

**Sygn. akt I ACa 303/15**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 października 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Lublinie, I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia	SA Bożena Oworuszko (spr.)
Sędzia:	SA Jolanta Terlecka
Sędzia:	SO del. Ewa Bazelan
Protokolant	stażysta Agnieszka Zdanowicz - Martyna

po rozpoznaniu w dniu 15 października 2015 r. w Lublinie na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...)

(...)Spółki Jawnej w likwidacji w S.

przeciwko S. K.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego od wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie

z dnia 2 lutego 2015 r., sygn. akt IX GC 354/09

1. oddala apelację;

2. zasądza od pozwanego S. K. na rzecz powoda Przedsiębiorstwa (...). J.,

B. M., A. (...) Spółki Jawnej w (...) w S. kwotę 2.717 (dwa tysiące siedemset siedemnaście) zł tytułem kosztów procesu za II instancję.

I A Ca 303/15 **UZASADNIENIE**

Wyrokiem z dnia 2 lutego 2015 r. Sąd Okręgowy w Lublinie zasądził od pozwanego S. K. na rzecz powoda Przedsiębiorstwa (...). (...),

(...)Spółki Jawnej w likwidacji w S. kwotę 65.755,66 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 27 czerwca 2009 roku do dnia zapłaty oraz kwotę 715,13 zł tytułem kosztów procesu. W pozostałym zakresie powództwo oddalił.

Sąd I instancji rozstrzygnięcie swoje oparł na następujących ustaleniach

i wnioskach: Strony są przedsiębiorcami, które w dniu 15 maja 2007 r. zawarły umowę o roboty budowlane, w świetle, której powód był wykonawcą, zaś pozwany zamawiającym. Przedmiotem umowy było natomiast zadanie pod nazwą „budynek handlowy zlokalizowany w S. przy ul. (...), w zakresie wynikającym z projektu budowlanego opracowanego w lutym 2007 r.” Powód dochodzi reszty wynagrodzenia z powyższej umowy, w ramach, której miał

wykonać budynek handlowy, wentylację mechaniczną oraz drogi dojazdowe i place postojowe. Wykonawca miał obowiązek uwzględniać wszelkie uwagi zamawiającego (pозwanego) i głównego najemcy wprowadzające odstępstwa od projektu w trakcie wykonywania nadzoru autorskiego. Strony zadeklarowały pełne współdziałanie przy realizacji umowy na etapie wykonywania, jak i przy procesie uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Przewidziały także kary umowne z tytułu wystąpienia wad jak i też nieterminowego wykonania przedmiotu umowy w kwocie 2000 złotych za każdy dzień opóźnienia po dniu 30.08.2008 roku, przy terminie zakończenia prac w ramach pierwotnej umowy na dzień 30.05.2005 r.

Wynagrodzenie powód miał otrzymywać w ratach miesięcznych, płatnych na podstawie wystawionych faktur i podpisanych przez inspektora nadzoru protokołów odbioru, w terminie 21 dni od otrzymania faktury przez pozwanego, przy uwzględnieniu wypłaconej powodowi przez pozwanego zaliczki w wysokości 200.000 zł netto, powiększonej o podatek Vat. Termin rozpoczęcia prac ustalono na 19.05.2007 r., a zakończenia na 30.05.2008 r. Wynagrodzenie ustalono na kwotę 3.950.000 zł netto (4.819.000 zł brutto). W zawartym aneksie nr I nie wskazywano na dodatkowy zakres robót czy obowiązek wykonania prac przez powoda, zwiększono natomiast wynagrodzenie powoda do kwoty 3.950.000 netto zł (4.819.000 zł brutto) oraz wskazano zmianę terminu przekazania do użytkowania I piętra.

Pozwolenie na użytkowanie, uzyskane w dniu 24.10.2008 r., dotyczyło parteru budynku; wskazywało ono, że prac na I piętrze nie zakończono.

