

Sygn. akt I ACa 765/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 września 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Andrzej Struzik
Sędziowie:	SSA Józef Wąsik <u>SSA Teresa Rak</u>
Protokolant:	st. prot. sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 14 września 2012 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa L. S.

przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 22 lutego 2012 r. sygn. akt IX GC 354/10

oddala apelację i zasądza od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt. I ACa 765/12

UZASADNIENIE

Powód L. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowa (...) w K. wniósł o zasądzenie od strony pozwanej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. kwoty 292.423,37 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępczego usunięcia wad w robotach budowlanych jakie pozwana spółka zrealizowała oraz o zasądzenie kosztów postępowania.

Podał, że strony łączyła umowa z dnia 11 lutego 2008 roku, na mocy której pozwana spółka była podwykonawcą robót budowlanych realizowanych przez powoda w ramach inwestycji pn. C. w K.. Powód był generalnym wykonawcą i wskazywał pozwanej spółce kolejność prac, do czego pozwana nie chciała się stosować. Ponadto powierzone roboty wykonywała wadliwie i nie reagowała na zgłaszane uwagi.

W grudniu 2008 roku po stwierdzeniu usterek powód zaczął wzywać pozwaną do ich usunięcia, jednakże pozwana nie tylko nie przystąpiła do prac naprawczych, ale w styczniu 2009 r. złożyła oświadczenie o odstąpieniu od łączącej strony umowy. Powód to odstąpienie uznał za bezskuteczne, jednakże wobec bezczynności pozwanej spółki, sam odstąpił od umowy. Zaś w sytuacji kiedy pozwana nie przystąpiła do usunięcia wad, do czego była wielokrotnie wzywana, powierzył usunięcie wad innym firmom i z tego tytułu poniósł koszty, które refakturował na pozwaną.

Strona pozwana (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania. Podniosła pozwana, że okoliczności niniejszej sprawy były już przedmiotem rozważań Sądu Okręgowego w Krakowie i Sądu Apelacyjnego w Krakowie w sprawie prowadzonej przez strony do sygn. IX GC 503/09 i I ACa 601/10, a niniejsze powództwo ma na celu ponowne rozpoznanie ustalonego już przez Sąd stanu faktycznego. W postępowaniu tym Sąd stwierdził brak podstaw do odstąpienia przez powoda od umowy z powodu braku wadliwości robót, co spowodowało, że wierzytelności powoda z tytułu kar umownych nie zostały uwzględnione. Pozwana podniosła zarzut powagi rzeczy osądzonej.

Nadto pozwana spółka podniosła, że powód nie wyjaśniał braków i niejasności dokumentacji technicznej, dokumentacja wielokrotnie ulegała zmianom. Zarzuciła też, że powód nie wykazał wysokości szkody jakiej miałaby doznać z powodu usuwania wad

Prawomocnym postanowieniem z dnia 19 listopada 2010 roku Sąd Okręgowy odmówił odrzucenia pozwu.

Wyrokiem z dnia 22 lutego 2012 roku Sąd Okręgowy w Krakowie powództwo oddalił, obciążając powoda kosztami postępowania na rzecz strony pozwanej.

Rozstrzygnięcie oparł Sąd na następujących okolicznościach niespornych i ustaleniach faktycznych:

Strony łączyła umowa o roboty budowlane nr 1/ (...) z dnia 11 lutego 2008 r., na mocy której pozwana (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. była wykonawcą robót budowlanych realizowanych przez powoda, jako zamawiającego - generalnego wykonawcę w ramach zadania inwestycyjnego obejmującego budowę w stanie surowym otwartym zespołu 18 budynków mieszkalnych jednorodzinnych z garażami wbudowanymi wraz z infrastrukturą, pomieszczeniami pomocniczymi, powierzchniami przeznaczonymi do użytku wspólnego oraz zagospodarowaniem wokół budynków w K. przy ul. (...) oraz że inwestycja ta była realizowana na rzecz spółki (...) spółki z o.o. w W..

Zgodnie z umową pozwany miał wykonać roboty budowlane polegające na wykonaniu prac obejmujących: wykopy pod fundamenty, fundamenty i stopy fundamentowe żelbetowe wraz z izolacjami przeciwwilgociowymi i termicznymi, ściany konstrukcyjne oraz działowe, słupy i stropy żelbetowe, balkony i daszki, konstrukcję i poszycie dachów wraz z warstwami izolacji termicznej wewnątrz konstrukcji, obróbki blacharskie z orynnowaniem, kominy. W zakresie robót nie było wykonania tarasów, posadzek, instalacji, elewacji, tynków wewnętrznych.

Roboty miały się rozpocząć w terminie 4 - ch tygodni od protokolarnego przekazania pozwanemu placu budowy przez zamawiającego, a zakończone w terminie 17 miesięcy od rozpoczęcia robót, nie później niż w terminie 18 miesięcy od daty protokolarnego przekazania wykonawcy placu budowy. Za wykonanie robót ustalono wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 14.284.500 zł netto.

Zamawiający mógł rozszerzyć zakres robót o prace dodatkowe i wykończenie lokali za osobnym wynagrodzeniem, zobowiązany by do koordynacji robót pomiędzy branżami oraz innymi wykonawcami i ich podwykonawcami na etapie realizacji inwestycji w taki sposób, aby nie powodowały opóźnień ani przeszkód w pracach wykonawcy.

