

Sygn. akt I ACa 413/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 września 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Małgorzata Dzieciołowska (spr.)

Sędziowie: SA Jacek Pasikowski

SO (del.) Bożena Rządzińska

Protokolant: stażysta Paulina Działońska

po rozpoznaniu w dniu 28 września 2017 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa **W. S.**

przeciwko **E. K.**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 21 października 2016 r. sygn. akt X GC 624/12

1. oddala apelację;

2. zasądza od W. S. na rzecz E. K. kwotę 4.050 (cztery tysiące pięćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 21 października 2016 r. Sąd Okręgowy w Łodzi oddalił w punkcie 1 sentencji powództwo o zasądzenie kwoty 85.480,67 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 23 listopada 2011 roku do dnia zapłaty z tytułu zawartej w dniu 7 kwietnia 2010 r. umowy o roboty budowlane, aneksowanej w dniu 7 czerwca 2010 r., niewykonania robót przez pozwanego w wyznaczonym terminie i opóźnienie się o 63 dni, co wiązało się z naliczeniem kary umownej dochodzonej w postępowaniu, w punktach 2 i 3 sentencji rozstrzygnął o kosztach postępowania (k 621).

Sąd pierwszej instancji stwierdził, że pozwany sygnalizował powodowi istnienie przeszkód w dotrzymaniu terminu wykonania umowy m.in. z uwagi na braki w dokumentacji wykonawczej (brak projektów konstrukcyjnych hali i budynku biurowego) oraz ujawnienie się, już po rozpoczęciu prac, konieczności wykonania robót dodatkowych, a także zamiennych i prosił o jego przesunięcie, co jednak nie spotkało się z akceptacją powoda.

Pozwany wykonał przedmiot umowy, jednakże bezspornie nastąpiło to z przekroczeniem terminu określonego w umowie, co zdaniem powoda, uzasadniało naliczenie kary umownej oraz wystąpienie z niniejszym pozwem o jej zapłatę wobec braku dobrowolnego uiszczenia przez pozwanego należności z tego tytułu.

W ocenie sądu okręgowego, pozwany udowodnił, że w trakcie realizacji umowy wystąpiły niezależne od niego okoliczności mające wpływ na dochowanie planowego terminu wykonania umowy.

Po pierwsze, pozwany musiał borykać się ze znacznymi brakami w dokumentacji wykonawczej dostarczonej przez inwestora (zwłaszcza brakiem dokumentacji konstrukcyjnej, tj. projektów konstrukcyjnych hali i budynku biurowego), które niewątpliwie miały negatywny wpływ zarówno na organizację prac budowlanych, jak i terminowość wykonywania poszczególnych ich etapów. Jeśliby dokumentacja dotycząca konstrukcji została wykonana w fazie początkowej budowy, wykonawca mógłby dokonać zamówienia tejże konstrukcji w zakładzie prefabrykacji i mając ustalony termin jej dostawy, mógłby tak zorganizować proces budowlany, aby przyspieszyć moment fizycznego jej montażu. W ostateczności powód nie dostarczył pozwanemu kompletu brakujących dokumentów, a jedynie ich część i to dopiero po ukończeniu robót, natomiast - wobec biernej postawy inwestora w tym przedmiocie - to wykonawca przejął na siebie ciężar uzyskania drugiej części tej dokumentacji we własnym zakresie.

Po drugie, wkrótce po rozpoczęciu prac budowlanych ujawniła się konieczność wykonania całego szeregu robót dodatkowych i robót zamiennych, przy czym te ostatnie były wykonywane z wyraźnej inicjatywy powoda (podobnie jak modyfikacja konstrukcji zadania wybudowanego obiektu, którą z uwagi na całkowitą zmianę technologii budowy całego dachu należało zakwalifikować do robót dodatkowych).

Dodatkowo, zdarzało się, że na terminowość wykonywania poszczególnych robót częściowych niekorzystnie wpływały niesprzyjające warunki atmosferyczne, przejawiające częstymi i obfitymi opadami deszczu występującymi w okresie wiosenno-letnim 2010 roku.

Sąd pierwszej instancji w oparciu o opinię biegłego przyjął, że z uwagi na wystąpienie w/w okoliczności nie było możliwym wykonanie wszystkich zleconych pozwanemu prac budowlanych (łącznie z robotami dodatkowymi i zamiennymi) w terminie do dnia 30 września 2010 roku, który był terminem zbyt krótkim. Terminem właściwym, możliwym do zachowania przez wykonawcę był dzień 31 października 2010 roku, co oznacza, że okres opóźnienia wykonawcy w realizacji przedmiotu umowy, który należało uznać za niezawiniony przez niego wyniósł 31 dni.