Protokół odbioru końcowego strony, przy współudziale inspektora nadzoru, podpisały w dniu 12 grudnia 2008 r. Stwierdzono w nim wykonanie robót na poziomie dobrym, zgodnie z dokumentacją techniczną. Wskazano wartość wykonanych robót na kwotę 3.760.000 zł według faktury przejściowej, co oznaczało, że ma być wystawiona także faktura końcowa. Skwitowano nim całość prac objętych umową. Dołączono także wykaz usterek, które dotyczyły również pierwszego piętra. Usterki te zostały usunięte. Strony nie zawierały pisemnego aneksu do umowy, który by ograniczał pomiędzy nimi formalnie zakresy wykonywanych prac. Powód wykonał pierwsze piętro w zakresie określonym projektem. Projekt obejmował jedynie ogólny zarys („skorupę”) piętra, z uwagi na nieznaną w dacie projektowania przeznaczenie piętra, nie było także dokumentacji wykonawczej. Budynek w tym I piętro wykonano zgodnie

z projektem ze zmianami, które były uzgadniane z projektantem, inspektorem nadzoru oraz pozwanym, który wyrażał na zmianę swoją zgodę. W takim zakresie, w którym wykonanie pierwszego piętra przewidywał projekt i umowa, piętro to wykonano. Żadna ze zmian i odstępstw od projektu nie odbyła się bez zgody i wiedzy pozwanego, jako inwestora i nadzoru autorskiego. Projekt technologiczny pierwszego piętra był opracowywany od września 2009 roku w związku z pojawieniem się kandydata na najemcę (...).

W dniu 29.05.2009 r. powód sporządził jednostronne protokoły odbioru na roboty dodatkowe o wartości 90.000 zł netto i wartość całości robót na kwotę 3.950.000 zł netto, a następnie na ich podstawie wystawił fakturę nr (...) z 29.05.2009 r., opiewającą na resztę umownego wynagrodzenia w kwocie 109.800 zł. Protokołu nie podpisał przedstawiciel pozwanego ani sam pozwany. Pozwany kwestionował wykonanie i zakończenie prac. Doszło do zaoferowania i odbioru całego zadania inwestycyjnego.

Pozew i dochodzona nim kwota stanowi różnicę pomiędzy wynagrodzeniem otrzymanym przez powoda a pozostałą do zapłaty kwotą wynikającą z umowy.

W sprawie sporny był charakter protokołu odbioru z 12. 12. 2008 r., powód twierdził, że na tę datę umowa została wykonana w całości i wykonano budynek zgodnie projektem, pozwany twierdził, że odbiór miał charakter odbioru częściowego i dotyczył tylko parteru. Sporne było wydanie przedmiotu umowy, jego terminu zakresu występujących wad, terminu ich zgłoszenia, faktu czy powód za nie ponosi odpowiedzialność i ich wartości, oraz to czy wykonano jakieś prace, jeżeli tak, jakie prace, o jakim zakresie i wartości wykonano pomiędzy 12.12.2008 r. a 29.05.2009 r.

Pozwany potwierdził naprawę części usterek - wszystkich, które określono w pierwotnym wykazie usterek dołączonych do protokołu z 12.12.2008 r.

W tych okolicznościach należało uznać, że pozwany skwitował powodowi prace, które były wykonane, w tym również prace wykończeniowe na I piętrze, które za wyjątkiem usunięcia wad, i że prace były wykonane zgodnie z projektem.

Opinię w sprawie odpowiadającą na pytania Sądu Okręgowego wydał biegły B. Z.. Wskazał zarówno na zakres stwierdzonych wad, koszt ich usunięcia oraz odpowiedział na pytania szczegółowe wskazane w tezie dowodowej sądu, w tym odniósł się do opinii biegłego J. P. (1) zakresu w niej stwierdzonych wad i usterek, przyjętej (podziału wad i usterek) metodologii i wniosków. Wskazał, że nie jest możliwe, aby pozwany - inwestor i jego inspektor nadzoru nie zauważył odstępstw od projektu oraz z prac niewykonanych, co oznacza, że odbyło się to, za jego wiedzą i wola, co zresztą pozwany zastrzegł sobie w umowie. Stwierdził, że treść protokołu odbioru ze względu na treść i kontekst jest protokołem odbioru końcowego. Biegły stwierdził, że usterki wskazane w załączniku do protokołu z 12.12.2008 r. zostały usunięte.