Umowa przewidywała, że sprawdzenia i odbioru robót zanikowych lub ulegających zakryciu dokonuje inspektor nadzoru lub przedstawiciel zamawiającego poprzez potwierdzenie zapisem w dzienniku budowy niezwłocznie po powiadomieniu stosownym wpisem w dzienniku budowy przez wykonawcę, a w przypadku gdy inspektor nadzoru lub kierownik budowy nie będą dostępni w dniu zgłoszenia tego typu robót na placu budowy, dodatkowo faksem lub mailem. Ustalono również tryb przekazywania dokumentacji po ukończeniu danego etapu robót.

Wynagrodzenie za wykonane roboty miało być płatne na podstawie faktur częściowych i faktury końcowej, przy czym rozliczenie częściowe następowało w oparciu o zatwierdzone przez zamawiającego miesięczne rozliczenia składające się z częściowych protokołów zdawczo - odbiorczych, odebranych robót i zużytych materiałów. Podstawę do wystawienia faktury końcowej i zapłaty wynagrodzenia końcowego stanowiło podpisanie przez strony protokołu odbioru końcowego potwierdzającego należyte wykonanie robót, złożenie dokumentów zgodności i akceptacji dla polskiego rynku zużytych materiałów oraz przekazanie dokumentacji powykonawczej.

Dla zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez wykonawcę strony zastrzegły zatrzymanie kaucji gwarancyjnej w wysokości 10% wartości całości wynagrodzenia.

Ustalono nadto, że zamawiający będzie uprawniony do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym m.in. w przypadku nieprzestrzegania przez wykonawcę zaleceń inspektora nadzoru mających wpływ na bezpieczeństwo robót lub należyłą jakość ich wykonania, wykonanie przez wykonawcę robót w sposób sprzeczny z umową lub dokumentacją, w tym planami, jak również regulacjami zwanymi w prawie budowlanym, pomimo upomnień ze strony inspektora nadzoru. W takim przypadku wykonawca miał zapłacić zamawiającemu karę umowną w wysokości 10 % wynagrodzenia należnego za roboty, które podlegałyby wykonaniu po rozwiązaniu umowy. Jednocześnie uzgodniono, że wykonawca nie będzie zobowiązany do zapłaty kar umownych w przypadku gdy umowa zostanie rozwiązana z powodu lub w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków przez zamawiającego lub z innych przyczyn leżących po jego stronie. Wykonawca natomiast miał prawo rozwiązać umowę z przyczyn leżących po stronie zamawiającego m.in. w przypadku 30 - dniowej zwłoki z zapłatą wynagrodzenia za wykonane i zafakturowane roboty. W przypadku rozwiązania umowy strony miały dokonać oceny postępu robót.

W dniach 12 i 16 stycznia strony niezależnie od siebie złożyły oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

Ustalił Sąd, że przed Sądem Okręgowym w Krakowie toczyło się do sygnatury akt IX GC 503/09 postępowanie z powództwa (...) spółki z o.o. w K. przeciwko L. S. o zapłatę wynagrodzenia za roboty wykonane na tej inwestycji, zakończone prawomocnym wyrokiem z dnia kwietnia 2010 roku. Sądy obu instancji uznały, że po stronie pozwanego nie doszło do skutecznego potrącenia wierzytelności z tytułu kar umownych za rozwiązanie umowy przez zamawiającego z powodu nienależytej jakości wykonania robót przez wykonawcę, jak też że nie doszło po stronie wykonawcy do naruszeń umowy, które wypełniałyby ustalone w niej warunki do odstąpienia.

W trakcie realizacji umowy organizowane były cotygodniowe narady na budowie z udziałem przedstawicieli inwestora, powodowego generalnego wykonawcy oraz wykonawców. Narady te miały służyć sprawdzaniu stanu zaawansowania robót i ich koordynacji. Ponadto raz w tygodniu sprawdzany był stan robót wykonanych przez

powzanego, dla tego celu prowadzony był wewnętrzny dziennik budowy. Ze strony powoda, niezależnie od kierownika budowy w czynnościach tych uczestniczył dodatkowy przedstawiciel, który sporządzał dokumentację fotograficzną z postępu prac. Co miesiąc strony spisywały protokoły zaawansowania robót, na podstawie których pozwany wystawiał powodowi faktury za wykonany etap prac. Powód zaś w oparciu o te dokumenty zgłaszał roboty do odbioru inwestorowi czyniąc wpis w dzienniku budowy. Inspektor nadzoru sprawdzał wówczas roboty nie tylko co do zakresu, ale i jakości wykonania, a o ile zostały ujawnione wady, to były one wskazywane w protokole z czynności odbiorowych, a także omawiane na naradach koordynacyjnych gdzie uzgadniano sposób i termin usunięcia wad. Niezależnie od tego pozwany zgłaszał powodowi do odbioru roboty zanikowe i podlegające zakryciu, których odbiory odbywały się z udziałem inspektora nadzoru. Protokoły zaawansowania robót były niezbędne do finansowania inwestycji.

Protokoły zaawansowania robót zawierają szczegółową dokumentację w odniesieniu do każdego z budynków. Nie ma w nich żadnych uwag dotyczących jakości prac, zawierają natomiast uwagi o niewykonanych pracach w poszczególnych zakresach oraz o wstrzymaniu wynagrodzenia.

Ustalił Sąd, że jeśli w toku robót stwierdzano wady, czy usterki, to były one zgłaszane pozwanemu, który je usuwał. Usunięcie wad, w tym krzywizn konstrukcji żelbetowej, czy nadlewów po szalowaniu warunkowało odbiór robót,

podpisanie protokołu przerobowego i przystąpienie do kolejnego etapu prac. W protokołach przerobowych brak jest wpisów dotyczących wadliwego wykonania prac.