W dniu 29 października 2010 roku pozwany zgłosił roboty do odbioru końcowego, do którego to momentu wykonawca zrealizował zasadniczo wszystkie zlecone mu prace. Nie można poczynić mu zarzutu pozostawiania w zawinionym opóźnieniu w wykonaniu przedmiotu umowy. Protokół odbioru końcowego został podpisany wprawdzie dopiero w dniu 3 grudnia 2010 roku, lecz sąd okręgowy przyjął w tym zakresie, że to inwestor dążył do odbioru bezusterkowego. W listopadzie 2010 roku wykonawca realizował wyłącznie prace zmierzające do usunięcia usterek, z uwagi na stwierdzenie, których nie było zgody powoda na dokonanie odbioru końcowego inwestycji w terminie wcześniejszym.

Z tych przyczyn sąd pierwszej instancji nie znalazł podstaw do obciążenia pozwanego karą umowną dochodzoną niniejszym pozwem.

Za argument przemawiający dodatkowo za zasadnością zaprezentowanego stanowiska uznał podpisanie przez powoda w dniu 3 grudnia 2010 roku oświadczenia, w którym z momentem uzyskania prawomocnego pozwolenia na użytkowanie, zobowiązał się on do rezygnacji z kar umownych za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy. Stwierdził, że oświadczenie powoda z dnia 3 grudnia 2010 r. o rezygnacji z kar umownych jest oświadczeniem woli, o którym mowa w art. 60 kc. Stanowi ono zrozumiałą i jasną w przekazie wypowiedź powoda wyrażoną znakami utrwalonymi w formie pisemnej. Powód, funkcjonujący w obrocie gospodarczym, jako podmiot profesjonalny, musiał mieć świadomość i zdawać sobie sprawę ze skutków prawnych takiego oświadczenia, z którego de facto wynika, że zrezygnował z dochodzenia kary umownej w procesie cywilnym. U kontrahenta powoda, czyli pozwanego w niniejszej sprawie, który był adresatem tegoż oświadczenia (odnosi się ono do łączącego strony zobowiązania umownego i nawiązuje do niego), zostało wywołane uzasadnione przekonanie, że powód swoim oświadczeniem zmierza do wywołania skutków prawnych wynikających z jego treści.

Zdaniem sądu okręgowego na ochronę zasługuje zatem podmiot, który w dobrej wierze oczekiwał od osoby składającej oświadczenie określonego sposobu zachowania się. Dodatkowo, zauważył, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby w/w oświadczenie powoda traktować w kategorii modyfikacji postanowienia umowy z dnia 7 kwietnia 2010 roku

dotyczącego kar umownych, albowiem zostało ono złożone w formie tożsamej z formą zastrzeżoną w umowie dla dokonywania zmian i uzupełnień jej treścią, pod rygorem nieważności.

Sąd pierwszej instancji miał jednocześnie na względzie, że powód w dniu 14 listopada 2011 roku złożył drugie oświadczenie - o uchyleniu się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego pod wpływem groźby bezprawnej, polegającego na zobowiązaniu się do rezygnacji z dochodzenia kar umownych za nieterminowe zakończenie prac budowlanych wobec wykonawcy inwestycji z chwilą uzyskania prawomocnego pozwolenia na użytkowanie wybudowanego obiektu. W oświadczeniu tym powód wskazał, że groźba miała polegać na zastosowaniu przez pozwanego i jego syna M. K. szantażu przejawiającego się uzależnieniem oddania mu dokumentacji związanej z budową niezbędną do uzyskania stosownych odbiorów tego obiektu (np. dziennika budowy, projektu powykonawczego, atestów na materiały użyte do budowy, inwentaryzacji geodezyjnej i dokumentów gwarancyjnych) od zobowiązania się do rezygnacji z dochodzenia zapłaty należnych kar umownych. Oświadczenie to zawiera wprawdzie elementy konstrukcyjne konieczne dla oświadczenia tego rodzaju oraz zostało złożone pozwanemu w formie i terminie, o których mowa w art. 88 kc, jednak nie zniwelowało skutków oświadczenia powoda z dnia 3 grudnia 2010 roku z tej przyczyny, że do jego złożenia nie doszło pod wpływem groźby bezprawnej.