Biegły zestawiał stwierdzone wady ze wskazanymi przez biegłego J. P. (1) oraz wady wskazane w protokołach przeglądów gwarancyjnych. Stwierdził, że odstępstwa od projektu nie mogą być traktowane, jako skutecznie zgłoszone wady skoro nie wymieniono ich w protokole odbioru końcowego z 12.12.2008 r.

Wskazał, że ostateczna wartość wad, które podlegają usunięciu a istnieją i pozostają do usunięcia to kwota 4.750 zł netto. Wartość prac niewykonanych to kwota 31.058,41 zł netto. Odstępstwa od projektu (np. zawężanie drzwi) musiało odbyć się za zgodą pozwanego.

Za wiarygodne też uznał twierdzenia strony powodowej, co do okoliczności zawarcia aneksu do umowy, a mianowicie, że prace objęte umową wykonano do 12.12.2008 r., a aneks do umowy sporządzono na potrzeby inwestora, który nie miał środków na zapłatę im i pozwalało to na późniejszą zapłatę i wystawianie faktury oraz późniejsze odprowadzenie podatku Vat. Zwiększono natomiast wynagrodzenie o kwotę 50.000 zł netto i wydłużono termin odbioru. Co do zwiększenia wynagrodzenia przyjął, także za stroną podwodową, że wynikało ono z wykonania w międzyczasie prac dodatkowych

– zwiększenie szybu windy i wykonanie windy osobowo towarowej zwiększyło wynagrodzenie o 40.000 zł, a dodatkowo wykonanie ażurowego sufitu to zwiększona wartość o 20.000 zł.

W świetle faktu, że biuro pozwanego znajdowało się w odległości 100 metrów od inwestycji, nie zasługują na uznanie za wiarygodne jego zeznania

w tym zakresie, w jakim twierdzi, że nie dokonywał akceptacji inwestycji oraz że nie wyrażał zgody na odstępstwa od projektu. Sprzeczne jest to z pozostałym materiałem dowodowym, zeznaniami świadków, którzy wskazywali, że musiało być tak jak żądał tego inwestor i także nadzór autorski musiał akceptować jego modyfikacje oraz pisemnych oświadczeń podwykonawców, inspektora nadzoru z ramienia pozwanego czy producentów stolarki oraz okien. Wreszcie nigdy nie zakwestionował swojego podpisu ani nie uchylił się od tego świadczenia na protokole odbioru z 12.12.2008 r.

Zeznania pozwanego Sąd I instancji uznał za niekonsekwentne, gdy wskazał, że I piętro wykonano w 2009 r., a następnie twierdził, że wykonano je w 2011 roku. Twierdził, też, że I piętro nie zostało wykonane przez powoda zgodnie z projektem, gdy w innym miejscu przyznał, że pierwotny projekt nie określał technologii wykonania I piętra i że tenże projekt technologiczny zaczął być przygotowywany i uzgadniany na jesieni 2009 roku, a więc znacznie po czasie zakończenia prac przez powoda. Twierdził, że powód miał obowiązek wykonania chłodni i mroźni wraz z wyposażeniem, natomiast po okazaniu przez przewodniczącego treści zawartej umowy, która wyłączała obowiązek wykonania instalacji przez powoda stwierdził, że nie przeczytał umowy, która podpisał. Z tych względów w omawianym zakresie Sąd nie obdarzył atrybutem wiarygodności zeznań pozwanego.