Projekty techniczne stanowiące podstawę wykonywania prac przez pozwanego zawierały nieścisłości, a nawet rozbieżności, co wymagało dokonywania na bieżąco uzgodnień. Ponadto dokumentacja konstrukcyjna ulegała dużym zmianom. Bardzo częste zmiany projektowe, w tym w zakresie konstrukcji dachów oraz ze strony nabywców mieszkań oraz uszczegółowianie projektów powodowało opóźnienia i dezorganizację w realizacji prac, rozbiórkę już wykonanych elementów i ich ponowny montaż. Co tydzień lub częściej pozwany otrzymywał wytyczne co do wykonania poszczególnych elementów budynków. To dodatkowo powodowało, że nie pasowały one do dokumentacji innych branż.

Tak np. było z kanałami pod grzejniki podłogowe. W dokumentacji technicznej jednego z budynków nie przewidziano otworów wentylacyjnych wobec czego pozwany w uzgodnieniu z kierownikiem budowy ich nie wykonał, a miały być one wykonane później przy okazji prac tynkarskich.

Po wykonaniu przez pozwanego otworów okiennych na budowie był obecny przedstawiciel firmy wykonującej stolarkę okienną celem dokonania pomiarów i wykonania jej na wymiar.

Pozwany zakończył prace na budowie w okresie świątecznym w grudniu 2008 roku z uwagi na brak płatności ze strony powoda za odebrane roboty i wystawione z tego tytułu faktury. Na koniec 2008 roku realizowane dotychczas przez pozwanego roboty ogólnobudowlane zostały przerwane.

W styczniu 2009 roku realizowane były prace wykończeniowe przez inne firmy wykonawcze na zlecenie powoda.

Pismami ze stycznia 2009 roku powód wzywał stronę pozwaną do usuwania wad i usterek. Wskazywał o poprawienie kanałów grzewczych, zarzucał brak zachowania rzędnych projektowych wysokości otworów okiennych w budynkach, brak zachowania linii prostej attyki elewacji ogrodowej budynku B 5, konieczność sprawdzenia przez obsługę geodezyjną zgodności z projektami geometrii całego budynku i w końcu uszkodzenie wykonanej kanalizacji sanitarnej w obrysie budynku B 3. Żądał naprawienia uszkodzonej kanalizacji oraz poinformował o obciążeniu pozwanego kosztami opracowania geodezyjnego.

Pismem z dnia 16 stycznia 2009 roku powód w odpowiedzi na pismo pozwanej spółki z dnia 12 stycznia 2009 roku odstąpił od umowy i wezwał pozwanego do nadrobienia zwłoki w zakończeniu robót, a także usunięcia usterek wykonanych robót oraz szkód wyrządzonych w trakcie prac w terminie 30 dni. W tym samym dniu w obecności reprezentujących strony kierowników budowy i robót został spisany protokół zaawansowania robót na budowie. Wynika z niego, że pozwany wykonał : stan surowy z konstrukcją i pokryciem dachu, ale bez obróbek blacharskich i ocieplenia kominów budynków A 9, A 8, A 7, A 6, stan surowy z konstrukcją dachu, ale bez pokrycia, bez obróbek blacharskich i ociepleń kominów budynków B 5, B 17 oraz stan surowy z konstrukcją i pokryciem dachu w 50 %, bez ocieplenia kominów budynku B 18.

Protokół ten nie zawiera wykazu jakichkolwiek wad, ani też zapisu, że w tym zakresie zostanie sporządzona w innym terminie stosowna dokumentacja.

27 stycznia 2009 roku bez udziału przedstawicieli pozwanego powód i inwestor dokonali przeglądu robót, z którego w terminie późniejszym został spisany protokół robót koniecznych do zakończenia I etapu budowy. Potwierdzony został stan zaawansowania robót z wcześniejszego protokołu. Odnośnie budynku B 5 stwierdzono konieczność doprowadzenia geometrii ścian do stanu zgodnego z projektem oraz prawdopodobną rozbiórkę wadliwie wykonanej konstrukcji I piętra. Ustalono też, że we wszystkich budynkach konieczne jest obniżenie nadproży okien parteru, wykonanie obróbek blacharskich, ocieplenia kominów ponad dachem i nadproży okien piętra, a w przypadku budynków A 6, A 7, B 16, B 17 dodatkowo frezowanie żelbetowych słupów lub podkładu betonowego parteru lub schodów celem uzyskania prawidłowych wymiarów projektowych lub właściwych rzędnych, w tym do montażu okien oraz wykonania posadzki, w przypadku budynków B 5, B 16 i B 17 dodatkowo likwidacja nadlewów betonowych

na elementach konstrukcyjnych. W budynkach B 5, B 16, B 17 stwierdzono konieczność wykonania brakujących przewiertów dla instalacji sanitarnej, z uwagi na niewstawienie rur przepustowych. O tej inwentaryzacji pozwanego zawiadomiono dzień przed terminem.

Z początkiem lutego 2009 roku powód zlecił firmie (...) w W. wykonanie, poczynawszy od dnia 5 lutego 2009 roku ogólnikowo określonych „robót naprawczych po firmie (...) sp. z o.o. na budowie C. wymienionych budynkach. Za te prace wystawione zostały faktury w okresie od dn. 27 lutego do dn.30 kwietnia 2009 roku nr (...)na kwotę 111.815 zł,(...)na kwotę 45.314,50 zł i nr(...)na kwotę 18.553,80 zł.