Powód, jeszcze w toku realizacji prac budowlanych przez pozwanego, wysyłał mu pewne sygnały, świadczące o tym, że nie będzie dochodził od niego należności z tytułu kar umownych za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy, pod warunkiem, że ten wykona swoje zobowiązanie w całości i ukończy roboty (oraz uzyska pozwolenie na użytkowanie). Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, sąd okręgowy powziął przekonanie, że oświadczenie powoda o rezygnacji z kar umownych

z dnia 3 grudnia 2010 roku stanowiło część wzajemnych ustępstw, jakie strony poczyniły sobie w związku z łączącym je węzłem obligacyjnym w zamian za rezygnację pozwanego z dodatkowego wynagrodzenia za wykonane prace budowlane, powód zrezygnował z kar umownych. Za tym, że oświadczenie powoda z dnia 3 grudnia 2010 roku nie zostało złożone pod wpływem groźby przemawiał także fakt, iż powód złożył oświadczenie o uchyleniu się od skutków oświadczenia w/w po upływie niemal roku od momentu jego złożenia. Nawet gdyby prawdą było, że pozwany lub osoba trzecia usiłował groźbą wywierać wpływ na wolę powoda przy składaniu przez niego oświadczenia z dnia 3 grudnia 2010 roku, stosowne oświadczenie o uchyleniu winno zostać złożone niezwłocznie od momentu ustania stanu obawy. W przedmiotowej sprawie nie sposób przyjąć, że powód przestał obawiać się ewentualnych gróźb pozwanego lub jego syna mogących wpłynąć na jego sytuację majątkową jeszcze do 10 miesięcy od czasu zakończenia wspólnie prowadzonej inwestycji.

Powód przyznał w toku procesu, że złożył on w/w oświadczenie z dnia 14 listopada 2011 roku, ponieważ zmusiła go do tego sytuacja finansowa, a nadto, chciał powetować sobie straty związane z procesem budowy, jak i usuwania usterek reklamacyjnych, które to przyznanie ostatecznie usunęło wszelkie wątpliwości sądu pierwszej instancji, co do tego, czy oświadczenie o rezygnacji z kar zostało złożone pod wpływem groźby (k 628 do 640 odwr.).

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi złożył powód. Zaskarżył wyrok w całości w oparciu o zarzuty:

1. naruszenia przepisów prawa procesowego, tj.:

a) art. 233 § 1 kpc na skutek przekroczenia przez sąd pierwszej instancji granic swobodnej oceny dowodów, co powoduje, że ocena ta jest sprzeczna z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, w szczególności w wyniku:

- przyjęcia, że:

- pozwany nie pozostawał w zwłoce z wykonaniem przedmiotu umowy z dnia 7 kwietnia 2010 r., gdy § 11 ust. 1 pkt 1 wynika obciążenie karą umowną za każdy dzień opóźnienia a nie zwłoki z wykonaniu przedmiotu umowy,
- ukończenia robót przez pozwanego w dniu 29 października 2010 r., a następnie usuwał tylko usterki (11 ust. 1 pkt 2 umowy), podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przeczy takiemu stwierdzeniu, w tym

oświadczeniom pozwanego w protokołach odbioru, w tym z dnia: 5 listopada 2010 r., 19 listopada 2010 r. i końcowym z dnia 3 grudnia 2010 r., że zakończył roboty w dniu 2 grudnia 2010 r.,

- pozwany nie posiadał potrzebnej do wykonania umowy dokumentacji projektowo-wykonawczej, gdy miał on do niej dostęp u powoda, przy podpisywaniu umowy nie wnosił co do niej zastrzeżeń i wykonał na jej podstawie cały obiekt,
- pozwany wykonał roboty dodatkowe, podczas gdy umowa obejmowała wykonanie całego zamierzenia inwestycyjnego przez pozwanego (w świetle art. 649 kc),
- wpływ na terminowość wykonania prac przez pozwanego miały niekorzystne warunki atmosferyczne, gdy nie przeprowadzono w tym zakresie żadnego wiarygodnego dowodu i brak jest wzmianki o takich utrudnieniach w dzienniku budowy,
- powód przez cały czas posiadał dostęp do dziennika budowy, gdy odmienne okoliczności wynikają z pism dołączonych do pozwu z października, listopada i grudnia 2010 roku oraz zeznań świadków T. S. (1) i A. R.,
- pozwany występował do powoda o przedłużenie terminu na wykonanie umowy, podczas gdy nastąpiło to dopiero w dniu umownego zakończenia prac,
- napisane przez powoda oświadczenie z dnia 3 grudnia 2010 r. wyrażało rezygnację powoda z dochodzenia kar umownych i jego napisanie nie było wymuszone przez pozwanego i jego syna groźbą bezprawną, pomimo pisma pozwanego z dnia 29 listopada 2010 r. i jego oświadczenia z dnia 3 stycznia 2011 r. o przekazaniu całej dokumentacji oraz zeznań świadków: T. S. (2) i A. R.,