Natomiast, co do wad stwierdzonych podczas najnowszych przeglądów gwarancyjnych, to należy zauważyć, że usunięcie tych wad można realizować

w ramach rękojmi i gwarancji, poza niniejszym procesem, jeżeli zgłoszono je powodowi. Pozwany nie zgłosił dowodów na ich zgłoszenie we właściwym terminie – w procesie, a liczącym od daty stwierdzenia istnienia tych usterek. Nadto nie zostały one zgłoszone w trybie zarzutu procesowego w terminie dwóch tygodni od ich stwierdzenia protokołami przeglądu – skoro takowe miały miejsce - w związku z faktem, że sprawa podlega rygorom prekluzji dowodowej w ramach poprzednio obowiązującego stanu prawnego postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych (art. 479<sup>14</sup> § 2 zd. 2 k.p.c.).

W tych okolicznościach Sąd I instancji uznał powództwo za częściowo zasadne w oparciu o umowę o roboty budowlane zawartą przez strony, określając wynagrodzenie ryczałtowo.

Sąd Okręgowy przyjął, że co do zasady prace powoda zostały zaoferowane i zgłoszone do odbioru, zostały wykonane, a następnie odebrane przez pozwanego. Sporządzono na tę okoliczność protokół odbioru końcowego. Skoro, co do zasady wykonano świadczenie niepieniężne to, za wykonane prace należy się powodowi wynagrodzenie po uwzględnieniu wcześniej wypłaconych sum i po uwzględnieniu kosztów usunięcia występujących wad.

Pozwany potwierdził naprawę części usterek - to jest wszystkich, które określono w pierwotnym wykazie usterek dołączonym do protokołu z 12.12.2008 r. (oświadczenie pozwanego k. 438). Pozwany skwitował powodowi prace, które były wykonane. Należy uznać, że prace objęte protokołem zostały wykonane.

W zakresie zgłoszonych wad Sąd I instancji wskazał, że kierując się metodologią biegłych wady można podzielić na te, które podlegają usunięciu (usterki), a więc te wady istotne, które powodują konieczność obniżenia ceny oraz odstępstwa od projektu oraz prace niewykonane. Odstępstwa od projektu nie mogą być kwalifikowane, jako wady, zostały one zaaprobowane przez pozwanego, a po wtóre nie zostało wykazane by zostały zgłoszone przy odbiorze (protokół usterek ich nie określa). Pozostałe wady to tzw. usterki o wartości 4.750 zł netto i prace niewykonane o wartości 31.058,41 zł netto. W sumie wynosi to 35.808,41 zł netto, a więc kwotę 44.044,34 zł brutto. Obejmuje to wartość wad zakwalifikowanych, jako usterki i wartość prac niewykonanych.

Jeżeli chodzi o kategorię wad polegających na odstępstwach od projektu Sąd Okręgowy wskazał, że rozsądek, zasady doświadczenia życiowego, a także opinie biegłych, wskazują, że nie jest możliwe, aby pozwany nie zauważył niewykonania pewnych elementów prac polegających na odstępstwach od projektu, w sytuacji bardzo skrupulatnego nadzoru prowadzonego przez pozwanego i powinien te braki wykonanych elementów zauważyć. Skoro te elementy niewykonane (zakwalifikowane przez biegłych przykładowo J. P.), nie zostały zgłoszone w protokole odbioru, to uprawnienie do dochodzenia z roszczeń z nich wynikających wygasło. Niewątpliwie usterki wskazane przez biegłych, jako odstępstwa od projektu nie zostały zgłoszone w protokole odbioru ani w załączniku do tego protokołu, dlatego w tym zakresie roszczenie z tytułu wad fizycznych wygasło i nie można go uwzględnić.

W zakresie odstępstw od projektu uznano, że po pierwsze nie stanowią one wady skoro wyraził na nie zgodę pozwany, po drugie nie zostały one zgłoszone przy odbiorze, co spowodowało, że roszczenia te wygasły. Tezę tę potwierdza sposób współpracy pomiędzy stronami, oświadczenia inspektora nadzoru i dostawców materiałów (stolarki okiennej), z których wynika, że wszelkie zmiany dokonywano na żądanie lub za zgodą pozwanego, jako inwestora. Zgodne jest to z cytowanymi zapisami umowy, która zobowiązywała powoda do uwzględniania odstępstw od projektu zgłoszonych przez pozwanego lub najemcę.