Następnie pismem z dnia 20 lutego 2009 roku powód ogólnikowo poinformował pozwaną spółkę o ujawnionych wadach i wezwał do ich usunięcia w terminie 3 dni, zapowiadając przy tym, że nieusunięci wad spowoduje ich zastępcze usunięcie

W dniu 26 lutego z udziałem przedstawicieli inwestora i powoda, a bez udziału pozwanego odbyła się inwentaryzacja robót wykonanych przez pozwanego wykonawcę. Z czynności tej sporządzono protokół potwierdzający stan robót opisany w protokole wcześniejszym.

Protokół z tej ostatniej inwentaryzacji powód przekazał pozwanej spółce pismem z dnia 12 marca 2009 roku. Poinformował przy tym, że przystępuje do wykonania prac poprawkowych, których kosztami obciąży pozwanego. Pomimo tych zapowiedzi powód do czerwca 2009 r. oczekiwał, że pozwany przystąpi do wykonania prac poprawkowych wskazanych w protokole inwentaryzacyjnym z lutego 2009 r.

W dniu 21 kwietnia 2009 r. powód zlecił Firmie (...), wykonanie robót naprawczych bez bliższego ich opisu w budynkach A 6, A7, A 8, A 9, B 17, B 18, B 5, które były wykonywane w okresie od dn. 18 maja do dnia 22 września 2009 roku, a za które zostały wystawione faktury nr (...) łącznie na kwotę 85.832,36 zł.

W okresie od 27 kwietnia do 19 czerwca 2009 roku firma P.H.U."W. Dom" spółka jawna (...)T. D. na rzecz powoda wykonała roboty opisane jako montaż kratki wentylacyjnych, powiększenie otworów na grzejniki, przeróbki montażowe w budynkach A i B, przekuwanie otworów przelewowych w budynkach typu A i B, przeróbki fundamentów w segmencie A 6, kucie nadproży wraz z ich wyrównaniem w budynku B 18, za które wystawiła faktury nr (...) na kwotę 9.849,35 zł, nr (...) na kwotę 1.572,90 zł, nr (...) na kwotę 3.145,80 zł.

22 czerwca 2009 roku po raz kolejny, bez udziału pozwanego dokonano inwentaryzacji robót budowlanych wykonanych przez pozwanego, stwierdzając w budynkach A 9, A 8, A 7 rozwarstwienie izolacji cokołów, konieczność powiększenia otworów przelewowych dachu, w budynku A 6 wykonanie podbicia fundamentów okna narożnego strony prawej elewacji ogrodowej, rozwarstwienie izolacji cokołów, rozebranie i ponowne wymurowanie ścianki działowej w kotłowni, w budynku B 5, B 18, B 17 ponowne wymurowanie rozpojonych kominów oraz wykonanie nakryw, powiększenie kanałów grzejnikowych parteru, a nadto ponowne wymurowanie ścianki działowej w jednym z pomieszczeń (budynek B 18), wykonanie izolacji termicznej odwodnienia dachu, wycięcie prętów zbrojenia balkonu, braki rur spustowych (budynek B 17).

W dniu 23 czerwca przedstawiciele stron i inwestora dokonali przeglądu robót i uzgodnili, że powód przedstawi pozwanemu listę wad i usterek. Pozwany otrzymał protokół, jednakże zarzucił że nie zawiera on listy usterek ujawnionych po wcześniejszych odbiorach wykonanych przez niego robót bez zastrzeżeń w trakcie realizacji inwestycji.

Kolejny protokół z inwentaryzacji powód sporządził w dniu 24 sierpnia 2009 roku, stwierdzając w budynku B 5 brak otworów przelewowych od strony elewacji ogrodowej w attyce stropodachu. Ten ostatni protokół został przekazany pozwanemu w dniu 8.10.2009 r. z informacją, że powód przystąpił do wykonania przewiertów w żelbetowej attyce tego budynku celem wykonania przelewów awaryjnych odwodnienia dachu.

Strony wymieniały też pisma w przedmiocie przedstawienia listy wad i usterek, a pismem z dnia 8 lipca 2009 roku powód po raz kolejny wzywał pozwanego do przystąpienia do prac poprawkowych.

We wrześniu 2009 roku firma P.U.H. (...) spółka jawna J.T. D. wykonała roboty, które zostały opisane jako przeróbki kominów w budynkach B 5, B 17 i B 18 o wartości 6.720 zł, a następnie wystawiła powodowi fakturę na kwotę 7.190,40 zł brutto na ze roboty, a powód re fakturo wał ją na pozwanego.

Powodowi wystawiono też faktury za dokończenie odwodnienia dachów w budynkach B 5, B 17 i B 18, rozebranie i ponowne wykonanie ścianki działowej w budynku B 18, wykonanie otworów w belkach żelbetowych, łącznie na kwotę 6.709,26 zł.

Powód obciążył pozwanego kosztami związanymi z wykonaniem otworów w belkach żelbetowych w kwocie 2.196 zł oraz kosztami usunięcia usterek z odniesieniem do inwentaryzacji z dnia 26 lutego 2009 roku, dnia 22 czerwca 2009 roku i dnia 24 sierpnia 2009 roku, jednak bez bliższego sprecyzowania zakresu robót, w kwocie 280.596,97 zł.

Otrzymane od powoda faktury dotyczące kosztów usunięcia usterek pozwana spółka zwróciła bez księgowania, uznając, że skoro odstąpiła od umowy brak jest podstaw do obciążania jej dalszymi kosztami.

Budynki, w których prace wykonywał pozwany zostały odebrane przez inwestora w lutym 2011 roku.

Stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie dowodów z dokumentów i zeznań świadków J. M. (1), S. S. (1), P. R. i G. M. (1), powoda L. S. i wiceprezesa zarządu pozwanego R. B..

