

Sygn. akt I ACa 1342/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 stycznia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Jan Kremer
Sędziowie:	<u>SSA Józef Wąsik</u> SSA Jerzy Bess
Protokolant:	st.sekr.sądowy Barbara Piaszczyk

po rozpoznaniu w dniu 24 stycznia 2013 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Usługowo-Budowlanego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z/s w K. przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością

w K.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Gospodarczego w Krakowie z dnia 3 września 2012 r. sygn. akt IX GC 297/11

***oddala apelację i zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej koszty postępowania apelacyjnego w kwocie 2.700zł ( dwa tysiące siedemset złotych).***

Sygn. akt I A Ca 1342/12

## UZASADNIENIE

Strona powodowa Przedsiębiorstwo Usługowo – Budowlane - (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. wniosła o zasądzenie od pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. kwoty 134.566,00 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 14 stycznia 2011 roku do dnia zapłaty oraz kosztów postępowania tytułem wynagrodzenia za wykonane i odebrane roboty budowlane.

Nakazem zapłaty z dnia 20 kwietnia 2010 roku Sąd Okręgowy-Sąd Gospodarczy w Krakowie uwzględnił roszczenie w całości.

Pozwany wniósł sprzeciw żądając oddalenia powództwa w całości i zasądzenia kosztów. Przyznał, że jako generalny wykonawca zawarł z powodem w dniu 16 kwietnia 2010 roku umowę o roboty budowlane w zakresie realizacji inwestycji budowy pensjonatu z apartamentami mieszkalnymi w K. przy ul. (...). Przedmiot umowy miał być wykonany

do 19 czerwca 2010 roku, jednak w nocy z 18/19 maja 2010 roku miała miejsca na budowie awaria, spowodowana rażącym niedbalstwem i niedopełnieniem obowiązków przez kierownika budowy P. D. i roboty wstrzymano. Pismem z dnia 31.12.2010 roku powód oświadczył, że nie będzie domagać się zapłaty należności z wystawionej spornej faktury (...), do czasu uzyskania przez inwestora, którym był (...) sp. z o.o. w K. lub pozwanego - dalszego finansowania inwestycji. Pozwany takiego finansowania nie uzyskał przez co roszczenie nie jest wymagalne. Zarzucił, że roboty, które wykonał powód maja liczne wady oraz zostały wykonane niezgodnie z projektem architektonicznym. Powód wyrządził przez to szkodę, która przekracza dochodzona należność, której wysokości jednak pozwany nie określił i nie przedstawił do potrącenia. Podniósł kwestie naliczenia kary umownej za nieukończenie robót w terminie, z którego jednak zarzutu później się wycofał.

**Wyrokiem z dnia 3 września 2012r Sąd Okręgowy- Sąd Gospodarczy w Krakowie** zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 134.566 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 14 stycznia 2011r oraz koszty procesu w kwocie 10.346 zł.

Za podstawę faktyczną wyroku przyjął następujące ustalenia faktyczne:

W dniu 16 kwietnia pozwany jako generalny wykonawca zawarł z pozwanym umowę na wykonanie robót budowlanych na inwestycji polegającej na budowie pensjonatu z apartamentami mieszkalnymi w K. S. w okresie od 19 kwietnia 2010 roku do dnia 19 czerwca 2010 roku.

Powód przystąpił do wykonywania robót i wykonywał je do momentu awarii z 18/19 maja 2010 roku tj. zalania inwestycji. Ubezpieczyciel odmówił inwestorowi wypłaty odszkodowania powołując się na wady wykonawstwa. W dniu 19 maja 2010 roku inspektor nadzoru wpisem do dziennika budowy wstrzymał roboty. Powód zażądał miesiąc później inwentaryzacji wykonanych robót.

W dniu 21 grudnia 2010 roku sporządzono protokół odbioru robót wykonanych przez powoda. Określono wartość wykonanych robót na kwotę 110.300 zł oraz stwierdzono dobrą jakość wykonania. Ze strony powoda podpisał go prezes zarządu powoda L. S. i członek zarządu K. Ś. oraz prezes zarządu pozwanego J. W. (1) i kierownik budowy pozwanego W. M..

W oparciu o ustalenia odbiorowe powód wystawił w dniu 31.12.2010 roku fakturę VAT tytułem wynagrodzenia za odebrany zakres robót na kwotę 134.566,00 zł / wynagrodzenie brutto/. Z terminem zapłaty do dnia 13 stycznia 2011 roku.