Prace były wykonane, a powód zaoferował je do odbioru w terminie wynikającym z umowy przedłużonej aneksem do dnia 30 maja 2009 r.

W tych okolicznościach nie można uznać za zasadne naliczanie kary umownej za zwłokę z tytułu nieterminowego oddania przedmiotu umowy, jako niemające podstawy faktycznej i prawnej.

Odsetki zasądzono od dnia upływu terminu do zapłaty wynikającego z wezwania do zapłaty z 19.06.2009 r., który wskazywał na termin 3 dniowy i który został doręczony pozwanemu 23.06.2009 r., co oznacza wymagalność od 27.06.2009 r. W aktach brak jest dowodu wcześniejszego doręczenia faktury pozwanemu.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu uzasadnione zostało zasadą odpowiedzialności za jego wynik, skorygowaną o regułę z art. 100 zd. 1 k.p.c.

**Apelację** od powyższego wyroku wniósł **pozwany S. K.**, zaskarżając wyrok w części uwzględniającej powództwo i zarzucając:

1. Naruszenie prawa procesowego:

- Art. 245 kpc i zasady bezpośredniości poprzez oparcie ustaleń, co do akceptacji przez pozwanego odstępstw od projektu budowlanego na podstawie dokumentów prywatnych;
- Art. 233 § 1 kpc przez ustalenie w oparciu o oświadczenia, że pozwany, jako inwestor zaaprobował wszelkie odstępstwa od projektu, w sytuacji, gdy oświadczenia te nas p[owyższe nie pozwalały;

2. Błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że wszelkie odstępstwa od projektu były uprzednio zaaprobowane przez pozwanego oraz zostały odnotowane w dzienniku budowy, podczas, gdy dotyczy to tylko jednego przypadku i dowolnym przyjęciu o zawężeniu prześwitów stolarki okiennej spowodowanej zmianą przebiegi instalacji grzewczych;

3. Obrazę prawa materialnego:

- Art. 65 § 1 i 2 kc w zw. z § 11 i § 1 ust. 1 i 2 umowy przez pominięcie zastrzeżonego przez strony rygoru pisemności dla zmian umowy, przez błędną wykładnię oświadczeń woli stron, jakoby pozwany akceptował poczynione przez powoda odstępstwa od projektu i przyjęcie, że pozwany mógł osobiście do takich zmian doprowadzić, podczas, gdy wymagało to ingerencji projektanta, a nadto wadliwe przyjęci, że z zakresu umowy wyłączono pomieszczenia mroźni i chłodni;
- Art. 563 § 2 kc w zw. z art. 637 § 2 kc, art. 638 kc i art. 656 § 1 kc przez błędną wykładnię i przyjęcie, że brak zgłoszenia wad w chwili odbioru skutkuje wygaśnięciem roszczeń wynikających z tych wadliwych robót, które istniały w chwili odbioru a nie zostały przez zamawiającego zgłoszone oraz że przyjęcie robót budowlanych uniemożliwia dochodzenie roszczeń z tytułu wad, jakie ujawniły się po dacie odbioru;
- Art. 643 kc w zw. z art. 656 § 1 kc przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że korzystanie z budynku jest równoznaczne z odbiorem robót.

Wskazując na powyższe skarżący domagał się zmiany wyroku i oddalenia powództwa oraz zasądzenia na rzecz pozwanego kosztów procesu za obie instancje.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja nie jest uzasadniona, gdyż jej zarzuty pozbawione są racji.