Nie dał Sąd wiary świadkom J. M., S. S. i G. M. oraz powodowi w zakresie w jakim zeznawali, że protokoły przerobowe nie miały charakteru protokołów odbioru z uwzględnieniem jakości robót, albowiem nie sposób przyjąć że w sytuacji, jak opisali to świadkowie, gdy na budowie na bieżąco były zgłasza wady, na które pozwany reagował opieszale, nie byłoby żadnej pisemnej dokumentacji z tym związanej, ani też że nie odnotowywano by w protokołach odbiorowych stwierdzonej wad, zwłaszcza o charakterze jawnym lub w robotach zanikowych, a miałyby to nastąpić dopiero przy odbiorze końcowym. Nie dał też Sąd wiary, że w toku realizacji robót nie stwierdzono wadliwej geometrii budynku B.

Dowody z pism z dn. 12 czerwca 2008 roku, 11 sierpnia 2008 roku, 18 sierpnia 2008 roku, ofert k - 197 - 198, 203 - 204, kosztorysu wraz z cennikiem k - 199 - 202, protokołu z dnia 29 kwietnia 2008 roku, dokumentacji fotograficznej k - 229 - 384, zeznań świadków K. K., J. C., Sąd pominął jako spóźnione w rozumieniu art. 479 § 12 § 1 k.p.c. oraz art. 479 § 1 k.p.c.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd uznał, że żądanie powoda na uwzględnienie nie zasługuje.

Wskazał Sąd, że strony łączyła umowa o roboty budowlane i że nie została ona wykonana w całości.

Mając na względzie, że świadczenie pozwanego było podzielne uznać należy, że umowa stron została wykonana w części obejmującej wykonanie siedmiu budynków.

Roszczenie powoda jest roszczeniem odszkodowawczym w rozumieniu art. 471 kc na mocy umowy stron jest ono dopuszczalne niezależnie od roszczenia o zapłatę kar umownych. Dla rozstrzygnięcia istotne jest zatem czy powód poniósł szkodę związaną z nienależytym, tj. wadliwym, wykonaniem robót budowlanych przez pozwanego i w jakiej wysokości oraz czy pozwany ponosi odpowiedzialność za tę szkodę. Przesłankami odpowiedzialności pozwanego są: niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, za które ponosi on odpowiedzialność, szkoda oraz związek przyczynowy między faktem nienależytego wykonania (niewykonania) zobowiązania, a szkodą. Obowiązek wykazania powyższych przesłanek obciąża powoda.

Zgodnie z umową strony ustalił procedurę odbiorową, w ramach której sprawdzenia i odbioru robót zanikowych lub ulegających zakryciu dokonywać miał inspektor nadzoru lub przedstawiciel zamawiającego niezwłocznie po powiadomieniu przez wykonawcę wpisem w dzienniku budowy lub odrębnym dokumentem. Rozliczenie częściowe natomiast miało następować w oparciu o zatwierdzone przez zamawiającego miesięczne rozliczenia, składające się z częściowych protokołów zdawczo - odbiorczych odebranych robót i zużytych materiałów. Zgromadzony materiał dowodowy - zdaniem Sądu pierwszej instancji - jednoznacznie wskazuje, że strony sporządzały co miesięczne

protokoły przerobowe robót oraz zestawienia zużytych materiałów, po dokonaniu na budowie przeglądu stanu zaawansowania prac w poszczególnych budynkach. Zatem w praktyce strony przyjęły że te protokoły będą pełnić funkcje protokołów zdawczo-odbiorczych wykonanych robót o których mowa w pkt 16 umowy. Inna ich nazwa dyskwalifikuje ich roli w procesie realizacji inwestycji i jest bez znaczenia dla rozliczenia stron. Inwestycja ponadto była szczegółowo kontrolowana przez powoda oraz przez inspektora nadzoru. Kierownik budowy był codziennie na placu budowy, co tydzień odbywały się narady koordynacyjne i sprawdzanie postępu prac, na bieżąco była uszczegóławiana dokumentacja konstrukcyjna i techniczna, zarówno przez kierownika budowy jak i inspektora nadzoru. Przy takiej praktyce prowadzenia inwestycji, zdaniem Sądu, po stwierdzeniu wad, były one zgłaszane wykonawcy i ustalano sposób ich usunięcia. Niewiarygodne jest, by ze zgłaszaniem wad, a także z ich usuwaniem czekano do odbioru końcowego. Trudno też uznać, by kierownik budowy ze strony powoda czy inspektor nadzoru nie reagowali na widoczne wady, szczególnie w robotach zanikowych i podlegających zakryciu. Dotyczy to także budynku B 5, co do którego powód zgłosił zastrzeżenie, że nie zachowuje on geometrii, w takim stopniu, że powoduje to konieczność rozbiórki jednego piętra. Przyjęcie, że zamiarem stron było, by sprawdzanie jakości robót następowało na etapie odbioru końcowego, oznaczałoby, że ewentualne usuwanie wad wstrzymywałoby prace wykończeniowe, a to mogłoby spowodować opóźnienie w odbiorze całej inwestycji, podczas gdy wady te mogły być usunięte już na wcześniejszym etapie, tj. bezpośrednio po ich stwierdzeniu, niezależnie od zaawansowania robót pozwanego. Należało więc uznać, że zgłaszane wady były usuwane na bieżąco w sposób akceptowany tak poprzez zamawiającego i inspektora nadzoru, a jakość prac umożliwiała dokonywanie odbiorów częściowych robót, o czym świadczą protokoły odbiorowe i wystawiane, a nie kwestionowane przez powoda, faktury pozwanego. Protokoły te nie zawierają wskazania wad robót ani też terminów ich usunięcia, chociaż powód był do tego uprawniony na podstawie postanowień pkt 13 umowy stron. Dopiero po zakończeniu współpracy stron na tej inwestycji tj. od stycznia 2009 r. powód kierował do pozwanego korespondencję w której kwestionował jakość robót, przy czym ilość zastrzeżeń rosła w miarę upływu czasu od zejścia pozwanego z placu budowy.