- przyznania:

- nadmiernej mocy dowodowej opinii biegłego, która została sporządzona wbrew logice z zastosowaniem niedającej się racjonalnie uzasadnić metodologii, która doprowadziła do niewłaściwych wniosków,
- nadmiernej mocy dowodowej zeznaniom świadka J. W., co do stwierdzenia T. S. (2), niepotwierdzone przez tego świadka, że powód nie zamierza wyciągać konsekwencji w stosunku do pozwanego,

wreszcie na skutek pominięcia treści aneksów przewidujące zwiększenie o kilkaset złotych wynagrodzenie pozwanego, na co powód godził się, mimo zawarcia umowy z wynagrodzeniem ryczałtowym,

b) art. 328 § 2 kpc na skutek nie wskazania w uzasadnieniu wyroku okoliczności faktycznych i prawnych, które mogłyby przemawiać za oddaleniem roszczenia objętego pozwem,

2. sprzeczności ustaleń sądu z zebrany materiałem dowodowym polegającej na oddaleniu powództwa o zapłatę kar umownych dochodzonych pozwem, pomimo że pozwany zobowiązał się do zapłaty kary umownej, po czym nienależycie wykonał zobowiązanie i ziściły się tym samym przesłanki zapłaty kar umownych,

3. naruszenia prawa materialnego przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a mianowicie:

a) art. 65 § 1 i 2 kc poprzez przyjęcie, że oświadczenie powoda z dnia 3 grudnia 2010 r. wyrażało rezygnację powoda z kar umownych, podczas gdy powód zobowiązał się jedynie do rezygnacji (zatem złożenia stosownego oświadczenia w przyszłości) z kar umownych - oświadczenie to nie stanowi samo w sobie rezygnacji z kary umownej,

b) art. 87 kc poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że oświadczenie powoda z dnia 3 grudnia 2010 r. nie zostało złożone pod wpływem groźby, podczas gdy powód podpisywał to oświadczenie pod groźbą nieoddania mu żądanej dokumentacji oraz przedłużenia całego procesu odbiorowego, co spowodowałoby znaczne straty finansowe,

c) art. 483 § 1 kc w zw. z art. 484 § 1 kc poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, iż brak jest podstaw do zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda kary umownej, w sytuacji gdy pozwany (jako profesjonalista) nienależycie wykonał swoje zobowiązanie i zakończył prace po terminie określonym w umowie, a w umowie łączącej strony zastrzeżono w tym przypadku obowiązek zapłaty przez pozwanego kar umownych;

d) art. 471 kc poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że opóźnienie w terminie zakończenia przez pozwanego robót jest następstwem okoliczności, za które pozwany nie ponosi odpowiedzialności, podczas gdy pozwany (profesjonalista) zapoznał się z dokumentacją projektową przed określeniem terminu zakończenia prac i miał wpływ na ustalenie tego terminu, w związku z czym ponosi odpowiedzialność za opóźnienie,

e) art. 476 kc poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, gdy pozwany (profesjonalista) ponosi odpowiedzialność za wykonanie prac po umownym terminie,

f) art. 649 kc poprzez brak jego zastosowania i przyjęcie przez sąd, że pozwany wykonywał prace dodatkowe, podczas gdy zgodnie z tym przepisem - w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy,

g) art. 6 kc wobec tego, że sąd pierwszej instancji uznał za udowodnione okoliczności, które nie zostały w sprawie wykazane (rzekomy brak zwłoki po stronie pozwanego, rzekomy brak groźby).

W konkluzji apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 85.480,67 złote z ustawowymi odsetkami od dnia 23 listopada 2011 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty i zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych za obie instancje, nakazanie pobrania od pozwanego wydatków poniesionych przez Skarb Państwa, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania odwoławczego (k 646 do 667).

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych (k 776 do 784).

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jako bezzasadna podlegała oddaleniu.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 czerwca 1999 r. (II UKN 685/98, OSNP 2000/17/655, LEX nr 41437) wskazał na granice swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 kpc). Są nimi wymagania prawa procesowego, doświadczenie życiowe oraz reguły logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość i odnosi je do pozostałego materiału dowodowego.

Skarżący w złożonej apelacji powinien wskazać, jakie z tych kryteriów naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając (tak m.in. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia: 23 stycznia 2001 r., IV CKN 970/00, LEX nr 52753, 12 kwietnia 2001 r., II CKN 588/99, LEX nr 52347, 10 stycznia 2002 r., II CKN 572/99, LEX nr 53136).

