

Sygn. akt I A Ca 931/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 stycznia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Krzysztof Chojnowski
Sędziowie	:	SA Bogusław Suter (spr.) SA Jarosław Marek Kamiński
Protokolant	:	Iwona Zakrzewska

po rozpoznaniu w dniu 15 stycznia 2016 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **H. W. (1)**

przeciwko (...) **w B.**

o zapłatę

na skutek apelacji **obu stron**

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 8 kwietnia 2015 r.

oraz od wyroku uzupełniającego z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt VII GC 85/14

I. zmienia zaskarżony wyrok w dnia 17 września 2015 roku w ten sposób, że zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 32.129,60 (trzydzieści dwa tysiące sto dwadzieścia dziewięć i 60/100) zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13 lutego 2014 roku do 31 grudnia 2015 roku oraz odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty i oddala powództwo w pozostałej części;

II. zmienia zaskarżony wyrok z dnia 8 kwietnia 2015 roku:

a) **w punkcie I o tyle, że odsetki ustawowe zasądza od dnia 13 lutego 2014 roku do 31 grudnia 2015 roku zaś odsetki ustawowe za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty;**

b) **w punkcie II o tyle, że zasądzoną w nim kwotę podwyższa do 11.450 zł;**

III. oddala apelację powódki w pozostałej części, zaś apelację pozwanej w całości;

IV. zasądza od pozwanej na rzecz powódki 2.829,50 zł tytułem zwrotu kosztów procesu w instancji odwoławczej.

(...)

UZASADNIENIE

Powódka H. W. (1), prowadząca działalność gospodarczą pod firmą (...)H. W. (1) w B. wniosła o zasądzenie na jej rzecz od pozwanej (...) spółki jawnej z siedzibą w B. kwoty 209.098,05 złotych wraz z ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym od dnia 31 stycznia 2014 roku do dnia zapłaty i kosztami procesu, tytułem należności przysługujących jej z tytułu wykonanych robót budowlanych.

Nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu upominawczym w dniu 4 marca 2014 r. w sprawie o sygn. akt VII GNC 78/14 Sąd Okręgowy w Białymstoku uwzględnił w całości żądanie pozwu.

W sprzeciwie od powyższego nakazu zapłaty, pozwana wносиła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powódki kosztów procesu. Podniosła zarzut braku wymagalności roszczenia w dacie złożenia powództwa, a także zarzut potrącenia.

Na rozprawie w dniu 11 lipca 2014 r. powódka uznała obciążenia w zakresie kwot 5.025,55 zł oraz 4.052,10 zł z tytułu zużycia mediów i prądu. Kwestionowała natomiast zasadność naliczenia kar umownych oraz ich wysokości.

Wyrokiem z dnia 8 kwietnia 2015 r., uzupełnionym następnie wyrokiem z dnia 17 września 2015 r., Sąd Okręgowy w Białymstoku zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 124.870,40 zł wraz z ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym od dnia 8 marca 2014 r. do dnia zapłaty i oddalił powództwo w pozostałej części (pkt I), zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 7.646,72 zł tytułem zwrotu części kosztów procesu (pkt II) oraz nakazał zwrócić pozwanej ze Skarbu Państwa niewykorzystaną zaliczkę na wydatki w sprawie w kwocie 500 zł (pkt III).

Orzeczenie to zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne.

Powódka H. W. (1), prowadząca działalność gospodarczą pod firmą (...)H. W. (1) z siedzibą w B., w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, zawarła w dniu 6 września 2012 roku z pozwaną (...) spółką jawną z siedzibą w B. umowę Nr (...), na podstawie której pozwana powierzyła jej wykonanie robót budowlanych w zakresie wykonania instalacji centralnego ogrzewania, instalacji gazowej, instalacji i montażu kotłowni, przyłączy do budynku, instalacji wentylacji mechanicznej oraz instalacji wodno – kanalizacyjnej z montażem osprzętu i wyposażenia. Strony umowy się na wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 835.000,00 zł netto za wykonanie przedmiotu umowy. Jednocześnie strony dopuściły fakturowanie częściowe w cyklach miesięcznych, przy czym powódka jako wykonawca zobowiązała się do wystawienia nie więcej niż jednej faktury w miesiącu. Zamawiający z każdej faktury przedstawionej przez wykonawcę, uprawniony był do zatrzymania 10% jej wartości brutto tytułem kaucji gwarancyjnej z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Termin rozpoczęcia prac został wyznaczony na 17.09.2012 r., natomiast ich zakończenie miało nastąpić 30.11.2013 r.

Powódka zobowiązała się do wykonania prac na podstawie dokumentacji przekazanej przez zamawiającego i zgodnie z jego wskazówkami. W trakcie trwania umowy i wykonywania prac przez powódkę okazało się, że projekt dotyczący instalacji wentylacji mechanicznej zawiera błędy, wymagające korekty. Spowodowało to przestój w wykonywaniu prac. Po dokonaniu niezbędnych poprawek projektowych, powódka do 21 października 2013 r. oczekiwała na przekazanie jej nowego projektu systemu wentylacji, po czym zmuszona była do zamówienia nowych części, które były konieczne do wykonania zleconej jej pracy.

Z uwagi na powyższe, prace nie zostały zakończone w przewidzianym w umowie terminie. W styczniu 2014 r. powódka wykonywała jeszcze prace dotyczące przejść przeciwpożarowych, a także zmierzające do uruchomienia kotłowni i centrali wentylacji oraz prace porządkujące teren budowy. Ostateczny odbiór robót nastąpił w dniu 5.02.2014 r.

Dnia 31 grudnia 2013 r. powódka wystawiła pozwanemu fakturę VAT nr (...) tytułem wykonanych przez nią robót sanitarnych na podstawie umowy Nr (...). Faktura ta opiewała na kwotę 232.331,17 zł brutto. Zgodnie z zapisami umowy pozwanej przysługiwało prawo zatrzymania 10% jej wartości brutto tytułem kaucji gwarancyjnej, w związku z czym do zapłaty na rzecz powódki pozostało mu 209.098,05 zł brutto. Termin płatności wynosił 30 dni i upływał 30 stycznia 2014 r. Pomimo upływu terminu płatności i wezwania go do zapłaty przez powódkę, pozwana nie uregulowała należności.

Po odbiorze przedmiotowego obiektu pozwana obciążyła powódkę karami umownymi w kwotach: 279.725,00 zł za zwłokę w wymiarze 67 dni (od 30.11.2013 r. do 5.02.2014 r.), zgodnie z §7 ust. 1 lit. d umowy oraz 250.500,00 zł za zatrudnienie trzech podwykonawców wbrew postanowieniom umowy, zgodnie z §7 ust. 1 lit. a. Przedmiotowe kary umowne stały się wymagalne z dniem 15.02.2014 r. i 19.02.2014 r. Ponadto pozwana wystawiła powódce dwie faktury VAT tytułem zapłaty za zużycie mediów - w dniu 31.01.2014 r. fakturę VAT nr (...) na kwotę 4052,10 zł i w dniu 24.02.2014 r. fakturę VAT nr (...) opiewającą na kwotę 5025,55 zł. Powyższe wierzytelności stały się wymagalne odpowiednio 21.02.2014 r. i 7.03.2014 r.