Zwrócił Sąd Okręgowy uwagę, że w protokole z dnia 27 stycznia 2009 roku sporządzonym bez udziału przedstawicieli pozwanego ustalono że w ramach I etapu budowy nie zostały wykonane obróbki blacharskie, ocieplenia kominów ponad dachem i nadprożami okien piętra, za które to prace powód nie wystawił faktury wobec nie ujęcia tych robót w protokołach odbiorów częściowych. Zatem w zakresie tych robót w ogóle nie sposób mówić o wadliwości wykonania. Natomiast wskazane w protokole wady w postaci nierówności i krzywizny żelbetowych słupów lub podkładu betonowego parteru lub schodów oraz nadlewy betonowe na elementach konstrukcyjnych mają charakter jawny i nie sposób przyjąć aby przy praktykowanej szczegółowej procedurze odbiorowej i nadzorze ze strony zamawiającego i inwestora zostały przeoczone w trakcie realizacji robót przy ich protokolarnych odbiorach.

Stwierdził nadto Sąd, że odnośnie wady określonej jako konieczność doprowadzenia geometrii ścian budynku B 5 do stanu zgodnego z projektem, to powód nie wykazał, a nawet nie zaferował dowodu w postaci operatu geodezyjnego, aby wykazać wadliwe, tj. krzywe wykonanie ścian tego budynku przez pozwanego. Zwrócił też Sąd uwagę za zmiany dokonywane w dokumentacji projektowej.

Prace określane jako poprawkowe zlecane były ogólnikowo, ze zleceń, ani z faktur nie wynika, które z nich pozostawały w związku z wcześniej wykonanymi robotami przez pozwanego, tym bardziej że w styczniu 2009 roku po raz kolejny zmieniła się dokumentacja techniczna, a równolegle były wykonywane prace wykończeniowe. W sytuacji zaś kiedy równolegle z pracami określanymi jako poprawkowe wykonywane były inne prace, np. wykończeniowe, to wątpliwe było czy i w jakim zakresie chodziło o prace poprawkowe po robotach pozwanego, czy też były to nowe prace w związku ze zmianą dokumentacji projektowej, bądź prace wykończeniowe lub nawet poprawki w robotach innych firm.

Stwierdził Sąd, że powód nie wykazał też szkody, nie wykazał, by zapłacił kontrahentom wynagrodzenie z faktur przedstawionych w procesie, a które następnie refakturował na pozwanego, pomimo iż pozwany podniósł taki zarzut w odpowiedzi na pozew.

O kosztach procesu Sąd orzekł stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 98

k.p.c.

Apelację od wyroku złożył powód, zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego, a to:

- postanowień zawartych na stronie 5 i 17 pkt 13.3 łączącej strony umowy nr (...) z dnia 11 lutego 2008 roku na skutek przyjęcia, że miesięczne protokoły zaawansowania robót są tożsame z przewidzianymi w umowie protokołami odbioru robót potwierdzającymi jakość wykonanych prac,
- art. 471 kc poprzez uznanie, że pozwana nie ponosi odpowiedzialności za nienależyte

wykonanie zobowiązań wynikających wprost z zawartej umowy i tym samym nie jest zobowiązana do naprawienia wynikłej z tego faktu szkody,

- art. 556 kc w zw. z art. 638 kc i w zw. z art. 656 kc przez przyjęcie, że strona pozwana po odstąpieniu od umowy nie ponosi odpowiedzialności za stwierdzone wady i niedoróbki w wykonanych przez nią pracach,
- art. 361 § 2 kc poprzez stwierdzenie, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż powód poniósł szkodę z uwagi na fakt, że nie wykazał on, iż zapłacił kontrahentom wynagrodzenie z faktur przedstawionych w procesie.

2. naruszenie przepisów prawa procesowego w szczególności:

- art. 233 kpc poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego i przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, przez odmowę wiaty zeznaniom świadków przedstawionych przez powoda i oparcie orzeczenia głównie na wyjaśnieniach i zeznaniach świadków strony pozwanej, a także poprzez nieuwzględnienie części dowodów pisemnych przedstawionych przez powoda.
- art. 479¹²§ 1 kpc poprzez oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych przez

stronę powodową w piśmie procesowym będącym odpowiedzią na zarzuty strony pozwanej zawarte w odpowiedzi na pozew,

3. sprzeczność istotnych ustaleń Sadu z treścią zebranego materiału dowodowego np. poprzez stwierdzenie:

- że powód na podstawie protokołów zaawansowania robót pozwanej, zgłaszał te roboty do odbioru inwestorowi,
- że pozwana zakończyła roboty na budowie w grudniu 2008 roku, z uwagi na brak płatności ze strony powoda za odebrane roboty i wystawione z tego tytułu faktury,
- że powód wcześniej obciążył pozwana karą umowną z tytułu wadliwego wykonania robót, które to obciążenia nie zostało zaakceptowane przez sąd orzekający, który rozpatrywał zasadność obciążenia karą umowną.