Ponowna analiza postępowania dowodowego przeprowadzonego w sprawie nie pozwala na przyjęcie przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów przez sąd pierwszej instancji. Z zeznań w charakterze strony powoda wynikają wprost powody dla których wszczął postępowanie w sprawie (k 611 do 613 czas od 00:54:52 do 01:02:40 i k 613 odwr. zapis elektroniczny rozprawy z dnia 3 czerwca 2016 r.) oraz nałożenie się czasu obu procesów toczących się pomiędzy stronami. Wynika z nich również, że w trakcie wykonywania prac należało poszerzyć ławy fundamentowe, nie pamiętać kiedy dostarczył pozwanemu projekt prac zamiennych, nie zlecał wykonania projektu wykonawczego całego obiektu, inspektor nadzoru miał stały dostęp do dziennika budowy, pozwany prosił go o przedłużenie terminu już we wrześniu 2010 r. (czas 00:27:24 do 00:28:00, 01:14:42 do 01:26:32 i 00:33:20 do 00:33:40 w/w protokołu, k 269 projekt

zamienny, k 249 oświadczenie o rezygnacji z dobudowy części mieszkalnej). Pisma stron wskazują na brak projektu wykonawczego jeszcze w czasie trwania procesu inwestycyjnego (k 74 do 78). Na niekorzystne warunki wykonywania obiektu zwróciła uwagę inspektor nadzoru J. W., podobnie jak i na inne okoliczności wpływające na terminowość wykonania umowy, tj. poszerzenie ław fundamentowych, zmiana stropu nad pierwszym piętrzem, konstrukcji dachu i reklamacje zgłaszane do producenta płyt. W jej ocenie zmiany te wpłynęły na czas wykonania robót przez pozwanego - wydłużyły go (k 386 do 392 i k 250 zlecenia dodatkowe). Trudna sytuacja geodezyjna (geotechniczna) wpływa również ze złożonej ekspertyzy (k 515 do 524).

Zeznania powoda pozostają w sprzeczności z zeznaniami świadka T. S. (3) (k 314 do 320) w zakresie zwracania się przez wykonawcę (pozwanego) z prośbą o przedłużenie terminu na zakończenie budowy oraz treścią korespondencji stron (k 70 prośba o przedłużenie terminu, k 71 do 73 wpis z dnia 8 września 2010 r. do dziennika budowy k 106 do 107 pismo inwestora z dnia 1 grudnia 2010 r.). Świadek potwierdził natomiast, że powód udzielił upoważnienia pozwanemu na złożenie dokumentacji na użytkowanie obiektu budowlanego (k 318). Powoływane w apelacji zeznania świadka A. R. (k 330 do 333) nie mogą wskazywać na zachowania pozwanego przed wrześniem 2010 r., gdyż świadek pierwszy raz był na budowie we wrześniu 2010 r. Świadek wskazał przy tym, że czynności odbioru inwestor rozpoczęły się w dniu 19 listopada 2010 r.

Jeśli strona dołącza do pisma procesowego ekspertyzę pozasądową i powołuje się na zawarte w niej twierdzenia i wnioski, opinię tę należy traktować, jako część argumentacji faktycznej i prawnej przytaczanej przez stronę. Jeżeli strona składa taką ekspertyzę z intencją uznania jej przez sąd za dowód w sprawie, istnieją podstawy do przypisania jej znaczenia dowodu z dokumentu prywatnego w rozumieniu art. 245 kpc. Ekspertyza nie jest więc dowodem z opinii biegłego w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania cywilnego, ale stanowi element materiału procesowego. (...) ekspertyza opracowane na zlecenie strony przed wszczęciem procesu czy w jego toku jest wyjaśnieniem jej stanowiska z uwzględnieniem wiadomości specjalnych. Może natomiast przemawiać za koniecznością dopuszczenia przez sąd dowodu z opinii biegłego (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 21 lipca 2016 r., II CSK 668/15, Legalis nr 1565013, 15 czerwca 2011 r., V CSK 382/10, Legalis nr 442149). Innego znaczenia nie można przypisać opinii złożonej przez J. S.. Zeznając w sprawie w charakterze świadka (k 333 do 335) wykonawca tej ekspertyzy wskazał, że 29 października 2010 r. było wykonanych ok. 95% prac. Świadek nie mógł stwierdzić czy wówczas, gdy był na budowie były zamontowane wszystkie ścianki działowe. Po 16 godzinach obiekt mógłby być skończony, a tym samym odebrany. Zestawił te okoliczności z okazanymi mu dokumentami dotyczącymi m.in. odbioru dokonywanego w listopadzie 2010 r. (k 87 do 89, k 94, k 98 do 101).