Pozwana w dniu 19 marca 2014 r. dokonała potrącenia wierzytelności, które następnie uzupełniła w dniu 7 sierpnia 2014 r.

W tak ustalonym stanie faktycznym nie budziło wątpliwości Sądu, że roszczenie powódki określone przedłożoną fakturą VAT nr (...) jest zasadne. Wykonała ona bowiem swoje zobowiązanie wskazane w przedmiotowej umowie i powinna otrzymać za nie wynagrodzenie. Nie kwestionowała tego również w zasadzie pozwana, czego wyrazem było potrącenie wierzytelności przysługującej powódce z wierzytelnością, która przysługiwała pozwanej.

Sąd uznał, że treść pism procesowych pozwanej oraz oświadczenie o potrąceniu przedstawione powódce ujawnia, że procesowy zarzut potrącenia został wyrażony przez pozwaną w sposób dostateczny. Istotą sporu w przedmiotowej sprawie stało się więc zdaniem Sądu określenie, kiedy rzeczywiście prace na rzecz pozwanej zostały zakończone, jakie były przyczyny opóźnienia, czy wbrew zapisom zawartym w umowie po stronie powódki występowały podwykonawcy, co ewentualnie mogłoby uzasadniać nałożenie na powódkę kary umownej i wreszcie, czy kary umowne naliczone przez pozwaną powinny zostać miarkowane.

Zdaniem Sądu powódka nie wykonała ciężącego na niej zobowiązania w uzgodnionym przez strony terminie, tj. do 30 listopada 2013 r. Z tego też tytułu pozwana była uprawniona do obciążenia jej karą umowną na mocy §7 pkt 1 ppkt d), który przewidywał, że za niedotrzymanie terminu zakończenia robót budowlanych i przekazania zamawiającemu przedmiotu umowy, zamawiający ma możliwość naliczania kary umownej w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki. Dla określenia jej wysokości zasadnicze znaczenie miało określenie daty zakończenia robót oraz przyczyn niespełnienia świadczenia w określonym terminie.

W tym kontekście Sąd nie zaaprobował twierdzeń strony powodowej, jakoby zakończyła ona prace na budowie już z dniem 10.01.2014 r. Zauważył, że powódka wywodziła powyższe głównie na podstawie wpisu kierownika budowy z dnia 20 stycznia 2014 r., w którym stwierdził on, że prace zostały zakończone z dniem 10 stycznia 2014 r. Powyższy wpis nie stanowił jednak, zdaniem Sądu, wystarczającego dowodu na potwierdzenie stanowiska powódki. Przede wszystkim z pozostałego zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że w styczniu 2014 r. powódka wykonywała jeszcze pewne prace na rzecz pozwanej. Poza pracami dotyczącymi systemu przeciwpożarowego, wykonywane były jeszcze prace zmierzające do uruchomienia kotłowni i centrali wentylacji oraz prace porządkujące teren budowy. Sąd uznał więc, że datą zakończenia robót wykonywanych przez powódkę był dzień 5.02.2014 r., w którym to nastąpił odbiór prac.

Rozważając z kolei przyczyny niedotrzymania przez powódkę przewidzianego w umowie terminu zakończenia prac, Sąd w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy doszedł do przekonania, że przyczyny te leżały po stronie pozwanej. Wskazywały na to bowiem zeznania przesłuchanych w sprawie świadków H. W., R. J., T. G., M. W. oraz D. P., a także treść pism kierowanych przez powódkę do pozwanej, projekt dotyczący wentylacji, na którym pracowała powódka, a który przedstawiła jej pozwana, zawierał błędy. Sąd zauważył, że powódka wielokrotnie zwracała się do pozwanej o przedłożenie jej poprawionego projektu wskazując, że bez niego nie może wykonywać dalszych prac. Zmieniony projekt otrzymała dopiero z dniem 21.10.2013 r., a więc nieco ponad miesiąc przed zakończeniem terminu na oddanie prac. Z uwagi na konieczność zamówienia odpowiadających nowemu projektowi części, rzeczywisty termin na wykonanie świadczenia był znacznie krótszy. Zdaniem Sądu, mając na uwadze art. 483 k.c., 484 k.c. i 471 k.c. oraz ze względu na to, że przyczyny opóźnienia leżały po stronie pozwanej, początek terminu, od którego pozwanej przysługiwało uprawnienie do naliczania kary umownej, należało więc przedłużyć o miesiąc, a więc spełnienie świadczenia powinno nastąpić do końca roku 2013, natomiast karę umowną należało liczyć od dnia 1.01.2014 r. Przy czym terminem końcowym definiowanym spełnieniem świadczenia przez powódkę był 5.02.2014 r. Pozwanej należała się więc kara umowna za 36 dni. Przy uwzględnieniu zaś wynikającej z § 7 pkt 1 ppkt d) umowy wysokości tej kary, pozwanej należała się kwota 150.300 zł (36 dni x 835.000 zł x 0,5%).

Mając jednak na uwadze wnioski powódki oraz uprawnienie wynikające z art. 484 § 2 k.c. Sąd karę tę zmiarkował. Zdaniem Sądu głównym powodem zmniejszenia kary umownej należnej pozwanej od strony powodowej była okoliczność, że prace powódki zostały praktycznie w całości wykonane. Jak wynika bowiem z notatki służbowej z dnia 3.01.2014 r., a więc zaraz po upływie terminu na spełnienie świadczenia przez powódkę, stan zaawansowania prac mających być wykonane przez powódkę wynosił – instalacja CO 100%, natomiast wentylacja mechaniczna była już zamontowana, jednakże bez regulacji i rozruchu centrali. Wynika więc z powyższych, że mimo tego, że prace powódki nie zostały całkowicie ukończone w terminie, stan zaawansowania robót był na bardzo wysokim poziomie i do całkowitego spełnienia świadczenia zabrakło jej niewiele. Ponadto, z protokołu odbioru wykonanych robót z dnia 31.12.2013 r. wynika, że powódka wykonała 90% wartości całej umowy. Stąd też Sąd doszedł do wniosku, że karę umowną za nieterminowe wykonanie robót, która spełni w dostateczny sposób swą funkcję kompensacyjną będzie kara w wysokości 75.150 zł.

Jednocześnie Sąd uznał, że nienależnie została naliczona na powódkę kara pieniężna w wysokości 250.000 zł za zatrudnienie wbrew zapisom umowy podwykonawców. Wskazane przez pozwanego podmioty nie były bowiem podwykonawcami powódki w ramach robót wykonywanych w oparciu o umowę nr (...). Nie łączyła tych podmiotów z powódką żadna umowa o wykonanie prac budowlanych, która mogłaby uzasadniać rzeczywiste istnienie pomiędzy nimi stosunku podwykonawstwa. Sąd zauważył, że mimo tego, iż między firmą (...) a powódką została zawarta umowa, to jednak jej przedmiotem było jedynie wykonanie odwiertów. Do ich wykonania niezbędne było posłużenie się specjalistycznym sprzętem, którym to powódka nie dysponowała. Konieczność użycia powyższego sprzętu oraz fakt nieposiadania go przez powódkę był zatem pozwanemu wiadomy. Ponadto nawet jeśli uznać, że po stronie powódki występował podwykonawca, to w realiach niniejszej sprawy pozwana nie poniosła żadnej szkody, która mogłaby wynikać z ewentualnego posługiwania się podwykonawcami przez powódkę. Szkada wskazywana przez pozwaną wynikała bowiem jedynie z opóźnienia w wykonaniu prac.

Biorąc powyższe pod uwagę, Sąd na mocy art. 647 § 1 k.c. zasądził na rzecz powódki kwotę 124.870,40 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 8.03.2014 r. Na wysokość przedmiotowego rozstrzygnięcia składała się suma dochodzonych przez nią należności, tj. 209.098,05 zł, pomniejszona o niekwestionowane przez nią, a potrącone przez pozwanego wierzytelności z tytułu zużycia mediów, a więc o 5.025,55 zł i 4.052,10 zł, a także o wysokość potrąconej przez pozwaną kary umownej z tytułu niedotrzymania terminu wykonania zobowiązania w wysokości 75.150 zł. W konsekwencji żądanie pozwu ponad kwotę 124.870,40 zł Sąd oddalił.

O odsetkach Sąd orzekł w oparciu o art. 481 k.c., biorąc pod uwagę 30 dniowy termin płatności, od którego pozwana popadała w stan opóźnienia z zapłatą kwoty. O kosztach procesu zaś rozstrzygnął na podstawie art. 98 k.p.c., zgodnie z zasadą odpowiedzialności.

Apelację od tego wyroku wniosły obie strony.

Pozwana, zaskarżając wyrok w części, tj. w zakresie zasądzenia od niej na rzecz powódki kwoty 124.870,40 zł wraz odsetkami ustawowymi, zarzuciła mu:

I) naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie:

1) art. 233 § 1 k.p.c.:

a) poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, poczynienie ustaleń dowolnych i sprzecznych z zebranych w sprawie materiałem dowodowym, a w konsekwencji błąd w ustaleniach faktycznych, wyrażający się w przyjęciu, że:

- firmy: (...) sp. z o.o. oraz(...)nie są podwykonawcami powódki,

- przedmiotem umowy zawartej między powódką a (...) sp. z o.o. nie było wykonanie prac budowlanych, a wyłącznie dostawa urządzeń potrzebnych do wykonania tych robót,

- przedmiotem umowy zawartej między powódką a (...)było wyłącznie wykonanie wykopów, co nie pozwala na zakwalifikowanie łączącej te podmioty umowy jako dotyczącej wykonania robót budowlanych,

- pozwana spółka wiedziała o obecności firmy (...) na budowie i akceptowała fakt zatrudnienia tego podmiotu jako wykonującego wyłącznie odwierty,

b) poprzez niewyjaśnienie stanu faktycznego w sprawie poprzez pominięcie i niedopuszczenie dowodów zawnioskowanych przez pozwaną mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, tj.:

- dowodu z zeznań świadka M. R. na okoliczność wykonywania przez P. S. (2) kompletnej instalacji pomp ciepła, nie zaś jedynie odwiertów,

- zobowiązania P. S. (2) do wskazania danych personalnych oraz adresów zamieszkania pracowników/współpracowników, którzy wykonywali na rzecz H. W. (1) właścicielki (...) prace przy budowie siedziby Nadleśnictwa G. w miejscowości G.;

- zobowiązania powódki do wskazania danych personalnych i adresów pracowników/współpracowników, którzy wykonywali prace związane z wykonaniem pomp ciepła przy budowie siedziby Nadleśnictwa G. w miejscowości G.,

- zobowiązania powódki do przedłożenia dokumentów potwierdzających zakup materiałów i urządzeń do montażu pomp ciepła, które zostały zamontowane przy budowie siedziby Nadleśnictwa G. w G. oraz dowodów, że towary te zostały zapłacone (zamówienia, faktury, dowody zapłaty) i dopuszczenie dowodów z powyższych dokumentów na okoliczność wykazania zakresu czynności wykonanych przez P. S. (2),

- dowodu z przesłuchania w charakterze świadków osób wykazanych w tiret drugi trzeciej na okoliczność ustalenia zakresu prac wykonywanych przez firmę powódki i firmę (...),

2) art. 217 § 2 i 3 k.p.c. poprzez bezzasadne uznanie, że złożenie wniosków dowodowych wskazanych powyżej nastąpiło zbyt późno i są one nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sporu, w sytuacji gdy ich zgłoszenie miało miejsce niezwłocznie po wystąpieniu okoliczności, które uzasadniały ich powołanie i było niezbędne celem wykazania zakresu prac realizowanych przez firmę (...),

II) naruszenie przepisów prawa materialnego:

1) art. 647 k.c. i art. 627 k.c. poprzez ich niezastosowanie i przyjęcie, że umowy łączące powódkę z (...) sp. z o.o. oraz (...) nie były umowami o wykonanie prac budowlanych, w sytuacji gdy firmy te faktycznie wykonywały prace

składające się na zakres robót powódki z branży sanitarnej, jako wynikające z projektu budowlanego i realizowane zgodnie z tą dokumentacją,

2) art. 647¹ § 2 k.c. w zw. z art. 65 § 2 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z § 1 ust. 4 Umowy nr (...) z dnia 06.09.2012 r. polegające na uznaniu, że celem zakazu zatrudnienia podwykonawców było wyłącznie zapobieżenie roszczeniom podwykonawców w stosunku do pozwanej spółki, w sytuacji gdy przyczyną wprowadzenia w umowie takiego zakazu był brak zgody pozwanej na wykonawstwo prac przez przypadkowe podmioty, nie dysponujące odpowiednimi kwalifikacjami i doświadczeniem,

3) art. 484 § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że dla dochodzenia kary umownej wierzyciel (pозwana) winien wykazać szkodę poniesioną w związku z zatrudnieniem przez powódkę podwykonawców.

W oparciu o powyższe wносиła o zmianę wyroku poprzez oddalenie powództwa w zaskarżonej części na koszt powódki. Jako ewentualny zgłosiła wniosek o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozstrzygnięcia Sądowi I instancji. Z ostrożności procesowej podniosła zarzut potrącenia wiarytelności przysługującej powódce z tytułu wynagrodzenia z faktury nr (...) z dnia 31.12.2013 r. z wiarytelnością jej przysługującą w stosunku do powódki z tytułu kary umownej za zwłokę w usunięciu wad wyliczonej zgodnie z notą księgową nr (...) z dnia 12.02.2015 r. na kwotę 659.650 zł. W związku z tym zarzutem wniosła też o dopuszczenie i przeprowadzenia dowodów z dokumentów oraz świadków szczegółowo opisanych w apelacji.

Powódka natomiast zaskarżając wyrok w zakresie rozstrzygnięcia o odsetkach i w zakresie oddalenia powództwa co do kwoty 54.275 zł, zarzuciła:

1) naruszenie prawa procesowego, art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, co doprowadziło do uznania, iż:

- powódka ukończyła wykonywane przez nią prace dnia 05 lutego 2014 r, w sytuacji gdy z pisma powódki z dnia 10 stycznia 2014 r. (zgłoszenie robót do odbioru), a także z wpisu w dzienniku budowy z dnia 20 stycznia 2014 r. dokonane przez kierownika budowy R. J. (2) wynika, że powódka zakończyła prace objęte umową zawartą z pozwaną wcześniej, tj. 10 stycznia 2014 r., na potwierdzenie czego dokonano stosownego wpisu w dzienniku budowy,

- wykonane przez powódkę jako roboty dodatkowe przejścia przeciwpożarowe obarczone były wadami i usterkami, które uniemożliwiały dokonanie ich odbioru, w sytuacji gdy z notatki służbowej z dnia 22 stycznia 2014 r., notatki ze spotkania z dnia 27 stycznia 2014 r., oświadczenia kierownika robót z dnia 30 stycznia 2014 r., opinii producenta systemu przeciwpożarowego z dnia 30 stycznia 2014 r. oraz notatki służbowej pozwanej z dnia 30 stycznia 2014 r. wynika, iż wykonane przez powódkę w ramach robót dodatkowych przejścia przeciwpożarowe zostały wykonane w sposób prawidłowy, a nieistotne usterki, którymi były obarczone na dzień 10 stycznia 2014 r., nie uzasadniały po stronie pozwanej odmowy dokonania odbioru podstawowych objętych przedmiotem umowy,

2) błędne ustalenie stanu faktycznego i przyjęcie, że powódka w ramach umowy podstawowej zobowiązana była do wykonania przejść przeciwpożarowych, a nieprawidłowości w ich wykonaniu stanowiły dla pozwanego podstawę do odmowy odbioru robót zgłoszonych w dniu 10 stycznia 2014 r., w sytuacji gdy w projektach wykonawczych (również w przedmiarach robót), które określały zakres zamówienia oraz w szczegółowej specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót na tym obiekcie, nie zawarto żadnych wymagań odnośnie konieczności i sposobu wykonania przejść przeciwpożarowych, a jedynie wskazano, że całość robót należy wykonać zgodnie z warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlano-montażowych, które w swej treści wprost wymagają od projektanta sporządzenia rysunków szczegółowych przejść przeciwpożarowych i określenia sposobu ich wykonania,

3) błędne ustalenie stanu faktycznego i przyjęcie, że pozwana jako zamawiający jest uprawniona do odmowy dokonania odbioru robót w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wad w obiekcie budowlanym zgłaszanym do odbioru, w sytuacji gdy podstawowym obowiązkiem pozwanej jako zamawiającego wynikającym z umowy o roboty budowlane, o którym mowa w art. 647 k.c. jest odbiór obiektu wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy

technicznej, pomimo wystąpienia drobnych usterek na odbieranym obiekcie, co uprawnia zamawiającego z chwilą odbioru obiektu do zgłoszenia wobec wykonawcy roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji,

4) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 455 k.c. w zw. z art. 481 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż 30 dniowy termin spełnienia świadczenia pozwanej, o którym mowa w § 3 ust. 4 umowy łączącej strony winien być liczony od terminu końcowego odbioru robót – tj. w ocenie Sądu od dnia 5 lutego 2014 r., a tym samym odsetki ustawowe należne są powódce od dnia 8 marca 2014 r, w sytuacji gdy prawidłowe zastosowanie przywołanych przepisów winno prowadzić do przyjęcia, że z uwagi na fakt, iż 30 dniowy termin zobowiązania pieniężnego pozwanej jako wynikającego z częściowej faktury VAT nr (...) z dnia 30 grudnia 2013 r. upływał dnia 30 stycznia 2014 r. i nie były uzależnione od dokonania końcowego odbioru robót, a tym samym, iż odsetki należne są powódce od dnia 31 stycznia 2014 r.

Wskazując na powyższe domagała się zmiany wyroku w zaskarżonej części poprzez zasądzenie od pozwanej na jej rzecz odsetek ustawowych w stosunku rocznym od kwoty 124.870,40 zł od dnia 31 stycznia 2014 r. do dnia zapłaty oraz kwoty 54.275 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 31 stycznia 2014 r. do dnia zapłaty. Wnosiła również o zasądzenia od pozwanej na jej rzecz kosztów procesu za obie instancje.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelację powódki należało uznać niemal w całości za zasadną natomiast apelacja pozwanej mimo trafności części zarzutów podlegała ostatecznie oddaleniu.

Ustosunkowując się w pierwszej kolejności do apelacji powódki na wstępnie wskazać należy, iż zarzuty w niej zawarte dotyczą generalnie kwestii daty wymagalności należności dochodzonej pozwem oraz rozmiaru zwłoki powódki w wykonaniu przedmiotu umowy w kontekście wysokości należnej pozwanej kary umownej z tego tytułu.

Jeżeli chodzi o datę wymagalności należności dochodzonej w przedmiotowej sprawie przez powódkę, zgodzić się należy z argumentacją skarżącej, że uszło uwadze sądu I instancji, iż dochodzona pozwem kwota wynika z faktury częściowej wystawionej przez powódkę, a nie z faktury ostatecznej rozliczającej końcowo przedmiot umowy. Tak więc ocenie sądu orzekającego podlegało, czy i ewentualnie w jakiej dacie owa faktura częściowa stała się wymagalna, co z kolei determinowało określenie daty od jakiej pozwana pozostawała w opóźnieniu w płatności tej faktury.

Podkreślić należy, iż co do zasady powódka była uprawniona do wystawiania faktur częściowych w cyklach miesięcznych, a pozwana była zobowiązana do opłacania tych faktur w terminie 30 dni od daty doręczenia prawidłowo wystawionej faktury częściowej, co wprost wynika z §3 ust. 3 i 4 umowy łączącej strony (k. 18 akt). Jakkolwiek strony w umowie nie doprecyzowały warunków, od jakich uzależnione jest wystawianie faktur częściowych, to wbrew twierdzeniom powódki, a przy akceptacji stanowiska pozwanej w tym względzie należy przyjąć, że wolą stron umowy było, by wystawienie faktury częściowej było poprzedzone wykonaniem odpowiedniej części prac objętych umową, stosownej do daty wystawiania faktury. Na powyższe jednoznacznie wskazuje praktyka stosowana przez same strony w trakcie wykonywania umowy, gdzie jak wykazała pozwana, wcześniej wystawiane faktury były opłacane po potwierdzeniu wykonania przez powódkę odpowiedniego na daną datę zakresu prac objętych umową.

Sporną fakturę powódka wystawiła dnia 31.12.2013 roku zaś doręczona została ona pozwanej dnia 13 stycznia 2014 roku, co w świetle wyżej przytoczonych zapisów umowy oznacza, że o ile zaistniały by podstawy do jej wystawienia przez powódkę (odpowiedni zakres wykonania umowy) to pozwana zobowiązana była ją opłacić w terminie 30 dni od daty doręczenia czyli do dnia 12 lutego 2014 roku – a nie w terminie 30 dni od daty wystawienia, jak błędnie przyjmuje powódka.

Pozwana odsyłając sporną fakturę jak też fakturę końcową z dnia 10.01.2014 r. na kwotę 102.705 złotych nieopłacone, powołała się na niezrealizowanie przez powódkę całości przedmiotu umowy, wskazując, że do wykonania pozostają: izolacja rurociągów w kotłowni, montaż elementów „białego montażu”, prawidłowe zamontowanie grzejnika w pomieszczeniu nr 2.11, zakończenie montażu i oczyszczenie separatora kanalizacji deszczowej oraz opracowanie i

dostarczenie dokumentacji powykonawczej (pismo pozwanej – k. 66 akt). Wskazane powyżej prace do wykonania przez powódkę mają niewątpliwie marginalny charakter w stosunku do całości prac wykonywanych przez powódkę w ramach umowy i o ile można by co do zasady ewentualnie rozważać, czy ich niewykonanie przez powódkę nie uzasadniało by odmowy zapłaty faktury ostatecznej na kwotę 102.705 złotych przy założeniu, że nie został wykonany przedmiot umowy, o tyle nie sposób przyjąć, że uzasadnioną była odmowa opłacenia faktury częściowej. Dodatkowo wskazać należy, iż już w notatce służbowej z dnia 3.01.2014 r. obecni przy jej sporządzaniu przedstawiciele inwestora, pozwanej i powódki ustalają stan zaawansowania robót wykonywanych przez powódkę: instalacja CO – 100% bez regulacji układu, wentylacja mechaniczna – zmontowana bez regulacji i rozruchu (k. 150 akt), co świadczy o wykonaniu przez powódkę na tą datę zasadniczej części prac objętych umową, a co niewątpliwie uprawniało ją do uzyskania zapłaty należności z faktury częściowej.

Reasumując, skoro – jak wyżej wykazano – na datę doręczenia pozwanej faktury częściowej będącej przedmiotem niniejszej sprawy, stan zaawansowania prac wykonywanych przez powódkę w pełni uzasadniał jej wystawienie, to obowiązkiem pozwanej było jej opłacenie w terminie 30 dni od daty doręczenia. Brak zapłaty w powyższym terminie skutkuje przyjęciem, że pozwana pozostaje w opóźnieniu w opłaceniu należności we wskazanej fakturze od dnia 13 lutego 2014 roku.

Przechodząc do kwestii zwłoki powódki w wykonaniu przedmiotu umowy i tym samym wysokości należnej z tego tytułu pozwanej kary umownej, na wstępie wskazać należy, iż pozwana jakkolwiek notą księgową z dnia 11.02.2014 roku obciążyła powódkę karą umowną z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 279.725 złotych przyjmując 67 dni zwłoki za okres 30.11.2013 r. – 5.02.2014 r. (k. 79 akt), to jednak w przedmiotowej sprawie z tytułu wskazanej kary umownej potrąciła z należnością dochodzoną przez powódkę jedynie kwotę 33.020,40 złotych (k. 44 akt). Uszło powyższe uwadze Sądu Okręgowego, który przyjmując ostatecznie, iż kara umowna z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy winna wynosić 150.300 złotych, zmiarkował ją o połowę i ostatecznie uznał, że wysokość potrąconej przez pozwaną kary umownej z tytułu niedotrzymania terminu wykonania zobowiązania wynosi 75.150 złotych.

Powyższe stwierdzenie Sądu Okręgowego jest oczywiście błędne. Skoro bowiem z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy pozwana potrąciła z należnością powódki jedynie kwotę 33.020,40 złotych to rzeczą sądu I instancji było ustalenie, czy powódce należy się kara umowna ze wskazanego tytułu sięgająca powyższej kwoty i czy ewentualnie winna ona być zmiarkowana z uwagi na wniosek powódki w tym względzie.

O ile w toku postępowania przed Sądem Okręgowym powódka co do zasady kwestionowała zasadność kary za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, o tyle na etapie postępowania apelacyjnego przyznawała ostatecznie, że pozostawała w zwłoce w wykonaniu umowy ale jedynie 10 dni licząc od 1 do 10.01.2014 roku, domagając się jednocześnie zmiarkowania należnej z tego tytułu kary umownej o połowę, zgodnie z zasadą miarkowania przyjętą przez sąd I instancji.

W ocenie Sądu Apelacyjnego w powyższej sytuacji zbędnym było określanie, ile faktycznie dni powódka pozostawała w zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy. Jest tak z tego względu, że przyznawany przez powódkę okres zwłoki wynoszący 10 dni uzasadnia naliczenie kary umownej w wysokości 41.750 złotych (10 dni x 835.000 x 0,5%), w której to kwocie mieści się faktycznie potrącona przez pozwaną z tego tytułu kwota 33.020,40 złotych. Z kolei mając na względzie wyżej wskazaną wielkość kwoty potrąconej przez pozwaną z tytułu kary umownej za zwłokę, brak jest też podstaw do jej miarkowania zważywszy na wysokość wynagrodzenia należnego powódce z tytułu wykonania robót objętych umową, dochodzonego w przedmiotowej sprawie. Ewentualne ustalenia Sądu Apelacyjnego w przedmiocie czy i ile dni ponad przyznane przez powódkę (10 dni) pozostawała ona w zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy, w istocie stanowiąc by miały swoisty prejudykat dla innego postępowania między stronami, a z punktu widzenia rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie są one zbędne. W konsekwencji powyższego zbędnym też było ustosunkowywanie się do zarzutów apelacji powódki zmierzających do wykazania, że zwłoka powódki w wykonaniu przedmiotu umowy nie przekraczała przyznanych 10 dni, jako że ta okoliczność faktyczna nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

W konkluzji powyższych rozważań odnoszących się do zarzutów apelacji powódki stwierdzić należy, iż częściowo zasadnym okazał się zarzut naruszenia art. 455 w zw. z art. 481 kc. W istocie bowiem powódce odsetki za opóźnienie w płatności dochodzonej pozwem kwoty należą się nie od dnia 8 marca 2014 roku jak przyjął Sąd Okręgowy lecz od dnia 13 lutego 2014 roku. Zarzut ten był niezasadny w części wskazującej na datę wymagalności odsetek – 31.01.2014 roku jako nie uwzględniający zapisów umowy łączącej strony – termin 30-dniowy należy bowiem liczyć nie od dnia wystawienia faktury lecz jej doręczenia pozwanej. Zasadną okazała się też apelacja powódki w części kwestionującej wysokość przyjętej przez sąd I instancji kwoty z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, jakkolwiek z przyczyn innych niż wskazane w zarzutach apelacji. Jak bowiem wyżej wykazano, wobec treści oświadczenia o potrąceniu, brak było podstaw do uwzględnienia z tego tytułu kwoty wyższej niż faktycznie potrącona przez pozwaną z tego tytułu (33.020,40 zł). Wskazane uchybienie sądu I instancji stanowiło naruszenie prawa materialnego – art. 498 § 2 kc – i musiało być brane pod uwagę przez Sąd Apelacyjny z urzędu, jako mieszczące się w granicach zaskarżenia.

Przechodząc do apelacji pozwanej zaznaczyć należy, iż zasadniczo dotyczyła ona kwestii kar umownych należnych pozwanej od powódki za zatrudnienie podwykonawców do wykonania przedmiotu umowy wbrew zakazowi z § 1 ust. 4 umowy, zgodnie z zapisem § 7 ust. 1a tej umowy.

Odnosząc się do zarzutów apelacji zmierzających do wykazania, że wbrew ustaleniom sądu I instancji firma (...) nie była wyłącznie dostawcą urządzeń potrzebnych do wykonania robót objętych umową - centrali wentylacyjnej - ale podwykonawcą dokonującym montażu tych urządzeń w budowanym obiekcie, stwierdzić należy, że powyższe zarzuty nie znajdują uzasadnienia w materialne dowodowym zgromadzonym w przedmiotowej sprawie. Zauważyć bowiem należy, iż pozwana na potwierdzenie, że (...) był podwykonawcą, a nie jedynie dostawcą urządzeń, nie zaoferowała żadnych wiarygodnych dowodów. Z kolei z dokumentów przedłożonych do akt sprawy (k. 379 – 386) oraz zeznań świadka M. S. – pośredniczącego pomiędzy firmą (...) a producentem central wentylacyjnych firmą (...) (k. 576) wynika jednoznacznie, że o ile w grę wchodził jakkolwiek montaż centrali wentylacyjnej, to jedynie dotyczący zmontowania w jedną całość centrali dostarczonej na plac budowy w częściach, co świadek określił jako ostatni element produkcji. Potwierdzeniem powyższego jest też faktura VAT (k. 381) gdzie ujęto jedynie dwie pozycje: centrala wentylacyjna i wyposażenie dodatkowe, co wskazuje że umowa tak z (...) -em jak i (...) nie dotyczyła montażu centrali wentylacyjnej w obiektach budowlanych jako dodatkowej usługi, mogącej świadczyć o posłużeniu się przez powódkę podwykonawcą. Ewentualny montaż centrali dostarczonej w częściach na placu budowy w celu zamontowania jej następnie przez zamawiającego w obiekcie budowlanym trudno z kolei traktować jako wykonywanie prac mogących być uznanymi za podwykonawstwo prac budowlanych.

W odniesieniu do firmy (...) sytuacja jest o tyle inna, że w sprawie nie było kwestionowane, że firma ta wykonywała odwierty pod instalację pomp ciepła. Jako że odwierty te były niezbędne by w nich następnie zainstalować pompy ciepła, nie sposób inaczej wykonania takiego odwiertu potraktować jako podwykonawstwa robót objętych umową łączącą strony. W takiej sytuacji drugorzędne znaczenie miało, czy następnie to ta firma instalowała pompy ciepła w wykonanych odwiertach czy też nie – stąd zbędnym było przeprowadzać dowody wnioskowane przez pozwaną na powyższą okoliczność. Nadto w przedmiocie owych dowodów zgodzić się należy z powódką, że skoro sąd I instancji wnioski dowodowe w tym względzie oddalił, to rzeczą pozwanej było zwrócić uwagę sądowi na uchybienie przepisom postępowania zgodnie z treścią art. 162 kpc, z tym że ze wskazaniem na przepisy, które sąd ten naruszył oddalając wniosek dowodowy (vide: wyrok SN z 27.11.2013 r., V CSK 544/12, LEX nr 1438426). Zgłoszenie zastrzeżenia dokonane przez pełnomocnika pozwanej nie czyni zadość owym wymogom (k. 635) stąd nie mogło odnieść zamierzonego skutku, a pozwany utracił prawo do powoływania się na uchybienia sądu I instancji w powyższym przedmiocie.

Wobec wyżej stwierdzonego faktu zatrudnienia przez powódkę jednego podwykonawcy - firmy (...), należało rozważyć zasadność naliczenia przez pozwaną z tego tytułu kary umownej, zastrzeżonej na powyższą okoliczność.

Co do samej zasady, w ocenie Sądu Apelacyjnego pozwana miała prawo zawrzeć w umowie stosowne postanowienie w przedmiocie zakazu zatrudniania podwykonawców przez powódkę – zgodnie z zasadą swobody umów. Zaznaczyć

należy, że takim zapisom umowy nie sprzeciwiały się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych jako że umowa nie była zawierana w trybie tej ustawy. Z kolei pozwana chcąc zapobiec sytuacji gdy to dalsi podwykonawcy, nie opłaceni przez powódkę kierowali by do niej roszczenia ewentualnie aby zapobiec nadmiernemu rozdrobnieniu przedmiotu robót na zbyt wiele podmiotów wykonawczych co zawsze wpływa na kwestie odpowiedzialności za poszczególne prace, miała prawo ograniczyć powódkę w możliwości posługiwania się podwykonawcami. Co istotne, powódka znając zakres prac objętych umową, w § 1 ust. 2 umowy wprost zadeklarowała, że posiada stosowną wiedzę i potencjał niezbędny do wykonania przedmiotu umowy. W takiej sytuacji powoływanie się na rzekomą wiedzę pozwanej, że nie dysponowała ona sprzętem do wykonywania niezbędnych odwiertów jest oczywiście nieskuteczne. Zaznaczyć przy tym należy, iż generalnie twierdzenia powódki o wiedzy pozwanej w tym przedmiocie jak też o akceptowaniu obecności podwykonawcy na budowie nie zostały potwierdzone żadnymi dowodami, zaś pozwana powyższemu stanowczo zaprzeczała.

Odnosząc się z kolei do argumentacji powódki, że wobec braku szkody po stronie pozwanej spowodowanej korzystaniem przez powódkę przy wykonywaniu umowy z podwykonawców uznać ją należy za oczywiście chybioną. Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecznictwem Sądu Najwyższego wierzyciel może domagać się kary umownej bez względu na powstanie szkody po jego stronie, a Sąd Apelacyjny powyższy pogląd w pełni podziela (vide: uchwała składu 7 sędziów SN z 6.11.2003 r., III CZP 61/03; OSNC 2004, nr 5, poz. 69). Przytoczone przez powódkę orzeczenia sądów apelacyjnych mają zdecydowanie odosobniony charakter na tle wyżej wskazanego dominującego w tym względzie poglądu.

Reasumując, wobec faktu posłużenia się przez powódkę przy wykonywaniu umowy podwykonawcą i skutecznego zastrzeżenia w umowie kary na wypadek naruszenia zakazu zatrudniania podwykonawców, pozwanej co do zasady należała się z tego tytułu kara umowna w wysokości 83.500 złotych. W ocenie Sądu Apelacyjnego za uzasadnione należało jednak uznać zmiarkowanie tej kary z uwagi na rażąco wygórowaną jej wysokość, o co wносиła powódka. Zauważyć bowiem należy, iż rola podwykonawcy wykonującego jedynie odwierty pod pompy ciepła miała zdecydowanie marginalny charakter wobec przedmiotu umowy jako całości. Ponadto prace wykonane przez podwykonawcę nie budziły żadnych zastrzeżeń tak głównego wykonawcy jak i inwestora co do jakości, a należność tego podwykonawcy została w całości pokryta przez powódkę. W konsekwencji fakt zatrudnienia podwykonawcy przez powódkę nie wywołał dla pozwanej żadnych negatywnych konsekwencji i nie poniosła ona z tego tytułu żadnej szkody. W tych okolicznościach zdaniem Sądu Apelacyjnego zasadnym było zmiarkować karę należną pozwanej z tego tytułu do kwoty 10.000 złotych.

W konsekwencji powyższych ustaleń i rozważań Sądu Apelacyjnego zasadnym było uwzględnić jedynie zarzuty apelacji pozwanej w części dotyczącej kary umownej z tytułu zatrudnienia podwykonawcy – firmy (...), przy jednoczesnym zmiarkowaniu tej kary do 10.000 złotych i uznaniu zarzutu potrącenia z tytułu tej kary do wskazanej kwoty.

Pozwana w swojej apelacji z ostrożności procesowej podniosła też zarzut potrącenia wierzytelności przysługującej powódce z tytułu wynagrodzenia z faktury nr (...) z dnia 31.12.2013 r. z wierzytelnością jej przysługującą w stosunku do powódki z tytułu kary umownej za zwłokę w usunięciu wad wyliczonej zgodnie z notą księgową nr (...) z dnia 12.02.2015 r. na kwotę 659.650 zł. W związku z tym zarzutem wniosła też o dopuszczenie i przeprowadzenia dowodów z dokumentów oraz świadków szczegółowo opisanych w apelacji zaznaczając jednocześnie, że potrzeba powołania nowych faktów i dowodów na potwierdzenie zgłoszonego zarzutu potrącenia powstała dopiero na etapie postępowania apelacyjnego w związku z nie uwzględnieniem w całości przez Sąd Okręgowy zarzutu potrącenia zgłoszonego na etapie postępowania przed tym sądem.

Ustosunkowując się do powyższej kwestii, na wstępie zaznaczyć należy, iż trzeba mieć na uwadze różnice występujące pomiędzy czynnością prawną potrącenia, czyli zdarzeniem prawa materialnego o wskazanych skutkach, a zarzutem potrącenia czyli powołaniem się przez stronę w procesie na fakt potrącenia i wynikające stąd skutki, będącym czynnością procesową. O ile w świetle regulujących potrącenie przepisów prawa materialnego jest obojętne, kiedy oświadczenie woli o potrąceniu zostanie złożone, o tyle zarzut potrącenia jako czynność procesowa, polegająca na

powołaniu się na pewien fakt i wynikające z niego skutki prawne, podlega normom postępowania regulującym do kiedy dane fakty mogą być przytaczane.

Zarzut potrącenia dokonanego przed wszczęciem postępowania lub w toku pierwszej instancji może być skutecznie podniesiony w zasadzie tylko przed zamknięciem rozprawy w pierwszej instancji bowiem podniesiony dopiero w postępowaniu apelacyjnym może być przez sąd apelacyjny pominięty z uwagi na możliwość jego powołania przed sądem pierwszej instancji. Zarzut potrącenia dokonanego po zamknięciu rozprawy w pierwszej instancji lub w toku drugiej instancji może być skutecznie podniesiony aż do zamknięcia rozprawy apelacyjnej (por. wyrok SN z dnia 9.10.2003 r., V CK 319/02, LEX nr 82267). Zgłoszenie zarzutu potrącenia w postępowaniu apelacyjnym podlega jednak ograniczeniom dowodowym przewidzianym dla tego stadium postępowania sądowego. Oznacza to ograniczenie skutecznego powołania się na ten zarzut do granic stanu faktycznego już wykazanego przed sądem pierwszej instancji lub okoliczności opartych na nowych faktach i dowodach dopuszczalnych w postępowaniu przed sądem apelacyjnym (por. wyroki SA w Katowicach z dnia 21.05.2013 r., V ACa 638/12, LEX nr 1322483 i SA w Poznaniu z dnia 28.05.2014 r., I ACa 308/14, LEX nr 1489128).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, iż co do zasady pozwana mogła zgłosić zarzut potrącenia dokonanego w apelacji. Z uwagi na okoliczność, że stan faktyczny wykazany przed sądem pierwszej instancji nie obejmował twierdzeń faktycznych jak i dowodów dotyczących potrąconej wierzytelności z tytułu kary umownej za zwłokę powódki w usunięciu wad robót budowlanych objętych umową, należało rozważyć czy zgłoszone w apelacji pozwanej nowe fakty i dowody mające świadczyć o przysługiwaniu jej potrąconej wierzytelności są dopuszczalne w postępowaniu apelacyjnym. Zważywszy na datę wystawienia noty księgowej nr (...) na kwotę 659.650 zł naliczonej kary umownej za zwłokę powódki w usunięciu wad - 12.02.2015 r. – a więc blisko dwa miesiące przed wyrokiem przez sąd pierwszej instancji, nie uległa wątpliwości że pozwana mogła fakty i dowody na okoliczność naliczonej kary umownej powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji.

Pozwana w apelacji podniosła, że potrzeba powołania się na nowe fakty i dowody na okoliczność zgłoszonego w apelacji zarzutu potrącenia połączonego z oświadczeniem o potrąceniu wynikała dopiero po wydaniu wyroku przez sąd pierwszej instancji z uwagi na to, że sąd ten nie uwzględnił w całości zgłoszonego przed nim zarzutu potrącenia innych wierzytelności, którego uwzględnienie prowadziło by do oddalenia powództwa w całości. Ustosunkowując się do powyższego stwierdzić należy, iż generalnie uregulowanie zawarte w art. 381 kpc jest wyrazem dążenia do koncentracji materiału dowodowego przed sądem pierwszej instancji. Stąd też przyjmuje się, że wskazywana w tym przepisie potrzeba powołania się na nowe fakty i dowody wynika później, ma być następstwem zmienionych okoliczności sprawy, które są niezależne od zapadłego rozstrzygnięcia pochodzącego od sądu pierwszej instancji (por. wyrok SA w Białymstoku z dnia 28.09.2012 r., I ACa 181/12, LEX nr 1220402). W konsekwencji powołany przez pozwaną argument za dopuszczalnością powołania nowych faktów i dowodów przed sądem drugiej instancji nie mógł być uwzględniony. Rozważając z kolei, czy jako wskazywaną w art. 381 kpc potrzebę powołania nowych faktów i dowodów nie można by uznać okoliczności, że oświadczenie o potrąceniu zostało złożone dopiero w postępowaniu apelacyjnym, a więc dopiero wówczas możliwym było zarówno podniesienie zarzutu potrącenia jak i w konsekwencji powstała potrzeba powołania nowych faktów i dowodów dotyczących potrąconej wierzytelności, zauważyć należy, że to od wyłącznej woli pozwanej, a nie obiektywnych okoliczności zależał wybór momentu złożenia oświadczenia o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej za zwłokę powódki w usunięciu wad.

Strony procesu nie wiąże żaden termin na złożenie oświadczenia o potrąceniu, jednak jeżeli nie ma żadnych przeszkód by takie oświadczenie złożyła ona w toku postępowania pierwszo instancyjnego i następnie podniosła przed sądem pierwszej instancji zarzut potrącenia, to składając oświadczenie o potrąceniu dopiero w apelacji, co z kolei otwiera jej możliwość podniesienia zarzutu potrącenia, musi ponosić konsekwencje procesowe swoich wyborów, a więc ograniczenia dowodowe w postępowaniu apelacyjnym. W przeciwnym wypadku to sama strona wybierając określony moment na złożenie oświadczenia o potrąceniu decydowała by o potrzebie powołania nowych faktów i dowodów w postępowaniu apelacyjnym, co uznać należy za niedopuszczalne jako zmierzające do obejścia rygorów dowodowych z art. 381 kpc.

Reasumując, w ocenie Sądu Apelacyjnego w świetle powyższego zasadnym było pominąć nowe fakty i dowody powołane przez pozwaną w apelacji na okoliczność podniesionego w niej zarzutu potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej za zwłokę powódki w usunięciu wad, dokonanego na etapie postępowania apelacyjnego, co w konsekwencji oznaczało, że zarzut potrącenia zgłoszony w apelacji nie mógł być uznany za skutecznie podniesiony.

Konkludując, w świetle powyższych rozważań zasadnym było uwzględnić w części apelację powódki, to jest w zakresie wymagalności odsetek za opóźnienie oraz skuteczności potrącenia przez pozwaną kary umownej za zwłokę w wykonaniu umowy jedynie do kwoty wskazanej w oświadczeniu pozwanej o potrąceniu. Z kolei apelacja pozwanej podlegała oddaleniu w całości. Jakkolwiek bowiem zasadnym częściowo okazał się zarzut w niej zawarty dotyczący skutecznego potrącenia przez nią z wierzytelnością powódki dochodzoną pozwem, wierzytelności jej przysługującej z tytułu kary umownej za zatrudnienie podwykonawcy – firmy (...) – a mianowicie do kwoty 10.000 złotych, to jednak w ostatecznym rozliczeniu uwzględniającym wskazaną wierzytelność jako skutecznie potrąconą, oraz uwzględnioną część apelacji powódki, zasadnym było zasądzić dodatkowo od pozwanej na rzecz powódki kwotę 32.129,60 złotych. Z dochodzonej bowiem pozwem kwoty 209.098,05 złotych pozwana skutecznie potrąciła kwoty 5.025,55 zł i 4.052,10 zł z tytułu mediów (należności nie kwestionowane przez powódkę), kwotę 33.020,40 złotych z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy oraz kwotę 10.000 złotych z tytułu kary umownej za zatrudnienie podwykonawcy co daje kwotę 157.000 złotych jako należną ostatecznie powódce. Skarżonym wyrokiem zasądzono kwotę 124.870,40 złotych, a więc należało dodatkowo zasądzić na rzecz powódki kwotę 32.129,60 złotych (157.000 – 124.870,40). W konsekwencji powyższej zmiany pozwana uległa ostatecznie powódce w pierwszej instancji w 75%, co przy uwzględnieniu kosztów poniesionych przez strony w tym postępowaniu (powódka – 10.455 zł opłata od pozwu + 7.217 zł wynagrodzenie pełnomocnika = 17.672 zł; pozwana – 7.217 zł wynagrodzenie pełnomocnika) uzasadniało zmianę rozstrzygnięcia o kosztach procesu przez podwyższenie kwoty należnej od pozwanej na rzecz powódki z tego tytułu do 11.450 złotych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na mocy art. 386 § 1 kpc w części reformatoryjnej oraz na mocy art. 385 kpc w części oddalającej apelację powódki w pozostałej części oraz apelację pozwanej w całości.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono stosownie do wyniku tego postępowania na mocy art. 100 kpc. W postępowaniu odwoławczym powódka w ostatecznym rozrachunku uwzględniającym obie apelacje (apelacja powódki – wps 54.275 zł; apelacja pozwanej – wps 124.871 zł – łącznie 179.146 zł; zasądzono na rzecz powódki dodatkowo 32.129,60 zł oddalając w całości apelację pozwanej – 124.871 zł co stanowi łącznie 82% wartości przedmiotu sporu w postępowaniu apelacyjnym) wygrała w 82% zaś pozwana w 18%, co przy kosztach poniesionych przez strony w tym postępowaniu (powódka – opłata od apelacji 2.714 zł + wynagrodzenie pełnomocnika 2.700 zł = 5.414 zł; pozwana – opłata od apelacji 6.244 zł + wynagrodzenie pełnomocnika 2.700 zł = 8.944 zł) uzasadniało zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kwoty 2.829,50 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu w instancji odwoławczej.

(...)