Wniósł powód o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od strony pozwanej na rzecz powoda kwoty 292.423,37 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 10 stycznia 2010 roku do dnia zapłaty oraz zasądzenie kosztów postępowania za obie instancje, a w razie nieuwzględnienia tego wniosku o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Po rozpoznaniu apelacji Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja powoda na uwzględnienie nie zasługuje.

W pierwszym rzędzie odnieść się należy do zarzutów kwestionujących ustalenia faktyczne, ocenę dowodów i zakres postępowania dowodowego, a więc w szczególności do zarzutów naruszenia art. 233 kpc (ze sformułowania zarzutu

wnosić należy, że skarżący miał na myśli § 1 tego przepisu), 47912 § 1 kpc oraz sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z zebraniem materiałem dowodowym, bowiem dopiero prawidłowe ustalenia faktyczne, mające oparcie we właściwie dokonanej ocenie materiału dowodowego pozwala na ocenę czy Sąd właściwie zastosował przepisy prawa materialnego stanowiące podstawę rozstrzygnięcia.

Przepis art. 233 § 1 kpc wyraża zasadę swobodnej oceny dowodów, zgodnie z którą sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego. Granice swobodnej oceny dowodów wyznaczają przepisy prawa procesowego, zasady doświadczenia życiowego i reguły logicznego rozumowania. Dlatego też skuteczne postawienie zarzutu naruszenia art. 233 kpc wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest wystarczające natomiast przekonanie strony o innej niż przyjął Sąd doniosłości poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (tak np. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 6 listopada 1998 r. **II** CKN 4/98 - niepublikowane). W takim rozumieniu uznać należy, że Sąd Okręgowy przepisu art. 233 § 1 kpc nie naruszył. Ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego są prawidłowe i znajdują oparcie w materiale zgromadzonym w sprawie. Sąd Okręgowy szczegółowo odniósł się do zeznań poszczególnych świadków, wskazując którym zeznaniom daje wiarę, a które są niewiarygodne i z jakiego powodu. Dokonana ocena nie uchybia logicznemu rozumowaniu, nie można też zarzucić jej sprzeczności z zasadami doświadczenia życiowego. To między innymi doświadczenie życiowe pozwala na wniosek, że jeśli jakieś wykonane roboty są wadliwe i wady te są widoczne, to zwraca się na nie uwagę i rozsądnym oraz uzasadnionym z punktu widzenia ekonomicznego i dalszej realizacji inwestycji jest ich usunięcie przed przystąpieniem do dalszych prac, nie zaś dopiero po ich całkowitym zakończeniu. Trudno zaś byłoby uznać, że wskazywane przez powoda wady ujawnione zostały dopiero po zakończeniu robót, a nie były widoczne wcześniej. Powód jako wykonawca oraz inwestor na bieżąco kontrolowali postęp prac i ich jakość, co miesiąc sporządzane były protokoły zaawansowania robót i zestawienia zużytych materiałów, które w istocie przede wszystkim służyły rozliczeniom i stanowiły podstawę do wystawienia faktur, jednakże nie sposób przyjąć, że kontrolując jakie prace zostały wykonane nie zwracano uwagi na ich jakość i prawidłowe wykonanie. Takie działanie z punktu widzenia interesów wykonawcy i inwestora byłoby nieracjonalne i mogłoby prowadzić do przedłużenia czasu trwania robót, a w konsekwencji do szkody po stronie tych podmiotów. Dokonywanie tylko kontroli ilościowej, bez zwracania uwagi na jakość byłoby nielogiczne. Zgromadzony materiał dowodowy nie wskazuje, by do czasu do kiedy pozwany wykonywał prace dokumentowano wadliwość prac. W szczególności brak jest np. pisemnych wezwań do usunięcia wad czy usterek. To również przemawia za przyjęciem, że kwestie usuwania wad i usterek załatwiane były na bieżąco, ustnie. W istocie dopiero kiedy pozwany opuścił plac budowy powód zaczął wzywać go do usunięcia wad, które ze swej istoty o ile by istniały musiały być widoczne już wcześniej.

Za nieuzasadniony należy także uznać zarzut naruszenia, obowiązującego w

czasie kiedy prowadzone było postępowanie przed Sądem pierwszej instancji, przepisu 12

art. 479§ 1 kpc, zgodnie z którym powód obowiązany był już w pozwie podać

wszystkie twierdzenia oraz dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa ich powoływania w toku postępowania, chyba że wykaże, że ich powołanie w pozwie nie było możliwe, albo że potrzeba powołania wynika później.

Słusznie zauważył Sąd Okręgowy, że zgłoszenie przez powoda wniosków dowodowych mających na celu wykazanie wadliwości prac wykonanych przez pozwanego nie w pozwie, ale dopiero w następnych pismach, niejako w odpowiedzi na stanowisko pozwanego było spóźnione. Powód bowiem swoje roszczenie opierał na twierdzeniu, że pozwany prace wykonał wadliwie, na wezwanie wad nie usunął, co spowodowało konieczność powierzenia ich usunięcia komu innemu. Ciężar wykazania wadliwości prac obciążał powoda, zatem oczywistym jest, że dowody na tę okoliczność powinien był powołać już w pozwie. Tym bardziej, że stanowisko pozwanego i podnoszone przez niego zarzuty były już powodowi znane, gdyż toczył się wcześniej pomiędzy stronami przed sądem spór, w którym pozwany (tam powód) domagał się od powoda (tam pozwanego) zapłaty za wykonane prace, a powód podniósł zarzut potrącenia kary

umownej wywodzony z wadliwego wykonania robót. W sprawie tej postępowanie dowodowe koncentrowało się wokół kwestii nienależytego wykonania prac przez spółkę (...). Sąd w tamtym postępowaniu zarzutów L. S. nie podzielił i zarzutu potrącenia nie uwzględnił. O ile więc powód w niniejszym pozwie domaga się zapłaty powołując się na nienależyte wykonanie zobowiązania przez pozwanego w postaci wadliwego wykonania prac budowlanych i znając już stanowisko procesowe pozwanego, winien już w pozwie powołać dowody na tę sporną okoliczność. W takich okolicznościach zgłoszenie wniosków dowodowych nie w pozwie, a dopiero w następnych pismach procesowych musi być uznane za spóźnione i pominięcie ich przez Sąd pierwszej instancji było prawidłowe.