Wskazywane przez skarżącego w apelacji dowody z zeznań świadka nie mogły zatem stanowić podstawę dla obalenia wniosków wyprowadzonych przez sąd pierwszej instancji z oceny całego materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie.

Ocena opinii biegłego dokonywana być musi przy zastosowaniu innych kryteriów niż pozostałych dowodów. Istotnym czynnikiem jest zakres wiedzy specjalistycznej biegłego i jej zakres niezbędny dla weryfikacji stanu faktycznego ustalonego w sprawie. Do kryteriów miarodajności opinii biegłego należą fachowość (poziom wiedzy biegłego), podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania sformułowanego stanowiska, stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, logika wyводу i wyjaśnienia zagadnienia wymagającego wiadomości specjalnych. Biegły wyraża opinię o tej części materiału dowodowego, którą wskazuje dla celów jej wydania sąd lub który przy opracowaniu opinii w związku z tezą dowodową opracowaną przez sąd był potrzebny dla przedstawienia wniosków opinii i jej uzasadnienia. Nie jest zobowiązany do wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego sprawy. Taki obowiązek spoczywa na sądzie orzekającym w sprawie. Sąd nie jest obowiązany do uwzględnienia kolejnych wniosków dowodowych strony dla wykazania tezy, którą formułowała w sprawie od początku trwania postępowania, zwłaszcza wówczas, jeśli wnioski te powinny i mogły być zgłoszone przy zajmowaniu w sprawie tego stanowiska i jego uzasadnianiu. Ma możliwość pominięcia wniosków dowodowych strony z momentem dostatecznego wyjaśnienia spornych okoliczności sprawy (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 2 sierpnia 2016 r., I ACa 139/16, LEX nr 2114031).

Złożona do akt opinia biegłego sądowego ds. budowlanych Z. H. (1) spełnia wszystkie warunki by została uznana za miarodajny materiał dowodowy w sprawie. Biegły w opinii pisemnej (k 429 do 457) szczegółowo ustosunkował się do zagadnień wymagających wiadomości specjalnych występujących w sprawie. Umotywował wyprowadzone wnioski, które znajdują również potwierdzone w zeznaniach świadków posiadających wiedzę budowlaną i dokonywały czynności w procesie inwestycyjnym w imieniu obu stron postępowania (inwestora – k 386 do 392 św.d. J. W., wykonawcy – k 352 do 357 św.d. Ł. M. i k 357 do 363 św.d. J. K.).

W opinii uzupełniającej i ustnej biegły przedstawił stanowisko w zakresie zastrzeżeń skarżącego (k 503 do 514, k 545 do 550, k 554 do 560 – pisma powoda, k 551 do 552 rozprawa z dnia 11 grudnia 2014 r., k 553 płyta CD i k 602 do 605 rozprawa z dnia 27 stycznia 2016 r., k 606 płyta CD – opinie ustne biegłego, k 562 do 574 pisemna opinia uzupełniająca). Określił czas możliwy dla wykonania przedsięwzięcia. Zeznania świadka J. S. i jego ekspertyza wskazują na prawidłowość wniosków biegłego.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 328 § 2 kpc. W orzecznictwie wskazuje się, że zarzut naruszenia przepisów art. 328 § 2 kpc może stanowić uzasadnioną podstawę tylko wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia nie posiada wszystkich koniecznych elementów, bądź zawiera tak oczywiste braki, które uniemożliwiają jego kontrolę (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 27 marca 2008 r., III CSK 315/07, LEX nr 390105, 21 lutego 2008 r., III CSK 264/07, LEX nr 465952, teza 1 postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2016 r., II CSK 630/15, LEX nr 2087120 i jego uzasadnienie).

Uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawiera odrębne części poświęcone: ustaleniom faktycznych wraz z powołanymi dowodami, ocenie materiału dowodowego, w której zamieszczone zostały przyczyny przyjęcia określonych dowodów za wiarygodne i uzasadniające odmowę innym tej cechy, w tym co do określonych okoliczności wraz ze wskazaniem dowodów z zeznań świadków i dokumentów, które przesądzały wnioski sądu pierwszej instancji oraz obejmującą rozważania prawne. Jego forma, treść, dokonane ustalenia i rozważania pozwalały na kontrolę procesu myślowego sądu, a zestawienie twierdzeń zamieszczonych w uzasadnieniu na odniesienie materiału dowodowego sprawy do wniosków wyprowadzonych w zakresie dokonanej subsumpcji. Nie może być więc mowy o brakach uzasadnienia uniemożliwiających kontrolę zakwestionowanego orzeczenia.

W związku z tym stanem postępowania i ponownie dokonaną oceną materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie ustalenia faktyczne zawarte w uzasadnieniu zakwestionowanego wyroku sąd odwoławczy przyjął za własne.

Zgodnie z art. 483 § 1 kc kara umowna stanowi umowne zastrzeżenie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego następuje przez zapłatę określonej sumy.

Odpowiedzialność dłużnika w zakresie kary umownej bez względu na przyczynę niewykonania zobowiązania powinna być w umowie wyraźnie określona. Dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 kc domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność. W konsekwencji w razie kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania zobowiązania, kara należy się jedynie, gdy dojdzie do zwłoki (art. 476 kc) dłużnika (tak m.in.: wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 6 października 2010 r., II CSK 180/10, LEX nr 970070, 11 lutego 1999 r., III CKN 166/98, LEX nr 521867, 27 czerwca 2003 r., IV CKN 300/01, LEX nr 251531, wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 28 grudnia 2015 r., I ACa 866/15, LEX nr 1979440). Strony mogą się umówić, że odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy, w postaci kary umownej, będzie przysługiwało wierzycielowi także wtedy, gdy nienależyte wykonanie umowy jest następstwem innych okoliczności niż tylko zawinione zachowanie dłużnika (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2003 r., IV CKN 300/01, LEX nr 251531).

Stosownie do art. 6 kc obowiązek udowodnienia istnienia i zakresu rozszerzonej odpowiedzialności spoczywa na stronie, która żądanie takie zgłasza, tj. w niniejszej sprawie na powodzie. Materiał dowodowy sprawy nie uzasadnia przyjęcia, że powód podolał obowiązkowi wykazania podstawy faktycznej i prawnej powództwa.

W umowie o roboty budowlane strony mogą określić wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane (podstawa i dodatkowe) w postaci wynagrodzenia ryczałtowego, przy możliwej modyfikacji tego wynagrodzenia w zależności od konieczności wystąpienia robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót podstawowych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., III CSK 366/06, LEX nr 274211).

Przez roboty dodatkowe rozumieć należy świadczenia wykonywane poza istniejącym zobowiązaniem dotyczącym robót budowlanych, którego zakres określa projekt - art. 649 kc. W sprawie okoliczności faktyczne dotyczące braku projektu wykonawczego, konieczność wprowadzenia zmian do projektu z inicjatywy inwestora i wynikające z braków tej dokumentacji dawały podstawę do przyjęcia, że czas wykonania obiektu budowlanego (bez części mieszkalnej) musiał ulec wydłużeniu o czas wskazany przez biegłego Z. H..

Podpisanie przez inwestora protokołu odbioru stanowi swego rodzaju pokwitowanie spełnienia świadczenia ze strony wykonawcy, co uzasadnia domniemanie faktyczne, że oddany obiekt wykonany został zgodnie z umową, ale jest to domniemanie, które można obalić przez wykazanie, że umowa nie została wykonana lub wykonana nienależycie.

Wynikający z art. 647 kc obowiązek inwestora odbioru robót nie można sprowadzać do sytuacji, w której odebranie ma dotyczyć wyłącznie obiektu całkowicie wolnego od wad. Każde odstępstwo od takiego idealnego stanu dawałoby inwestorowi prawo odmowy odebrania obiektu pozostawałoby w sprzeczności z naturą zobowiązania objętego umową o roboty budowlane i naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Projekt i zasady wiedzy technicznej powołane w przepisie art. 647 kc stanowią kompromis między tym, co możliwe i konieczne w budownictwie, uwzględniają interes publiczny i prywatny użytkownika i tym samym stanowią kryterium dopuszczalności modyfikacji wymagań co do jakości obiektu budowlanego. Inwestor może natomiast skutecznie dochodzić usunięcia stwierdzonych wad (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 21 kwietnia 2017 r., I CSK 333/16, LEX nr 2305910, 1 grudnia 2006 r., I CSK 276/06, Legalis nr 161068, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 września 2016 r., V ACa 935/15, Legalis nr 1509032). W tym znaczeniu wpis w dzienniku budowy zobowiązywał inwestora do podjęcia czynności odbiorczych pod koniec października lub na początku listopada 2010 r. Z opinii biegłego sądowego ds. budownictwa wynika, że w listopadzie 2010 r. były dokonywane już tylko czynności odbiorcze. Inwestor dążył do dokonania odbioru bezusterkowego – wynajdował różne usterki, ale obiekt został już wykonany (k 602 czas rozprawy od 00:13:42 do 00:23:30).

Nie można również przyjąć by rozważania sądu okręgowego dotyczące oświadczenia powoda z dnia 3 grudnia 2010 r. (k 57) i uchylenia się od jego skutków (k 58 do 59) były pozbawione racji. Kodeks cywilny nie definiuje samego pojęcia groźby bezprawnej, lecz określa jedynie przesłanki, które nadają jej charakter normatywny. Są nimi: bezprawność, powaga groźby i normalny związek przyczynowy między groźbą a złożeniem oświadczenia woli określonej treści, przy czym przesłanki te muszą wystąpić łącznie. Groźba w rozumieniu przepisu art. 87 kc oznacza zawsze działanie celowe, skierowane na osiągnięcie zamierzonego przez groźącego celu, tj. na uzyskanie oświadczenia woli określonej treści, skierowanym na zmuszenie zagrożonego, wbrew jego woli, do złożenia określonego oświadczenia. Powstały wówczas „przymus psychiczny” (*vis compulsiva*) przejawia się w złożeniu oświadczenia woli pod wpływem stanu obawy, który wywołany jest przez drugą stronę lub przez osobę trzecią w następstwie zastosowania groźby bezprawnej. Zaistniały stan obawy musi dotyczyć poważnego niebezpieczeństwa osobistego lub majątkowego dla składającego oświadczenie woli albo dla innej osoby (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2012 r., I BP 9/11, LEX nr 1232515, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, I ACa 511/15, LEX nr 2026207, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt I ACa 104/13, LEX nr 1327515). Groźenie odmową odbioru robót, odmową zapłaty za roboty, karą umowną za opóźnioną realizację umowy, lub odstąpieniem do umowy, jeśli jest to usprawiedliwione tym, że druga strona umowy nie wykonuje ciężących na niej obowiązków kontraktowych lub wykonuje je nienależycie, nie jest działaniem bezprawnym w rozumieniu przepisu art. 87 kc (zob. wyrok Sąd Apelacyjny w Warszawie z dnia 13 kwietnia 2011 r., I ACa 1200/10, LEX nr 856436). Podobnie sytuacja przedstawia się w przypadku wykonawcy. Wynika to z charakterem czynności związanych z odbiorem obiektu i obowiązkami inwestora wynikającymi z art. 647 kc.

Podjęcie czynności obronnych w zakresie niewykonywania przez inwestora obowiązku odbioru obiektu, pomimo jego wykonania nie może być utożsamione z groźbą bezprawną.

Zachowanie wykonawcy związane było z zaistniałym stanem na budowie umożliwiającym odbiór obiektu wcześniej, w czasie wskazanym przez biegłego niż określony w protokole z dnia 3 grudnia 2010 roku (k 42 i k 99, k 98 do 101 protokół z czynności odbiorczych z dnia 19 listopada 2010 r. wraz z terminem usunięcia usterek do dnia 30 listopada 2010 r.).

Mając powyższe okoliczności na względzie, na podstawie art. 385 kpc, Sąd Apelacyjny w Łodzi orzekł jak w punkcie 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z mocy art. 98 § 1 kpc w zw. z art. 108 § 1 kpc i art. 391 § 1 kpc, przy uwzględnieniu daty złożenia apelacji w sprawie (dnia 15 grudnia 2016 roku), która stanowi o rozpoczęciu postępowania odwoławczego (k 646). W § 2 rozporządzenie MS z dnia 3 października 2016 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. z 2016 r. poz. 1668) przyjęta została zasada, że do spraw wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia stosuje się przepisy dotychczasowe do czasu zakończenia postępowania w danej instancji. W związku z tym, że data wyroku sądu pierwszej instancji stanowi o zakończeniu postępowania pierwszoinstancyjnego a złożenie apelacji stanowi o rozpoczęciu postępowania odwoławczego w grę wchodziły w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach zmienione przepisy rozporządzenia, na podstawie których zasądzono koszty postępowania apelacyjnego dla pozwanego (§ 2 pkt 6 i § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia MS z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie, Dz. U. z 2015 r., poz. 1800 ze wskazanymi wcześniej zmianami). W zakresie postępowań odwoławczych wyjątek obejmuje jedynie postępowania wpadkowe (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2009 r., V CZ 46/09, LEX nr 627264).