

*Sygn. akt I ACa 675/16*

## WYROK

*W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ*

Dnia 15 listopada 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Barbara Górczanowska (spr.)</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SSA Regina Kurek</b> <b>SSA Zbigniew Ducki</b>
Protokolant:	st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska

po rozpoznaniu w dniu 3 listopada 2016 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa Syndyka masy upadłości (...) Sp. z o.o. w K. w upadłości likwidacyjnej

przeciwko Gminie M.

przy interwencji ubocznej po stronie pozwanej I. P.

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 7 marca 2016 r. sygn. akt VII GC 176/14

- 1. oddala apelację;**
- 2. zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 5 400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;**
- 3. oddala wnioski interwenienta ubocznego o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.**

SSA Regina Kurek SSA Barbara Górczanowska SSA Zbigniew Ducki

## UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 15 listopada 2016 r.

(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. wniosła pozew o zasądzenie od pozwanej Gminy M. kwoty 87.426,09 zł z ustawowymi odsetkami od 10 lipca 2014r., tytułem reszty wynagrodzenia za wykonanie robót w ramach umowy z 2 sierpnia 2013r. na budowę przedszkola w B..

Pozwana Gmina wniosła o oddalenie powództwa zarzucając, że w związku z opóźnieniem powoda w realizacji robót odstąpiła od umowy na podstawie art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 635 k.c. i art. 491 k.c., za co naliczyła karę umowną w wysokości 278 547,59 zł, którą potrąciła z wierzytelnością powoda z tytułu wynagrodzenia pismem z dnia 8 lipca 2014 r.

W dniu 24 września 2014r. została ogłoszona upadłość likwidacyjna powoda, w związku z czym dalsze postępowanie było prowadzone z udziałem Syndyka masy upadłości powodowej Spółki.

Do procesu po stronie pozwanego jako interwenient uboczny wstąpiła I. P., projektant objętego umową stron obiektu przedszkola, i także wносиła o oddalenie powództwa.

Wyrokiem z dnia 7 marca 2016r. Sąd Okręgowy w Kielcach Wydział VII Gospodarczy oddalił powództwo; zasądził od Syndyka masy upadłości (...) Spółki z o.o. w K. w upadłości likwidacyjnej na rzecz Gminy M. kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów procesu; zasądził od Syndyka masy upadłości (...) Spółki z o.o. w K. w upadłości likwidacyjnej na rzecz I. P. kwotę 4.475 zł tytułem zwrotu kosztów procesu; nakazał pobranie od Syndyka masy upadłości (...) Spółki z o.o. w K. w upadłości likwidacyjnej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Kielcach kwotę 4.284,22 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne:

W wyniku przeprowadzenia przetargu nieograniczonego Gmina M. zawarła z (...) Spółką z o.o. w K. w dniu 2 sierpnia 2013r. umowę na budowę przedszkola w B.. Dokumentację projektową dla tej inwestycji, na którą składały się projekty budowlano-wykonawcze różnych branż, projekty zamienne, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiary robót na zlecenie inwestora opracowała (...) Projekt (...). Umowa stanowiła, że gdyby okazało się, iż zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych wymagać będzie zmiany dokumentacji projektowej, to wykonawca uzyska na nie zgodę zamawiającego i projektanta i poniesie koszty przeprojektowania a jednocześnie nie będzie to skutkowało zmianą terminu wykonania umowy i wynagrodzenia wykonawcy. Jeżeli dokumentacja projektowa będzie zawierać wady uniemożliwiające prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy, wykonawca miał obowiązek niezwłocznego powiadomienia o tym zamawiającego, który po uzyskaniu stanowiska projektanta i inspektora nadzoru może zmodyfikować zakres świadczenia wykonawcy, w taki sposób, by zrealizowany został cel umowy i zachowane przepisy; jeżeli zaś modyfikacja będzie istotna, strony aneksem zmienią umowę wyodrębniając roboty zamienne i zaniechane (§ (...)ust. (...) ust. (...)umowy). Załącznikiem do umowy był harmonogram rzeczowo-finansowy wyznaczający terminy realizacji elementów robót podlegających częściowym odbiorom. Inwestor dopuścił zmiany harmonogramu pod warunkiem nienaruszalności terminu realizacji umowy określonego na 30 lipca 2014r. (data sporządzenia protokołu odbioru końcowego). W terminie tym wykonawca był obowiązany wykonać obiekt bez wad, skompletować i przekazać wszelkie niezbędne do odbioru dokumenty. Strony określiły możliwość zmiany terminu umowy wskazując między innymi na wstrzymanie lub przerwy w robotach powstałych z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, w tym opóźnień będących następstwem wad w dostarczonej wykonawcy dokumentacji projektowej lub istotnej modyfikacji zakresu świadczenia wykonawcy stwierdzonej aneksem do umowy (§(...) ust. (...) lit.(...) i lit. (...) umowy). Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe wynoszące 2.784.675,87 zł brutto oraz wskazały, że kary umowne będą formą odpowiedzialności wykonawcy za nienależyte wykonanie zobowiązania. Za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy strony przewidziały karę umowną w wysokości odpowiadającej 10% wynagrodzenia umownego. Zamawiający miał prawo potrącać kary na bieżąco z wynagrodzenia, a jeżeli szkoda przewyższyłaby ich wartość, zamawiający mógł dochodzić odszkodowania uzupełniającego. Wykonawca był zobowiązany zapłacić karę umowną w terminie 14 dni od daty doręczenia mu pisemnego wezwania z określoną wysokością kary (...)ust. (...), ust. (...) ust. (...) i (...)W (...)strony ustaliły, że zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy na podstawie art. 145 Prawa zamówień publicznych, a niezależnie od tego w wypadkach

wskazanych w umowie, między innymi w wypadku nieuzasadnionego opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy w stosunku do terminów określonych w umowie lub harmonogramie rzeczowo-finansowym o więcej niż 60 dni. Odstąpienie to winno nastąpić w terminie nie dłuższym niż 7 dni od powzięcia wiadomości o zaistnieniu przesłanki odstąpienia i pod rygorem nieważności winno mieć formę pisemną. Zgodnie z (...)ust. (...) w sprawach nieuregulowanych umową stosuje się kodeks cywilny, prawo budowlane i prawo zamówień publicznych.

Sąd Okręgowy ustalił, że w zakresie istotnym dla rozpoznania sprawy powód zgłaszał następujące rozbieżności w dokumentacji projektowej i błędy projektowe:

1. W grudniu powód powiadomił inspektora nadzoru, że dwaj producenci okien ((...)Sp. z o.o. (...) sp.j.) poinformowali wykonawcę o niemożności wyprodukowania okien w wersji przewidzianej przez projektanta albowiem wymiary skrzydeł przekraczają dopuszczalną powierzchnię możliwą do wykonania. Projekt w tym zakresie obejmował rysunki tych okien i nie zawierał informacji, do których okien winny być zamontowane otwieracze (zamykacze) umożliwiające ich otwieranie z poziomu podłogi. Jednak wykonawca nie zweryfikował ich na etapie postępowania przetargowego i nie zadał zamawiającemu żadnego z tym związanego pytania, chociaż z projektu wynika, że wszystkie górne kwatery okien są oznaczone jako uchylne, co oznacza, że nie można ich uchylać przy zastosowaniu typowej klamki. W dniu 3 stycznia 2014r. projektant udzielił odpowiedzi. Projektant ustalił z jednym z wykonawców okien, że możliwe jest wyprodukowanie okien w wersji zaprojektowanej, jednak wymaga to zastosowania wzmocnionych profili. W dniu 15 stycznia projektant zobowiązał się dostarczyć zamawiającemu skorygowany wykaz stolarki i ślusarki okiennej i ostatecznie projektant dokonał tzw. rewizji - 1 i 21 stycznia dostarczył poprawione zestawienie stolarki okiennej dzieląc część okien na kwatery i wprowadzając mechanizmy otwierania ich górnych części z podłogi. Zamawiający zaś przesłał wykonawcy to zestawienie przy piśmie z 22 stycznia 2014r. Wykonawca przewidywał, że czas realizacji stolarki wyniesie około 4 tygodni. W dniu 6 lutego 2014r. powód zwrócił się do inwestora z pytaniem czy te dodatkowe otwieracze należy wykonać jako robotę dodatkową, na co 14 lutego dostał odpowiedź negatywną albowiem zgodnie z przepisami okna muszą być otwierane z poziomu podłogi. Pomimo tego wykonawca nie przystąpił do zamawiania i montowania otwieraczy lecz dwukrotnie w lutym i marcu zwrócił się do inwestora o modyfikację świadczenia i rozliczenia kosztów związanych z zamontowaniem mechanizmu otwieraczy okien w ramach robót zamiennych lub innego rozwiązania prawnego tej kwestii. Według harmonogramu większość okien i drzwi miała być zamontowane w lutym i marcu 2014r. a reszta w czerwcu i lipcu, co jednak nie nastąpiło. Wykonawca przedstawił w kwietniu nadzorowi inwestorskiemu umowę zawartą 4 kwietnia 2014r. ze spółką (...) na wykonanie i dostawę stolarki PCV w systemie (...) oraz ślusarki aluminiowej wewnętrznej i zewnętrznej w systemie (...) za kwotę 249.075 zł z obowiązkiem uiszczenia przedpłaty w wysokości 30.000 zł w dniu podpisania umowy i 20.625 zł w ciągu 7 dni od jej podpisania pod rygorem wstrzymania robót a także odstąpienia od umowy. Dostawa i montaż miał być zakończony do 30 maja 2014r., przy czym warunkiem terminowej realizacji umowy było wpłata wskazanych powyżej zaliczek. W dniu 11 kwietnia 2014r. powód dokonał przedpłaty w wysokości 30.000 zł a 24 kwietnia 25.583,70 zł. Umowa ta nie została zrealizowana w całości. Powód zamontował jedynie część stolarki PCV o wartości robót 43 984,39 zł.

2. Na spotkaniu w dniu 7 stycznia 2014r. powód zgłosił problem sufitu oraz zadeklarował nadrobienie 2,5 tygodniowego opóźnienia. Na kolejnym spotkaniu wykonawca zadeklarował osiągnięcie stanu zaawansowania robót określonego w harmonogramie na koniec listopada 2013r. i realizację obiektu od lutego zgodnie z harmonogramem. W dniu 26 lutego 2014r. wykonawca wskazał pozwanemu na piśmie, że typ stropu jest źle dobrany a wykonanie lamp wpuszczanych zgodnie z projektem elektrycznym jest niemożliwe albowiem nie jest skoordynowane z rozstawem dźwigarów. Projekt przewidywał strop podwieszony z podwójnym rusztem. W konstrukcji nośnej stropu uwzględniono zabudowy opraw świetlnych wpuszczanych w strop. Wykonanie tego projektu wymagałoby wykonania wokół otworów obramowań w konstrukcji nośnej stropu, obudowania każdej oprawy płytami (...) co spowodowałoby, że konstrukcja stałaby się cięższa, pracochłonna i droższa. Rozwiązanie przewidziane przez projektanta nie było błędne lecz zastosowane przez niego rozwiązanie opraw oświetleniowych wymagało uzupełnienia i przystosowania do aktualnych warunków i założeń realizacyjnych. Projektant w odniesieniu do konstrukcji sufitu wyjaśniał, że w celu zniwelowania różnic w odstępach między dźwigarami i odstępach między profilami głównymi przewidzianymi przez producenta sufitu, przewidział użycie dwóch rusztowań - jeden ruszt pośredni miał być zamontowany do dźwigarów

w takim rozstawie, w jakim były on zaprojektowane, do niego miał być zamontowany drugi ruszt a bezpośrednio do niego sufit w rozstawie przewidzianym przez jego producenta. Następnie jeszcze w styczniu z powodu stanowiska wykonawcy projektant dobrał strop podwieszany na pojedynczym ruszcie - (...)zamiast (...). Ponieważ powód dalej sygnalizował zły dobór systemu sufitu podwieszanego i sposób zamontowania lamp w piśmie z dnia 6 lutego i 26 lutego 2014r. w dniu 7 marca 2014r. projektant zajął ostateczne stanowisko, że jeżeli opcja zamienna według wykonawcy jest niemożliwa do poprawnego wykonania, winien wrócić do rozwiązania pierwotnego. Ostatecznie kierownik budowy zaproponował inne prostsze i tańsze (o 4,92 zł /m) rozwiązanie tej konstrukcji, a projektant wyraził zgodę na modyfikację. Pismem z dnia 1 kwietnia 2014r. wykonawca przedstawił pozwanemu kosztorys wykonania sufitu i zamontowania innych lamp od zaprojektowanych według nowego rozwiązania. W dniu 25 kwietnia 2014r. w odpowiedzi na pismo powoda z 23 kwietnia 2014r. pozwany zaakceptował zmianę stropu podwieszanego oraz zmianę opraw oświetleniowych z wpuszczanych w strop na natynkowe a 6 maja 2014r. zgodę na to wyraził projektant. Jednakże wykonawca w piśmie z tego samego dnia zauważa, że w razie uszkodzenia pokrycia dachowego wykonanego z dachówki rozwiązanie projektu jest niebezpieczne albowiem rozszczelnienie dachu może spowodować zawilgocenie wełny mineralnej i doprowadzić do katastrofy budowlanej i proponuje zmianę projektu.

3. Wykonawca podnosił, że w przedstawionej mu dokumentacji brakuje dokumentacji wykonania przyłącza c.o. i nie ma możliwości wpięcia go w istniejący węzeł ciepłowniczy – przedszkole nie miało własnego zasilania w ciepło lecz przewidziano, że instalacja zostanie wpięta w istniejący już węzeł ciepłowniczy w szkole. Część instalacji c.o. miała być wykonana kwietniu, reszta w czerwcu i lipcu 2014r. Podwykonawca robót w tym zakresie R. L.nie zawarł umowy na wykonanie przyłącza albowiem uważał, że dostarczony szkic projektanta nie uwzględnia nowego stanu instalacji wynikłego z remontu szkoły. Nowy wykonawca wykonał roboty w tym zakresie w oparciu o szkic sporządzony przez projektanta.

4. W piśmie z dnia 15 i 23 kwietnia 2014r. powód zgłosił inwestorowi, że ma problemy ze ślusarką drzwiową w zakresie podziału i funkcji a projektant zaakceptował propozycje wykonawcy w dniu 14 maja 2014r. Pozwany powierzył firmie (...) K. W.nadzór inwestorski,w ramach którego składała ona raporty z realizacji projektu. Wykonawca realizował roboty z opóźnieniem, już w sierpniu i wrześniu opóźnił w stosunku do harmonogramu prace związane z przygotowaniem terenu pod budowę, izolacjami fundamentów i robotami murarskimi wykonując roboty murowe i tynki. W listopadzie 2013r. raport stwierdzał opóźnienie w realizacji robót w stosunku do harmonogramu o cztery tygodnie, wartość niezrealizowanych robót wyniosła 165 275,95 zł. Z uwagi na sprzyjającą pogodę powód wykorzystał grudzień i styczeń jako okres przewidziany umową na przerwę w robotach w celu nadrobienia opóźnień. Dzięki temu uzyskał wartość robót z nadwyżką w stosunku do wartości zaplanowanych w harmonogramie o 31 228,46 zł netto. Na koniec marca 2014r. nadwyżka ta została zniwelowana do poziomu minus 178,64 zł netto. Opóźnienia w stosunku do harmonogramu zaczęły narastać od kwietnia 2014r. by na koniec tego miesiąca osiągnąć kwotę 148 021,74 zł netto niezrealizowanych robót. W miesiącu tym nadzór inwestorski stwierdził, że w odniesieniu do harmonogramu wykonawca nie zrealizował tynkowania i docieplenia ścian zewnętrznych, wznoszenia rusztowań, izolacji tarasów i balkonów, przygotowania terenu pod budowę placu zabaw chodnikami, nie wykonał połączeń wyrównawczych natomiast przeprowadził roboty nieplanowane – podłoga na gruncie, pokrywanie podłóg i ścian. W kolejnym miesiącu wykonawca nie zakończył prac: podłoga, tynkowanie i docieplenie ścian zewnętrznych, tynkowanie ścian wewnętrznych, kładzenie rynien, instalacja odgromowa, wywóz gruzu i śmieci natomiast przeprowadził roboty nieplanowane w postaci wentylacji mechanicznej. Sporządzający raport J. M. ocenił, że bez zwiększenia zaangażowania wykonawcy termin wykonania umowy nie zostanie dotrzymany. Łącznie od rozpoczęcia prac wykonawca przeprowadził roboty o wartości 1 327 083,02 zł, co stanowi 47,66% wartości finansowej całego kontraktu. Wartość tych robót zwiększyła się do minus 368 780,29 zł netto (narastająco), a w czerwcu do minus 935 156,87 zł netto. Według harmonogramu do końca czerwca 2014r. powód miał zrealizować roboty o łącznej wartości 2 080 468,54 zł netto natomiast wykonał prace o wartości 1 145 311,76 zł co stanowi 55% wartości robót. Inwentaryzacja robót zrealizowanych przez powoda wykazała, że następujące roboty budowlane nie zostały wykonane w całości lub części:konstrukcja z betonu zbrojonego – podłoga na gruncie została wykonana w 59%; roboty izolacyjne – ocieplenie stropu ostatniej kondygnacji – 77%; izolacje tarasów i balkonów - 69%; wznoszenie konstrukcji ze stali konstrukcyjnej – 0%; kładzenie rynien – 35%; wznoszenie rusztowań – 9%; instalowanie wind – 0%; tynkowanie ścian wewnętrznych

– 78%; tynkowanie i docieplenie ścian zewnętrznych – 7%; roboty malarskie – 0%; pokrywanie podłóg i ścian – 14%; instalowanie okien i drzwi – 19%; schody i pochylnie zewnętrzne – 67%. Ponadto powód nie dostarczył żadnego wyposażenia. W dniu 4 kwietnia 2014r. Gmina wezwała powoda do zwiększenia tempa prac i sporządzenia programu naprawczego oraz cotygodniowego przedkładania nadzorowi inwestorskiemu raportów o robotach planowanych na dany tydzień wyznaczając 4 kwietnia 2014r. jako dzień złożenia pierwszego raportu oraz oświadczyła, że niewdrożenie programu naprawczego i brak wyraźnego przyspieszenia prac będzie skutkować odstąpieniem od umowy. Zaś na 23 kwietnia 2014r. pozwany wyznaczył spotkanie zobowiązując wykonawcę do przedstawienia na nim dokumentacji obrazującej, że termin wykonania umowy nie jest zagrożony, w szczególności, że wykonawca złożył zamówienia na materiały w branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej, których powód jednak nie przedstawił. Na spotkaniu tym ustalono, że tego samego dnia wykonawca złoży listę problemów uniemożliwiających wykonanie robót zgodnie z harmonogramem, a pozwany bez zwłoki udzielił na nie odpowiedzi. W dniu 18 kwietnia 2014r. wykonawca zawarł umowę z P. L. (...) na dostawę i montaż platformy dla osób niepełnosprawnych i dźwigu towarowego za 99 630 zł. Dostawa dźwigu miała nastąpić w terminie 5 tygodni a platformy w ciągu 8 tygodni od wpłaty zaliczki w kwocie 34 686 zł. Zaliczka zaś miała być płatna w terminie 3 dni od podpisania umowy. Umowa ta nie została wykonana, platformę i dźwig dostarczył a październiku 2014r. nowy wykonawca. Składając wniosek o upadłość wykonawca nie wymienił tej firmy jako swego dłużnika z tytułu zwrotu zaliczek na poczet umowy i nie figuruje ona w wykazie wierzycieli spłaconych na 6 miesięcy przez złożeniem wniosku o upadłość.

Sąd Okręgowy ustalił następnie, że w dniu 30 maja 2014r. powódka wystawiła fakturę za roboty budowlano-montażowe na kwotę 147 409,99 zł i zwróciła się do pozwanego aby z wynagrodzenia tego kwotę 59 983,90 zł zapłacić bezpośrednio jego podwykonawcy w zakresie robót wentylacyjnych. W dniu 30 czerwca 2014r. powódka wystąpiła do Gminy z wnioskiem o zmianę terminu wykonania umowy na 30 października 2014r. z powodu błędów i nieścisłości w dokumentacji projektowej, które powód opisał w załączniku. Do wniosku załączyła podpisany przez reprezentantów powoda projekt aneksu wydłużający termin umowy do 31 października 2014r. Na wniosek ten Gmina nie odpowiedziała lecz pismem z dnia 1 lipca 2014r. złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy na podstawie art. 656 §1 k.c. w zw. z art. 635 k.c. i na podstawie art. 491 k.c. z powodu opóźnienia w realizacji umowy skutkującego brakiem możliwości wykonania umowy w terminie do 30 lipca 2014r. jednocześnie w oświadczeniu tym zażądała zapłaty kwoty 278 467,59 zł z tytułu kary umownej w terminie 7 dni od otrzymania pisma. Powód zakwestionował istnienie podstawy do odstąpienia od umowy i obciążenia go karą umowną. Pismem z dnia 17 lipca 2014r. powód wezwał pozwaną do zapłaty. Z kolei pozwana w piśmie z 21 lipca 2014r. wezwała powoda do zapłaty kary umownej i kolejnym piśmie z tej samej daty, które wpłynęło do powoda 23 lipca 2014r. pozwana podtrzymała swoje stanowisko o słuszności odstąpienia od umowy i skonstatowała, że wezwanie do zapłaty kary umownej jest uzasadnione. W dniu 29 lipca 2014r. powód otrzymał notę księgową obciążającą go kwotą 278 467,59 zł z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy i oświadczenie pozwanego o potrąceniu z wierzytelnością powoda wynikającą z faktury nr (...) swojej wierzytelności w wysokości 278 467,59 zł z tytułu kary umownej i kwotą 59 983 zł zapłaconą podwykonawcy powoda i zażądała zapłacenia Gminie kwoty 191 041,50 zł z tytułu różnicy pomiędzy wierzytelnościami. W toku wykonywania umowy powód obciążył pozwanego fakturami na łączną kwotę 1 408 733,35 zł (wliczając w to fakturę nr (...) będącą przedmiotem roszczenia) a pozwany zrealizował płatności na kwotę 1 259 373,99 zł. Pozwany nie zapłacił z faktury nr (...) kwoty 87 426,09 zł i w całości nie zapłacił należności z faktury nr (...) na kwotę 81 650,33 zł z uwagi na potrącenie z karą umowną, co daje łącznie 169 076,42 zł. Pozwany nigdy nie zarzucał, aby pozwany opóźniał się z płatnościami części wynagrodzenia.

Sąd pierwszej instancji podał, że po odstąpieniu od umowy przeprowadzono inwentaryzację, która wykazała wykonanie robót w 51% przewidywanej wartości. Przeroby zrealizowane przez wykonawcę w stosunku do zaplanowanego harmonogramu wyniosły w kwietniu minus 148 021,74 zł netto, w maju – minus 368 780,20 zł netto, w czerwcu minus 935 156,87 zł netto). Z powodu odstąpienia od umowy i konieczności wyłonienia nowego wykonawcy robót Gmina musiała zwiększyć swój budżet na inwestycje o kwotę 484 057,49 zł. Nowy wykonawca dokończył roboty budowlane na podstawie tej samej dokumentacji projektowej, która dysponował powód. W tym samym czasie powód realizował umowę z Gminą i Miastem C., której także nie wykonał w pierwotnie uzgodnionym terminie i do Gminy zgłaszali się podwykonawcy, którzy nie otrzymali wynagrodzenia. Powód zalegał z płatnościami

za wykonanie przedmiotowej umowy wobec R. L. w kwota 20 000 zł i Ł. R. w kwocie 30 000 zł. W dniu 29 sierpnia 2014r. wykonawca złożył do Sądu Rejonowego w K. wniosek o ogłoszenie upadłości obejmującej likwidację majątku powołując się na odstąpienie Gminy M. od umowy i nałożenie kary umownej i niepowodzenia starań o zawarcie indywidualnych układów z wierzycielami spółki. Na 23 sierpnia 2014r. zobowiązania spółki wynosiły 1 230 285,90 zł, przy czym wierzytelności wymagalne w 2014r. wynosiły 1 064 416,18 zł, w 2013r. – 70 925,98 zł, w 2012r.- 43 351,35 i starsze – 51 592,39 zł.

Powyższe ustalenia faktyczne doprowadziły Sąd Okręgowy do przekonania o bezzasadności powództwa. Sąd podkreślił, że przedmiotem sporu była skuteczność złożenia przez stronę pozwaną oświadczenia z dnia 1 lipca 2014r. o odstąpieniu od umowy z powodem albowiem na tej podstawie pozwany potrącił karę umowną z niekwestionowanym co do zasady i wysokości wynagrodzeniem powoda. Umowa przewidywała że zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy na podstawie i w trybie wskazanym w art. 145 PZP, a niezależnie od tego w wypadku nieuzasadnionego nie rozpoczęcia realizacji robót albo przerwy w nich w ciągu 30 dni roboczych, nieuzasadnionego opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy w stosunku do terminów określonych w umowie lub harmonogramie rzeczowo-finansowym o więcej niż 60 dni, niewykonywania robót zgodnie z umową, sztuką budowlaną, przepisami oraz gdy wystąpią okoliczności powodujące rozwiązanie lub likwidację wykonawcy. Pozwany odstępując od umowy wskazał, że czyni to na podstawie art. 656 §1 w zw. z art. 635 k.c., czyli z powodu opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem lub wykończeniem obiektu tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym t.j. do 30 lipca 2014r. oraz na podstawie art. 491 k.c., który upoważnia do odstąpienia w wypadku zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, jeżeli wyznaczono dłużnikowi odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu wierzyciel będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Zdaniem Sądu Okręgowego, w odniesieniu do tej drugiej podstawy odstąpienia od umowy na uwzględnienie zasługiwał zarzut powoda, że jest ono bezskuteczne albowiem inwestor nie wyznaczył wykonawcy odpowiedniego dodatkowego terminu do zintensyfikowania prac. Jak wynika z treści pisma z 4 kwietnia 2014r. inwestor żądał jedynie dostarczania cotygodniowych raportów z postępu prac, czego nie można utożsamiać z udzieleniem dodatkowego terminu do skorygowania opóźnienia w wykonywaniu robót. Jednakże strona powodowa zarzucała przede wszystkim, że strony w umowie enumeratywnie wyznaczyły okoliczności uprawniające zamawiającego do odstąpienia od umowy, jak również zmodyfikowały ustawowe prawo do odstąpienia na podstawie art. 635 k.c. ograniczając je do wypadków wskazanych w umowie, a strona pozwana składając oświadczenie o odstąpieniu nie oparła się na tych okolicznościach, wskutek czego brak było podstaw do naliczenia kary umownej za odstąpienie. Sąd Okręgowy nie podzielił tego stanowiska podkreślając, że uprawnienia do odstąpienia od umowy przyznane zarówno w przepisach ogólnych dotyczących wykonania i skutków niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych, jak i w przepisach normujących dany typ umowy, stanowią środek odpowiedzialności kontraktowej wprowadzony ustawą i mają charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznaczałoby niemożność ich wyłączenia umową (M. J., Przedwczesne zakończenie umowy o roboty budowlane, (...), P. M., Uprawnienia kształtujące w zobowiązaniowych stosunkach prawnych (w: O Źródłach i elementach stosunków cywilnoprawnych. Księga pamiątkowa ku czci Prof. Alfreda Kleina, str. 260, G. Tracz, Sposoby jednostronnej rezygnacji z zobowiązań umownych, Oficyna 2007). Przeciwny pogląd został wypowiedziany w wyroku SA w Poznaniu (20.02.2010r., I ACa 1051/10), z tym że sformułowanie to padło w kontekście rozważań, że strony przewidziały dla skuteczności odstąpienia obowiązek poprzedzającego je wezwania do wykonania prac określonych umową, co modyfikowało rozwiązanie przyjęte w ustawie i Sąd wskazał, że przepis ten i art. 491 k.c., art. 492 k.c. podlegają modyfikacji umownej w szerokich granicach, w jakich stanowią ius dispositivum, z czego można by wnosić, że Sąd odróżnia elementy tych przepisów względnie i bezwzględnie obowiązujące. Nawet gdyby jednak teoretycznie przyjąć możliwość wyłączenia art. 635 k.c. to nie sposób jednak podzielić stanowiska powoda, że(...) zastąpiły rozwiązanie przewidziane w art. 635 k.c. uprawnieniem zamawiającego do odstąpienia od umowy w wypadku, gdy wykonawca bez uzasadnionych przyczyn nie rozpocznie realizacji przedmiotu umowy w ciągu 30 dni od przekazania mu placu budowy lub przerwie ich realizację i nie podejmie przez okres kolejnych 30 dni albo dopuści się nieuzasadnionego opóźnienia w realizacji umowy w stosunku do terminów określonych w umowie lub harmonogramie o więcej niż 60 dni. Te wypadki wskazane w umowie mają na celu zapobiegnięcie nieuzasadnionym opóźnieniom lub przerwom w wykonywaniu przedmiotu umowy, niezależnie od tego jaki wpływ mogłyby one mieć na osiągnięcie celu umowy. Jak to wielokrotnie podkreślał

powód, zależało mu na terminowym wykonaniu umowy albowiem prowadził zapisy do przedszkola na rok szkolny 2014/2015, dlatego celem umowy było oddanie obiektu w terminie, który umożliwiłyby przyjęcie dzieci od 1 września 2014r. Trudno w takim wypadku przyjmować, że powód pozbawiłby się uprawnienia do odstąpienia od umowy na wypadek zagrożenia osiągnięcia tego celu. Nielogicznym byłoby przyjęcie, że pozwany mógłby odstąpić od umowy na przykład w sytuacji, gdyby powód po przekazaniu mu placu budowy nie przystąpił do robót w ciągu 30 dni, chociażby opóźnienie to mógł następnie nadrobić, natomiast nie mógłby odstąpić od umowy, gdyby powód na przykład w drugiej połowie czerwca lub w lipcu 2014r. przerwał na stałe wykonywanie robót i nie zamierzał dokończyć obiektu. Z tych przyczyn Sąd Okręgowy uznał, że powód zachował prawo do odstąpienia od umowy na podstawie i zgodnie z warunkami przewidzianymi w art. 635 k.c., zatem bez potrzeby wyznaczania wykonawcy robót dodatkowego terminu.

W ocenie Sądu Okręgowego przesłanki odstąpienia od umowy wskazane w powołanym przepisie zostały przez pozwanego wykazane, nawet gdyby przyjąć, że opóźnienie w wykończeniu obiektu o którym w nim mowa musi być zawinione przez wykonawcę. Przepis ten bowiem nie jest jednolicie interpretowany. Jedno stanowisko zakłada, że uprawnienie do odstąpienia od umowy jest niezależne od zawinienia wykonawcy, inne zaś, szczególnie prezentowane w judykaturze, że wymaga jednak takiego zawinienia. Bez rozstrzygnięcia tego problemu teoretycznie wskazać należy na potrzeby rozstrzygnięcia, że w tym wypadku tylko zawinione przez wykonawcę opóźnienie się w dokończeniu przedmiotu umowy mogłoby uzasadniać obciążenie go karą umowną. Zatem należało ocenić, czy wykonawca ponosił odpowiedzialność za opóźnienie i czy miało ono taki charakter, że uniemożliwiało wykończenie obiektu budowlanego w terminie. Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego początkowe opóźnienie zostało nadrobione w grudniu i styczniu, od kwietnia zaczęły narastać a w czerwcu nastąpiło załamanie się wykonawstwa. Opóźnienie to było oceniane w stosunku do harmonogramu, który wbrew stanowisku powoda wyznaczał terminy realizacji poszczególnych etapów, z tym, że mógł być zmieniany pod warunkiem nienaruszenia końcowego terminu wykonania umowy. Niedotrzymanie terminu w stosunku do harmonogramu było przyczyną do odstąpienia od umowy w warunkach wskazanych w umowie, a jeżeli chodzi o odstąpienie na podstawie ustawy, to niewątpliwie harmonogram służył do oceny okresu opóźnienia i jego wpływu na możliwość dochowania terminu zakończenia robót. Powód dążył do udowodnienia, że opóźnienia wykonawstwa powstały z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający, który dostarczył mu dokumentację projektową zawierającą błędy projektowe i nieścisłości. Opierając się na opinii biegłego Sąd pierwszej instancji stwierdził, w sprawie nie można mówić o zaistnieniu błędów projektowych. Kwestionowane przez powoda rozwiązania, zwłaszcza w zakresie stolarki okiennej i drzwiowej, podwieszanego sufitu i opraw świetlnych oraz braku dokumentacji na wpięcie instalacji c.o. do już istniejącej w innym obiekcie, były dopuszczone przez prawo i możliwe do wykonania i nie nosiły znamion błędu oraz nie uniemożliwiły dotrzymania umownego terminu oddania gotowego obiektu przedszkola. I tak, jeżeli chodzi o ostatnią wymienioną kwestię braku pełnej dokumentacji wykonawczej odnoszącej się do wykonania przyłącza c.o., to według biegłego został on przesłany wykonawcy w marcu 2014r., czemu powód zaprzeczył i Sąd nie ustalił tej okoliczności zgodnie ze stanowiskiem biegłego. Nie ma to jednak znaczenia dla rozstrzygnięcia albowiem instalacja c.o. miała być wykonywana częściowo w kwietniu (wartość robót 15 517,79 zł) a zasadniczo w czerwcu i lipcu (wartość robót 30 000 zł, 27 668,88 zł), powód wykonał je w 24,5 % i twierdził, że powyższy problem zgłosił inwestorowi około 15 stycznia 2014r. jednakże okoliczności tej nie wykazał. Nie podnosił tej kwestii w piśmie z 3 stycznia 2014r., 20 stycznia 2014r., 21 lutego 2014r., 24 lutego 2014r., 26 lutego 2014r., 17 marca 2014r., 1 kwietnia 2014r., 15 kwietnia 2014r., 23 kwietnia 2014r. ani na spotkaniu służbowym 7 stycznia 2014r., 15 stycznia 2014r. . 6 maja 2014r. ani w korespondencji elektronicznej. Jak wynika z zeznań R. W. problem ten został zgłoszony mu na budowie w związku z czym projektant opracował szkic określający sposób wpięcia się w istniejący węzeł ciepłowniczy, z tym że mógł on nie być przekazany wykonawcy. Sąd Okręgowy wskazał, że powód nie zawarł nawet umowy z R. L. na wykonanie przyłącza dlatego trudno mówić, że nieudostępnienie mu szkicu przyczyniło się do opóźnienia. Gdyby była to pilna kwestia, to powód zawarłby ją w licznych pismach kierowanych do inwestora albo monitował na spotkaniach służbowych a dowodów na to brakuje, a następnie zawarłby umowę z dotychczasowym wykonawcą instalacji c.o. lub inną osobą. Aktywność wykonawcy skupiła się głównie na kwestii okien, które według niego nie były możliwe do wykonania zgodnie z projektem z uwagi na zły podział kwater. Powód przedstawił jednak tylko opinie dwóch producentów okien, którzy uważali, że wymiary skrzydeł przekraczają dopuszczalną powierzchnię możliwą do wykonania, chociaż projektant znalazł producenta gotowego wykonać okna według projektu, z tym że wymagało to wzmocnienia profili. Ponadto z projektu wynikało, że ona w

górnym kwaterach są uchylne, a projekt nie uwzględniał tzw. zamykaczy (otwieraczy) umożliwiających uchylanie okna z poziomu podłogi, co oznaczało konieczność używania drabinki lub innego podwyższenia. Na liczne monity wykonawcy ostatecznie projektant zmodyfikował projekt, który niewątpliwie został wykonawcy dostarczony wraz z pismem pozwanego z 22 stycznia 2014r. Gdyby powód od razu złożył zamówienie, to okna byłyby gotowe najpóźniej na przełomie lutego i marca albowiem sam przewidywał okres ich wykonania na 4 tygodnie, czyli opóźnienie w robotach dotyczyło jednego miesiąca i wartości robót 67 348,66 zł z zakładanej 276 129,49 zł netto. Sąd Okręgowy podkreślił, że powód zamiast zamówić okna zaczął z pozwanym prowadzić korespondencję w celu modyfikacji umowy i uznania, że konieczność zamontowania otwieraczy a potem odpowiednich okuć jest robotą dodatkową i zakończył ją dopiero po odpowiedzi negatywnej udzielonej przez inwestora w dniu 20 marca 2014r. Z tego należy wnosić, że zwłoka ze złożeniem zamówienia miała swoje źródło w rozszyciach finansowych wykonawcy. Sąd pierwszej instancji podkreślił, że biegły wskazywał w opinii, że opóźnienie to obciąża wykonawcę, który już na etapie przetargu winien był zapoznać się z dokumentacją i złożyć zapytania ofertowe do producentów. Weryfikacja tej dokumentacji umożliwiłaby powodowi wykrycie nieścisłości i zadanie zamawiającemu pytań, co nie miało miejsca. Powód z kolei, przytaczając orzecznictwo wskazywał, że wykonawca nie ma obowiązku weryfikacji dokumentacji projektowej i inwestor nie może na niego przerzucać odpowiedzialności za właściwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia. Jednakże, wykonanie okien w wersji zaprojektowanej nie było fizycznie niemożliwe a faktyczny brak w dokumentacji projektowej dotyczył jedynie pominięcia otwieraczy. Nawet gdyby zgodnie z tym stanowiskiem przyjąć, że opóźnienie obciąża inwestora to nie zmienia to rozstrzygnięcia w sprawie. Pierwsze sygnały dotyczące tej kwestii powód zgłosił w grudniu 2013r. chociaż już w październiku od wybranych przez siebie producentów dowiedział się o problemach z produkcją okien w zaprojektowanej wersji. Potem po uzyskaniu rewizji projektu zamówił okna ze zwłoką, co daje już około dwa miesiące opóźnienia. Jednak harmonogram rozkładał te roboty na kilka miesięcy. Zatem to, czego powód nie wykonał w lutym, mógł wykonać w marcu a to, co było zaplanowane na marzec, mógł wykonać w kwietniu, który to miesiąc był przewidziany na przerwę w tych robotach, wówczas opóźnienie by zniwelował. Sąd pierwszej instancji zgodził się z opinią biegłego, że roboty dotyczące drzwi i okien stanowią dużą wartość w całej inwestycji, powód winien być przygotowany do poniesienia kosztów zaliczki na produkcję, zapłatę przed dostawą i zapłatę po montażu. Tymczasem powód zawarł umowę z producentem dopiero na początku kwietnia nie wyjaśniając dlaczego zwlekał z tym o ponad miesiąc. Co więcej, umowy tej nie zrealizował prawidłowo albowiem opóźnił wpłatę przedpłaty i zaliczki. Przedpłata w wysokości 30 000 zł miała zostać uiszczona w dniu podpisania umowy a kwota 20 625 zł w ciągu 7 dni od jej podpisania pod rygorem wstrzymania robót a także odstąpienia od umowy. Tymczasem pierwszej wpłaty dokonano 11 kwietnia zamiast 4 kwietnia a drugiej 24 kwietnia zamiast 11 kwietnia 2014r. kolejne płatności miały nastąpić po dostawie i prawdopodobnie została zrealizowana tylko jedna dostawa albowiem na w rozrachunkach z B. jest jeszcze jedna płatność z 6 czerwca 2014r, na kwotę 20 000 zł. Nie wiadomo z jakich przyczyn umowa nie została wykonana, w każdym razie nie są to okoliczności obciążające inwestora lecz wykonawcę, który na podstawie art. 474 k.c. odpowiada za działania i zaniechania osób, z których pomocą wykonuje zobowiązanie. Z kwestią tą związany był również zarzut wykonawcy dotyczące niedopasowania otworów drzwiowych do stolarki drzwiowej. Jednak Sąd zauważył, że to powód wykonywał roboty murowe pozostawiając określone otwory drzwiowe zatem winien był to skoordynować z przewidywanymi przez producentów wymiarami drzwi. W tej mierze Sąd Okręgowy w całej rozciągłości podzielił stanowisko biegłego i interwenienta ubocznego, że nie jest to żaden błąd projektowy, który uzasadniałby niedotrzymanie terminu.

Sąd pierwszej instancji wskazał następnie, że wykonawca zgłaszał także wątpliwości co do przyjętego przez projektanta rozwiązania w zakresie sufitu podwieszanego i mocowanych w nim opraw oświetleniowych. Sąd podzielił opinię biegłego, że rozwiązanie to nie było wadliwe. Rzeczywiście rozstaw profili mocujących sufit nie odpowiadał rozstawowi dźwigarów jednak, co pomija powód, w celu zniwelowania tej rozbieżności, projekt przewidywał podwójny a nie pojedynczy ruszt. Także możliwe było zamocowanie wpuszczanych opraw świetlnych. To z inicjatywy wykonawcy projektant wyraził zgodę na zmiany w tym zakresie albowiem rozwiązanie zaproponowane przez wykonawcę było mniej pracochłonne i tańsze, niemniej odsuwało to w czasie wykonanie sufitu i oświetlenia, nie ma jednak powodu, by winić za to inwestora lub projektanta, skoro pierwotne rozwiązanie nie było błędne. Sąd Okręgowy podkreślił, że według umowy, gdyby okazało się, iż zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych wymagać będzie zmiany dokumentacji projektowej, to wykonawca uzyska na nie zgodę zamawiającego i projektanta i poniesie koszty



przeprojektowania a jednocześnie nie będzie to skutkowało zmianą terminu wykonania umowy i wynagrodzenia wykonawcy. Gdy jednak powód uzyskał zgodę inwestora na zmianę, to zaczął krytykować projekt za to, że przewiduje pokrycie dachu dachówką i ocieplenie wełną mineralną i bezskutecznie domagał się jego zmiany, co wskazuje, że już wtedy rzeczywistą jego intencją było wymuszenie na inwestorze przesunięcia terminu wykonania umowy. Dopiero gdy próba ta nie powiodła się, powód wystąpił oficjalnie z pisemną prośbą o zmianę terminu wnosząc o wydłużenie go z 30 lipca do 31 października 2014r., a to oznacza, że sam wykonawca ocenił, że nie ukończy robót w terminie, co umożliwiło pozwanemu odstąpienie od umowy na podstawie art. 635 k.c. Powód w związku z tym, że w oświadczeniu o odstąpieniu inwestor wskazał, że zwłoka wykonawcy wynosi ponad 60 dni twierdził, że okoliczność ta nie została wykazana i podkreślał, że była to tylko propozycja, a w czasie negocjacji możliwe było przyjęcie krótszego terminu. Podnosił też, że chociaż wykonał jedynie 51% wartości robót na 15 dni przed zakończeniem umowy, to nie miało to istotnego znaczenia albowiem do wykonania zostały mu tylko roboty wykończeniowe o wartości 178 700 zł, a resztę z przerobu przewidzianego na okres od maja do 15 lipca 2014r. w kwocie 1 156 858,61 zł stanowiły dostawy. Jednakże powód nie wykazał, że zawarł z dostawcami umowy pozwalające na realizację wyposażenia. Sama umowa na dostawę windy i platformy mogła być wykonana w 8 tygodni od wpłacenia zaliczki przez powoda. Chociaż powód zawarł umowę na piśmie 18 kwietnia a 21 musiał uiścić zaliczkę, umowa nie została wykonana. Powód nie udowodnił że do dnia odstąpienia od umowy wpłacił zaliczkę. Gdyby nawet tak było, to wobec niewykonania umowy służyłoby powodowi roszczenie o zwrot zaliczki, tymczasem powód nie wymienił tego kontrahenta jako swojego dłużnika w załącznikach do wniosku o ogłoszenie upadłości. Już ta okoliczność wskazuje, że powód nie mógł wykonać umowy z opóźnieniem nie przekraczającym 60 dni lecz z większym i dlatego postulował jej wydłużenie o 3,5 miesiąca.

Odnosząc się do kary umownej Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi poprzez zapłatę określonej sumy. Orzecznictwo przyjmuje możliwość zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy. Z możliwości tej strony skorzystały przewidując za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy karę umowną w wysokości odpowiadającej 10% wynagrodzenia umownego. Powód podkreślał, że strony uzgodniły w umowie enumeratywne okoliczności uzasadniające naliczenie kar umownych, przy czym w sytuacji odstąpienia od umowy, tylko z przyczyn zależnych od wykonawcy. Możliwość naliczenia kar umownych zachodziła więc jedynie wtedy, gdy odstąpienie od umowy nastąpiło na podstawie (...)umowy, a nie w wypadku odstąpienia na podstawie przepisów kodeksu cywilnego. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, treść umowy nie daje podstaw do takiego wniosku. Wynika z niej tyle tylko, że kara jest należna w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy i nie ogranicza tego uprawnienia tylko do odstąpienia z przyczyn wskazanych w umowie. Strona powodowa wskazała, że w sytuacji niepodzielenia jej argumentów, Sąd winien zmiarkować karę. Zgodnie z art. 484 § 2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Zdaniem Sądu Okręgowego nie zaistniały przesłanki zmiarkowania kary albowiem trudno przyjąć, by wykonanie umowy w 51% odpowiadało pojęciu „znacznej części” i w istotnym zakresie zaspokajało interes wierzyciela, na który sąd już w uzasadnieniu wskazywał, tym bardziej, że dokończenie inwestycji zmuszało go do wyłonienia nowego wykonawcy w drodze przetargu. Nie ma również podstaw do uznania wysokości kary za rażąco wygórowaną w sytuacji, gdy stanowiła ona 1/10 wynagrodzenia. Kara w takiej wysokości nie była rażąco wygórowana ani na etapie zawierania umowy ani na etapie odstąpienia od niej, przyjmuje się bowiem że kara może zostać uznana za rażąco wygórowaną z powodu dalszych okoliczności pojawiających się na etapie realizacji, jak na przykład znikomości szkody wierzyciela, a tym nie można mówić. Kara umowna ma wyrównać nie tylko szkodę majątkową w postaci strat i utraconych korzyści, ale również wszelkie inne także niematerialne uszczerbki. Pozwany na skutek nienależytego wykonywania zobowiązania przez powoda poniósł zarówno szkodę majątkową albowiem musiał podnieść wynagrodzenie za dokończenie robót, jak i szkodę wizerunkową z powodu nieuruchomienia przeszkolą o czasie. Te okoliczności nie dają podstaw do miarkowania kary.

Odnosząc się do zarzutu nieskuteczności potrącenia z wynagrodzeniem powoda kary umownej za odstąpienie od umowy Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 498 k.c., gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelnością drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności

są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub innym organem państwowym. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się do wysokości niższej. Potrącenie jest czynnością materialnoprawną dokonywaną przez oświadczenie złożone drugiej stronie, które wywołuje skutek niezależnie od woli uprawnionego do wierzytelności objętej potrąceniem i od chwili złożenia go w taki sposób, aby druga strona mogła zapoznać się z jego treścią. Nie wymaga ono zachowania określonej formy, z tym że musi pochodzić od uprawnionej strony i wyrażać wolę ukształtowania stosunku prawnego w sposób określony w art. 498 § 2 k.c. W ocenie Sądu Okręgowego warunkom tym odpowiada oświadczenie o potrąceniu złożone przez Gminę w dniu 29 lipca 2014r. Sąd wskazał również, że w chwili złożenia tego oświadczenia, wbrew twierdzeniom strony powodowej, zaistniał stan potrącalności albowiem wierzytelność pozwanego była także wyrażona w pieniądzu i wymagalna. Wymagalność wierzytelności oznacza, że wierzyciel ma możliwość żądania od dłużnika, aby ten spełnił swoje świadczenie i jest to pierwsza chwila, z upływem której wierzyciel może domagać się spełnienia świadczenia przez dłużnika. Zgodnie z art. 455 k.c. następuje wraz z nadejściem terminu spełnienia świadczenia. Termin ten zaś może być określony w ustawie, czynności prawnej lub wynikać z natury zobowiązania. W przedmiotowej sprawie strony postanowiły w umowie, że wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kary umownej w terminie 14 dni od daty doręczenia pisemnego wezwania z określoną wysokością kary przez zamawiającego (...)). Z tego wynika, że kara była płatna 22 lipca 2014r. albowiem wezwanie do jej zapłaty zostało zamieszczone już w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy, które najpóźniej musiało być wykonawcy doręczone 7 lipca 2014r. albowiem wtedy wystosował on pismo kwestionujące uprawnienie do odstąpienia od umowy i nałożenia na niego kary umownej. W wezwaniu tym, zgodnie z przywołanym postanowieniem umowy, wskazano wysokość kary umownej, która odpowiadała 10% wynagrodzenia wykonawcy i z pisma pozwanego wynika, że nie budziło jego wątpliwości na jakiej podstawie umownej karę tę wyliczono. W tym stanie rzeczy oświadczenie pozwanego o potrąceniu z 29 lipca 2014r. miało za przedmiot wymagalną wierzytelność wyrażoną w pieniądzu. Zachowana zatem została określona sekwencja zdarzeń, gdzie obowiązek spełnienia świadczenia wynikający ze stanu jego wymagalności poprzedza złożenie przez uprawnionego prawnokształtującego oświadczenia o potrąceniu. Sąd Okręgowy skonstatował więc, że pozwana Gmina dokonała prawidłowego i skutecznego potrącenia kary umownej przysługującej jej na podstawie(...) z wynagrodzeniem powoda z faktury nr (...), co na podstawie art. 483 k.c. w zw. z art. 498 k.c. prowadzi do oddalenia powództwa. O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 §1 i 3 k.p.c. Ponieważ zaliczka uiszczona przez stronę nie wystarczyła na wydatki związane z opinią biegłego i stawieniem świadków na podstawie art. 113 ust. 1 w zw. z art. 98 §1 k.p.c. nakazano pobranie od powoda kwoty 4 284,22 zł.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniosła strona powodowa - Syndyk masy upadłości (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K., zaskarżając go w całości. Zaskarżonemu wyrokowi strona powodowa zarzuciła:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to:

a) art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 5 k.c. poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji błędne przyjęcie, iż pozwany dokonał prawidłowego i skutecznego odstąpienia od umowy z dnia 2 sierpnia 2013 roku Nr (...), podczas gdy okoliczności złożenia oświadczenia w przedmiocie odstąpienia, nakazują potraktowanie go jako sprzecznego z zasadami współzycia społecznego w postaci rzetelnego postępowania i lojalności względem kontrahenta gospodarczego, co skutkuje nieważnością dokonanej czynności prawnej i wyłącza możliwość dochodzenia przez pozwanego kary umownej z tytułu odstąpienia;

b) art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 5 k.c. poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji błędne przyjęcie, iż pozwany dokonał prawidłowego i skutecznego odstąpienia od umowy z dnia 2 sierpnia 2013 roku Nr (...), podczas gdy złożenie przedmiotowego oświadczenia spowodowało konieczność wyłonienia nowego wykonawcy i zwiększenia budżetu na inwestycję polegającą na budowie Przedszkola w B. o kwotę 484.057,49 zł, co przy uwzględnieniu publicznego charakteru rzeczony inwestycji prowadzi do uznania wskazanego zachowania za sprzeczne z zasadą gospodarności środkami publicznymi;

c) art. 635 k.c. w zw. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż powód opóźniał się z wykończeniem przedmiotu Umowy tak dalece, że nie było prawdopodobne, iż zdoła go ukończyć w czasie właściwym, a w konsekwencji uznanie, iż pozwany skutecznie odstąpił od umowy z dnia 2 sierpnia 2013 roku Nr (...), obciążył

powoda karą umowną, podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy - w szczególności dowód z opinii biegłego - w żadnej mierze nie wykazał zaistnienia tych okoliczności, mimo iż zgodnie z art. 6 k.c. ciężar dowodowy w tym zakresie ciążył na powodzie.

d) art. 65 k.c. przez błędną wykładnię zapisu § (...) ust. (...) Umowy z dnia 2 sierpnia 2013 roku Nr (...)nieuprawnione przyjęcie, iż wykonanie sufitu według innego niż przewidziane w projekcie rozwiązanie, jest równoznaczne z „zastosowaniem materiałów i urządzeń równoważnych” przewidzianych w ww. zapisie, a w konsekwencji brak jest podstaw do zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy, podczas gdy przyjęta przez strony modyfikacja w zakresie konstrukcji sufitu, nastąpiła na skutek zgodnych uzgodnień stron, co tym samym implikuje po stronie wykonawcy uprawnienie do wnioskowania o zmianę terminu Umowy;

e) art. 65 k.c. przez błędną wykładnię zapisu § (...) ust. (...)łączącej strony Umowy i nieuprawnione przyjęcie, iż zmiana dokumentacji w zakresie stolarki i ślusarki okiennej należała do rozwiązań równoważnych, podczas gdy w rzeczywistości obarczona była wadą, która uniemożliwiała prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy, a działania podjęte w celu dostosowania rozwiązań projektowych w tym zakresie, uprawniały powoda do wnioskowania o zmianę terminu zakończenia przedmiotuumowny.

f) art. 96 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze, poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że pozwany w oparciu o art. 498 k.c. skutecznie dokonał potrącenia przysługującej mu wierzytelności z wierzytelnością powoda, co skutkowało oddaleniem powództwa w całości, podczas gdy pozwany winien był zgłosić swoją wierzytelność do masy upadłości i wówczas złożyć stosowne oświadczenie o potrąceniu; a w konsekwencji powyższego

g) art. 61 i 62 Prawa Upadłościowego i Naprawczego (dalej PUiN), w rezultacie czego doszło do zubożenia masy upadłości a tym samym pokrzywdzenia wierzycieli upadłego;

2. naruszenie przepisów prawa procesowego, a to:

a) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegające na dowolnym i fragmentarycznym rozważeniu materiału dowodowego, wyrażającym się w przyjęciu, iż:

- złożenie przez powoda zamówienia na stolarkę okienną dopiero w kwietniu 2014 r. zamiast od razu po dostarczeniu zmodyfikowanego projektu w tym zakresie - co nastąpiło w dniu 22 stycznia 2014 r. - miało swoje źródło w wysuwanych przez powoda roszczeniach finansowych, podczas gdy po tej dacie - aż do akceptacji stolarki PCV przez inspektora nadzoru pismem z dnia 14.03.2014 r. - strony uzgadniały dalsze kwestie związane z wykonaniem stolarki m.in. dodatkowe parametry w zakresie akustyki i współczynników ciepła, dodatkowe zamykacze.

- obowiązkiem powoda było skoordynowanie z przewidywanymi przez producentów wymiarami drzwi, podczas gdy wykonanie przez powoda otworów drzwiowych nastąpiło zgodnie z dokumentacją projektową, zaś zlecenie na produkcję dostawę i montaż stolarki drzwiowej, w normalnym toku realizacyjnym, stanowi czynność następczą po wykonaniu tychże robót.

- wystąpienie przez powoda do pozwanego z pisemną prośbą o zmianę terminu wykonania przedmiotu Umowy, o wydłużenie go z 30 lipca do 31 października 2014 r. jest równoznaczne z oceną wykonawcy, że nie ukończy robót w zakontraktowanym terminie.

b) art. 278 w zw. z art. 233 k.p.c. poprzez bezkrytyczne przyjęcie opinii biegłego, pomimo wynikających z niej niejasności, braków i uchybień, a w konsekwencji wyprowadzenie na jej podstawie wadliwych wniosków, sprowadzających się do przyjęcia, iż stwierdzone wady dokumentacji projektowej, nie miały wpływu na powstałe opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy;

c) art. 227 w zw. z art. 162 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku dowodowego o powołanie dowodu ze sprawdzającej opinii biegłego, co skutkowało oparciem rozstrzygnięcia na niepełnej, nielogicznej i niezgodnej z doświadczeniem życiowym opinii biegłego sądownego B. N..

3) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez:

a) brak wyjaśnienia w treści uzasadnienia wyroku przyczyn, z uwagi na które, Sąd I instancji odmówił słuszności argumentacji powoda, w przedmiocie sprzeczności dokonanego przez pozwanego odstąpienia od umowy z zasadami współżycia społecznego, które to wyjaśnienie w kontekście zaistniałego w sprawie stanu faktycznego miało istotne znaczenie;

b) zaniechania wskazania powodów, dla których Sąd I instancji oddalił wniosek powoda o sprawdzającą opinię biegłego, co w konsekwencji znacznie utrudniło, a wręcz uniemożliwiło dokonanie kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia;

Z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby Sąd nie uwzględnił powyższych zarzutów i uznał, że odstąpienie od umowy było skuteczne a tym samym zaktualizowało się uprawnienie pozwanego do obciążenia powoda karą umowną, zaskarżonemu rozstrzygnięciu powód zarzucił naruszenie art. 484 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i niezmiarkowanie kary umownej naliczonej przez pozwanego w sytuacji, gdy kara ta w relacji do żadanego przez powoda wynagrodzenia była rażąco wygórowana, bowiem przekraczała dochodzone w przedmiotowym postępowaniu sądowym wynagrodzenie ponad trzykrotnie. ;

Na podstawie art. 381 k.p.c. powód wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu ze zgłoszenia wierzytelności Towarzystwa (...) S.A. z dnia 5 grudnia 2014 r., na okoliczność wypłacenia na rzecz Gminy M. kwoty 139.233,79 zł i zgłoszenie tejże kwoty w postępowaniu upadłościowym(...)Sp. zo.o. w upadłości likwidacyjnej, wskazując, iż potrzeba powołania się na ww. dokument wynika dopiero na aktualnym etapie.

Powołując się na przedstawione zarzuty powód wnosił o zmianę wyroku w zaskarżonym zakresie i uwzględnienie w całości żądania powoda określonego w pozwie ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Kielcach, ze zobowiązaniem tegoż Sądu do dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu ze sprawdzającej opinii biegłego z zakresu budownictwa, zgodnie ze zgłaszanym przez pełnomocnika powoda wnioskiem; zasądzenie na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów postępowania apelacyjnego, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja powoda nie znajduje uzasadnionych podstaw. Podniesione w niej zarzuty są nietrafne i nie wykazujące wadliwości wydanego wyroku. Sąd Okręgowy poczynił bowiem prawidłowe ustalenia faktyczne, wyrażając oceny, które nie pozostają w sprzeczności z zasadami logiki rozumowania czy doświadczenia życiowego i nie wykazują błędów natury faktycznej. Dokonana przez Sąd pierwszej instancji ocena dowodów nie nasuwa zastrzeżeń gdyż nie wykracza poza uprawnienia wynikające z przepisu art. 233 § 1 k.p.c. Zarzut dowolnego i fragmentarycznego rozważenia materiału dowodowego, jest nieuzasadniony. Sąd Okręgowy odniósł się bowiem do wszystkich dowodów, jakie w sprawie były przeprowadzone i opierał się na całokształcie tego materiału a nie wybiórczo, jak chciałby apelujący. Przypomnieć jednak należy, że aby zarzut naruszenia przepisu art. 233 k.p.c. mógł być uznany za skutecznie postawiony wykazać trzeba, iż Sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu Sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że postawienie zarzutu obraży art. 233 § 1 k.p.c. nie może polegać na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego przyjętego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów; skarżący może tylko wykazywać, posługując się wyłącznie argumentami jurystycznymi, że Sąd rażąco naruszył ustanowione w wymienionym przepisie zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów i że naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2000 r., I KKN 1169/99, OSNC 2000/7-8 poz. 139

i z dnia 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000, OSNC 2000/10 poz. 189). Jeżeli jednak z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadził wnioski logicznie poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego, a swoje stanowisko jasno i przekonująco uzasadnił, to taka ocena dowodów nie narusza zasady swobodnej oceny dowodów przewidzianej w art. 233 k.p.c., choćby dowiedzione zostało, że z tego samego materiału dałoby się wysnuć równie logiczne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego wnioski odmienne. Nie jest przy tym wystarczająca sama polemika naprowadzająca wnioski odmienne, lecz wymagane jest wskazanie, w czym wyraża się brak logiki lub uchybienie regułom doświadczenia życiowego w przyjęciu wniosków kwestionowanych. (wyrok SN z dn. 27 września 2002 r. IV CKN 1316/00 – lex nr 80273).

Analizując materiał dowodowy pod kątem zarzucanych uchybień, Sąd Apelacyjny doszedł do przekonania, że nawet jeśli materiał ten dawał podstawę do częściowo odmiennych ustaleń w kierunku postulowanym przez skarżących, to Sąd odwoławczy ma ograniczone możliwości ingerencji w dokonane na podstawie omówionych dowodów, a zwłaszcza dowodów osobowych, gdzie zasada bezpośredniości ma zasadnicze znaczenie dla ustaleń faktycznych. Zmiana ustaleń nastąpić może zupełnie wyjątkowo, w razie oczywistej błędności oceny materiału mającego jednoznaczny wymowę (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 listopada 2003 r., IV CK 183/02, LEX nr 164006). Taka sytuacja nie wystąpiła w niniejszej sprawie. Sąd Okręgowy omówił szczegółowo materiał dowodowy i ustalone na jego podstawie okoliczności faktyczne związane z realizacją umowy, a przedstawione wnioski nie budzą zastrzeżeń.

W szczególności nie zasługują na uwzględnienie zarzuty dotyczące oceny opinii biegłego. Opinia biegłego podlega, tak jak inne dowody, ocenie według art. 233 § 1 k.p.c., jednakże co odróżnia ją pod tym względem, to szczególne dla tego dowodu kryteria oceny, które stanowią: poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania sformułowanego w niej stanowiska oraz stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, a także zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej. Jakkolwiek opinia biegłych jest oparta na wiadomościach specjalnych, to podlega ona ocenie sądu w oparciu o cały zebrany w sprawie materiał, a zatem, na tle tego materiału, koniecznym jest stwierdzenie, czy ustosunkowała się ona do wynikających z innych dowodów faktów mogących stanowić podstawę ocen w opinii zawartych oraz czy opierając się na tym materiale w sposób logiczny i jasny przedstawia tok rozumowania prowadzący do sformułowanych w niej wniosków (zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2015 r., IV CSK 275/14). Wskazać również należy, iż sąd nie jest obowiązany dążyć do sytuacji, aby opinia biegłego przekonała strony sporu. Wystarczy zatem, że opinia jest przekonująca dla sądu, który wiążąco ocenia, czy biegły wyjaśnił wątpliwości zgłoszone przez stronę.

Odnosząc się do zarzutu, że wnioski biegłego, iż stwierdzone wady dokumentacji projektowej nie miały wpływu na powstałe opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy są wadliwe, należy stwierdzić, że nie jest to zarzut uzasadniony. W opinii z września 2015 r. (karta 485-504) biegły wskazał, że z 17-tu problemów zgłoszonych przez wykonawcę, 10 zostało rozwiązanych na poziomie inspektora nadzoru i kierownika budowy bez udziału projektanta, a z Dziennika Budowy nie wynika, by te problemy wstrzymywały realizację robót. Pozostałych problemów także, zdaniem biegłego, nie można uznać za wady projektowe mające wpływ na terminowość wykonywania robót, bowiem zostały przez projektanta niezwłocznie skorygowane, co umożliwiło realizację robót. Biegły odniósł się także do zastrzeżeń zgłoszonych przez powoda w tym zakresie, w opinii uzupełniającej (karta 682), gdzie wyjaśnił, iż będący przedmiotem umowy obiekt przedszkola nie należał do budów skomplikowanych pod względem rozwiązań architektonicznych, konstrukcyjnych, robót wykończeniowych, wyposażenia, itp. Zwrócił uwagę, że analiza dokumentacji z całego okresu realizacji robót wskazuje, iż wykonawca w żadnym okresie rozliczeniowym nie wykonał pełnego zakresu robót zaplanowanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym, przez co nakłady na wykonawstwo robót się skumulowały i powód w ostatnim okresie nie dysponował odpowiednimi środkami na zaliczki. Biegły podtrzymał nadto stanowisko, że w zakresie stolarki okiennej projektant dostarczył poprawione rysunki 3 stycznia 2014 r., po której to dacie nie było już przeszkód technicznych do ulokowania zlecenia na wykonanie stolarki, jednakże wykonawca zwlekał z tym do marca i nie uiszczył w terminie wszystkich zaliczek. Biegły zwrócił przy tym uwagę w opinii zasadniczej, że już na etapie ofertowania powinien być wytypowany przyszły podwykonawca tego zakresu robót, a ponieważ roboty te stanowiły dużą wartość całej inwestycji, wykonawca powinien być przygotowany na poniesienie w stosownym czasie kosztów. Biegły składał ponadto wyjaśnienia na rozprawie w dniu 22 lutego 2016 r. (karta 707v-708), kiedy to odpowiadał na

pytania pełnomocników stron, w tym powoda. Stwierdził wówczas, że dokumentacja znajdująca się w aktach sprawy była wystarczająca do wykonania robót, a wszelkie zmiany, do których zazwyczaj dochodzi na budowie, powinny być ujęte w dokumentacji powykonawczej. Odnosząc się z kolei do przedstawionej przez powoda już po zamknięciu rozprawy „oceny technicznej” sporządzonej przez mgr inż. S. Ż. (karta 734-735) należy stwierdzić, że istotne nie jest to, że projektant dokonywał korekty projektu lecz to, czy wprowadzone poprawki przyczyniły się do opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy. Z opinii biegłego B. N. wynika jednoznacznie, że wprowadzane przez projektanta zmiany i uzupełnienia projektu nie miały wpływu na powstanie opóźnienia bowiem wszelkie roboty mogły zostać wykonane w założonym terminie.

W tych okolicznościach Sąd Apelacyjny nie doszukał się podstaw do uwzględnienia zarzutów skarżącego odnośnie bezkrytycznego przyjęcia opinii biegłego przez Sąd pierwszej instancji. Jakkolwiek Sąd Okręgowy nie przedstawił w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku swojej oceny opinii biegłego, to jednak skoro oparł na niej swoje rozstrzygnięcie, należy uznać że podzielił zarówno ustalenia jak i wnioski opinii wydanej przez biegłego, posiadającego niewątpliwie wiedzę fachową. Powodowi - tak w postępowaniu pierwszo-instancyjnym, jak też odwoławczym - nie udało się skutecznie podważyć walorów dowodowych tej opinii, która wraz z ustnymi wyjaśnieniami złożonymi przez biegłego na rozprawie tworzyły spójną i logiczną całość, a nadto - korespondowała z pozostałym materiałem dowodowym w postaci zeznań świadków i dokumentów. W ocenie Sądu Apelacyjnego opinia biegłego B. N. jest fachowa i w pełni przydatna dla potrzeb orzekania w sprawie. Z uwagi na powyższe brak też było podstaw do uwzględnienia wniosku dowodowego dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego. W judykaturze nie jest bowiem sporne, że sam fakt wydania niekorzystnej dla strony opinii oraz jej niezadowolenie z tego stanu rzeczy, nie stanowi podstawy do uzupełnienia postępowania dowodowego o opinię kolejnego biegłego (kolejnych biegłych). Podstawy takiego uzupełnienia nie stanowi także subiektywne przekonanie strony, że kolejna opinia pozwoli na udowodnienie korzystnej dla niej tezy (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 1974 r., sygn. II CR 5/74, LEX nr 7407 i z dnia 18 października 2001 r., sygn. IV CKN 478/00, LEX nr 52795). Sąd może jedynie w takim wypadku, jeżeli w świetle złożonej opinii lub pozostałego materiału dowodowego nasuną mu się wątpliwości co do trafności wniosków płynących z opinii, zażądać opinii innego biegłego (wyrok Sądu Najwyższego z 7 marca 2013 r., II CSK 422/12, LEX nr 1314390; wyrok Sądu Najwyższego z 16 stycznia 2014 r., IV CSK 219/13, LEX nr 1460980). W niniejszej sprawie takie wątpliwości po stronie Sądu Okręgowego nie powstały, zatem do uwzględnienia wniosku powoda nie było żadnych podstaw.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Sąd pierwszej instancji art. 328 § 1 k.p.c. należy wskazać, że przepis ten określa zakres koniecznej treści uzasadnienia wyroku, które powinno zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a mianowicie ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów na których się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. Jego naruszenie wchodzi w grę jedynie wówczas, gdy uzasadnienie wyroku nie zawiera wszystkich elementów w nim wskazanych, wykazuje braki, a co jednocześnie przekłada się na wynik sprawy. Uchybienie temu przepisowi może być zaś ocenione jako mogące mieć istotny wpływ na wynik sprawy w sytuacjach tylko wyjątkowych, do których zaliczyć można takie, w których braki w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej są tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostaje nieujawniona bądź ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej ocenie instancyjnej. Sytuacja zaś taka w tym przypadku nie ma miejsca. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawiera wszystkie wymienione wyżej elementy, odzwierciedla i ujawnia w dostatecznym stopniu tok procesu myślowego i decyzyjnego Sądu Okręgowego, a tym samym pozwala na kontrolę tego procesu przez Sąd Apelacyjny.

Przechodząc do zarzutów naruszenia przepisów prawa materialnego należy wskazać, że w niniejszej sprawie powód domagał się zasądzenia części wynagrodzenia za roboty budowlane, których wykonania pozwana Gmina nie kwestionowała. Nie kwestionowała także wysokości wynagrodzenia objętego fakturą nr (...) z 30 maja 2014r. na kwotę 147 409,99 zł. Pozwana zarzucała jednakże, że wiarygodność powoda z tytułu wynagrodzenia w dacie wniesienia pozwu nie istniała bowiem została umorzona wskutek złożonego oświadczenia o potrąceniu wiarygodności pozwanej z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie powoda (art. 498 § 1

k.c.). Wprawdzie oświadczenie o potrąceniu ma charakter konstytutywny, jednakże sama wola potrącającego - bez spełnienia przesłanek określonych w art. 498 § 1 k.c. - nie ma mocy umorzenia wierzytelności (M. Pyziak-Szafnicka (w:) System prawa prywatnego, t. 6, s. 1132 i n.). Jeżeli wierzytelności przedstawione do potrącenia nie spełniają wymaganych przesłanek w momencie złożenia oświadczenia o potrąceniu, to w świetle art. 498 § 1 k.c. nie mogą być one objęte potrąceniem, a w konsekwencji nie dotyczy ich skutek potrącenia, o którym mowa w art. 498 § 2 k.c. (wyrok SN z dnia 7 listopada 2013r., V CSK 554/12 - LEX nr 1412627). Na stronie, która powołuje się na potrącenie spoczywa zatem obowiązek wykazania w procesie odpowiednimi dowodami, że potrącenie objęte jej oświadczeniem złożonym poza procesem było skuteczne. Powinna więc wykazać, że potrącana wierzytelność istniała i była wymagalna.

Z powyższego wynika więc, że w niniejszym sporze winno być wykazane istnienie wierzytelności pozwanej Gminy z tytułu objętej potrąceniem kary umownej, co oznacza wykazanie przesłanek odpowiedzialności powoda. Pozwaną obciążał zatem obowiązek wykazania, że zaistniały podstawy do odstąpienia od umowy, na jakie powoływała się w oświadczeniu z dnia 1 lipca 2014 r. oraz że przyczyny odstąpienia obciążają stronę powodową, co dawało pozwanej podstawę do obciążenia jej karą umowną. Dalszą kwestią jest wykazywanie przez powoda okoliczności, z których miałyby wynikać, że przyczyny te nie zostały przez niego zawinione.

Jak wynika z ustaleń Sądu Okręgowego, w oświadczeniu z dnia 1 lipca 2014 r. pozwana Gmina jako podstawę odstąpienia podała przepisy art. 635 k.c. i art. 491 k.c., powołując się na opóźnienie w realizacji umowy skutkujące brakiem możliwości wykonania umowy w terminie do 30 lipca 2014r. Trafnie Sąd pierwszej instancji wskazał, że gdyby odstąpienie nastąpiło wyłącznie w oparciu o przepis art. 491 k.c., byłoby bezskuteczne albowiem inwestor nie wyznaczył wykonawcy odpowiedniego dodatkowego terminu, co jest warunkiem koniecznym. Sąd przyjął jednak, że zaistniały podstawy do odstąpienia od umowy w oparciu o powołany przepis art. 635 k.c., który ma zastosowanie niezależnie od treści postanowień umowy stron, jako że uprawnienia do odstąpienia od umowy przyznane zarówno w przepisach ogólnych dotyczących wykonania i skutków niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych, jak i w przepisach normujących dany typ umowy, stanowią środek odpowiedzialności kontraktowej wprowadzony ustawą i mają charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza niemożność ich wyłączenia umową. Ze stanowiskiem tym nie można się jednak w całości zgodzić. Istotnie, przepis art. 635 k.c. ma na podstawie art. 656 § 1 k.c. odpowiednie zastosowanie do umowy o roboty budowlane (por. uchwałę składu 7 sędziów SN z 11 stycznia 2002 r., III CZP 63/2001, OSNC 2002, nr 9, poz. 106). Stanowi także *lex specialis* w stosunku do normy zawartej w treści art. 491 k.c., w związku z czym zamawiający może od zawartej umowy odstąpić bez wyznaczania terminu dodatkowego w sytuacji, gdy przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, aby zdołał je ukończyć w umówionym czasie. Jednakże wbrew stanowisku Sądu Okręgowego, przepis ten ma charakter dyspozytywny, strony mogą zatem odmiennie ustalić przesłanki oraz skutki wykonania prawa odstąpienia (tak: P.Drapała (w): „Kodeks Cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania.” pod red. J.Gudowskiego, LexisNexis 2013). W przypadku art. 635 k.c. przesłanką odstąpienia jest kwalifikowana postać opóźnienia, tzn. ma ono być tak duże, by w danych okolicznościach nie było możliwe nadrobienie postępu prac w dodatkowym terminie i nie sposób oczekiwać, aby ich ukończenie mogło nastąpić w takim czasie, by cel zobowiązania mógł zostać osiągnięty. Sposób dokonywania oceny nie został przez ustawodawcę skonkretyzowany, więc w tym wypadku trzeba wziąć pod uwagę wszelkie okoliczności mogące mieć wpływ na rezultat zobowiązania. W przedmiotowej sprawie strony przewidziały prawo odstąpienia od umowy m.in. w wypadku nieuzasadnionego opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy w stosunku do terminów określonych w umowie lub harmonogramie rzeczowo-finansowym o więcej niż 60 dni. Tym samym należy przyjąć, że strony określiły kryteria oceny wystąpienie wysokiego prawdopodobieństwa niedochowania terminu końcowego. Przyjęcie takiego stanowiska uzasadnia także treść pisma pozwanej Gminy z dnia 1 lipca 2014 r., zawierającego oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Pozwana powołuje się w nim bowiem na termin 60 dni („Powyższy stan faktyczny pozwala jednoznacznie stwierdzić, iż w chwili obecnej realizacja przedmiotowej inwestycji nie jest możliwa, zaś powstała z waszej winy zwłoka wynosi ponad 60 dni”). Wprawdzie w oświadczeniu tym nie wskazano konkretnego opóźnienia w stosunku do harmonogramu, jednakże nie pozbawia to możliwości dowodzenia przez pozwaną, że takie opóźnienie wystąpiło albowiem ciężar dowodu zaistnienia wskazanych okoliczności z art. 635 k.c. spoczywa na zamawiającym (art. 6 k.c.). Jak wynika z ustaleń Sądu Okręgowego dokonanych przede wszystkim w oparciu o dokumenty, okoliczności niniejszej sprawy pozwalały na ocenę, że powód nie dochowałby terminu

umówionego na oddanie przedmiotu umowy i cel umowy nie zostałyby osiągnięty. Tym celem niewątpliwie było przekazanie przedszkola do użytku w dniu 1 września 2014 r. Już z samego wniosku powoda o przedłużenie terminu umowy wynika, że nie zdołałby ukończyć budowy w czasie umówionym a bez znaczenia jest, czy nastąpiłoby to do 30 października 2014r., jak proponował w wymienionym piśmie powód, czy też wcześniej. Niemniej jednak powód nie wykazał ani nawet nie twierdził, że wykonanie w pierwotnie umówionym terminie, lub nawet przed dniem 1 września 2014 r. było przez niego możliwe lub nawet prawdopodobne. Wręcz przeciwnie, ustalenia Sądu Okręgowego, których powód nie zakwestionował ani nie podważył, wskazują, że opóźnienia były tak znaczne, że uniemożliwiały wykonanie przedmiotu umowy w umówionym terminie. Przykładowo, Sąd pierwszej instancji ustalił na podstawie wniosku powoda o ogłoszenie upadłości i wykazu wierzycieli spłaconych na 6 miesięcy przez złożeniem wniosku o upadłość, że zaliczka na poczet dostawy i montażu platformy dla osób niepełnosprawnych i dźwigu towarowego nie została przez powoda uiszczona do czasu odstąpienia przez pozwanego od umowy, co uniemożliwiało wykonanie umowy zawartej w dniu 18 kwietnia 2014r. z P. L. (...). Prowadzi to do wniosku że, zważywszy na czas realizacji umowy o dostawę dźwigu wynoszący 8 tygodni, umowa z pozwaną Gminą nie mogła zostać wykonana w terminie umówionym. Sąd Okręgowy zwrócił także uwagę, że chociaż znaczna część niewykonanych przez powoda robót na datę odstąpienia od umowy stanowiły roboty wykończeniowe oraz dostawy wyposażenia, to jednak brak było podstaw do przyjęcia, że powód złożył zamówienia u dostawców, bądź by urzeczywistnienie tych zamówień było realne (np. poprzez wpłatę zaliczek), a zważywszy na czas ich realizacji, powód nie mógł wykonać umowy z opóźnieniem nie przekraczającym 60 dni. Dodatkowo wskazać należy, że dokonana po odstąpieniu od umowy inwentaryzacja robót potwierdziła stan ich zaawansowania na poziomie 51%, co także wskazuje na niemożność wykonania umowy w umówionym terminie.

Jak wyżej wskazano, ustalenie Sądu Okręgowego, że powstałe opóźnienie w wykonaniu robót nie pozwalało na przyjęcie, że zostaną one zakończone w czasie umówionym, było prawidłowe i znajdujące odzwierciedlenie w materiale dowodowym sprawy. Należy zaznaczyć, że według literalnego brzmienia przepisu nie jest konieczne opóźnienie zawinione przez przyjmującego zamówienie, niemniej jednak prawo odstąpienia nie powstaje, gdy przyczyna opóźnienia leży po stronie zamawiającego (wyrok Sądu Najwyższego z 21 września 2006 r., I CSK 129/2006, LexisNexis nr 2050317). Wbrew stanowisku powoda brak jest podstaw do przyjęcia, że przyczyną opóźnienia były wady dostarczonej przez pozwanego dokumentacji projektowej. Jak wyżej wskazano, z opinii biegłego B. N. jednoznacznie wynika, że dokumentacja projektowo-wykonawcza „Budowa Przedszkola w B.” nie zawierała wad, które by uniemożliwiały wykonanie oferty i realizację inwestycji, a wszystkie zgłaszane problemy były rozwiązane poprzez wprowadzenie na bieżąco zmian i uzupełnień, i nie wstrzymywały wykonywania robót. Tym samym brak było po stronie zamawiającego przyczyn, dla których termin zakończenia inwestycji przewidziany umową nie mógłby zostać dotrzymany. Z materiału dowodowego nie wynika też, że powodowy wykonawca mógł w normalnym toku czynności dokończyć przedmiot umowy w przepisany terminie, a tylko w takim wypadku oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie wywołałoby skutku odstąpienia.

Dalsze skutki odstąpienia zależne są od tego, czy przyjmujący zamówienie ponosi odpowiedzialność za opóźnienie z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła. Tylko w razie przesądzenia tej odpowiedzialności zamawiający jest uprawniony do żądania naprawienia szkody zgodnie z art. 494 in fine lub żądania zapłaty kar umownych, o ile zostały ustalone w umowie stron. Strony w umowie ustaliły, że za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy zapłaci on zamawiającemu karę umowną w wysokości odpowiadającej 10% wynagrodzenia umownego. Zgodnie z ustaleniami Sądu Okręgowego, do odstąpienia od umowy doszło na skutek opóźnienia w wykonywaniu umowy przez wykonawcę, zatem przyczyny leżały po jego stronie. Brak było zatem podstaw do przyjęcia, że powód za opóźnienie nie odpowiada.

Nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 65 § 1 k.c. w sformułowanej przez skarżącego postaci. Powód upatruje go w błędnej wykładni § (...) ust. (...) umowy stron z dnia 2 sierpnia 2013 roku Nr (...), według którego w przypadku, gdy okaże się w toku wykonywania przedmiotu zamówienia, że zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych wymagać będzie zmiany dokumentacji projektowej, wykonawca uzyska na te zmiany zgodę zamawiającego i projektanta oraz poniesie koszty związane z przeprojektowaniem; konieczność przeprojektowania nie skutkuje zmianą terminu wykonania przedmiotu umowy i wynagrodzenia należnego wykonawcy. Jednakże z okoliczności



sprawy nie wynika, by strony odmiennie interpretowały powyższy zapis lub by Sąd Okręgowy rzeczywistą treść umowy ustalił inaczej niż rozumiały go strony. Tymczasem wykładnia oświadczeń woli polega na ustaleniu ich znaczenia, czyli sensu. Ma ona na celu ustalenie właściwej treści regulacji zawartej w oświadczeniu woli. Należy przy tym zaznaczyć, że sens oświadczeń woli ujętych w formie pisemnej, czyli wyrażonych w dokumencie, ustala się, przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu. W procesie jego interpretacji podstawowa rola przypada językowym regułom znaczeniowym, które w spornym przypadku są jasne. Skarżący w istocie nie tyle kwestionuje dokonaną przez Sąd Okręgowy wykładnię treści umowy, co ocenę znaczenia zmian w projekcie obiektu w zakresie konstrukcji sufitu i w zakresie stolarki i ślusarki okiennej, dla dotrzymania terminu wykonania przedmiotu umowy. Strona powodowa zarzuca bowiem, że przyjęta przez strony modyfikacja w zakresie konstrukcji sufitu nastąpiła na skutek zgodnych uzgodnień stron, a to uprawniało wykonawcę do wniosku o zmianę terminu umowy oraz że wadliwe zaprojektowanie stolarki okiennej uniemożliwiało prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy, co w obu przypadkach przyczyniło się do powstania opóźnienia. Tymczasem okoliczności te zostały przez Sąd Okręgowy ocenione na podstawie dowodu z opinii biegłego B. N., o czym wyżej była już mowa. Biegły ten stanowczo stwierdził, że konieczność zmian w zakresie konstrukcji sufitu oraz stolarki okiennej, nie uniemożliwiła powodowi wykonania przedmiotu umowy w umówionym terminie. Biegły przeanalizował całą udostępnioną mu dokumentację budowy, w tym harmonogram rzeczowo-finansowy i jednoznacznie stwierdził, że uzgodnienia dotyczące dokumentacji projektowej w zakresie zgłaszanych przez powoda problemów oraz zmiany w projekcie, zostały dokonane niezwłocznie i w takich terminach, które nie miały wpływu na powstanie opóźnienia po jego stronie. Tymczasem powód w żadnym miesiącu rozliczeniowym nie wykonał pełnego zakresu robót zaplanowanych w harmonogramie, co także miało wpływ na powstałe spiętrzenia robót i brak płynności finansowej powoda. Argumentacja przedstawiona przez Sąd Okręgowy w tym zakresie jest bardzo obszerna i Sąd Apelacyjny nie widzi potrzeby jej powtarzania, akceptując jego stanowisko.

Odnosząc się do zarzutu nieważności oświadczenia pozwanej Gminy o odstąpieniu od umowy jako sprzecznego z zasadami współzycia społecznego w postaci rzetelnego postępowania i lojalności względem kontrahenta gospodarczego, należy wskazać, że jest to zarzut nieuzasadniony. Istotnie, w orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie prezentowano pogląd, iż umowa naruszająca zasady uczciwego obrotu oraz lojalności wobec kontrahenta może być uznana za sprzeczną z zasadami współzycia społecznego, jednakże dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy do ukształtowania stosunków umownych w sposób wyraźnie krzywdzący dla jednej ze stron doszło przy świadomym lub tylko spowodowanym niedbalstwem wykorzystaniu przez drugą stronę swojej silniejszej pozycji, przy znacznej intensywności pokrzywdzenia drugiej strony (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2005 r., II CK 692/04, LEX nr 567657; z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 478/07, LEX nr 371531; z dnia 14 stycznia 2010 r., IV CSK 432/09, OSP 2011, Nr 3, poz. 30; z dnia 2 marca 2012 r., II CSK 351/11, M. Pr. Bank. 2012/12/20-28, LEX nr 1163193 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 1993 r., III CZP 27/93, OSNC 1993, nr 7-8, poz. 135). W okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób jednak przyjąć, by odstąpienie od umowy przez pozwaną Gminę z powodu opóźnienia po stronie wykonawcy w realizacji przedmiotu umowy, naruszało te zasady. Apelujący upatruje naruszenie tych zasad w tym, że do odstąpienia do umowy doszło na krótki czas przed upływem terminu wykonania umowy. Jednakże jak wynika z ustaleń Sądu Okręgowego, inwentaryzacja wykazała zaawansowanie robót w 51%-ach, zatem trudno przyjąć, by wypowiedzenie umowy w tych okolicznościach naruszało zasady współzycia społecznego.

Sąd Apelacyjny nie znalazł także podstaw do zakwestionowania stanowiska Sądu pierwszej instancji w przedmiocie miarkowania kary umownej należnej pozwanej Gminie od powoda. Zgodnie z art. 484 § 2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej. To samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Pojęcie rażącego wygórowania kary umownej jest zwrotem niedookreślonym, brak jednoznacznego wskazania kryteriów rozstrzygających o nadmiernej wysokości kary ma na celu uelastyczenie stosowania konstrukcji miarkowania. Sąd ma zatem możliwość dostosowania przyjętych kryteriów oceny do występujących postanowień kontraktowych dotyczących kary umownej, do okoliczności faktycznych i skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Najbardziej ogólnym kryterium oceny jest stosunek pomiędzy wysokością kary umownej, a wartością całego zobowiązania głównego. Przyjmuje się także, że w tym przypadku należy się kierować stosunkiem tej kary do należnego uprawnionemu odszkodowania, które należałoby się mu na zasadach ogólnych, a nie relacją kary do świadczenia głównego, do interesu wierzyciela oraz do szkody (J. J.:

Kara umowna, Wyd. Wolters Kluwer 2006, str. 331-332 i 334-335). Z konstrukcji drugiej przesłanki, tj. wykonania zobowiązania w znacznej części wynika natomiast, że punktem odniesienia jest pełne wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Trzeba jednak podkreślić, że zmniejszenie kary z powołaniem się na tę przesłankę zależy od konkretnych okoliczności faktycznych, które pozwalają ocenić czy, i ewentualnie w jakim stopniu, częściowe wykonanie robót przed popadnięciem w zwłokę zaspokajało interes wierzyciela. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r. II CSK 318/10, LEX nr 784914, OSNC-ZD 2011/4/80).

Powyższe na gruncie niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, iż Sąd pierwszej instancji nie miał podstaw do miarkowania przedmiotowej kary umownej na podstawie art. 484 § 2 k.c. Nie można bowiem uznać, że powód wykonał zobowiązanie w znacznej części. Skarżący nie kwestionował ustaleń faktycznych, z których wynika, że stopień zaawansowania finansowego robót w dacie odstąpienia od umowy wynosił 51%. Zarzucał jedynie, że do odstąpienia doszło przed upływem miesiąca do daty oddania przedmiotu umowy. Jednakże ta okoliczność nie jest istotna ze względu na możliwość miarkowania kary umownej, zwłaszcza jeśli pozwana Gmina poniosła szkodę. Przede wszystkim szkoda pozwanej wyrażała się w tym, iż wobec nie wykonania przez powoda robót w znacznej części, została zmuszona do ponownego przeprowadzenia przetargu na wykonanie prac, których nie wykonał powód. W okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób też uznać, iż potrącona przez pozwaną kara umowna jest rażąco wygórowana. Kara umowna stanowi 10% wartości całego umówionego wynagrodzenia, zatem mieści się w powszechnie stosowanych zasadach jej naliczania w przypadku odstąpienia od umowy. Należy zatem podzielić stanowisko Sądu Okręgowego, że w tej sytuacji obniżenie wysokości kary umownej należnej pozwanej byłoby nieuzasadnione.

Nietrafny jest zarzut naruszenia art. 96 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze, poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że pozwany w oparciu o art. 498 k.c. skutecznie dokonał potrącenia przysługującej mu wierzytelności z wierzytelnością powoda, co skutkowało oddaleniem powództwa w całości, podczas gdy pozwany winien był zgłosić swoją wierzytelność do masy upadłości i wówczas złożyć stosowne oświadczenie o potrąceniu. Należy wskazać, że potrącenie jest sposobem wykonania zobowiązania połączonym z zaspokojeniem wierzyciela; stanowi surogat rzeczywistego spełnienia świadczenia, przy czym pełni nie tylko funkcję zapłaty, ale i funkcję egzekucji. Jak wyżej wskazano, zgodnie z treścią artykułu 498 § 1 k.c. każdy podmiot prawa cywilnego może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności innego podmiotu, gdy m.in. obie wierzytelności są wymagalne, a co najmniej wymagalna musi być wierzytelność potrącającego, czyli strony aktywnej. Na ogół wymagalność powstaje z chwilą nadejścia terminu spełnienia świadczenia, który może być określony w ustawie bądź oznaczony przez czynność prawną albo wynikać z właściwości zobowiązania. Jeżeli termin spełnienia świadczenia nie został oznaczony, powinno być ono spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania zobowiązania (art. 455 k.c.), chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. W uchwale z dnia 5 listopada 2014 r., III CZP 76/14, (OSNC 2015/7-8/86,) Sąd Najwyższy stwierdził, że „Zgodnie z art. 455 k.c., dłużnik zobowiązania bezterminowego powinien spełnić świadczenie niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela do wykonania zobowiązania. Oznacza to, że po dojrzeniu do wiadomości dłużnika wezwania wierzyciela o spełnienie świadczenia, ma on obowiązek spełnienia tego świadczenia i powinien to uczynić niezwłocznie, ale nie natychmiast. „Niezwłoczność” powinna być ustalana każdorazowo, w zależności od okoliczności sprawy; chodzi o taki czas, jaki jest niezbędny do spełnienia świadczenia, przy założeniu, że dłużnik działałby, uwzględniając całokształt okoliczności rzutujących na wykonanie zobowiązania, bez nieuzasadnionej zwłoki. Dopiero więc upływ okresu „niezwłoczności” powoduje, że roszczenie wynikające ze zobowiązania bezterminowego staje się wymagalne.” Roszczenie o zapłatę kary umownej ma charakter bezterminowy, zatem jej wymagalność następuje zgodnie z art. 455 k.c. wraz z nadejściem terminu spełnienia świadczenia.

Jak wynika z ustaleń Sądu Okręgowego, w piśmie z dnia 1 lipca 2014r., w którym pozwana Gmina złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy z powodu opóźnienia w realizacji umowy skutkującego brakiem możliwości wykonania umowy w terminie do 30 lipca 2014r., jednocześnie zażądała zapłaty kwoty 278.467,59 zł z tytułu kary umownej, w terminie 7 dni od otrzymania pisma. Pismo to powód otrzymał przed dniem 7 lipca 2014 r. albowiem w tym dniu skierował do pozwanej pismo kwestionujące podstawę odstąpienia. Następnie pozwana w piśmie z 21 lipca 2014r. wezwała powoda do zapłaty kary umownej i w kolejnym piśmie z tej samej daty, które wpłynęło do powoda 23 lipca 2014r. pozwana podtrzymała swoje stanowisko o słuszności odstąpienia od umowy. W dniu 29 lipca 2014r.

powód otrzymał notę księgową obciążającą go kwotą 278.467,59 zł z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy i oświadczenie pozwanego o potrąceniu z wierzytelnością powoda wynikającą z faktury nr (...) swojej wierzytelności w wysokości 278.467,59 zł z tytułu kary umownej i kwotą 59.983 zł zapłaconą podwykonawcy powoda. Powyższe wskazuje, że w dacie potrącenia wierzytelność pozwanej Gminy o zapłatę kary umownej była wymagalna w związku z doręczeniem powodowi wezwania do zapłaty z dnia 1 lipca 2014 r. Okoliczność, że pozwana kierowała do powoda kolejne wezwania do zapłaty tej kary, a nawet wystawiła notę obciążeniową, nie ma wpływu na datę wymagalności roszczenia o karę umowną. Skoro bowiem powód już w dniu 7 lipca 2014 r. wiedział, że jest zobowiązany do zapłaty kary umownej, powinien swoje zobowiązanie spełnić niezwłocznie. W dacie złożenia przez powoda oświadczenia o potrąceniu, które dotarło do wiadomości powoda w dniu 29 sierpnia 2014 r., wierzytelność o zapłatę kary umownej była już wymagalna.

Upadłość likwidacyjna powoda została ogłoszona w dniu 24 września 2014r., zatem do potrącenia doszło jeszcze przed ogłoszeniem upadłości i przepis art. 96 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze nie ma w niniejszej sprawie zastosowania.

Reasumując, Sąd Apelacyjny stwierdził, że Sąd Okręgowy. Sąd pierwszej instancji nie dopuścił się jakiegokolwiek naruszenia przepisów prawa procesowego lub materialnego. Z uwagi więc na skuteczność oświadczenia pozwanej o odstąpieniu od umowy wiążącej strony oraz złożenie oświadczenia o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy, nie przysługuje powodowi roszczenie o zapłatę wynagrodzenia, a wobec tego Sąd Okręgowy zasadnie powództwo oddalił. Ostatecznie zatem wyrok Sądu Okręgowego uwzględniający powództwo odpowiada prawu.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny oddalił apelację powoda jako bezzasadną, na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego na rzecz strony pozwanej orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 98 k.c. w zw. z zw. z § 2 ust. 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1804). Wniosek interwenientki ubocznej o zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego oddalono na mocy art. 107 k.p.c., z którego treści wynika że przyznanie interwenientowi ubocznemu kosztów interwencji od przeciwnika strony, do której przystąpił (podobnie jak i zasądzenie kosztów od interwenienta na rzecz strony) nie stanowi reguły, lecz może nastąpić wówczas gdy Sąd uzna taką potrzebę, na podstawie oceny, czy wstąpienie interwenienta ubocznego do procesu połączone było z rzeczywistą obroną jego interesu i czy podjęte przez interwenienta czynności procesowe zmierzały realnie do tej obrony. Sąd Apelacyjny nie stwierdził istnienia tych przesłanek w postępowaniu apelacyjnym, bowiem interwenientka uboczna nie przyczyniła się w żaden sposób do rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy a jej wkład w postępowaniu był nieznaczny. Stanowisko, jakie prezentowała interwenientka uboczna było de facto powieleniem stanowiska pozwanej Gminy.

SSA Regina Kurek	SSA Barbara Górczanowska	SSA Zbigniew Ducki
------------------	--------------------------	--------------------