Przeprowadzone w sprawie dowody, z pominięciem wniosków spóźnionych uzasadniały ustalenia faktyczne jakie poczynił Sąd Okręgowy. Sąd Apelacyjny ustalenia te podziela i przyjmuje za swoje.

Domagając się zapłaty powód powoływał się na nienależyte wykonanie przez pozwanego umowy o roboty budowlane. Roszczenie powoda ma zatem charakter odszkodowawczy. Szkody upatrywał powód w tym, że wadliwe wykonanie robót przez pozwanego i nieusunięci wad spowodowało, że powód zmuszony był powierzyć ich usunięcie innym firmom i poniósł związane z tym koszty.

Zgodnie z przepisem art. 471 dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Oczywistym przy tym jest, że pomiędzy niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania, a szkodą musi istnieć adekwatny związek przyczynowy w rozumieniu art. 361 § 1 kc, jest to bowiem warunek każdej odpowiedzialności odszkodowawczej czy to wynikającej z czynu niedozwolonego, czy z umowy.

Ciężar wykazania nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania, szkody i związku przyczynowego pomiędzy nimi spoczywa na powodzie. Powód jednakże temu obowiązkowi nie sprostał.

Zgromadzony materiał dowodowy wbrew twierdzeniom powoda nie pozwala na przyjęcie, że wykazane zostało, iż pozwany powierzone mu roboty budowlane wykonał wadliwie. Stosowany przez strony w trakcie realizacji inwestycji sposób kontroli robót i odbioru inwestycji uprawnia do wniosku, że wady zgłaszane były na bieżąco, ustnie i na bieżąco też usuwane. Istotnie korespondencja dotycząca wad i wezwania do ich usunięcia datuje się dopiero od czasu kiedy pozwany przestał realizować inwestycję. Jednakże poza jednostronnymi protokołami powód nie przedstawił żadnych dowodów, że wady rzeczywiście istniały. Powołał się wprawdzie powód na dokumentację fotograficzną, jednakże jak stwierdzono już wyżej, ten między innymi dowód został zawnioskowany z opóźnieniem i Sąd Okręgowy słusznie go pominął. Dodatkowo zauważyć należy, że w sytuacji sporu co do prawidłowości wykonania prac dowodem, który niewątpliwie pomógłby rozstrzygnąć spór byłby dowód z opinii biegłego. Powód zaś takiego dowodu w ogóle, na żadnym etapie postępowania nie zawnioskował.

Uznać więc należy, że powód nie wykazał, że zobowiązanie wykonane zostało nienależycie.

Niezależnie od tego nie wykazał także powód wysokości szkody i to nie w znaczeniu takim czy zapłacił za prace, które traktował jako usuwanie wad w robotach wykonanych przez pozwanego, czy też nie. Przedstawione dokumenty nie pozwalają na stwierdzenie jakie konkretnie prace mające na celu usunięcie wad zostały wykonane, ponadto jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy ogólnikowe zlecenia i faktury za prace określane jako poprawkowe nie pozwalają na identyfikację tych prac oraz ocenę czy pozostawały one w związku z robotami wykonanymi wcześniej przez stronę pozwaną. To też oznacza, że powód nie wykazał szkody, a także czy przyczyną wykonywania prac określanych jako poprawkowe było rzeczywiście nienależyte wykonanie zobowiązania przez stronę pozwaną.

Zwrócić też należy uwagę, że w zakresie w jakim powód robót nie wykonał (jak np. obróbek blacharskich, ociepleń kominów) nie może powód domagać się zwrotu jakichkolwiek kosztów. O ile prace te wykonał inny podmiot, to obowiązkiem powoda, a nie pozwanego było dokonanie za nie zapłaty. Skoro bowiem pozwany prac nie wykonał, to

nie wystawił za nie faktury i nie otrzymał zapłaty, w tym zakresie trudno więc twierdzić, że wykonanie tych prac miało charakter poprawkowy i nie można mówić o wadliwości ich wykonania przez pozwanego.

Zatem także podnoszone przez powoda zarzuty naruszenia prawa materialnego nie znalazły potwierdzenia i nie mogły odnieść zamierzonego skutku.

Należy przy tym tylko podkreślić, że oczywiście na gruncie art. 471 kc pozwany co do zasady ponosiłby odpowiedzialność za szkodę spowodowaną nienależytym wykonaniem umowy, a więc mógłby być obciążony kosztami prac poprawkowych, pod warunkiem wykazania przez powoda, że roboty wykonane przez pozwanego były wadliwe i że wykonano prace poprawkowe mające na celu usunięcie konkretnych wad. Jak wyżej jednak wskazano takiemu obowiązkowi dowodowemu powód nie sprostał, stąd jego żądanie na uwzględnienie nie zasługiwało.

Zatem nie znajdując podstaw do kwestionowania zaskarżonego wyroku Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 kpc apelację powoda oddalił.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd orzekł na podstawie art. 98 kc, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu.