,50 zł).

Wartość robót wykonanych przez pozwanego w ramach umowy, a nie zapłaconych przez powoda wynosi 51.460,39 zł netto, 62.781,68 zł brutto. Uwzględniając zakładany przez wykonawcę zysk wynoszący 13% oraz wysokość wynagrodzenia za roboty, od których realizacji odstąpiono - łączna wartość kary umownej określonej w § 7 umowy i utraconego zysku wykonawcy wynosi 3.870,13 zł. Wykonawca miał wykonać obustronnie tynk na ścianach podłużnych o powierzchni 152,7 m<sup>2</sup>, lecz w związku z zamianą ścian podłużnych powyżej 1,76 m z blachy na bloczki z betonu komórkowego, wykonał tynk zewnętrzny o powierzchni 220,37 m<sup>2</sup> oraz dodatkowo na powierzchni 67,67 m<sup>2</sup>. Koszt pomalowania ścian wewnętrznych hali farbą wapienną (tzw. białkowania), według projektu, na wysokość 200 cm w robociznie wynosi 1003 zł.

W dniu 14 lipca 2009 r. M. O. (2) działający w imieniu M. O. (1) złożył do Wójta Gminy K. wniosek o ustalenie warunków zabudowy dla rozbudowy hali magazynowo gospodarczej, budowy budynku magazynowo – socjalnego oraz leja zsykowego do zboża. Decyzję o warunkach zabudowy ww. obiektów Wójt Gminy K. wydał w dniu 11 grudnia 2009

r. Spadek po J. Z., zmarłym w dniu 24 marca 2012 r., na podstawie testamentu notarialnego z dnia 5 czerwca 2009 r. nabyła w całości z dobrodziejstwem inwentarza jego żona - G. Z..

Po tak poczynionych ustaleniach faktycznych, dokonując ich oceny prawnej, Sąd pierwszej instancji stwierdził, że powództwo główne wniesione przez M. O. (1) jest bezzasadne w całości, natomiast powództwo wzajemne G. O. zasługuje na uwzględnienie w przeważającej części.

Sąd przypomniał, że do obowiązku inwestora należy zorganizowanie procesu budowlanego, a w szczególności zapewnienie wykonania i odbioru robót budowlanych. Strony do realizacji inwestycji, która miała być zakończona przed zniwami, przystąpiły dopiero w maju; przed rozpoczęciem robót budowlanych nie zawarto umowy na piśmie; w trakcie wykonywania umowy zmieniano jej istotne postanowienia; wprowadzano liczne odstępstwa od projektu; nie wykonano kompletnego projektu i nie ustanowiono profesjonalnego inspektora nadzoru inwestorskiego.

I. M. O. (1) w toku procesu domagał się zapłaty kar umownych. Pozew oparł na twierdzeniu, że wykonawca J. Z. opóźnił się z wykonaniem umowy o roboty budowlane z dnia 27 czerwca 2009 r., w związku z czym na podstawie §10 ust. 1 pkt 1 umowy przysługuje mu roszczenie o zapłatę kar umownych za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, w wysokości 2% kwoty wynagrodzenia brutto, liczonej za każdy dzień opóźnienia. Strona pozwana twierdziła z kolei, że hala magazynowo - gospodarcza została wybudowana w terminie, a wykonanie wiaty stało się niemożliwe z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Pozwana twierdziła nadto, że wykonawca odstąpił od części umowy z dnia 27 czerwca 2009 r. (dotyczącej wiaty), to skutkowało wygaśnięciem umowy ze skutkiem ex tunc, a w konsekwencji wykluczało dochodzenia przez powoda roszczeń z umowy. Rozstrzygnięcie tych kwestii wymagało zatem zbadania, czy wykonawca opóźnił się z wykonaniem umowy oraz czy skutecznie odstąpił od umowy z dnia 27 czerwca 2009 r. w części dotyczącej budynku wiaty.

W ocenie Sądu, analiza zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego skutkowałą wnioskiem, że roszczenie powoda o zapłatę kar umownych nie ma uzasadnienia, ponieważ wykonawca nie opóźnił się z wykonaniem przedmiotu umowy; hala magazynowa została wykonana w terminie, zaś wykonanie wiaty stało się niemożliwe z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Według Sądu nie zaistniały okoliczności stwarzające dla zamawiającego uprawnienie do naliczania kar umownych także z tego względu, że wykonawca skutecznie odstąpił od umowy o roboty budowlane. Faktu wykonania hali magazynowo - gospodarczej w umówionym terminie do dnia 15 lipca 2009 r. dowodzą następujące okoliczności :

\*wpisy w dzienniku budowy - kierownika budowy G. Z. oraz samego inwestora M. O. (1), dokonane w dniach 9 i 14 lipca 2009 r., z których wynika, że hala, czyli pięć pierwszych etapów robót określonych w §20 ust. 2 umowy, została wykonana w umówionym terminie. Treść wpisu inwestora nie pozostawia wątpliwości co do tego, że potwierdził on wykonanie robót ziemnych, fundamentów, ścian przyziemia i konstrukcji dachu, składających się na wykonanie hali.

\*Wniosek powoda o wydanie pozwolenia na użytkowanie hali i uzyskanie jeszcze w lipcu 2009 r. pozytywnej decyzję w tym przedmiocie od właściwego organu nadzoru budowlanego. Do wniosku tego powód był obowiązany dołączyć szereg dokumentów, w tym oryginał dziennika budowy, oświadczenie kierownika budowy o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę oraz zaświadczeń Państwowej Inspekcji Sanitarnej i Państwowej Straży Pożarnej. W załączniku do wniosku - powykonawczym odpisie technicznym, wskazano, że nastąpił odbiór hali. Powód nie uzyskałby pozwolenia na użytkowanie obiektu gdyby jego budowa nie została zakończona.

\*Wykonanie hali w terminie potwierdzili również powołani w sprawie biegli sądowi z zakresu budownictwa - J. G. i M. R.. W budynku nie wykonano jedynie przewidzianego w projekcie malowania farbą wapienną w kolorze białym (tzw. białkowania). Przy czym ani w projekcie, ani po jego zmianie dotyczącej konstrukcji ścian nie wskazano, które ściany miały być w ten sposób pomalowane. Biegły sądowy J. G. wskazał, że jedynie ściany wewnętrzne białkuje się wapnem, zaś koszt owego białkowania wycenił on na kwotę około 1.000 zł.

Według Sądu Okręgowego takie ustalenia faktyczne skutkują wnioskiem, że hala została wybudowana w umownym terminie. Nadto gdyby powód dokonał odbioru częściowego robót, to ta drobna w istocie niedoróbka mogłaby zostać ujawniona i w krótkim czasie usunięta. To samo dotyczy wady w postaci zaniżenia o kilkanaście centymetrów w stosunku do projektu wysokości dwóch otworów wjazdowych. Przedmiotowe odstępstwo od projektu nie stanowiło przeszkody do użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, co potwierdza decyzja Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego. Wadę tę, przy odpowiednim współdziałaniu stron można było usunąć lub zminimalizować. Biegły sądowy M. R. wskazał, że problem zaniżonego otworu wjazdowego można rozpatrywać w trzech płaszczyznach. Po pierwsze, można uznać to za wadę nie utrudniającą i nie uniemożliwiającą użytkowania, co ma uzasadnienie w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia, zgodnie z którymi całkowita wysokość pojazdów wraz z ładunkiem nie może przekraczać 4 m. Po drugie można wykonać obniżenie nawierzchni drogowej i posadzki w hali o kilkanaście centymetrów w obrębie wjazdów do hali. Po trzecie, można wykonać prace budowlane polegające na rozbiórce rusztu żelbetowego znajdującego się nad otworami wjazdowymi, co jednak oznacza koszt robót niewspółmierny do wady, tym bardziej, że istniejące rozwiązanie jest prawidłowe w sensie konstrukcyjnym i zapewnia stabilność konstrukcji. Sąd podkreślił, że w trakcie realizacji inwestycji, ani inwestor, ani nadzorujący z jego ramienia prace budowlane, nigdy nie podnosili kwestii nieprawidłowego wykonywania robót przez J. Z.. M. O. (1) zgłaszał zastrzeżenia wyłącznie do wysokości wynagrodzenia i zakresu prac objętych fakturami VAT. W konsekwencji takich ustaleń Sąd uznał, że twierdzenia powoda o niewykonaniu hali ze względu na istnienie pewnych wad, czy niedoróbek są chybione. Do tego zdaniem Sądu, wykonanie robót obciążonych wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem. W sytuacji gdy zachowanie się dłużnika jest w niewielkiej części sprzeczne z treścią zobowiązania, wówczas można mówić o nienależywym wykonaniu zobowiązania.

Oceniając zarzuty powoda o niewykonanie wiaty przez J. Z. Sąd podkreślił, że powołani w sprawie biegli sądowi stwierdzili stanowczo, że w zaistniałych okolicznościach, na podstawie projektu autorstwa A. Ż. i bez wydania dodatkowych decyzji administracyjnych, wykonanie wiaty przez J. Z. nie było możliwe. Ze względu na położenie obiektów w strefie wzajemnych oddziaływań obciążeń i naprężeń, nie można było wykonać robót bez projektu branży konstrukcyjnej koordynującej posadowienie wiaty i leja oraz wskazującego technologię wykonania robót. Jest to tym bardziej ważne, że posadowienie fundamentów wiaty w okolicach leja nastąpiło na gruncie nierodzimym (nasypowym). Wbrew twierdzeniom powoda, z projektu budowlanego wiaty nie wynika, że miała ona stanowić zabudowę dla leja. Do tego świadek A. Ż. zeznał, że projektując halę i wiatę nie uwzględnił budowy leja pod wiatą i nie dysponował jego dokumentacją techniczną. W ocenie Sądu głęboki wykop pod lej wykonany w trakcie budowy wiaty, w miejscu, w którym znajdować się miały fundamenty wiaty utrudniał i uniemożliwiał kontynuowanie wykonawcy ostatniego etapu prac. Wykonanie wiaty na podstawie projektu nie uwzględniającego posadowienia leja pod nią oraz przy braku stosownego projektu koordynującego, a nadto bez wydania stosownych decyzji w tym zakresie, byłoby działaniem nieprawidłowym z punktu widzenia zasad sztuki budowlanej oraz niezgodnym z przepisami prawa budowlanego. Wykonanie obiektu w tych okolicznościach mogło skutkować zagrożeniem życia lub zdrowia ludzi oraz bezpieczeństwa mienia.

W ocenie Sądu te ustalenia skutkowały wnioskiem, że wstrzymanie budowy wiaty było uzasadnione, a tym samym niewykonanie wiaty przez J. Z. nastąpiło z przyczyn leżących po stronie powoda. Kara umowna należy się natomiast wierzycielowi wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Zastrzeżenie kary umownej na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia niepieniężnego oznacza, że kara ta należy się jedynie w wypadku zwłoki dłużnika (476 k.c.). Brak podstaw dla żądania kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność.

Skoro zatem niewykonanie wiaty przez J. Z. było następstwem przeszkód natury technicznej i prawnej, za które nie ponosi on odpowiedzialności, to tym samym nie można mówić o uzależnionym od zwłoki dłużnika obowiązku zapłaty kary umownej.

Niezależnie od powyższego Sąd przyjął, że powodowi nie przysługuje roszczenie o zapłatę kar umownych również dlatego, że wykonawca skutecznie odstąpił od umowy. Zgodnie bowiem z art. 491 k.c. jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Może również już bez wyznaczenia terminu dodatkowego, bądź też po jego bezskutecznym upływie żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki (§1). Jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty niespełnionego świadczenia. Strona ta może także odstąpić od umowy w całości, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce (§ 2).

Przenosząc to do sprawy Sąd stwierdził, że w sprawie zaistniały okoliczności objęte hipotezą normy prawnej zawartej w przepisie art. 491 § 1 zdanie pierwsze k.c. Nie ulega wątpliwości, że umowa o roboty budowlane jest umową wzajemną, co do zasady zatem możliwe jest odstąpienie od niej. W rozpoznawanej sprawie całe zadanie inwestycyjne składało się z dwóch zasadniczych etapów, polegających na wybudowaniu hali i wiaty. Skoro więc świadczenie wykonawcy było podzielne, to wystąpiła sytuacja, o której mowa w art. 491 § 2 k.c., regulującym możliwość częściowego odstąpienia od umowy. Sąd zauważył, że kwestia, czy po odstąpieniu od umowy można dochodzić kary za opóźnienie w wykonaniu umowy w przeszłości była niejednolicie rozstrzygana w orzecznictwie. W doktrynie i judykaturze przeważa jednak pogląd, że w razie odstąpienia od umowy żadna ze stron nie może dochodzić wynikających zeń roszczeń, gdyż podstawy ich kreowania nie mogą stanowić postanowienia umowy, która w sensie prawnym nie istnieje, zaś wszelkie rozliczenia mogą się odbywać na podstawie art. 395 § 2 k.c. (w przypadku odstąpienia umownego), bądź 494 k.c. (przy odstąpieniu ustawowym). Ten skutek odstąpienia od umowy oznacza, że wygasają nie tylko zobowiązania podstawowe, ale i dodatkowe, akcesoryjne, w tym obowiązek zapłaty kary umownej z nim związanej, zastrzeżonej na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania (uchwała Sądu Najwyższego z 18.07.2012 r., III CZP 39/12; wyrok Sądu Najwyższego z 14.11.2008 r., V CSK 182/08; wyrok Sądu Najwyższego z 26.11.1997 r., sygn. akt II CKN 458/97 czy wyrok Sądu Najwyższego z 5.07.2007 r., sygn. akt II CSK 140/07). W orzecznictwie wyrażany jest również godny aprobaty pogląd, że kary umowne określone w umowie wzajemnej należą się po odstąpieniu tylko wówczas, gdy były to kary przewidziane na wypadek właśnie odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po drugiej stronie umowy (wyrok Sądu Najwyższego z 5 października 2006 r., IV CSK 157/06). Na powołany wyżej wyrok Sądu Najwyższego powołał się również powód, jednakże nietrafnie. Orzeczenie to nie znajduje bowiem zastosowania do sytuacji powoda. Powód domagał się kar umownych nie za odstąpienie od umowy przez wykonawcę lecz na podstawie §10 ust. 1 pkt 1 umowy stron, tj. za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy 2% wynagrodzenia brutto. Tak skonstruowanym żądaniem i jego podstawą faktyczną Sąd, z uwzględnieniem treści art. 321 § 1 k.p.c., był związany.

Oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 6 października 2009 r., poprzedzone wyznaczeniem dodatkowego terminu do spełnienia świadczenia, pozwany uzasadnił m.in. brakiem zapłaty umówionego wynagrodzenia. Zdaniem Sądu, powód odmawiając dokonania odbioru robót i zapłaty wykonawcy wynagrodzenia za wykonane trzy etapy robót dopuścił się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej. W umowie o roboty budowlane z dnia 27 czerwca 2009 r. strony ustaliły bowiem, że obowiązkiem zamawiającego jest zapłata wykonawcy umówionego wynagrodzenia w oparciu o faktury przejściowe, wystawiane za poszczególne etapy robót (§ 20 ust. 1), zaś podstawą wystawienia faktury będzie protokół odbioru wykonanych elementów robót potwierdzony i podpisany przez zamawiającego (§ 5 ust. 2). Pozwana twierdziła, że powód uchylał się od uznania faktu wykonania robót. Powód natomiast wskazywał, że nie mógł potwierdzić przedłożonego protokołu odbioru częściowego robót, gdyż stwierdził wady w wykonaniu hali magazynowo-gospodarczej, na co zwrócił uwagę w dzienniku budowy. W trakcie realizacji robót powód nie zgłaszał zastrzeżeń do jakości wykonywanych prac. Z wpisów do dziennika budowy (k.131v-132) wynika, że powód dopiero w dniu 17 października 2009 r. w obecności M. O. (2) przeprowadził oględziny hali, w trakcie których stwierdzono niedoróbki i wady w postaci braków obróbek blacharskich skutkujących uszkodzeniami folii pod dachem, niezgodnego z technologią producenta otynkowania hali, braku malowania ścian farbą wapienną, zaniżonych otworów wjazdowych. Sąd podkreślił, że dokonanie odbioru robót w przypadku zgłoszenia ich zakończenia przez wykonawcę

stanowi obowiązek inwestora (art.654 k.c.) aczkolwiek przepisy kodeksu cywilnego nie precyzują zakresu i formy tej czynności . Kwestii tych nie regulowała również umowa stron. Powszechnie przyjęte jest, że w protokole z czynności odbioru , stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad wraz z ewentualnymi terminami ich usunięcia, stwierdzenie faktu objęcia budynku w posiadanie przez inwestora itp.

Przenosząc to do sprawy Sąd zauważył ,że strony nie ustaliły w umowie ,że jakiegokolwiek odstępstwo od stanu idealnego daje inwestorowi prawo do odmowy odbioru obiektu. Wykryte wady podlegają usunięciu stosownie do art. 637 i art. 638 k.c., ale to uprawnienie inwestora nie wpływa na obowiązek odbioru i zapłaty wynagrodzenia za budynek wzniesiony zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej . Przyjęcie w umowie częściowego rozliczania robót, stosownie do art. 654 k.c., nie zmienia charakteru zobowiązania stron. Odbiór częściowy i zapłata części wynagrodzenia oznacza jedynie potwierdzenie przez inwestora faktu wykonania pewnej części robót, w celu zapłaty części wynagrodzenia . W konsekwencji Sąd nie uwzględnił zarzutu powoda, że nie miał on obowiązku zapłacenia wynagrodzenia wykonawcy, gdyż wystawienie faktury nie było poprzedzone podpisanym protokołem odbioru robót. Sąd zgodził się ze stroną pozwaną, że powód wyolbrzymia znaczenie protokołu odbioru i jego ewentualnych niedociągnięć dla konieczności uiszczenia pozwanemu wynagrodzenia za wykonane prace. Zdaniem Sądu, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy niepodpisanie przez powoda protokołu odbioru nie zwalniało go z obowiązku dokonania zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy za wykonane etapy robót. Przyjęcie prezentowanej przez powoda interpretacji zapisu §5 ust.2 umowy skutkowałoby tym ,iż arbitralna i bezzasadna odmowa podpisu przez inwestora protokołu odbioru by prowadziła do sytuacji ,że roszczenie wykonawcy o wynagrodzenie , pomimo wykonania zobowiązania , nie stałoby się wymagalne .Taki zapis byłby nieważny. Skoro powód unikał kontaktu z wykonawcą i uchylał się od odbioru robót to nie może obecnie skutecznie powoływać się na brak takiego , podpisanego przez siebie protokołu . Fakt zgłoszenia przez pozwanego zakończenia kolejnych etapów nie była w niniejszej sprawie sporna, następowało to przez : wpis do dziennika budowy, w rozmowie telefonicznej z powodem, wreszcie przez wręczenie inwestorowi faktury do wraz z protokołem odbioru. Powód bezpodstawnie odmawiał odbioru bowiem ani zastrzeżenia co do rzetelności przedłożonych przez wykonawcę faktur, ani wątpliwości co do jakości i zakresu wykonanych przez niego prac, ani też niegrzeczne wobec niego zachowania wykonawcy nie zwalniały go jako inwestora z umownego i ustawowego obowiązku odbioru robót. Jak już wyżej wskazano, ewentualne wady wykonanych prac nie stanowią przeszkody do dokonania odbioru, wręcz przeciwnie, odbiór ma służyć ich inwentaryzacji, ustaleniu terminu, zakresu i sposobu napraw.

Wobec takich ustaleń Sąd powództwo główne uznał za niezasadne i je oddalił .

II. Co do powództwa wzajemnego - w ocenie Sądu okazało się one uzasadnione w części dotyczącej żądania zapłaty wynagrodzenia za roboty wykonane, a niezapłacone przez powoda, co do kwoty 62.781,68 zł brutto oraz kwoty 3.044,05 zł. stanowiącej karę umowną za odstąpienie od umowy w części dotyczącej wiaty i odszkodowania w postaci utraconych korzyści, tj. zysku z wybudowania wiaty.

Podstawę prawną żądania zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty stanowi art. 647 k.c., zgodnie z którym przez umowę o roboty budowlane inwestor zobowiązuje się m.in. do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Sąd uznał, z przyczyn podanych wyżej, że wykonawca wybudował umówioną halę magazynowo-gospodarczą w terminie. Kwestia wad budynku w postaci obniżonych otworów wjazdowych oraz braku białkowania ścian hali nie ma znaczenia przy ustalaniu wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia, inwestor nie zgłosił bowiem żadnych roszczeń z tego tytułu do wykonawcy . Sąd nadto przyjął ,że pomimo uchylenia się powoda od sporządzenia protokołu odbioru robót budowlanych wykonanych przez J. Z., w okolicznościach j sprawy uzasadniony jest wniosek , że inwestor w istocie dokonał faktycznego odbioru przedmiotowych prac n a co wskazują następujące okoliczności : dokonanie wpisu do dziennika budowy potwierdzającego wykonanie robót, złożenie przez inwestora wniosku o zezwolenie na użytkowanie budynku z załączonym oświadczeniem kierownika budowy o dokonaniu odbioru robót, wreszcie

faktyczne użytkowanie hali przez powoda w pełnym zakresie, zgodnie z jej przeznaczeniem, już w żniwa 2009 r. Strony nie określiły w umowie w jaki sposób odbiór ma zostać przeprowadzony. Z kolei artykuł 647 k.c. stanowi, że inwestor zobowiązany jest m.in. do „odbioru obiektu” wybudowanego przez wykonawcę, nie przesądzając formy tego odbioru. Choć regułą jest prowadzenie odbioru w formie pisemnej, w postaci tzw. protokołu odbioru, to skuteczne może być również dokonanie faktycznego odbioru bez sporządzania formalnego protokołu. Pisemny protokół ułatwia rozliczenia stron, jednak nie oznacza to, że jest to jedyna i wyłączna podstawa formalna, od istnienia której uzależnione jest naliczenie wynagrodzenia i data jego wymagalności. Do przyjęcia takiej tezy brak jest uzasadnienia w przepisach kodeksu cywilnego, które nawet dla samej umowy przewidują formę pisemną jedynie dla celów dowodowych (art. 648 § 1 k.c.). Dlatego też nie można wykluczyć, że w okolicznościach danej sprawy może dojść do faktycznego odbioru obiektu bez sporządzenia formalnego protokołu.

Opierając się na opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa M. R. Sąd ustalił, że wartość robót wykonanych przez J. Z., za które inwestor nie zapłacił wykonawcy wynosi 62.781,68 zł brutto. Sąd nie uwzględnił natomiast powództwa wzajemnego w zakresie żądania zapłaty za roboty objęte fakturą VAT (...), określone jako „roboty dodatkowe i zamienne”, szerzej takie swoje stanowisko uzasadniając. W tym zakresie Sąd powództwo oddalił jako nieuzasadnione ( pkt III wyroku).

Sąd w całości uwzględnił żądanie zasądzenia kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia brutto za roboty, od realizacji których odstąpiono oraz odszkodowania w postaci utraconego zysku w części przewyższającej karę umowną przyjmując za skuteczne odstąpienie przez J. Z. od umowy ( co zostało omówione już wyżej).

Powódce wzajemnej, pomimo odstąpienia od umowy przysługuje roszczenie o zapłatę kar umownych, albowiem strony umowy o roboty budowlane umówiły się na kary umowne właśnie w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od inwestora . Podstawę normatywną powyższych żądań pozwu wzajemnego stanowiła umowa o roboty budowlane zawarta przez strony w dniu 27 czerwca 2009 r., a konkretnie przytoczony wyżej §7 tejże umowy, a także art. 494 k.c., zgodnie z którym strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy; może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. W myśl zaś art. 361 § 2 k.c. naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

Sąd wyjaśnił, że opierając się na opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa M. R. ustalił, że wysokość należności przypadających powódce wzajemnej z tego tytułu wynosi 3.870,13 zł. Ponieważ jednak powódka wzajemna domagała się kwoty 3.044,05 zł, to - na zasadzie art. 321 § 1 k.p.c. taką kwotę, a nie wyliczoną przez biegłego, należało zasądzić na jej rzecz.

O odsetkach Sąd orzekł zgodnie z przepisem art. 481 § 1 k.c. stanowiącym , że jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Powódka wzajemna nie udowodniła, w jakiej dacie doręczono pozwanemu wzajemnie wezwanie do zapłaty z dnia 6 listopada 2009 r., a roszczenie o zapłatę odszkodowania stawało się wymagalne dopiero z upływem siedmiu dni od tej daty. Z tego względu Sąd zasądził odsetki od kwoty 3.044,05 zł (obejmującej odszkodowanie i kary umowne), mając na uwadze datę doręczenia odpisu pozwu wzajemnego pozwanemu wzajemnie. Natomiast odsetki od kwoty 62.781,68 zł zasądzono zgodnie z żądaniem pozwu wzajemnego od dnia 13 listopada 2009 r., z uwagi na wcześniej kierowane do pozwanego wzajemnie przedsądowe wezwania do zapłaty ww. wynagrodzenia.

Sąd wskazał jakich dowodach , w zakresie wykazania poszczególnych faktów istotnych dla podstawy faktycznej wyroku , oparł się , a jakim dowodom wiarygodności odmówił. Istotne i sporne okoliczności faktyczne w przedmiotowej sprawie, dotyczące wykonania hali magazynowo – gospodarczej, niemożności wykonania wiaty, zakresu prac niewykonanych i wykonanych wadliwie, wartości robót wykonanych lecz nie zapłaconych, wartości robót, od realizacji których odstąpiono oraz wartości utraconego zysku wykonawcy Sąd ustalił na podstawie opinii biegłych sądowych z zakresu budownictwa M. R. i J. G.. Opinie te uznano generalnie za wiarygodne, albowiem zbieżne co

do najistotniejszych kwestii wnioski opinii zostały sformułowane w sposób stanowczy, zgodny z zasadami logicznego myślenia, doświadczenia życiowego i wiedzy powszechnej. Zdaniem Sądu, wysokie kwalifikacje obu biegłych oraz ich duże doświadczenie zawodowe, dają gwarancję obiektywizmu i prawidłowości dokonanych ustaleń.

Sąd z dużą ostrożnością i w konfrontacji z treścią dowodów z dokumentów oceniał dowody z przesłuchania stron oraz z zeznań świadków pozostających ze stronami w bliskich relacjach rodzinnych lub zawodowych. Za bardziej miarodajne uznano zeznania stron złożone w pierwszej fazie procesu, za życia i przy udziale J. Z., gdyż upływ blisko 5 lat od zaistnienia spornych zdarzeń niewątpliwie spowodował częściowe zatarcie się ich w pamięci stron i świadków. Zeznanie M. O. (1) i współpracującego z nim M. O. (2) uznano za niewiarygodne w części, w której podawali oni, że roboty prowadzone były przez wykonawcę z opóźnieniem oraz że przyczyną wstrzymania budowy wiaty była konieczność prowadzenia robót termomodernizacyjnych na obiekcie w G..

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu ,szeroko je uzasadniając pod względem rachunkowym i prawnym ,Sad oparł na przepisach - art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i art. 100 zd. 1 k.p.c.

**Apelacją od wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód (pozwany wzajemny) M. O. (1) .** Zaskarżył on orzeczenie w części ,a mianowicie co do rozstrzygnięć zawartych w punktach : I - do kwoty 70.080,00 zł oraz w II i III. Apelującą wartość przedmiotu zaskarżenia określił na 135.906 zł.

Zaskarżonemu wyrokowi w zakresie powództwa głównego powód zarzucił -

I. błąd dotyczący ustaleń faktycznych polegających na uznaniu, że niewykonanie

robót przez pozwanego nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych, w szczególności

z powodu :

1. kolizji leja zsykowego z wiatą, mimo że pozwany J. Z. wyraził wolę wykonania leja, a jego niewykonanie przez pozwanego spowodowane było brakiem porozumienia co do wysokości wynagrodzenia,

2. kolizji leja, mimo iż jak wynika z dokumentu urzędowego z dnia 9 lutego 2009 r. oraz z dnia 21 lipca 2011 r. przedmiotowy lej, jako element suszarni kontenerowej nie wymagał pozwolenia na budowę przez co nie doszło do samowoli budowlanej, zaś sama wiaty wybudowana zastępczo, nie koliduje z przedmiotowym elementem suszarni,

3. wada istotna, jaką jest nieprawidłowy wymiar wjazdu (zamiast 450 cm wysokości wynosi od 435,2 cm do 437 cm wysokości) , nie stanowi nienależytego wykonania umowy;

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, a w szczególności :

- art. 491 § 2 k.p.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 473 § 2 k.c. poprzez przyjęcie, że kara umowna przewidziana w umowie stron była zależna od zawinienia pozwanego przy przekroczeniu terminu wykonania robót budowlanych, podczas gdy strony posłużyły się kategorią „opóźnienia” w związku z czym pozwany przyjął na siebie odpowiedzialność za nieterminowe wykonanie umowy niezależnie od zawinienia ;

III. naruszenia przepisu prawa materialnego, a w szczególności art. 647 k.c. w zw. z art. 494 k.c. w zw. § 7 umowy łączącej strony, poprzez przyjęcie iż powód wzajemny skutecznie odstąpił od umowy oraz zaktualizował się obowiązek odbioru robót i wymagalności roszczenia o zapłatę wynagrodzenia ;

IV. naruszenia art. 233 k.p.c. poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów, polegającym na wydaniu rozstrzygnięcia o dowody sprzeczne w swojej treści, a w szczególności oświadczenia o odstąpieniu oraz twierdzeń pozwanego, że wykonanie wiaty było niemożliwie z przyczyn od niego niezależnych, mimo iż dokumenty urzędowe potwierdzają możliwość wykonania wiaty wraz z suszarnią kontenerową.

W konsekwencji tak skonstruowanych zarzutów apelujący wnosił w pierwszej kolejności o zmianę zaskarżonego wyroku przez: zasądzenie od pozwanej G. Z. na rzecz powoda kwoty 495.300 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 70.080 zł od dnia 18 sierpnia 2009 r. do dnia zapłaty oraz oddalenie powództwa wzajemnego, a nadto o zasądzenie od G. Z. kosztów procesu przed Sądem I instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, zarówno w sprawie z powództwa głównego jak i powództwa wzajemnego. Skarżący nadto wnosił o zasądzenie od pozwanej G. Z. na jego rzecz kosztów postępowania przed Sądem II instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, zarówno w sprawie z powództwa głównego, jaki i powództwa wzajemnego.

W ewentualnym wniosku apelacyjnym skarżący wnosił o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, wskutek nierozpoznania istoty sprawy, z pozostawieniem sądowi I instancji rozstrzygnięcia o kosztach postępowania przed Sądem II instancji.

W toku rozprawy apelacyjnej skarżący sprecyzował podstawowy wniosek apelacyjny o zmianę wyroku w zakresie powództwa głównego wnosząc o zasądzenie kwoty od pozwanej kwoty 70 080 zł (zamiast wskazanej w apelacji kwoty 495.300 zł.).

W uzasadnieniu zarzutów apelacyjnych skarżący przytoczył następującą argumentację :

I.Sąd I instancji popełnił istotne błędy w ustaleniach faktycznych.

\*Pierwszy zasadniczy polegał na uznaniu, że J. Z. odmówił wykonania „leju zsykowego”, z powodu kolizji z fundamentami wiaty oraz braku pozwolenia na budowę. Sąd dokonał takiego ustalenia wyłącznie na podstawie dokonanego w 2009 r. informacyjnego przesłuchania J. Z., a które to twierdzenia nie znajdują potwierdzenia w pozostałym materiale dowodowym, w szczególności w dzienniku budowy czy przesłuchania innych świadków.

\*O tym, że wybudowanie wiaty było możliwe i nie istniała przeszkoda natury faktycznej i prawnej świadczy fakt, że wiatą została zastępczo wykonana wraz z suszarnią kontenerową i spełniała swoją rolę.

\*Świadczy wreszcie o tym pismo Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego, który stwierdził, że nie doszło do samowoli budowlanej, jak i pismo Starosty Powiatowego w G. z dnia 9 lutego 2009 r. Dokumenty urzędowe nie były kwestionowane przez strony postępowania, zaś Sąd nie odmówił mu wiarygodności. Sąd I instancji więc zupełnie bezpodstawnie przyjął, że niewykonanie nastąpiło z przyczyny niezależnej od pozwanego. Jest to wprost sprzeczne z przedłożonym przez stronę powodową dokumentami urzędowymi będącymi dowodami w niniejszej sprawie.

\*Sąd I instancji zupełnie pominął okoliczność, że pozwany w lipcu 2009 r, był gotowy wykonać przedmiotową suszarnię kontenerową, przy czym strony nie doszły do porozumienia w zakresie wynagrodzenia.

Wobec sprzeczności dokumentu urzędowego z uznanym przez Sąd wyłącznie na podstawie zeznań strony fakcie, że niewykonanie nastąpiło z przyczyn niezależnych (tj. kolizji wiaty) powyższe jest błędem w ustaleniach faktycznych. Przedmiotowy błąd w ustaleniach faktycznych skutkowało następnie przekroczeniem swobodnej granicy oceny dowodów, albowiem Sąd dokonał ich wybiórczo, pod kątem powołanej na potrzeby procesu przez stronę pozwaną tezy o niemożliwości wykonania przedmiotu łączącej strony umowy.

Dalej skarżący podał, że Sąd I instancji naruszył zatem art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 484 § 1 k.c. w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 umowy łączącej strony. Sąd badał bowiem zawinięcie pozwanego przy niewykonaniu robót. Sąd nie powinien badać w ogóle zawinięcia powoda przy niewykonaniu zobowiązania, opóźnienie jako kategoria prawna jest bowiem oderwane od zawinięcia. Zgodnie z treścią art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności (niezawinionych), za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Konstrukcję kary umownej oderwanej od zawinięcia orzecznictwo dopuszcza. Strony zastrzegły karę umowną za samo tylko opóźnienie w wykonaniu zobowiązania przez wykonawcę. Skoro Sąd I instancji dokonując oceny roszczenia powoda wskazał, że niewykonanie wiaty przez J. Z. było następstwem przeszkód natury technicznej i prawnej, za które nie ponosi on odpowiedzialności i dlatego nie można mówić o uzależnionym

od zwłoki dłużnik obowiązku zapłaty kary umownej to według skarżącego oznacza , Sąd ten nie rozpoznał istoty postępowania, które sprowadzało się do terminu wykonania i opóźnienia, a nie do badania przyczyn zawinienia.

Według skarżącego powoda popełnione przez Sąd I instancji błędy w ustaleniach faktycznych, skutkowały przyjęciem, że pozwany skutecznie odstąpił od umowy łączącej strony w zakresie, w jakim dotyczyło to niewykonanie umowy z przyczyn od niego niezależnych. Przywołane przez pozwanego przyczyny odstąpienia od umowy były nieprawdziwe, co pozwany/powód wzajemny skutecznie zakwestionował w oparciu o dokumenty urzędowe.

Kwestionując rozstrzygnięcie w zakresie powództwa wzajemnego (pkt II wyroku) skarżący nie sformułował ,zważywszy na treść wstępną apelacji ( str.2) wyszczególnionych zarzutów , w części dalszej apelacji , już w samym uzasadnieniu zarzutów apelacyjnych , podał ,że rozstrzygnięcie w tym zakresie kwestionuje dlatego ,że nie sposób się zgodzić z Sądem I instancji, że rola odbioru i podpisania protokołu nie była istotna. Wskazać bowiem należy, iż przedmiotowe postanowienia umowy łączącej strony były istotne z tego punktu widzenia, że gwarantowały pozwanemu wzajemnemu wykonanie należycie wykonanego obiektu wykonanego przez profesjonalistę, a nie obiektu wadliwego i to wadliwego istotnie, jak wykazał pozwany wzajemny. Stąd też nieprawidłowe przyjęcie przez Sąd, iż doszło do skutecznego odbioru robót i obowiązku zapłaty wynagrodzenia.

Pozwana ( powódka wzajemna ) w odpowiedzi na apelację wniosła o jej oddalenie jako bezzasadnej domagając się jednocześnie zasądzenia od skarżącego kosztów postępowania apelacyjnego.

### ***Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:***

apelacja powoda (pozwanego wzajemnego ) jako pozbawiona zasadności podlegała oddaleniu w całości.

Apelujący kwestionując ocenę dowodów , a w konsekwencji stan faktyczny sprawy , nie zgłosił w apelacji żadnych wniosków dowodowych na poparcie swych twierdzeń. Sąd Odwoławczy w tej sytuacji opiera się więc wyłącznie na materiale dowodowym zgromadzonym przed Sądem pierwszej instancji , a zasadność zarzutów apelującego dot. stanu faktycznego sprawy może zostać potwierdzona lub też nie jedynie poprzez przesłедzenie toku rozumowania Sądu Okręgowego i ustalenie czy ocena dowodów była pełna , a rozumowanie Sądu logiczne . Sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest obecnie związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia Sąd bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania (uchwała SN z dnia 31 stycznia 2008 r. ,III CZP 49/07, Lex 341125 ). Powód w apelacji nie stawiał zarzutu nieważności postępowania , a Sąd Odwoławczy z urzędu jej nie stwierdził .Już toku rozprawy apelacyjnej skarżący podniósł jednak zarzut nieważności postępowania .Powyższe miało zostać spowodowane tym ,że o rozpoznaniu wniosku powoda o wyłączeniu od rozpoznania sprawy z jego powództwa wskazanego sędziego sądu Okręgowego w Szczecinie orzekał ten Sąd w 3-osobowym składzie sędziów zawodowych , imiennie odmiennym od składu określonego w zarządzeniu Przewodniczącego Wydziału. Zgodnie z treścią art.379 pkt 4 k.p.c. nieważność postępowania , z uwagi na skład sądu , zachodzi jedynie wówczas jeżeli skład sądu orzekającego był sprzeczny z przepisami prawa albo jeżeli w rozpoznaniu sprawy brał udział sędzia wyłączony z mocy ustawy. Żadna z opisanych wyżej sytuacji nie wystąpiła w sprawie , stąd zarzut nieważności , z uwagi na skład sądu jest pozbawiony zasadności. Dla porządku dodać trzeba ,że postanowienie Sadu Okręgowego w Szczecinie , którym to oddalono wniosek o wyłączenie wskazanego sędziego podlegało kontroli instancyjnej. W jej wyniku zażalenie powoda na powyższe rozstrzygnięcie zostało oddalone jako nieuzasadnione.

Skarżący w apelacji sformułował zarzuty dokonania ustaleń faktycznych sprzecznych z zebrany materiał dowodowy co łączyło się z zarzutem naruszenia art. 233§1 k.p.c. poprzez przekroczenia zasady swobodnej oceny dowodów , a mianowicie danie wiary zeznaniom pozwanego J. Z. z 2009 r.( co do istnienia przyczyn niezależnych od wykonawcy uzasadniających odstąpienie od umowy o roboty budowlane ,tj. występowanie kolizji wiaty z wykonanym lejem ) oraz pominięcie w konstruowaniu stanu faktycznego dwóch pism urzędowych (dokładniej określonych) z których wynika ,że przedmiotowy lej jako element suszarni kontenerowej nie wymagał pozwolenia na budowę (po stronie inwestora nie było więc samowoli budowlanej ). Skarżący podniósł ,że zeznania pozwanego co do przyczyn niemożności kontynuowania robót w postaci budowy wiaty są sprzeczne z zeznaniami świadków , którzy jednak z

imienia i nazwiska nie zostali przywołani. Apelujący odwołał się też w tym zakresie do dziennika budowy, jednak nie uszczegółowił wpisów które prawdziwości zeznań pozwanego miały zaprzeczać.

Wstępnie stwierdzić należy, że Sąd pierwszej instancji w sposób prawidłowy przeprowadził postępowanie dowodowe w sprawie i na podstawie jego wyników, po dokonaniu oceny wszystkich istotnych dla ustalenia pełnej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia dowodów, poczynił trafne ustalenia faktyczne. Ustalenia te jako prawidłowe Sąd Odwoławczy czyni częścią własnego uzasadnienia, stąd nie ma potrzeby ich ponownego, szczegółowego przytaczania. Dodać w tym miejscu trzeba, że apelujący większości tych ustaleń, za wyjątkiem faktów przywołanych w apelacji, nie kwestionował. W ocenie Sąd Apelacyjny Sąd Okręgowy, wbrew zarzutom apelacji, w sposób właściwy ocenił zebrany materiał dowodowy, z poszanowaniem wymogów stawianych przez art. 233§ 1 k.p.c.

Co do ewentualnego pominięcia niektórych dowodów z dokumentów przy konstruowaniu podstawy faktycznej istotnej dla rozstrzygnięcia, czy też niewłaściwej oceny dowodu z przesłuchania pozwanego J. Z. Sąd wypowie się dalej.

W zakresie zasądzzonego powództwa wzajemnego skarżący zarzucił, że Sąd pierwszej instancji błędnie przyjął, że rola odbioru robót (podpisania protokołu) była nieistotna. Podkreślał, że skoro wykonany obiekt miał istotne wady to nie można przyjąć, że doszło do jego odbioru i tym samym, że wynagrodzenie wykonawcy stało się wymagalne.

Powód w apelacji zarzucał uchybienie przepisom prawa materialnego co miało polegać na zastosowaniu (czy też wyłożeniu - brak sprecyzowania na czym naruszenie wskazanych przepisów materialnych miało polegać) w sprawie przepisów art. 491§2 k.c. (zapewne omyłkowo podano - k.p.c.) w zw. z art. 484§1 k.c. i art. 473 §2 k.c. wbrew zapisowi umownemu, iż kara za opóźnienie od wykonawcy przysługuje za samo opóźnienie w terminowym wykonaniu robót. Apelujący nadto zarzucił naruszenie prawa materialnego w postaci przepisów art. 647 k.c. w zw. z art. 494 k.c. w powiązaniu z zapisem § 7 umowy wskutek kwalifikacji stanu faktycznego skutkujące wnioskiem, że wykonawca skutecznie odstąpił od umowy w wyniku czego zaktualizował się obowiązek odbioru robót i wymagalności roszczenia o zapłatę.

Przed przejściem do oceny zarzutów apelacyjnych Sąd Odwoławczy przypomina, o czym pisał już zresztą Sąd pierwszej instancji, że strony łączyła umowa o roboty budowlane (art. 647 k.c. i dalsze).

Świadczenie wykonawcy w umowie o roboty budowlane określone zostało jako oddanie obiektu budowlanego, stanowiącego całość dającą się wyodrębnić co najmniej pod względem technicznym lub technologicznym, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Możliwość spełnienia świadczenia przez wykonawcę częściami i żądanie odbioru robót częściowych wpisane jest w konstrukcję robót budowlanych (art. 654 k.c.). Tak więc co do zasady dopuszczalne jest stosowanie do tej umowy art. 491 § 2 k.c. (skutki zwłoki).

Na świadczenia inwestora składają się powinności niepieniężne, w tym m.in. odebranie obiektu oraz powinność pieniężna polegająca na zapłacie umówionego wynagrodzenia. Obowiązki i uprawnienia inwestora określa przepisy - art. 18, art. 32 ust.1 pkt 2, art. 41 ust. 4, 42 ust. 1, art. 52, art. 54-57 i art. 60 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 ze zm.). Odbiór obiektu lub jego części stanowiących rezultat prac budowlanych wykonawcy stanowi więc w określonej sytuacji obowiązek inwestora. Obowiązek odbioru odnosi się do obiektu wykonanego co do zasady zgodnie z zobowiązaniem i zaoferowanemu inwestorowi. Zgodność tą należy ocenić biorąc pod uwagę treść zawartej umowy, elementy dopełniające stosunek prawny z mocy ustawy (art. 56 k.c.), a także ogólne kryteria prawidłowego wykonania umowy (art. 354 k.c.). Inwestor powinien dokonać odbioru niezwłocznie po oddaniu (zaoferowaniu) obiektu przez wykonawcę, chyba że dłuższy termin wynika z umowy lub spowodowany jest złożonym charakterem przedmiotu odbioru. W rozpoznawanej sprawie taka sytuacja nie wystąpiła. Inwestor może odmówić odbioru obiektu dotkniętego wadą istotną, tj. czyniącym go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie, co skutkuje brakiem wymagalności roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie. Jeżeli obiekt wskazuje jedynie wadę nieistotną, to jego oddanie powoduje wymagalność wierzytelności o wynagrodzenie, natomiast inwestor powinien skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi. Bezzasadna odmowa odbioru robót i zapłaty wykonawcy wynagrodzenia stanowi zwłokę inwestora (art. 486 §1 k.c.), takie zachowanie wierzyciela stanowi też naruszenie art. 354 §2 k.c. Ze względu na ramowy charakter umowy o

roboty budowlane brak w niej wprost przepisów określających dokładniej powinność odbioru ,za wyjątkiem art. 654 k.c. Brak też normy wyraźnie wiążącej czynności odbioru obiektu z wymagalnością roszczenia wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia . Przyjmuje się tu więc stosowanie per analogiam zasad wypracowanych w tym zakresie dla umowy o dzieło ( Wielkie komentarze- komentarz do kodeksu cywilnego , t.III,cz.2 pod red.Jacka Gudowskiego, LexisNexis, Warszawa 2013 r. ,s.306-311).

W piśmiennictwie podkreśla się również ,że do końca nie jest jasne co ustawodawca miał na myśli mówiąc o odbiorze robót budowlanych. W prawie budowlanym wielokrotnie wspomina się o odbiorach częściowych i końcowych ,nie wyjaśniając bliżej charakteru tych czynności. Przyjmuje się więc ,że czynności te można utożsamiać z odbiorem i częściowym przyjmowaniem robót budowlanych przez inwestora od wykonawcy przewidzianych w przepisach Kodeksu cywilnego o umowie o roboty budowlane (art. 647,654) . Są to czynności z zakresu prawa cywilnego ,będące częścią wzajemnych praw i obowiązków stron umowy o roboty budowlane ( inwestora i wykonawcy) ale nie powinno dziwić ,że wspomina się o nich także w akcie administracyjnym, jakim jest ustawa –Prawo budowlane . Zgodnie bowiem z art. 647 i art. 648§ 2 zakres zobowiązań wykonawcy i roszczeń inwestora w umowie o roboty budowlane określa się za pomocą projektu budowlanego .Wykonawca ,jak wynika wprost z art. 647 k.c., zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiekt , wykonanego zgodnie z projektem , który w myśl art. 648 §2 k.c. jest częścią umowy. Ponadto w umowie o roboty budowlane wzajemne zobowiązania i roszczenia wykonawcy i inwestora określa się przez odwołanie do wiedzy technicznej (art. 647 k.c. ). Prawo budowlane wymaga by projektowanie i budowanie obiektów budowlanych było zgodne z zasadami wiedzy technicznej ( art. 5 ust. 1 pr.bud. ),co osiągnie się m.in. poprzez staranne wykonanie obiektu budowlanego zgodnie z projektem ( zob. Prawo budowlane - komentarz pod red. A.Despot-Mladanowicza i innych ,LexisNexis , Warszawa 2012 r. ,s140-142).

Podsumowując - jedynie w sytuacji gdy przedmiot umowy będzie mógł być zakwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania zaistnieją podstawy do odmowy odbioru ( odmowy sporządzenia protokołu) . Zachodzi tu więc niewątpliwie potrzeba rozróżnienia niewykonania zobowiązania z nienależytym wykonaniem zobowiązania, kiedy zachowanie dłużnika jedynie częściowo pozostaje sprzeczne z treścią zobowiązania. Brak podstaw do utożsamiania sytuacji gdy roboty budowlane nie zostały wykonane z sytuacją gdy są one dotknięte wadami . Podstawową przesłanką odpowiedzialności wykonawcy budowlanego z tytułu rękojmi jest istnienie wady ( art. 556 k.c.). Z wadą fizyczną obiektu (robót) budowlanego mamy do czynienia wtedy ,gdy obiekt został wykonany niezgodnie z umową, projektem budowlanym a także przepisami obowiązującymi w zakresie wykonawstwa robót budowlanych , a jednocześnie z uwagi na nieprawidłowe wykonanie ,ma zmniejszającą wartość lub użyteczność ze względu na cel w umowie oznaczony.

Po tych ogólnych rozważaniach dotyczących praw i obowiązków stron umowy o roboty budowlane powracając do sprawy Sąd przypomina ,że pierwszym zasadniczym celem procesu było i jest obecnie ustalenie : czy roszczenie powoda zapłaty przez pozwaną kary umownej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania-opóźnienia w terminowym wykonaniu robót jest zasadne oraz czy powód był w zwłoce z odbiorem wykonanych robót. Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. strony mogą zastrzec, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody (art. 484 § 1 k.c.). Z przepisów tych wynika, że roszczenie o zapłatę kary umownej powstaje wówczas, gdy dłużnik nie wykonał lub nienależyte wykonał swoje zobowiązanie, a więc gdy powstaje po jego stronie odpowiedzialność kontraktowa (art. 471 i nast. k.c.). By ustalić czy pozwany nie wykonał umowy w terminie należało uprzednio ustalić w jakiej dacie został wykonany pierwszy budynek, czy istniały po stronie zamawiającego podstawy do odmówienia jego odbioru oraz czy wykonawca następnie skutecznie dostąpił od zawartej umowy, a jeżeli tak to czym to było spowodowane. Sąd pierwszej instancji dokładnie ustalił treść umowy łączącej strony , wzajemne prawa i obowiązki , przedstawił chronologicznie - w sposób bardzo dokładny - jak w praktyce przebiegała realizacja umowy , w tym w jakiej dacie został wykonany i zaoferowany do odbioru inwestorowi pierwszy budynek , z jednoczesnym żądaniem zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia ,opisał - późniejsze zachowanie obu stron, w tym faktyczną bezterminową odmowę sporządzenia protokołu zdawczo- odbiorczego wykonanego budynku przez powoda, stan

na budowie po wybudowania leja na zboże, treść składanych przez strony oświadczeń woli, w tym złożenie przez wykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od umowy w części. Sąd też w tak ustalonym stanie faktycznym rozważał zasadność dochodzonej przez powoda kary umownej.

Przechodząc do oceny zasadności zarzutów apelacyjnych w pierwszej kolejności trzeba się odnieść do zarzutów naruszenia prawa procesowego. Naruszenie przepisów postępowania oznacza działanie sądu niezgodne z przepisami prawa procesowego. W praktyce chodzi o zarzuty związane z uchybieniami, których - w ocenie skarżącego - dopuścił się sąd pierwszej instancji w postępowaniu lub przy rozstrzygnięciu (System prawa procesowego cywilnego, t.IIIcz.1, pod. red. T. Erecińskiego, LexisNexis, s.204). Pierwsze z nich związane są z postępowaniem sądu wbrew przepisom prawa procesowego, mogą więc one powstawać przez cały czas rozpoznawania sprawy. Drugie natomiast są związane w zasadzie z niewłaściwym zastosowaniem prawa materialnego, co oznacza, że mogą one powstać dopiero w związku z wydaniem orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie. W obu wypadkach należy zawsze stwierdzić istnienie związku przyczynowego między naruszeniem przepisu proceduralnego, a treścią orzeczenia. Istotne jest przy tym czy naruszenie przepisów postępowania mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Tak więc od skarżącego należy oczekiwać nie tylko wskazania przepisu postępowania, który został naruszony – przynajmniej w jego przekonaniu - i wyjaśnienia na czym to polegało, lecz także wykazaniu, jaki mogło ono mieć wpływ na wynik sprawy. Jednym słowem skarżący powinien wykazać, że następstwa stwierdzonych wadliwości postępowania były tego rodzaju, że mogły kształtować lub współkształtować treść zaskarżonego orzeczenia.

Powód w apelacji nie zarzucał by budynek gospodarczy w postaci hali został wykonany w części, twierdził jedynie, że jest on dotknięty istotną wadą (nieprawidłowy wymiar wjazdu). Powód nie kwestionował już jednak w apelacji w żadnej części opinii biegłych sądowych oraz ich oceny dokonanej przez Sąd pierwszej instancji. Sąd ten zaś dzieląc wnioski biegłych uznał, że wykonany przez wykonawcę obiekt budowlany nie był dotknięty wadą istotną. Sąd odmienne stwierdzenia skarżącego zawarte w apelacji, nierozwinięte, nie poddają się zasadniczo kontroli, nie mogą zostać w tej sytuacji podzielone, stanowią one jedynie formę ogólnikowej polemiki z prawidłowymi ustaleniami Sądu Okręgowego, mającymi oparcie w określonych dowodach. Z kolei z tytułu wykonania robót dotkniętych wadami nieistotnymi powód nie dochodził do tej pory żadnych roszczeń przewidzianych przepisami kodeksu cywilnego w stosunku do wykonawcy (zob. nadto k. 131- v).

Z opinii obu biegłych wynika też w sposób jednoznaczny i stanowczy, że wykonanie leja zbożowego w miejscu w którym miała zostać postawiona wiata stanowiło przeszkodę dla jej postawienia. Sąd pierwszej instancji te wnioski biegłych zaakceptował uzasadniając taką swoją ocenę tegoż dowodu, w konsekwencji przyjął, iż to z przyczyny wykonanego leja zbożowego wykonawca nie mógł wykonać drugiego obiektu budowlanego – wiaty. W sytuacji gdy apelujący nie kwestionował w żadnej części dowodu w postaci opinii biegłych, w tym również w omawianym tu zakresie oraz sposobu jego oceny przez Sąd pierwszej instancji, gdy Sąd na tym specjalistycznym dowodzie czynił ustalenia istotne dla podstawy faktycznej na której został oparty wydany wyrok, twierdzenia że lej ten nie stanowił przeszkody dla kontynuowania robót należy ocenić jako dowolne. Ich powiązanie ze wskazanymi w apelacji dowodami z dwóch dokumentów urzędowych zostanie omówione w dalszej części uzasadnienia. Zasadne jest jednak zauważenie, że apelujący szerzej nie podaje co też ze wskazanych dokumentów ma dla faktów istotnych w sprawie wynikać, za wyjątkiem twierdzenia, że nie było samowoli budowlanej jeżeli chodzi o rzeczony lej (bo tylko jego posadowienie ma znaczenie w sprawie dla przesadzenia czy była przeszkoda w wybudowaniu wiaty).

Apelujący powód w apelacji nie odniósł się do oceny dowodów osobowych - świadków, stron, biegłych, za wyjątkiem kwestionowania w części dowodu z zeznań J. Z.. Stad wniosek, że pozostałe dowody osobowe i zasadniczo z dokumentów zostały prawidłowo ocenione przez Sąd Okręgowy. Skarżący w jednym miejscu apelacji zaznaczył, że z zeznań świadków wynikało co innego niż zeznawał J. Z. lecz z nazwiska świadków tych nie wskazał. Tak skonstruowany zarzut co do oceny dowodów nie poddaje się kontroli. Podobnie jak oparte na tym twierdzenia, że J. Z. chciał wykonać lej zbożowy, a nie zrobił tego jedynie z uwagi na to, że nie porozumiał się z inwestorem co do wynagrodzenia. W apelacji nie wskazano na dowodach powód takie twierdzenia opiera. Oznacza to, że apelujący tych ostatnich twierdzeń również nie wykazał dowodowo, ale też nie wyjaśnił co nich, gdyby nawet zostały wykazane, dla istoty sprawy miałyby wynikać (gdyby J. O. (2) rzeczywiście rozważał wykonanie robót budowlanych w postaci leja zbożowego).

Apelujący nie kwestionował też ustaleń i wniosków Sądu Okręgowego co do określenia wykonanych i niewykonanych przez wykonawcę robót, oraz ich wartości . Podobnie jak utraconych wskutek odstąpienia korzyści i naliczonych kar umownych . Ustalenia te Sąd opierał na dowodzie z biegłych podając nadto szczegółowo dlaczego ustalenia i wyliczenia rachunkowe biegłych podziela .Stąd , wobec braku zarzutów w tym zakresie , nie ma żadnej potrzeby sprawdzania kwoty zasądzonej na rzecz pozwanej (powódki wzajemnej) od skarżącego (pозwanego wzajemnie ) .

W wyniku zastrzeżenia kary umownej zmieniają się reguły dowodzenia , a wierzyciel musi udowodnić tylko fakt niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (lub obowiązku na wypadek niewykonania którego była zastrzeżona kara umowna) oraz to ,że kara została w umowie prawidłowo zastrzeżona. Nie musi udowadniać winy i powstania szkody. To dłużnik chcąc się zwolnić z obowiązku zapłaty kary musi wykazać ,że kara nie była zastrzeżona lub ,że zobowiązanie zostało należycie wykonane lub też ,że niewykonanie zobowiązania było spowodowane okolicznościami za które on nie ponosi odpowiedzialności.

Co do zasady kara umowna nie należy się wierzycielowi w sytuacji braku istnienia po stronie dłużnika winy w wykonaniu zobowiązania ,gdy jego odpowiedzialność opiera się na tej zasadzie. W razie uniezależnienia odpowiedzialności kontraktowej dłużnika od przesłanki zawinienia ( art. 473§ 1 k.c.) ten płaci umowną karę w razie zaistnienia zdarzenia prawnego od którego zależy jego odpowiedzialność. Zasadniczo więc dłużnik odpowiada za niezachowanie należytej staranności chyba ,że co innego wynika z ustawy lub czynności prawnej. Ma przeto rację skarżący ,że umowna modyfikacja odpowiedzialności na podstawie art. 473 k.c. jest możliwa w kierunku zaostrzenia jak i złagodzenia , w granicach swobody umów (art. 353<sup>1</sup>k.c.). Rozszerzenie odpowiedzialności jest nieograniczone ,dłużnik może odpowiadać na zasadzie ryzyka .Konieczne jest jednak oznaczenie okoliczności zaostrzających odpowiedzialność dłużnika ( zamknięty krąg okoliczności).Ogólne określenie odpowiedzialności - bez względu na przyczynę - jest niewystarczające. Można przy tym rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika za osoby trzecie - przy pomocy których wykonuje zobowiązanie ,ale już nie za stronę przeciwną kontraktu. Powyższe byłoby sprzeczne z treścią art. 353<sup>1</sup> k.c. Takie też stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku Sąd Najwyższy z 27 września 2013 r. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy stwierdził ,że w razie rozszerzenia na podstawie art. 473 § 1 k.c. odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej (art. 483 § 1 k.c.), strony muszą w umowie wyraźnie określić, za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Nie można jednak przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika ( wyrok z dnia 27 września 2013 r. ,I CSK 748/12,LEX nr 1396298 ,zob.też wyrok SA w Lublinie z dnia 11.06.2014 r.,I A Ca 136/14,Lex 1498953). Podsumowując :kara umowna może być zastrzeżona w kontrakcie zarówno za zwłokę, jak i jako zabezpieczenie gwarancyjne za tzw. opóźnienie proste polegające na niespełnieniu świadczenia w omówionym terminie , a w wypadku nieoznaczonym - po wezwaniu dłużnika przez wierzyciela do wykonania zobowiązania .Strony nie mogą jednak w umowie tak rozszerzyć odpowiedzialności dłużnika za opóźnienie w terminowym wykonaniu świadczenia by przyjąć ,że będzie on zobowiązany do zapłaty kary umownej także wtedy gdy jest to spowodowane okolicznościami za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Niewątpliwie kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika.

Uwzględniając poczynione wyżej rozważania prawne w powiązaniu z zapisem umownym karach dla inwestora za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy Sąd Odwoławczy stwierdza ,że w sprawie uzasadniony był zarzut z apelacji błędnego ustalenia , że strony powiązały karę umowną jedynie ze zwłoką po stronie wykonawcy w terminowym wykonaniu umowy gdy w istocie kara była powiązana już z zaistnieniem opóźnienia. Mimo słuszności tego zarzutu nie przekłada się to na treść orzeczenia. Wynika to stąd ,że ostatecznie wykonawca nie mógł wykonać wiaty w terminie umówionym z przyczyn leżących wyłącznie po stronie inwestora ( wykonany lej zbożowy) Uwzględniając poczynione wyżej rozważania prawne co do braku podstaw dla rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika z tytułu kary umownej o charakterze gwarancyjnych na okoliczności obciążające wierzyciela jest oczywiste ,że nie wykonanie wiaty z przyczyn zależnych od inwestora nie może obciążać wykonawcy. To zaś ,że posadowienia leja zbożowego czyniło niemożliwym zbudowanie wiaty wynika , o czym już była mowa , z opinii obu biegłych sądowych. Taka ocena słusznego

zarzutu apelacyjnego co do błędnego przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że kara za nieterminowe wykonanie umowy była powiązana ze zwłoką wykonawcy, uprawnia jednocześnie do konkluzji, że zarzut z apelacji o nierozpoznaniu sprawy z powództwa głównego jest chybiony.

Dokumenty wskazane przez powoda w apelacji jako istotne dla ustalenia właściwej podstawy faktycznej to: pismo z dnia 9.02.2009 r. Starosty Powiatowego w G., który po zgłoszeniu z dnia 6.02.2009 r. zamiaru budowy suszarni kontenerowej o powierzchni zabudowy 9 m<sup>2</sup> oraz utwardzenia terenu na działce o nr (...) w D. nie zgłosił sprzeciwu do przedmiotowego zakresu robót (k. 793). Dodać trzeba, że zgłoszenie budowy pochodziło od R. P. (za którą działał pełnomocnik M. O. (2) – k.797), która zamierzała rozpocząć roboty 8.03.2009 r. będąc dzierżawcą (k.798). Drugim dokumentem urzędowym przywołanym w apelacji jest pismo Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w G., który stwierdził, że nie doszło do samowoli budowlanej, w tym jego protokół z dnia 21.07.2011 r. (k.770 i k.792). Apelujący przypisując obu opisanym wyżej dokumentom tak istotne znaczenie pomija jednocześnie, że po pierwsze dla sprawy, w kontekście możliwości wybudowania wiaty istotne znaczenia miało jedynie posadowienie na działce leja zbożowego, a po drugie pomija milczeniem, że 14 lipca 2007 r. złożył wniosek o ustalenia warunków zabudowy dotyczących m.in. leja zbożowego na działce nr (...) w D., który to wniosek został rozpoznany przez Wójta Gminy K., który decyzją nr (...) w dniu 11.12.2009 r. ustalił warunki zabudowy, w tym dla budowy w postaci leja zbożowego (k.1949- 1954). Z tej ostatniej decyzji wynika, że w lipcu 2009 r. M. O. (1) nie posiadał warunków zabudowy dla rzeźzonego leja zbożowego. Brak sprzeciwu Starosty Powiatowego w G. do zgłoszenia budowy z 9.02.2009 r. nie dotyczy leja zbożowego. Protokół z 21.07.2011 r. i stwierdzenie późniejsze o braku samowoli dotyczy wyłącznie suszarni (na datę kontroli przez PINB decyzja o warunkach zabudowy obejmująca lej zbożowy już oczywiście była). Biegły sądowy M. R. w opinii z kwietnia 2012 r. (i późniejszej) przedstawił jednoznaczne stanowisko co do możliwości wybudowania leja zbożowego oraz co do braku możliwości - wobec jego wcześniejszego wybudowania - posadowienia wiaty w projektowanym miejscu, przynajmniej w tym czasie, bez koniecznej dokumentacji (k. 977, k.978, k.1652-3). Lej zbożowy nie był też objęty projektem budowlanym, na podstawie którego budowa była realizowana. Wynika to z dokumentacji projektowej, a w szczególności z zeznań samego projektanta A. Ż. Ustalenia Sądu Okręgowego co do braku możliwości wybudowania w ramach umowy łączącej strony wiaty wynikające przecież nie tylko z zeznań J. Z., ale i zeznań świadka S. C., z opinii biegłych sądowych, z dokumentów – projektu budowlanego, nie są w żaden sposób sprzeczne z treścią obu omówionych wyżej dokumentów przywołanych przez apelującego. Z faktu, że wiaty w projektowanym miejscu została wykonana przez innego wykonawcę dla sprawy nic nie wynika, bez podania okoliczności faktycznych i prawnych wybudowania tegoż obiektu budowlanego.

Zarzucając Sądowi pierwszej instancji, że ten przyjął, iż znaczenie odbioru robót (podpisanie protokołu) jest nieistotne skarżący ograniczył się do sformułowania takiego ogólnego zarzutu, bez żadnego w istocie odniesienia się do ustaleń faktycznych dotyczących tej kwestii oraz ich kwalifikacji prawnej przez Sąd Okręgowy. Brak jest tu zaprezentowania własnej wersji zdarzeń w tym zakresie. Stąd tak ogólny zarzut, uwzględniając poczynione powyżej obszernie rozważania co do obowiązku inwestora dokonania odbioru wykonanych robót w razie ich zaoferowania przy braku prawnych przeszkód do odbioru (wada istotna), Sąd Odwoławczy ocenia jako oczywiście nieuzasadniony. Sąd pierwszej instancji w pisemnym uzasadnieniu sporządzonego uzasadnienia omawiając prawa i obowiązki stron umowy o roboty budowlane najpierw przedstawił jak rozumie powinność inwestora co do odbioru robót, a następnie bardzo dokładnie omówił dlaczego przyjął, że wykonawca wykonał budynek (hala) w terminie, zgłosił uzasadniony zamiar jego wydania inwestorowi, który pomimo faktycznego korzystania z tego obiektu uchylał się od skitowania wykonawcy tej czynności. Zachowania stron Sąd odniósł do zapisów umowy - par. 5 dokonując ich właściwej oceny prawnej. Sąd Okręgowy nie twierdził, że czynność odbioru jest nieistotna dla realizacji obowiązków z umowy o roboty budowlane. Twierdził natomiast, że inwestor niesłusznie odmawiał wykonania tego swojego obowiązku przez podpisanie protokołu zdawczo-odbiorczego, a sam obiekt użytkował. To zaś oznacza - po pierwsze, że apelujący jako inwestor pozostawał w zwłoce w zapłacie należnego wykonawcy wynagrodzenia, a po drugie - wykonawca był uprawniony do odstąpienia od umowy, w oparciu o art. 491 k.c. Kwestionując ustalenia Sądu Okręgowego skutkujące wnioskiem, że wykonawca skutecznie odstąpił od umowy powód tego zarzutu też nie rozwinął, nie przytoczył na jego poparcie żadnej argumentacji. Sąd drugiej instancji w tej sytuacji już tylko krótko stwierdza, że w pełni podziela jako

prawidłowe ustalenia i wynikające z nich wnioski ,że wykonawca w sposób skuteczny odstąpił od umowy . Był w tej sytuacji uprawniony do dochodzenia stosownej kary umownej oraz odszkodowania.

Powód główny (pozwany wzajemny ) domagał się zasądzenia od pozwanego (powoda wzajemnego ) , a obecnie pozwanej G. Z. kwoty - najpierw 78 080 zł z należnościami ubocznymi tytułem kary umownej w kwocie po 2 440 zł za jeden dzień opóźnienia , początkowo za 32 dni , rozszerzonej następnie do 495 320 zł , czyli kary umownej w kwocie po 2 440 zł za okres 203 dni .W apelacji skarżący z tytułu powództwa głównego domagał się zasądzenia kwoty 70 080 zł ,tj. czyli kary umownej za okres 28,72 – dni. Uwzględniając poczynione wyżej rozważania prawne co do zakresu rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika z tytułu kary umownej , wobec braku podstaw by obciążyć dłużnika - tu wykonawcę działaniami i zaniechaniami samego wierzyciela - ostateczne wnioski Sądu Okręgowego o bezzasadności roszczenia powoda o zapłatę kary umownej należało ocenić jako prawidłowe.

Podsumowując : Sąd Okręgowy na podstawie właściwie przeprowadzonego postępowania dowodowego, po właściwej oceny zgromadzonych dowodów z uwzględnieniem reguł z art. 233§ 1 k.p.c. , precyzyjnie ustalił fakty istotne w sprawie ,w tym co do terminowego wykonania budynku hali ,stanu działki w miejscu w którym miała być posadowiona wiata , odstąpienia wykonawcy od umowy . Następnie dokonał właściwej kwalifikacji tak ustalonego stanu faktycznego , z właściwym wyłożeniem przepisów prawa materialnego mających tu zastosowanie . Jedyny uzasadniony zarzut dotyczący oceny charakteru kary umownej dla zamawiającego ostatecznie , o czym wyżej już była mowa, nie skutkował w żadnym wypadku wadliwością wydanego w sprawie orzeczenia.

Apelujący nie zawarł w apelacji żadnych zarzutów co do postanowień kosztowych zawartych w wyroku Sądu pierwszej instancji , a precyzyjnie rzecz ujmując wskazując w jakim zakresie wyrok zaskarża wyrok Sądu Okręgowego zaznaczył ,że zaskarża wyrok w pkt III ( oddalenie powództwa wzajemnego w pozostałej części) .W tej sytuacji brak jakichkolwiek podstaw do sprawdzania czy korekty rozstrzygnięcia zawartego w pkt IV wyroku.

W konsekwencji ustaleń poczynionych powyżej , z podzieleniem ustaleń faktycznych i prawnych Sądu Okręgowego ( za wyjątkiem oceny charakteru kary umownej obciążającej wykonawcę ) , oceniając zarzuty zawarte w złożonej apelacji za chybione Sąd Odwoławczy, w oparciu o przepis art. 385 k.p.c. , apelację powoda głównego (pozwanego wzajemnego ) oddalił .

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł mając na uwadze jego wynik - art. 98§ 1 i 3, art. 99, art. 109§1 w zw. z art. 391 § k.p.c. , z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu ( Dz.U.2013.490 j.t.) - § 2; § 6 i § 12 ( na koszty strony pozwanej -powódki wzajemnej - składało się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w postępowaniu apelacyjnym w kwocie 2700 zł).

***Joanna Kitłowska-Moroz Halina Zarzeczna Mirosława Gołuńska***