W pierwszej kolejności zaakcentowania wymaga, iż pozew w sprawie niniejszej wpłynął (do właściwego Sądu) w dniu 19 października 2009 r. i przepisy prawa procesowego obowiązujące w tej dacie nakazywały tak powodowi w pozwie (art. 479<sup>12</sup> § 1 kpc jak i pozwanemu w odpowiedzi na pozew (art. 479<sup>14</sup> § 2 kpc) przytoczyć wszystkie okoliczności faktyczne, zarzuty i dowodowy na ich poparcie pod rygorem utraty możliwości powołania się na nie

w późniejszym etapie postępowania (spekulowania). Ani w odpowiedzi na pozew (k. 57 – 62), ani w późniejszym piśmie pozwanego (k. 122 – 123) nie wskazywał on, by miało miejsce nieuprawnione odstępstwo od projektu dokonane samowolnie przez powoda. Przeciwnie, jego twierdzenia zawarte w powyższych dokumentach wskazywały na niewykonanie umowy, kary umowne, brak protokołu końcowego odbioru robót oraz wadliwości i usterki w wykonaniu przedmiotu umowy.

W istocie kwestia ta, jako sporna pomiędzy stronami, ujawniła się dopiero po sporządzeniu kolejnej opinii przez biegłego z zakresu budownictwa

B. S. (k. 316) oraz przez kolejnego biegłego (J. P. k. 361 i nast.), który wskazał na usterki, wady i odstępstwa od projektu, jakie miały miejsce w związku z realizacją inwestycji.

Zatem – pod względem reguł procesowych opisanych wyżej

i obowiązujących w dacie wytoczenia powództwa, twierdzenia pozwanego

w zakresie odstępstw od projektu, należy uznać za spóźnione. W świetle tego bez znaczenia pozostaje fakt, czy roszczenie z tego tytułu wygasło, jak to wskazuje Sąd I instancji. Skoro nie zostało ono skutecznie podniesione w niniejszym postępowaniu, rozważania w tym zakresie są zbędne. Zatem i w konsekwencji tego bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostają kwestie naruszenia przepisów prawa materialnego zarzucane przez skarżącego w apelacji (art. 563 § 2 kc w zw. z art. 637 § 2 kc, art. 638 kc, art. 656 § 1 kc), skoro kwestia wad w postaci odstępstw od projektu nie została pod względem procesowym skutecznie zgłoszona w odpowiedzi na pozew.

Niezależnie od powyższego zarzuty pozwanego są także merytorycznie nieuzasadnione, z następujących przyczyn:

1. Część z tych, jakie z podnoszone były przez pozwanego, nie miały miejsca (opinia biegłego P. k. 361 i nast.)
2. Szereg odstępstw miało miejsce i zostało potwierdzone wpisami w dzienniku budowy (k. 192 – 209);
3. Szereg odstępstw nie mogło być stwierdzonych z racji braków w dokumentacji projektowej (np. nie wskazano w niej określonych parametrów poszczególnych materiałów budowlanych, by można było stwierdzić, że odstępstwo miało miejsce por. k. 436);
4. Odstępstwa od projektu przywidywały same strony (§ 1 ust. 4 umowy k. 23), obligując powoda do ich uwzględniania na każde żądanie zamawiającego i najemcy i nie obligując do pisemnego potwierdzenia tego faktu (powód k. 957);
5. Sam pozwany w trakcie wizji lokalnej i składając wyjaśnienia i zeznania (k. 791, 796) zgłaszając odstępstwa od projektu powoływał się na ustne uzgodnienia pomiędzy stronami, które nie znalazły odzwierciedlenia w jakichkolwiek pisemnych dokumentach (biegły J. P. k. 430, biegły S. M. k. 792), co potwierdza fakt faktycznego sposobu akceptacji takich odstępstw jak to opisano wyżej;
6. Pozwany, dokonując odbioru końcowego robót wskazywał na szereg wadliwości (bez mała 30 pozycji k. 29 - 31), nie wskazał, na żadną, która kwalifikowałaby się na odstępstwo od projektu, w tym też i taką, która dotyczyła parteru (np. pomieszczenia mroźni i chłodni), co wobec ich wagi, istotności i łatwości w dostrzeżeniu, czyni niewiarygodnym fakt, że nie można ich było stwierdzić;
7. Protokół końcowego odbioru robót zawiera stwierdzenie o ich zgodności z przedstawioną dokumentacją (k. 28);
8. Brak w protokole tym innych uwag, poza wykazem usterek oraz stwierdzeniem o dobrej, jakości wykonanych robót (k. 28);

Niezależnie, zatem od kwestionowanych przez pozwanego oświadczeń podwykonawców, jako niewiarygodnych dokumentów prywatnych, Sąd

I instancji uprawniony był – dodatkowo, poza przywołanymi przez niego argumentami, w świetle powołanych wyżej okoliczności - do przyjęcia, że odstępstwa od projektu miały faktycznie miejsce za wiedzą i zgodą pozwanego.