W tym samym dniu pozwany złożył oświadczenie, że nie będzie domagał się zapłaty do momentu uzyskania finansowania inwestycji przez inwestora bądź generalnego wykonawcę. Z kolei pozwany zobowiązał się do natychmiastowego uregulowania należności wraz z odsetkami po uzyskaniu takiego finansowania.

Pozwany przystąpił po pewnym czasie do wykonywania dalszych robót co świadczyło że uzyskano środki finansowe na inwestycje. Ponieważ pozwany odmawiał zapłaty powód wezwał go dobrowolnej zapłaty roszczenia, które jednak wezwanie pozostało bez odpowiedzi.

W ocenie Sądu Okręgowego roszczenie powoda jest zasadne.

Strony łączyła umowa z dnia 16 kwietnia 2010 roku o wykonanie określonych robót budowlanych, czyli umowa o roboty budowlane. Roboty zostały wykonane i odebrane. Pozwany przyjął fakturę, wystawiona w oparciu o protokół odbioru i jej nie zapłacił. Dotyczy ona rozliczenia robót tylko w zakresie wykonanym przez powoda do czasu przerwania robót przez stronę pozwaną.

Św. W. M. zeznał, że był kierownikiem robót do dnia 17 maja 2010 roku kiedy to w wyniku powodzi załało inwestycje. Roboty przerwano. Zeznał, że dokonano odbiorów których nikt nie kwestionował. Kolejny świadek P. D. zeznał, że sporny protokół odbioru odnosi się do robót wykonanych do dnia 17 maja 2010 roku, czyli do momentu

przerwania robót na skutek katastrofy. Czekano na decyzje inwestora i generalnego wykonawcy i dlatego ten protokół zaakceptowano później Roboty w nim określone wykonano i to na większą wartość.

Protokół podpisał J. W., który był wtedy prezesem zarządu pozwanej spółki i inwestora i który zeznał, że protokół podpisał ufając, że kierownik robót wszystko sprawdził.

Zdaniem Sądu pozwany nie obalił domniemania wynikającego z tego dokumentu prywatnego. Protokół wskazywał zakres wykonanych robót i określał ich jakość. Został podpisany przez głównych przedstawicieli działających na inwestycji. Brak zapisu, że wystąpiły różnice zdań.

J. W. jak wynika z jego zeznań był prezesem zarządu inwestora i pozwanego. Niewątpliwie miał pełną wiedzę na temat inwestycji. Jeżeli miał zastrzeżenia mógł wyraźnie stwierdzić to w protokole, bądź odmówić jego podpisania, tym bardziej, że od daty zakończenia spornych robót do jego sporządzenia upłynęło kilka miesięcy. Miał czas wszystko zweryfikować, sprawdzić. Nie zrobił nic bo „zaufał” kierownikowi robót P. D., który był (jego zdaniem) posłańcem powoda. Zeznał, że podpisanie protokołu odbioru należy wiązać, z zapewnieniem P. D., że została kupiona stal na cały budynek. Co więcej złożył on ustne zapewnienie, że sporna faktura odnosi się do zakupionej stali. Sąd nie zaakceptował zeznań św.J. W..

Zdaniem Sądu zeznania te są nielogiczne. Świadek będący przedsiębiorcą podpisuje dokumenty stanowiące podstawę do wypłaty dużego wynagrodzenia tylko dlatego, że ktoś go o czymś zapewnił. Po pierwsze kwestia stali pojawiła się dopiero po wniesieniu sprawy przez powoda do sądu. Po drugie pozwany przyjął fakturę, rozliczył ją.

J. W. podnosił co prawda, że chciał ją zakwestionować, ale jak „uzyskał na inwestycję 9.600.000,00 zł to co...” - świadek nie dopowiedział./k-153/. Ostatecznie zeznał, że nigdy nie powiedział, że nie zapłaci, tylko kwestionował wysokość zapłaty. W tym zakresie nie ma żadnego wiarygodnego dokumentu. Odwoływanie się od stanowiska ubezpieczyciela nie ma żadnego znaczenia, skoro pozwany sam się z nim wielokrotnie nie zgodził.

Zdaniem sądu strony umówiły się o zapłatę wynagrodzenia na podstawie protokołów podpisanych przez przedstawicieli stron. Trzeba zauważyć, że odbiór jest ze strony pozwanego czynnością stanowiącą pokwitowanie spełnienia świadczenia.

Przedstawiciel inwestora św. M. K. zeznał, że zna zakres robót, który miał wykonać powód i według niego tego zakresu nie wykonał. Wskazał jednak, że roboty wobec przechylenia się budynku zostały przerwane. Strony nie rozliczyły zakresu robót wykonanego do tego czasu przez powoda, a który wykonał w stanie surowym ściany zewnętrzne I pietra, słupy, szyb windy, schody. /k-152/. Faktycznie świadek ma rację, że powód nie wykonał umówionego zakresu robót, ale nigdy też powód tak nie twierdził. Wykonał roboty określone protokołem odbioru, które świadek sprecyzował i za nie dochodzi zapłaty. Świadek zeznał też, że ma ogólną wiedzę, iż zapłata miała nastąpić według aneksu, który podpisały strony po wypłacie odszkodowania przez ubezpieczyciela, które miało pokryć koszty katastrofy, która wystąpiła na budowie, lub inwestor otrzyma dalsze kredyty na inwestycje. Odwoływał się do oświadczenia powoda z dnia 31.12.2010 roku, że ten właśnie do chwili wystąpienia takich okoliczności nie będzie domagał się spornej należności / k-56/.

Ta okoliczność faktycznie miała miejsce. Jednak ostatecznie zdanie tegoż oświadczenia stanowiło, że jeżeli pozwany uzyska środki do dalszego finansowania inwestycji natychmiast należność z odsetkami ureguluje./k-56/.

Św. M. K. zeznał, że „na dzień dzisiejszy budynek został naprawiony i druga i trzecia kondygnacja została wybudowana. /k-152/. W tej sytuacji logicznym jest, że inwestor pozyskał środki na dalsze finansowanie inwestycji, a więc zgodnie z przyrzeczeniem o zapłacie należności w takiej sytuacji, zobowiązanie winien wykonać. Fakt pozyskania środków wynika też z zeznań P. D., który zeznał, że w momencie kiedy roboty rozpoczęła inna firma stało się jasne, że uzyskał finansowanie inwestycji.

Św. J. W. także zeznał, że uzyskał 9.600,000,00 zł na inwestycję a więc istniały pełne podstawy do zapłaty należności. Jak wynika z zeznań św. A. N. powód wykonał ściany zewnętrzne budynku na I piętrze z otworami okiennymi, słupy żelbetowe, nadproża nad oknami i drzwiami /k-170 /. Te zeznania wskazują, że jak wynika z pozostałego materiału dowodowego powód faktycznie wykonał szeroki zakres robót do chwili przerwania robót, którego też nikt przez kilka miesięcy nie kwestionował.

Pozwany domagał się na kolejnych etapach postępowania przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego celem ustalenia rzeczywistej wartości robót budowlanych wykonanych przez powoda oraz ich jakości /k-165/. Powoływał się na sprzeczności w tym zakresie zeznań świadków. Dowód ten zdaniem Sądu podlega prekluzji jako nie zgłoszony w sprzeciwie (art. 479<sup>14a</sup>. kpc w brzmieniu przed zmianą przepisów).

Pozwany w sprzeciwie podnosił zarzuty, powstania szkody wobec wadliwego wykonania robót, kar umownych za opóźnienie w wykonaniu robót czy wpływu P.D. na współpracę stron. Podnosił, że powód wykonał roboty niedbale, zatem winien był podnieść wszelkie zarzuty i wskazać dowody.

Poza tym rola biegłego musiałaby się sprowadzić do ustalania stanu faktycznego co jest niedopuszczalne i dowód ten nie może temu służyć. Zgodnie z orzecnictwem opinia biegłego ma być pomocna dla sądu do analizy i oceny faktów zgromadzonych w sprawie przez pryzmat niezbędnej wiedzy z określonej dziedziny, w której specjalizuje się ekspert. Ustalenia faktyczne w ramach opinii mogą być dokonywane tylko o tyle, o ile fakty te są przedmiotem wiedzy specjalistycznej biegłego / Wyrok SN z dnia 17 .11. 1967 sygn.IPR 355/67/.

Sam pozwany przyznaje, że opinia biegłego musiała by być oceną zeznań świadków, co nie jest w kompetencji biegłego. Sad wskazał i dlatego dał wiarę jednym świadkom a wiary tej odmówił innym.

O kosztach procesu orzeczono w myśl zasady zawartej w art. 98 § 1 i § 3 kpc.

Apelację od tego wyroku wniosła strona pozwana, zarzucając:

- naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy:

a/ art. 231 w zw. z art. 233 § 1 kpc, poprzez ich błędne zastosowanie skutkujące uznaniem roszczenia powoda za zasadne i przyjęcie domniemania opartego na wnioskowaniu wbrew zasadom logicznego rozumowania, iż przystąpienie przez pozwanego do kontynuowania dalszych robot budowlanych świadczyło o tym, iż uzyskał on środki finansowe w postaci kredytu, pomimo tego, że pozwany kwestionował okoliczność uzyskania środków finansowych,

b/ art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie, polegające na zaniechaniu dokonania oceny wszystkich dowodów w sposób wszechstronny, z zachowaniem zasad doświadczenia życiowego oraz logicznego rozumowania, polegające m.in. na pominięciu przez Sąd dowodów w postaci zeznań świadków M. K., A. N. i J. W. (1), pism Kierownika Budowy A. N. opisujących stwierdzone wady i odstępstwa od projektu w pracach wykonanych przez powoda, oszacowania wartości wykonanych prac przez rzeczoznawcę T. C. na okoliczność ustalenia rzeczywistej wartości prac wykonanych przez powoda, która rażąco odbiega od żądanej przez powoda należności; pisma z banku z dnia 25 lutego 2011 r. i przyjęciu przez Sąd, iż brak uzyskania dalszego finansowania nie jest istotą sporu, podczas gdy przeprowadzenie tych dowodów było konieczne dla wykazania braku wymagalności roszczenia powoda, oraz poprzez przyjęcie, że pozwany jest zobowiązany do zapłaty względem powoda, pomimo, iż z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika, że roszczenie powoda nie jest wymagalne,

c/ art. 232 zd. 2 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie polegające na nieprzeprowadzeniu i pominięciu dowodu z opinii biegłego na okoliczność wartości robót wykonanych przez powoda, co podnosił pozwany, podczas gdy było to niezbędne i konieczne dla miarodajnej oceny zasadności i wysokości roszczenia objętego powództwem;

d/ art. 479<sup>14a</sup> k.p.c. w zw. z art. 479<sup>14</sup> k.p.c. poprzez ich błędne zastosowanie, polegające na uznaniu, iż dowód z opinii biegłego na okoliczność wartości robót wykonanych przez powoda zgłoszony w piśmie z dnia 21 grudnia 2011 r. podlega prekluzji wobec jego niezgłoszenia w sprzeciwie od nakazu zapłaty z dnia 12 maja 2011 r., podczas gdy potrzeba powołania tego dowodu wynikła później, wskutek rozbieżnych zeznań świadków, co do wartości wykonanych prac oraz zakwestionowania przez powoda ustaleń co do rozliczenia stali mającej pozostać na placu budowy;

- naruszenie przepisu prawa materialnego tj.

a/ art. 455 kc poprzez błędne zastosowanie i przyjęcie, że roszczenie powoda jest wymagalne.

Na tej podstawie wniósł o zmianę wyroku przez oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania, ewentualnie jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny po rozpoznaniu apelacji zważył, co następuje:

Apelacja jest bezzasadna.

Sąd Okręgowy poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, które Sąd Apelacyjny uznaje za swoje oraz trafnie zastosował przepisy prawa procesowego i materialnego.

W pierwszym rzędzie należy rozstrzygnąć kwestię wymagalności roszczenia dochodzonego w pozwie. Gdyby się bowiem okazało, że roszczenie to nie jest wymagalne, to miałyby rację pozwany, że powództwo jest co najmniej przedwczesne.

Prawidłowe rozstrzygnięcie o należnym roszczeniu i odsetkach wymaga ustalenia daty wymagalności roszczenia przy uwzględnieniu art. 455 k.c. (por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2003 r., II CK 146/02, LEX nr 82271).

Przez termin wykonania świadczenia należy rozumieć ostatni dzień, w którym najpóźniej świadczenie powinno zostać spełnione przez dłużnika według treści zobowiązania. Moment ten jest zawsze dniem poprzedzającym dzień wymagalności (M. Lemkowski, glosa do wyroku SN z 24 kwietnia 2003 r., I CKN 316/01, OSP 2005, z. 7-8, poz. 94).

A biorąc pod uwagę, 455 kc biorąc kryterium czasu, w którym dłużnik zobowiązanie powinien spełnić, wyróżnia zobowiązania terminowe i bezterminowe. Niewykonanie zobowiązania w ustalonym terminie naraża dłużnika na zarzuty opóźnienia w wykonaniu zobowiązania lub zarzut popadnięcia w tej sprawie w zwłokę.

Przez pojęcie zobowiązań terminowych rozumiemy zobowiązania, których termin wykonania wynika z treści zobowiązania. Najczęściej źródłem wskazania takiego terminu jest czynność prawna, a przede wszystkim umowa. Termin spełnienia świadczenia może także wynikać z właściwości zobowiązania.

Uważa się, że za bezterminowe nie może być uznane zobowiązanie, w odniesieniu do którego strony w umowie zastrzegły, iż powinno być ono wykonane niezwłocznie. Owa niezwłoczność została przewidziana przez strony w umowie, stąd nie istnieje potrzeba dokonywania po stronie wierzyciela jakichkolwiek zabiegów, od których uzależniony byłby obowiązek dłużnika w postaci spełnienia świadczenia.

W sytuacji gdy na podstawie wskazanych w ustawie parametrów nie da się ustalić terminu spełnienia świadczenia przez dłużnika, przyjęć trzeba, że zobowiązanie ma charakter bezterminowy. W takiej sytuacji dłużnik powinien spełnić świadczenie niezwłocznie po wezwaniu go przez wierzyciela do wykonania. Wezwanie dłużnika przez wierzyciela do wykonania zobowiązania przekształca dotychczasowe zobowiązanie bezterminowe w zobowiązanie terminowe.

Reguły ustalania terminu spełnienia świadczenia w przypadku zobowiązań bezterminowych nie mają zastosowania do umów wzajemnych. Jeżeli w odniesieniu do takich umów strony nie oznaczyły w umowie terminu spełnienia świadczenia, to obowiązuje zasada jednoczesnego spełnienia świadczeń wzajemnych (art. 488 k.c.).

Zasada równoczesności świadczeń, nie doznaje żadnych ograniczeń w dziedzinie umów wzajemnych, wyłączając tym samym możliwość konieczności stosowania art. 455 k.c. Uzasadnione jest zastosowanie tego przepisu, gdy nie jest określony termin spełnienia jednego ze świadczeń wzajemnych (J.P. Naworski, glosa do wyroku SN z 23 października 2001 r., I CKN 323/99, Pr. Sp. 2005, nr 2, s. 43; tenże, glosa do wyroku SN z 15 listopada 1989 r., SN III CRN 354/89, OSP 1991, z. 7-8, poz. 187, Zdzisław Gawlik: Komentarz do KC art. 433, Lex Sędziego i Prokuratora.). Jeżeli zobowiązany z umowy wzajemnej wykonał swoje świadczenie, a nie otrzymał świadczeń wzajemnych w terminach, o których mowa w art. 488 k.c., to nabył on jednocześnie uprawnienia do podjęcia działań w celu przymusowego dochodzenia świadczeń i powództwa o takie świadczenie nie można uważać za przedwczesne.

Strony niniejszego procesu dokonały w dniu 15 czerwca 2010r wspólnego protokólnego odbioru robót, w których określiły ich zakres, dobrą jakość i ustaliły ich wartość na 134.566 zł. Roszczenie powoda stało się zatem wymagalne i tylko od wezwania pozwanego do zapłaty zależało ustalenie terminu płatności. Powód zwlekał z takim wezwaniem do 31.12.2010r, kiedy to wystawił i wręczył pozwanemu fakturę nr (...) w której określił termin zapłaty na 13.01.2011r (k.16). Pozwany nie zakwestionował treści faktury, zatem należy uznać, że dniem zapłaty spornego świadczenia jest 13.01.2011r.

W tej sytuacji oświadczenie wykonawcy, czyli powoda z dnia 31.12.2010r – mający zgodnie z jego formą (pisma) i treścią – jednostronny charakter, należy rozumieć jako zobowiązanie się do powstrzymania się z dochodzeniem roszczenia do czasu uzyskania finansowania przez inwestora bądź generalnego wykonawcę. W pierwszym zdaniu strony skreśliły słowa „kredyt, pożyczka”. Zrozumiałym jest, że brak środków na dalsze finansowanie inwestycji, uniemożliwiłoby pozwanemu zapłatę, a nadto czyniłoby dotychczas wykonane prace przez powoda bezużytecznymi. W przypadku uzyskania dalszego finansowania powyższe motywy tej czynności – będące jej kausą odpadają.

W dodatkowej adnotacji, uczynionej pismem ręcznym na końcu dokumentu, zaznaczono, że „uzyskanie finansowania dotyczy kredytu w banku lub odszkodowania od ubezpieczyciela”. W ocenie Sądu Apelacyjnego, biorąc pod uwagę treść tego dokumentu, jak i wszystkie okoliczności sprawy wynikające z zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym zeznań świadków i stron nie ma żadnych podstaw do stwierdzenia, że powód w ten sposób godził się na odroczenie terminu zapłaty na nieokreśloną przyszłość, co oby oznaczało, że w zasadzie godzi się z tym, że zapłaty w ogóle nie otrzyma. Gdyby „finansowanie” oznaczało tylko „uzyskanie odszkodowania od ubezpieczyciela” to powód mogący czuć się winny powstania szkody, mógłby takie oświadczenie złożyć. Jednak z odszkodowaniem zrównane zostało „uzyskanie kredytu z banku”, który miał zaciągnąć inwestor lub pozwany. Pozwany twierdził, że kredyt nie został udzielony, gdyż Bank (...) postawił dodatkowe warunki (pismo z 25.11.2011r), które były zbyt trudne dla pozwanego. Oznacza to, że pozwany sam z tego kredytu zrezygnował. Jest to zrozumiałe. Skoro bowiem inwestor zapewnił finansowanie z własnych środków, to zaciąganie kredytu byłoby nieopłacalne. Pozwany nie podniósł twierdzeń, że ponoszenie kosztów kredytu (odsetek, prowizji, opłat) byłoby dla niego korzystniejsze, niż skorzystanie z własnych środków, albo, że nie był w stanie spełnić wymogów tego Banku. Zatem dokonał on wyboru i nie zaciągnął kredytu w tym Banku, ani w żadnym innym i nie czynił w tym kierunku starań. Już sama posiadana nieruchomości dawała pozwanemu możliwość uzyskania kredytu hipotecznego na dalsze finansowanie inwestycji. W tej sytuacji brak zaciągnięcia kredytu nie może zwalniać pozwanego z obowiązku zapłaty.

Podniesione w apelacji zarzuty procesowe nie mogą odnieść zamierzonego skutku, przede wszystkim z uwagi na rodzaj i termin czynności procesowych podejmowanych przez stronę pozwaną w postępowaniu pierwszoinstancyjnym.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany oprócz zarzutów i dowodów na okoliczność przedwczesności powództwa dużo miejsca poświęcił wadliwości robót wykonywanych przez powoda tudzież swojego kierownika robót P. D. (2). Nie nadał jednak tym twierdzeniom znaczenia procesowego w postaci konkretnego zarzutu, którego uwzględnienie mogłoby doprowadzić do oddalenia powództwa.

Podniósł, że w związku z pracami powoda poniósł szkodę na ok. 1.000.000 zł (i nawet zastrzegł sobie możliwość powołania w przyszłości na tą okoliczność dowodu z opinii biegłego), a związku z zwłoką przysługuje mu roszczenie o zapłatę kary umownej, niemniej nie przedstawił tych roszczeń do potrącenia, nie oświadczył, że korzysta z uprawnienia z rękojmi do obniżenia wynagrodzenia ani nie zarzucił wprost wadliwości w ustaleniu wysokości wynagrodzenia. Dopiero po odpowiedzi powoda na sprzeciw na rozprawie w dniu 20.06.2011r zakwestionował zakres wykonanych robót, ale nie był w stanie sprecyzować zarzutu i przedstawił do potrącenia wierzytelność wynikającą z kosztów wykonania robót obciążających powoda.

Dopiero w piśmie z dnia 29.06.2011r zakwestionował wartość prac i kwotę wydatkowaną na usunięcie usterek w pracach powoda na kwotę 19.054,15 zł (k.110). W tym momencie najpóźniej pozwany powinien zgłosić dowód z opinii biegłego na okoliczność wartości prac za które powód domagał się wynagrodzenia, ewentualnie wysokości przysługującego obniżenia wynagrodzenia.

Dopiero po rozprawie w dniu 7 grudnia 2011r pozwany w piśmie z dnia 21 grudnia 2011r złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego celem ustalenia rzeczywistej wartości robót budowlanych wykonanych przez powoda do dnia 19 maja 2010r, oraz wartości robót koniecznych do usunięcia wad.

Nie można się zgodzić z pozwanym, że dopiero rozbieżne zeznania świadków dały pozwanemu asumpt do zgłoszenia takiego dowodu. Taki dowód powinien być zgłoszony już w sprzeciwie, gdyż w pozwie powód powoływał się na dobrą jakość prac i ich wartość wynikającą z protokołu odbioru. W końcu pozwany wcześniej powoływał się na wycenę ubezpieczyciela, która jednak nie mogła stanowić podstawy ustaleń, tym bardziej że sam pozwany nie zgadza się z ubezpieczycielem i prowadzi z nim spór. Zasadnie zatem wniosek ten został uznany za sprekludowany.

Niezasadnie powód zarzuca błędną ocenę materiału dowodowego oraz błąd w istotnych ustaleniach faktycznych, leżących u podstaw wydanego orzeczenia. Jak to stwierdził Sąd najwyższy w orzeczeniu z dnia 10 czerwca 1999 roku (II UKN 685/98, OSNAPiUS 2000, nr 17, poz. 655) normy swobodnej oceny dowodów wyznaczone są wymaganiami logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wążąc ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Sąd obowiązany jest przeprowadzić selekcję dowodów, tj. dokonać wyboru tych, na których się oparł i ewentualnie odrzucić inne, którym odmówił wiarygodności i mocy dowodowej. Ocena wiarygodności dowodu zależy od środka dowodowego. Sąd, oceniając wiarygodność, decyduje o tym, czy określony środek dowodowy zasługuje na wiarę, czy też nie.

Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez sąd art. 233 § 1 kpc wymaga wskazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania, lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawne uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów (tak Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 6 listopada 1998 roku, II CKN 4/98, niepubl.). Fakt, że określony dowód został oceniony niezgodnie z intencją skarżącego, nie oznacza naruszenia art. 233 § 1 kpc. Ocena dowodów należy bowiem do sądu orzekającego i nawet w sytuacji, w której z dowodu można było wywieść wnioski innej niż przyjęte przez sąd nie dochodzi do naruszenia art. 233 § 1 kpc. (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dn. 7 czerwca 2006 roku I ACa 1407/2005). Ponadto zwalczenie swobodnej oceny dowodów nie może polegać li tylko na przedstawieniu własnej korzystnej dla skarżącego wersji zdarzeń, ustaleń stanu faktycznego opartej na jego własnej ocenie lecz konieczne jest przy posłużeniu się argumentami wyłącznie jurydycznymi wykazywanie, że wskazane w art. 233 § 1 k.p.c. kryteria oceny wiarygodności i mocy dowodów zostały naruszone, co miało wpływ na wynik sprawy. (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 10 kwietnia 2003 roku, I ACa 1137/2002 ). Sąd Okręgowy poczynił dogłębną ocenę zeznań świadków i stron, którą Sąd Apelacyjny w pełni podziela.

Wierzytelność zgłoszona do potrącenia z uwagi na ograniczenia wynikające z art. 479 (14) § 4 kpc nie mogła zostać uwzględniona, podobnie jak niezgłoszona wierzytelność odszkodowawcza, zatem kwestie tę należy uznawać za nieprzesądzone w niniejszej sprawie.

Biorąc pod uwagę przedstawione argumenty Sąd Apelacyjny oddalił apelację na podstawie art. 385 kpc.

O kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygnięto w myśl zasady odpowiedzialności za wynik sprawy w oparciu o przepisy art. 98 k.p.c , 108 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. oraz § 6 pkt 6 w związku z § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu ( Dz.U. Nr 163, poz.1348) uznając, iż nakład pracy pełnomocnika oraz stopień zawilości niniejszej sprawy uzasadnia przyznanie zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 2700 zł.