Same zaś kwestionowane przez pozwanego oświadczenia osób trzecich

(k. 223 – 224) nie zostały przez Sąd I instancja ocenione wadliwie, jak to wskazuje skarżący. Apelujący zarzucał im naruszenie zasady bezpośredniości oraz przyjęcie na ich podstawie okoliczności, które z nich nie wynikają. Podniesione w apelacji powyższe zarzuty naruszenia prawa procesowego (poza art. 233 § 1 kpc) nie mogą zostać uwzględnione w okolicznościach rozpoznawanej sprawy. Na wniosek strony powodowej Sąd I instancji dopuścił je na rozprawie w dniu 28 lipca 2010 r., nie uwzględniając stanowiska strony pozwanej, iż są one spóźnione (k. 244) . Skarżący pozwany nie zgłaszał w tym przedmiocie żadnych zastrzeżeń w trybie art. 162 kpc, zatem stosownie do regulacji zawartej w tym przepisie, utracił dalszą możliwość powoływania się na naruszenia procedury przy ich przeprowadzaniu, w tym także w apelacji

i postępowaniu przed Sądem II instancji. Nie ma podstaw, by przyjmować, że zachodzi wyjątek określony w zdaniu drugim powyższego przepisu,

a mianowicie, że chodzi o przepisy prawa procesowego, których naruszenie sąd powinien wziąć pod rozwagę z urzędu, albo, że strona nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy. Pod rozwagę i z urzędu Sąd, bowiem bierze te, które skutkują nieważnością postępowania (art. 378 § 1 kpc). Co do braku swej winy zaś pozwany reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, nie zgłaszał takich twierdzeń, więc nie ma potrzeby rozważać teoretycznie powyższy wyjątek.

Sama zaś treść kwestionowanych oświadczeń jest jednoznaczna

i potwierdza fakt braku dokumentacji technicznej, czego skutkiem była konieczność dokonywania przez strony i projektanta na bieżąco różnych ustaleń w trakcie realizacji zadania. Przyjęcie tych dowodów za wiarygodne zgodne jest z wymową pozostałego, przywoływanego wyżej materiału dowodowego. Nie narusza, zatem zasad określonych art. 233 § 1 kpc, w szczególności zasad logiki i doświadczenia życiowego.

Prawidłowo też Sąd I instancji ustalił i przyjął, że wraz z protokołem końcowym odbioru robót z 12 grudnia 2008 r. (k. 28 - 31) nastąpiło oddanie dzieła, jako całości, po zakończeniu prac budowlanych, do wykonania, których był zobligowany powód, stosownie do treści łączącej strony umowy. Sąd Apelacyjny podziela argumentację Sądu Okręgowego w tym zakresie, jako wyczerpującą, rzetelną i logiczną. Nie ma uzasadnionych argumentów, by za prawidłowe uznać stanowisko strony pozwanej, iż protokół ten dotyczy jedynie odbioru parteru budynku handlowego. Przeciwno temu przemawia:

1. Udzielenie zezwolenia przez organ nadzoru budowlanego pozwalania na użytkowanie budynku w zakresie parteru już w październiku 2008 r.

(k. 92), a zatem znacznie wcześniej niż odbiór końcowy robót;

2. Zapisy w dziennikach budowy dowodzące, kiedy uległy zakończeniu prace budowlane na obiekcie - 30 września 2008 r. (k. 209);

3. Analiza protokołu odbioru końcowego robót budowlanych i drogowych

z dnia 12 grudnia 2008 r., ze wskazaniem, że jest to protokół końcowy, określeniem ogólnej, jakości wykonanych robót, wskazaniem, od kiedy biegnie termin gwarancyjny całości wykonanych robót, załączeniu wykazu usterek dotyczących tak parteru jak i piętra budynku (k. 28 – 31);

4. Brak uchylecia się przez pozwanego od skutków złożonego oświadczenia;

5. Dowody osobowe wskazujące na faktyczny termin zakończenia prac;

6. Brak wezwań powoda do wykonania konkretnych prac (niewykonanych), a kierowanie wezwań do usunięcia usterek po dacie 29 maja 2009 r.;

7. Fakt, że strony działają, jako przedsiębiorcy, a więc i profesjonalści w ramach sektora budowlanego.

Jedynym osłabieniem tej konsekwentnie jednoznacznej wymowy przytoczonych wyżej dowodów jest zawarcie przez strony jednocześnie

z podpisaniem końcowego protokołu odbioru robót aneksu do umowy o roboty budowlane oraz jego wymowy (k. 32). W szczególności zwrócić należy uwagę na fakt podwyższenia w nim wysokości wynagrodzenia powoda i wydłużenia terminu zakończenia prac, przy jednoczesnym braku zwiększenia ich zakresu

i przy niezmiennych innych warunkach umowy. W kontekście poczynionych wyżej ustaleń i argumentów za wiarygodne należy uznać stanowisko powoda, który wskazywał, że nastąpiło to na prośbę pozwanego, z racji braku środków finansowych i celem przedłużenia mu możliwości zapłaty reszty należności

i jednocześnie bez konieczności dokonywania przez powoda wcześniejszych rozliczeń podatkowych (k. 766, 768, 958). Nie budzi też wątpliwości, że w okresie od grudnia 2008 r. (a w istocie od października 2008 r. – por. k. 209) do maja 2009 r. powód wykonywał jedynie naprawy usterek zgłaszanych przez pozwanego i nie wykonywał żadnych prac budowlanych objętych umową łączącą strony. Zatem twierdzenia powoda należy uznać za wiarygodne. W świetle powyższego nie można odmówić racji powodowi, który w dniu 29 maja 2009 r. sporządził jednostronnie protokół odbioru wykonanych robót remontowych, stanowiący podstawę do wystawienia faktury końcowej (k. 14). W odpowiedzi na powyższe pozwany w piśmie z dnia 10 czerwca 2009 r. (k. 88 – 89), odmawiając zapłaty wskazał na szereg wadliwości i konkludując, iż umowa wykonana została nienależycie. Zatem wówczas nie twierdził on, by umowa nie została wykonana, a jedynie niewłaściwie wykonana. Skutkuje to uznaniem, że zmiana stanowiska pozwanego, która nastąpiła w piśmie z dnia 28 września 2009 r. (k. 84) powołującym się na niewykonanie umowy i naliczającym kary umowne stanowiło nieuzasadnioną zmianę twierdzeń oraz taktykę procesową. Wskazać, bowiem należy, że powstało ono już po wpłynięciu pozwu w ten sprawie do niewłaściwego Sądu i doręczeniu stronom, w tym pozwanemu doręczono odpisu postanowienia o przekazaniu sprawy wg właściwości (k. 39).

Oceniając powyższe należy uznać, że twierdzenia pozwanego

o niewykonaniu umowy w terminie w niej określonej i żądanie z tego tytułu kar umownych nie jest uzasadnione i powołane zostało jedynie na potrzeby niniejszego postępowania. Zatem stanowisko Sądu I instancji odnośnie niezasadności żądania kar umownych jest prawidłowe.

Te wszystkie względy skutkowały oddaleniem apelacji pozwanego na zasadzie art. 385 kpc, jako pozbawionej uzasadnionych podstaw oraz rozstrzygnięciem o kosztach procesu za II instancję na mocy art. 98 § 1 i 3 kpc w zw. z art. 391 § 1 kpc.