

Sygn. akt I ACa 722/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 lutego 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SA Dariusz Małkiński (spr.)
Sędziowie	:	SA Elżbieta Bieńkowska SA Jadwiga Chojnowska
Protokolant	:	Sylwia Radek-Łuksza

po rozpoznaniu w dniu 26 stycznia 2017 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **syndyka masy upadłości D. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) w K.- L.**

przeciwko **Gminie M. E.**

o zapłatę

oraz sprawy z powództwa wzajemnego **Gminy M. E.**

przeciwko **syndykowi masy upadłości D. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) w K.- L.**

o zapłatę

na skutek apelacji powoda – pozwanego wzajemnego syndyka masy upadłości D. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą(...)w K.- L.

od wyroku Sądu Okręgowego w Suwałkach

z dnia 3 czerwca 2016 r., sygn. akt I C 258/15

1. **prostuje w komparycji i sentencji zaskarżonego wyroku oznaczenie powoda - pozwanego wzajemnego określając go jako: syndyka masy upadłości D. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą(...) w K. - L.;**

2. **zmienia zaskarżony wyrok w punkcie I w ten sposób, że zasądza od pozwanego - powoda wzajemnego Gminy M. E. na rzecz powoda - pozwanego wzajemnego syndyka masy upadłości D. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) w K.- L. kwotę 21.130, 14 zł (dwadzieścia**

jeden tysięcy sto trzydzieści złotych czternaście groszy) z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 12 stycznia 2013 r. do dnia zapłaty i oddala powództwo główne w pozostałej części;

3. oddala apelację w pozostałym zakresie;

4. zasądza od powoda - pozwanego wzajemnego syndyka masy upadłości D. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...)w K.- L. na rzecz pozwanego - powoda wzajemnego Gminy M. E. kwotę 8.856 zł (osiem tysięcy osiemset pięćdziesiąt sześć złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu w instancji odwoławczej.

(...)

UZASADNIENIE

Powód: syndyk masy upadłości D. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) w K. - L. wystąpił przeciwko pozwanemu: Gminie M. E. z pozwem o zapłatę kwoty 224.730,00 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 12 stycznia 2013 roku do dnia zapłaty wraz z kosztami postępowania sądowego obliczonymi według norm przepisanych.

Pozwany Gmina M. E. domagał się oddalenia powództwa w całości a ponadto sformułował powództwo wzajemne, w którym żądał od przeciwnika procesowego zapłaty 67.767,24 zł wraz z odsetkami ustawowymi od kwot: 14. 856,00 zł od dnia 15 stycznia 2013 roku, 31.781,10 zł od dnia 15 lutego 2014 roku i 21.130,14 zł od dnia wniesienia pozwu - do dnia zapłaty a poza tym domagał się zasądzenia kosztów prowadzonego postępowania sądowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z normami przepisami. Ponadto, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Sąd, iż roszczenie powoda dochodzone w sprawie głównej nie uległo umorzeniu na skutek potrącenia, oświadczył wobec syndyka masy upadłości D. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) w K. - L., że potrąca dochodzoną w pozwie wzajemnym wierzytelność z należnością powoda - pozwanego wzajemnego, przy założeniu, że oświadczenie to wywrze skutek w razie nieuwzględnienia stanowiska pozwanego- powoda wzajemnego zajętego w sprawie głównej.

Powód - pozwany wzajemny: syndyk masy upadłości D. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) w K. - L. wniósł o odrzucenie lub oddalenie powództwa wzajemnego w całości i zasądzenie od pozwanego - powoda wzajemnego na jego rzecz kosztów postępowania sądowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy w Suwałkach w prawomocnym postanowieniu z dnia 22 lutego 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: I C 258/15 odrzucił pozew wzajemny do kwoty 14.856 zł, a w pozostałym zakresie odmówił odrzucenia tego pozwu. Następnie, w wyroku z dnia 3 czerwca 2016 r. Sąd ów oddalił powództwo główne; zasądził od powoda- pozwanego wzajemnego: syndyka masy upadłości D. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą(...)w K.- L. na rzecz pozwanego- powoda wzajemnego: Gminy M. E. kwotę 5.544 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego; nakazał pobrać od pozwanego- powoda wzajemnego na rzecz Skarbu Państwa- Kasy Sądu Okręgowego w Suwałkach kwotę 5.253,09 zł tytułem brakujących wydatków tymczasowo skredytowanych z kasy Sądu Okręgowego w Suwałkach; odstąpił od obciążania pozwanego- powoda wzajemnego opłatą sądową w ramach powództwa głównego; oddalił powództwo wzajemne w zakresie żądania zapłaty kwoty 52.911,24 zł i zasądził od powoda- pozwanego wzajemnego na rzecz pozwanego- powoda wzajemnego kwotę 4.669 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym 2.821,30 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Wyrok powyższy zapadł na gruncie następujących ustaleń faktycznych i prawnych:

D. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...)w K.- L., jako lider konsorcjum utworzonego z konsorcjantem: (...) sp. z o.o. w K.-L., zawarł z Gminą M. E. jako zamawiającym umowę nr (...) z dnia 12 czerwca 2012 roku na wykonanie inwestycji pod nazwą: „Budowa zespołu boisk sportowych przy Szkole Podstawowej Nr (...) w E. w ramach programu „Moje Boisko – O. 2012””. Termin zakończenia robót został określony na dzień 15 października 2012

roku, zaś wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy skalkulowano na kwotę 1.094.000,00 zł brutto, przy czym płatności miały być dokonywane sukcesywnie za wykonane roboty na podstawie faktur zaakceptowanych przez inwestora.

Strony przewidziały, że wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy zawiera w sobie wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót i uwzględnia ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie mogło więc być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego ustalonego w umowie.

W § 8 ust. 1 lit. a umowy strony przewidziały kary umowne z tytułu zwłoki w realizacji przedmiotu umowy w wysokości 0,3% wynagrodzenia brutto należnego wykonawcy robót.

W pismach: z dnia 26 października 2012 r., 30 listopada 2012 r. a następnie 14 grudnia 2014 r. powód- pozwany wzajemny zgłaszał przedmiot umowy do odbioru, który ostatecznie został przez pozwanego wyznaczony na dzień 28 grudnia 2012 roku; wtedy też został sporządzony końcowy protokół odbioru, w ramach którego inwestor odebrał zakontraktowane prace.

Powód- pozwany wzajemny wystawił za wykonane roboty faktury VAT: nr (...) z dnia 30 lipca 2012 roku na kwotę 73.800,00 złotych brutto z terminem płatności do dnia 13 sierpnia 2012 roku, nr (...)z dnia 11 października 2012 roku na kwotę 123.000,00 złotych brutto z terminem płatności do dnia 25 października 2012 roku, nr(...) z dnia 26 października 2012 roku na kwotę 542.920,00 złotych brutto z terminem płatności do dnia 9 listopada 2012 roku, nr (...) z dnia 26 listopada 2012 roku na kwotę 129.550,00 złotych brutto z terminem płatności do dnia 10 grudnia 2012 roku i nr (...) z dnia 28 grudnia 2012 roku na kwotę 224.730,00 złotych brutto z terminem płatności do dnia 11 stycznia 2013 roku.

Pozwany- powód wzajemny zapłacił przeważającą część tych należności tak, że do zapłaty pozostała jedynie faktura nr (...) r. z dnia 28 grudnia 2012 r. Wiązało się to z faktem obciążenia powoda- pozwanego wzajemnego karą umowną na kwotę 239.586 zł za 73 dni zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy oraz potrąceniem tej kwoty z wierzytelnością wykonawcy robót.

Postanowieniem Sądu Rejonowego Gdańsk Północ w Gdańsku z dnia 15 maja 2013 roku została ogłoszona (...) prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: (...) w K.- L..

Gmina M. E. zgłosiła do masy upadłości wierzytelność w kwocie głównej- 14.856 zł a w dniu 7 maja 2014 r. – uzupełniająco- także wierzytelność w kwocie głównej- 31.781,10 zł. Pierwsza z wymienionych sum odpowiadała części kar umownych, które zostały naliczone z tytułu zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy, a nie zostały potrącone z wierzytelnością wykonawcy w dniu 28 grudnia 2012 roku. Natomiast kwota 31.781,10 zł stanowiła łączny koszt usunięcia usterek zawinionych przez upadłego dokonanego w ramach wykonawstwa zastępczego.

Wierzytelność w kwocie 21.130,14 zł, stanowiąca karę umowną naliczoną z tytułu opóźnienia w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi nie została dotychczas zgłoszona syndykowi masy upadłości.

W załączniku nr 1 do protokołu odbioru końcowego z dnia 28 grudnia 2012 r. wykonawca zobowiązał się do usunięcia usterek do dnia 15.04.2013 roku, ale nie uczynił tego, pomimo wezwań inwestora. W związku z powyższym, ten ostatni podjął decyzję o zleceniu usunięcia usterek wykonawcom zastępczym, tj. (...) sp. z o.o. w G. oraz (...)w E..

Kwota 21.130,14 zł stanowi karę umowną, która została naliczona z tytułu opóźnienia w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi. Podstawą dochodzenia tej kary był § 8 ust. 1 lit. b umowy, zgodnie z którym wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną „za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości 0,3 % wynagrodzenia brutto, określonego w § 5 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia liczonego od dnia wyznaczonego na usunięcie wad”.

Wady inwestycji zostały stwierdzone przez strony w załączniku nr 1 do protokołu odbioru z dnia 28 grudnia 2012 r. a ponadto w § 11 ust. 1 umowy, wykonawca udzielił zamawiającemu sześćdziesięciomiesięcznej gwarancji jakości na wykonane prace, licząc od dnia odbioru końcowego; wykonawca zobowiązał się też do usunięcia usterek do dnia 15 kwietnia 2013 roku. Mimo powyższego zobowiązania nie przystąpił jednak do usunięcia wad, o czym świadczą pisma inwestora: z dnia 15.04.2013 r., z dnia 23.04.2013 r. oraz z dnia 29.04.2013 r.

Ustalając powyższy stan faktyczny Sąd nie zakwestionował zeznań przesłuchanych w sprawie świadków, dostrzegł jednak, iż zeznania niektórych z nich są obciążone dużą niedokładnością i niewiele do sprawy wniosły. Sąd dopuścił także dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa E. F., który analizował wpływ na terminowość prac powoda-pozwanego wzajemnego takich czynników jak: konieczności wymiany gruntu w ilości przekraczającej wskazaną w dokumentacji projektowej, odmienny od założonego przebieg kabla SN i wykonywanie prac na obszarze przyległym do terenu inwestycji przez inny podmiot.

Z opinii tych wynika, iż plac budowy został przekazany wykonawcy w dniu 21.06.2012 r. W dzienniku budowy nie odnotowano wpisów o wykonaniu prac dodatkowych. Znalazła się tam jedynie notatka służbowa z dnia 20.09.2012 r. sporządzona przez kierownika budowy mgr inż. A. S. dotycząca: większego zakresu wymiany gruntu, niż wskazany w dokumentacji projektowej, innej lokalizacji kabla SN, niż naniesiona w dokumentacji a ponadto wykonywania prac przez inny podmiot na terenie przyległego placu zabaw.

W ocenie biegłego notatka ta nie spełnia wymogu protokołu, ponieważ została sporządzona jednostronnie przez wykonawcę. Powód bez zgody pozwanej nie mógł zresztą rozpocząć i realizować prace dodatkowe, a następnie żądać za nie wynagrodzenia a poza tym na potwierdzenie zapisów w notatce służbowej z dnia 20.09.2012 r. nie dołączył do niej obliczeń dotyczących wymiany gruntu i szkicu z rzeczywistą lokalizacją kabla SN. Roboty odebrano od niego protokołem odbioru końcowego i przekazania do użytku w dniu 28.12.2012 r.

Zgodnie z art. 31 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przedmiot zamówienia na roboty budowlane zamawiający opisuje za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Biegły tymczasem stwierdził brak takiej specyfikacji dla robót ziemnych i wykonania drenażu oraz projektowanej skarpy z obrzeżami oporowymi - zatem jest to istotna wada opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie ma obowiązku dokonania obmiarów z natury, a zamawiający nie może nałożyć na wykonawcę obowiązku sprawdzenia w terenie warunków wykonania zamówienia.

W dokumentacji projektowej nie przewidziano gruntu do wymiany, a jedynie dla boiska zastrzeżono wykonanie robót ziemnych koparką podsiębierną o pojemności łyżki 0,40 m sześciennego w gruncie III kat. z odwozem na odległość ponad 1 km. Na wykonanie tych robót ziemnych o objętości 263,5 metrów sześciennych nie sporządzono specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych a jedynie dokument o symbolu (...) dla wykonania koryta wraz z profilowaniem i zagęszczeniem podłoża - bez podania jego objętości. Wykonania koryta nie odnotowano ponadto w przedmiarze robót. Powód nie dołączył też żadnych obliczeń dotyczących wymiany gruntu oraz nie zaznaczył na planie sytuacyjnym miejsca tej wymiany. W tych warunkach nie ma podstaw, aby uznać, że dodatkowa wymiana gruntu, ponad roboty ziemne o kubaturze 263,5 metrów sześciennych, faktycznie miała miejsce i wpłynęła na przedłużenie czasu realizacji umowy.

W świetle zebranych dowodów w analizowanym stanie faktycznym nie doszło do wymiana gruntu lecz warstw konstrukcyjnych podłoża. Przyczyną tej wymiany mogły być duże opady deszczu, ale kwestie te nie zostały dostatecznie wyjaśnione przez wykonawcę.

Odnośnie nieprawidłowego przebiegu kabla SN w stosunku do otrzymanych przez powoda-pozwanego wzajemnego dokumentów inwentaryzacyjnych, biegły podał, iż powód nie był w stanie wskazać na planie sytuacyjnym miejsca, gdzie został uszkodzony kabel SN ani nie załączył na poparcie swojego twierdzenia dokumentów wykazujących na różnicę przebiegu kabla na mapie i w rzeczywistości.

Na planie sytuacyjnym projektu zagospodarowania terenu umieszczona jest pieczęć (...) o treści: „Roboty ziemne w pobliżu kabli energetycznych wykonać ręcznie pod nadzorem pracownika R.E. E.”. Oznacza to, że powód winien zgłosić wykonanie robót do R.E. i uzyskać ów nadzór – ale brak w aktach sprawy dokumentów potwierdzających, że to uczynił. Zaznaczyć należy w związku z powyższym, że w przedmiarze robót dla boisk nie nakazano robót ziemnych ręcznych, lecz tylko mechaniczne wykonywane koparką podsiębierną 0,40 m sześciennego, co też powód zrealizował, ale bez nadzoru służb energetycznych. Za zaistniałą sytuację ponosi odpowiedzialność także inspektor nadzoru inwestorskiego branży elektrycznej. Analizując te kwestie biegły ostatecznie wskazał, że uszkodzenie kabla SN wynikło z zaniechań leżących po stronie wykonawcy i nie miało wpływu na dotrzymanie terminu umownego.

Odmienne jednak ocenił wykonywanie robót na terenie przyległym do terenu inwestycji wskazując, że pozwany-powód wzajemny wprowadzając na przylegający teren innego wykonawcę powinien ustalić z nim i powodem-pozwanym wzajemnym zasady i granice oraz terminy wykonywania przez nich robót w pobliżu granic obszaru inwestycji, tak aby nie utrudniali jeden drugiemu wykonywania robót, czego jednak nie uczynił.

W ocenie biegłego, wykonywanie robót na placu zabaw mogło spowodować opóźnienie w realizacji projektowanej skarpy z obrzeżami betonowymi, profilowaniu i obsianiu skarpy oraz wykonaniu sieci wodociągowej. Nie był on jednak w stanie stwierdzić, ile wyniosłoby wywołaną tą okolicznością opóźnienie. Widoczny jest tutaj brak niezbędnej w tego typu robotach budowlanych współpracy między inwestorem a wykonawcą.

Biegły zakwestionował również sposób badania zagęszczenia gruntu, ale w ocenie Sądu jest to zagadnienie nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Opinie biegłego Sąd uznał na pełną, wyczerpującą i stanowiącą miarodajny środek dowodowy. W jej świetle powód ponosi winę za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, jednak uchybienia pozwanej winny być brane pod uwagę przy miarkowaniu kary umownej. Jeżeli bowiem brak winy wykonawcy nie wyłącza jego odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania, to kwestie te mają znaczenie przy miarkowaniu kary umownej na zasadzie art. 484 § 2 k.c. Zabieg ten nie jest łatwy, zawsze bowiem jest to ingerencja w postanowienia umowy łączącej strony, która wymaga dokonania wnikliwej oceny, w jakim zakresie kara umowna jest wygórowana rażąco. Trudno jest przy tym wskazać jednoznacznie zamknięty katalog precyzyjnych przesłanek, których zastosowanie byłoby adekwatne w każdej sprawie, co więcej to właśnie okoliczności danej sprawy i pewna miara sędziowska winna tu mieć z reguły decydujące. W tym miejscu Sąd Okręgowy obszernie przytoczył aktualne poglądy piśmiennicze i orzecznicze dotyczące zasad i kryteriów miarkowania kary umownej. Sąd ten uznał w konsekwencji, że powództwo wzajemne zasługiwało w niniejszej sprawie na uwzględnienie do 52.911,24 zł, ponieważ sposób wyliczenia kwoty wynagrodzenia wykonawcy zastępczego usuwającego usterki stwierdzone w protokole odbioru robót powoda- pozwanego wzajemnego, jak i kar umownych za opóźnienie w usunięciu tych usterek, nie nasuwały żadnych zastrzeżeń. Kara umowna objęta pozwem głównym, w ocenie Sądu, winna być zmiarkowana do wysokości kwoty objętej pozwem wzajemnym. Z uwagi na skuteczne potrącenie wierzytelności powoda- pozwanego wzajemnego i pozwanego- powoda wzajemnego powództwo główne jak i wzajemne podlegały oddaleniu.

O kosztach procesu Sąd orzekał mając na uwadze, że powód przegrał powództwo główne w 77 % , a powództwo wzajemne w 78 %. Z uwagi na istnienie wydatków sądowych niepokrytych z zaliczek na koszty opinii biegłego Sąd pobrał równowartość tych wydatków od strony pozwanej, ponieważ powód główny dysponował zwolnieniem od kosztów sądowych. Pozostałe koszty rozliczono proporcjonalnie do wyników wygranej i przegranej każdej ze stron.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód- pozwany wzajemny w zakresie w którym Sąd oddalił powództwo główne, w tym również co do rozstrzygnięcia o kosztach procesu , zarzucając mu:

1. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, wskutek naruszenia przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy, w szczególności dowodu z dokumentów w postaci pism z dnia 26 października 2012 roku, 30 listopada 2012 roku i 14 grudnia 2014 roku, w sposób niewszechstronny, co

doprowadziło do błędnego ustalenia, iż: opóźnienie w wykonaniu robót przez wykonawcę nastąpiło z jego winy i doszło do skutecznego złożenia oświadczenia o potrąceniu;

2. naruszenie art. 498 § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i bezpodstawne przyjęcie, że pozwanemu- powodowi wzajemnemu przysługuje wymagalna wierzytelność w stosunku do powoda- pozwanego wzajemnego nadająca się do potrącenia;

3. naruszenie przepisu art. 499 k.c. poprzez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a przez to przyjęcie, że pozwany- powód wzajemny dokonał skutecznego potrącenia przysługującej mu w stosunku do powoda wzajemnego wierzytelności, podczas gdy pozwany- powód wzajemny nie złożył skutecznego oświadczenia materialnoprawnego o potrąceniu, a jedynie podniósł procesowy zarzut potrącenia, który został zgłoszony przez pełnomocnika procesowego ustanowionego w postępowaniu sądowym pełnomocnikowi procesowemu strony przeciwnej, tymczasem zakres umocowania pełnomocnika procesowego powoda- pozwanego wzajemnego nie dawał mu upoważnienia do odbioru oświadczeń w sferze materialnoprawnej;

4. naruszenie art. 245 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 93 ust. 1 i 263 Prawa upadłościowego i naprawczego przez błędną wykładnię i przyjęcie, że potrącenie było skuteczne, mimo odmowy uznania wierzytelności pozwanego - powoda wzajemnego na liście wierzytelności;

5. naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 91 k.p.c. poprzez błędne przyjęcie, że składając oświadczenie o potrąceniu oraz podnosząc w toku procesu zarzut potrącenia pełnomocnik pozwanego- powoda wzajemnego dokonał skutecznego potrącenia wierzytelności stron, podczas gdy pełnomocnictwo procesowe powoda- pozwanego wzajemnego nie obejmowało z mocy ustawy prawa do składania ani odbioru oświadczeń w sferze materialnoprawnej.

Wskazując na powyższe zarzuty, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku, poprzez uwzględnienie powództwa głównego w całości oraz zasądzenie od pozwanego- powoda wzajemnego na rzecz powoda- pozwanego wzajemnego kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz o ponowne rozstrzygnięcie o kosztach procesu za pierwszą instancję.

Pozwany- powód wzajemny w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie na koszt strony skarżącej.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda- pozwanego wzajemnego zasługuje na uwzględnienie jedynie w niewielkiej części.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów apelacji i jego „dychotomicznej” struktury, podkreślić należy, że przepis art. 233 § 1 k.p.c. reguluje jedynie kwestię oceny wiarygodności i mocy dowodowej przeprowadzonych w sprawie dowodów, a nie poczynionych ustaleń faktycznych, czy wyprowadzonych z materiału dowodowego wniosków. Uchybienia w tym zakresie winny się skonkretyzować w odmiennym rodzajowo zarzucie sprzeczności ustaleń faktycznych z materiałem dowodowym. Zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału, czy też pominięcie przez sąd przy wyrokowaniu określonej okoliczności faktycznej, nawet jeżeli strona uważa ją za okoliczność istotną dla rozstrzygnięcia sprawy - nie stanowi o naruszeniu powyższego przepisu (por. S.A. w W. w wyroku z dnia 19 lutego 2015 r., VI A Ca 419/14, Lex nr 1661267).

Niewątpliwie Sąd Okręgowy uwzględnił w swoich rozważaniach treść pism wykonawcy robót z dnia 26 października 2012 roku, 30 listopada 2012 roku i 14 grudnia 2014 roku (zob. k. 639), ale uznał, iż nie potwierdzają one zrealizowania wszystkich prac przed tymi datami, ponieważ pozostają w sprzeczności z innymi dowodami zebranymi w sprawie a w szczególności z protokołem końcowego odbioru robót z dnia 28 grudnia 2012 r. (k. 34-36), który zaświadcza, że przedmiotowe roboty zostały wykonane dopiero dnia 27.12.2012 r., zaś opóźnienie wykonawcy wyniosło 73 dni. Dokument ten został podpisany bez uwag przez ośmiu członków komisji odbiorowej, w tym dwóch przedstawicieli wykonawców, m.in. pracownika(...) A. S.. Dodatkowych dowodów dostarczają w tej materii protokoły

odbioru poszczególnych prac budowlanych (k. 46 i 50), z których wynika, że realizacja istotnej części przedmiotu umowy miała miejsce nie tylko w październiku 2012 r. ale także w listopadzie 2012 r. Z protokołu odbioru z dnia 26 listopada 2012 r. wynika np., że skwitowano wówczas prace o wartości 129.550,00 zł, co stanowiło ok. 12 % całości. Skoro więc w ostatniej fakturze z dnia 28 grudnia 2012 r. powód- pozwany wzajemny obciążył inwestora kolejną transzą swojego wynagrodzenia na sumę 224.730, 00 zł, to nie sposób zakładać, że prace zostały wykonane długo przed dniem końcowego odbioru a zrealizowany obiekt nadawał się już w drugiej połowie października 2012 r. do umówionego użytku. Na istnienie opóźnienia w wykonawstwie robót wskazują także pisma(...); w jednym z nich z dnia 9.11.2012 r. wprost mówi się o „zwłoce niezależnej od wykonawcy” (k. 57); także pozew główny kwestionując co do zasady i wysokości prawo inwestora do kar umownych nie zaprzecza opóźnieniu w oddaniu przedmiotu inwestycji (k. 5). W tych warunkach kluczowego znaczenia nabiera ocena charakteru owego opóźnienia, a więc czy wykonawca ponosi za nie odpowiedzialność (art. 476 k.c.).

Sąd Apelacyjny aprobuje w związku z powyższym ustalenia Sądu I instancji w przedmiocie zaistnienia, uciążliwości i znaczenia przeszkód, których doznał powód- pozwany wzajemny wykonując przedmiotowe roboty. Zostały one poczynione na bazie ustaleń biegłego E. F., które w swojej istocie zostały zaakceptowane przez Sądy obu instancji. Powtórzyć więc należy, że w materiale dowodowym nie odnotowano potwierdzenia, że wykonawca dokonał wymiany gruntu o objętości znacząco przekraczającej wielkość założoną w projekcie i umowie, podobnie rzecz się ma z uszkodzeniem kabla SN, które pozostawało w związku z niezgłoszeniem prac ziemnych wykonywanych w jego pobliżu służbom energetycznym a ponadto ze sposobem ich realizacji (przy użyciu środków mechanicznych a nie ręcznie). Dodatkowo biegły przyjął, że zaistniałe na tym tle problemy nie rzutowały na terminowość wykonania przedmiotu umowy (k. 425). Biegły potwierdził jednak, że wpływ taki można przypisać kolizyjnym robotom prowadzonym w pobliżu przez innego wykonawcę pozwanego- powoda wzajemnego, chociaż nie był w stanie określić, w jakim zakresie okoliczność ta wpłynęła na terminowość prac powoda- pozwanego wzajemnego. W tych warunkach Sąd Okręgowy słusznie zaliczył tę kwestię do okoliczności wpływających ewentualnie na miarkowanie kary umownej, a nie zasadność jej naliczenia.

Strony ustaliły ponadto w § 5 ust. 2 i 3 umowy, że wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy zawiera w sobie wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót i uwzględnia ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. Niedooszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie mogło więc być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego ustalonego w umowie.

Profesjonalizm przedsiębiorcy i jego staranność wymagana w stosunkach tego rodzaju (art. 355 § 1 k.c.) nakładały więc w kontekście powyższych zapisów umowy na powoda- pozwanego wzajemnego ciężar uwzględnienia w kalkulacjach ofertowych czynników, których nie można wykluczyć w każdym procesie inwestycyjnym, np.: pogody, drobnych błędów lub niejasności dokumentacji projektowej lub kolizyjnych prac innego wykonawcy. Z treści opinii biegłego nie wynika bynajmniej, że przeszkody, które stanęły na drodze powoda- pozwanego wzajemnego miały charakter wykraczający poza te ramy i były niemożliwe do przewidzenia, nadzwyczajne lub szczególnie destrukcyjne dla wykonania robót i ich terminowości.

W tych warunkach nie sposób podważyć prawa inwestora do kary umownej za zwłokę w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy. Kalkulacja tej kary i ostateczna jej wysokość także nie budzą wątpliwości, podobnie jak zakres jej miarkowania na zasadzie art. 484 § 2 k.c. Sąd Okręgowy zmniejszając wysokość kary zastrzeżonej w § 8 ust. 1 lit. a umowy z dnia 12.06.2012 r. o kwotę 52.911,24 zł (ok. 22 %) uwzględnił jej niewygórowaną stopę, wykonanie zakontraktowanych robót oraz wpływ czynników zewnętrznych na tempo realizacji inwestycji. Apelacja nie sformułowała zresztą na tym tle wiarygodnych zarzutów naruszenia prawa procesowego i materialnego, w konsekwencji dalsze rozważanie tej kwestii nie jest konieczne.

Potrącenie poddanej miarkowaniu kary umownej z należnością powoda- pozwanego wzajemnego dokonane w piśmie z dnia 31.12.2012 r. (k. 54) skierowanym bezpośrednio do dłużnika i doręczonym mu dnia 3.01.2013 r. (k. 55)

ocenić należy w kontekście art. 498 i 499 k.c. jako skuteczne. Podniesienie zarzutu potrącenia w niniejszym procesie dokonane w odpowiedzi na pozew- pozwie wzajemnym z dnia 22 kwietnia 2015 r. (k. 107) również nie budzi wątpliwości, zaś przytoczone w apelacji orzecznictwo wydane na gruncie oceny procesowego zarzutu potrącenia zgłaszanego równocześnie z materialnoprawnym oświadczeniem o potrąceniu jest nieadekwatne do niniejszego stanu faktycznego. Nie budzi ponadto wątpliwości, że pełnomocnik pozwanego- powoda wzajemnego umocowany był w tym procesie do realizacji obu tych czynności, o czym świadczy jego dokument pełnomocnictwa- k. 115.

Oceniając drugi z zarzutów potrącenia na kwotę 52.911,24 zł zgłoszony w odpowiedzi na pozew główny, Sąd Apelacyjny zakwestionował w części jego skuteczność, akceptując w tym zakresie postawione w apelacji zarzuty naruszenia prawa procesowego i materialnego, przy czym z uwagi na niezwiązanie treścią tych ostatnich (*iura novit curia*) Sąd odwoławczy ocenił zasadność drugiego z potrąceń również na zasadzie art. 484 § 1 zdanie drugie k.c. Przepis ten stanowi, że żądanie odszkodowania przenoszące wysokość zasądzonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Z treści § 8 ust. 2 umowy łączącej strony wynika zaś, że „strony zastrzegają sobie prawo do dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, o ile wartość faktycznie poniesionych szkód przekracza wysokość kar umownych”, co bezspornie wskazuje na „zaliczalny” a nie „kumulatywny”, jak chce inwestor, charakter tych kar.

O ile więc nie budzi wątpliwości prawo pozwanego- powoda wzajemnego do naliczenia kary umownej za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi i gwarancji (21.130,14 zł, vide: § 8 ust. 1 lit. b umowy), ponieważ zaniechanie wykonawcy jest w tej mierze oczywiste a kalkulacja kary prawidłowa, to nie sposób uznać, że równocześnie pozwany- powód wzajemny miał prawo żądać refundacji pełnych kosztów zastępczego wykonania tych napraw w wysokości 31.781,10 zł. W tym miejscu pojawia się pytanie o charakter drugiego z opisanych żądań, a w szczególności, czy nosi ono znamiona roszczenia odszkodowawczego *ex contractu* (art. 471 k.c.), czy też może być ocenione na gruncie znajdującego w niniejszej sprawie zastosowanie dawnego art. 637 k.c. jako żądanie zmniejszenia wynagrodzenia.

Z treści wezwania do zapłaty z dnia 29.01.2014 r. (k. 216- 217) wynika, że pozwany- powód wzajemny uznawał to roszczenie za *stricte* odszkodowawcze, chociaż z drugiej strony status roszczenia o zmniejszenie wynagrodzenia jako zmierzającego faktycznie do wyrównania szkody daje także podstawę twierdzeniu, że podlega ono zaliczeniu na poczet kary umownej.

W takiej sytuacji wierzyciel dochodzący na zasadach ogólnych szkody przekraczającej wysokość kary umownej musi udowodnić zarówno jej istnienie, jak i wysokość (por. S.N. w wyroku z dnia 9 maja 2012 r., V CSK 196/11, L.). W niniejszej sprawie pozwany z pewnością to uczynił legitymując się bezskutecznymi wezwaniami kierowanymi do wykonawcy o naprawę usterek z zagrożeniem wykonania zastępczego (k. 194-196) oraz dowodami zlecenia napraw innym podmiotom i poniesienia z tego tytułu określonych wydatków (k. 198-228). Kalkulacja dochodzonego odszkodowania jest więc prawidłowa, ale może być ono uznane za zasadne i potrącalne jedynie w części przekraczającej wartość kary umownej za opóźnienie w usunięciu usterek (10.650,96 zł).

W kontekście szeroko nakreślonego w apelacji zarzutu naruszenia art. 499 k.c. wskazującego na niedopuszczalność potrącenia z wiarytelności powoda- pozwanego wzajemnego wszelkich wiarytelności przysługujących jego przeciwnikowi procesowemu, należy rozważyć dopuszczalność „warunkowego” oświadczenia o potrąceniu i związanego w nim zarzutu procesowego zawartych w odpowiedzi na pozew- pozwie wzajemnym na uzupełniającą kwotę 67.767,24 zł (ostatecznie, po odrzuceniu pozwu wzajemnego w części- 52.911,24 zł).

Sąd Apelacyjny akceptuje egzystujący od lat w orzecznictwie i doktrynie pogląd o niedopuszczalności oświadczenia o potrąceniu składanego pod jakimkolwiek warunkiem (por. teza 8 Komentarza do art. 499 k.c. red. Osajda 2017, wyd. 15/ R. Morek oraz S.A. w Lublinie w wyroku z dnia 7 maja 2013 r., I A Ca 56/13, Legalis nr 744745), chociaż zastrzeżenie warunkowej czynności procesowej potrącenia połączonej z czynnością wywołującą skutki materialnoprawne (oświadczeniem o potrąceniu) wydaje się już nie budzić takich oporów (por. teza 3.4 Komentarza do art. 89 k.c. red. Gniewek 2016, wyd.7/ Strzebinczyk- Legalis). Nie wnikając głębiej w powyższą problematykę, należy jednak ocenić oświadczenie pełnomocnika pozwanego- powoda wzajemnego zawarte w odpowiedzi na pozew główny jako zawierające w sobie zarzut ewentualny potrącenia, którego dopuszczalność nie jest kwestionowana

przez komentatorów i orzecznictwo. W takiej sytuacji potrącenie nie jest uzależnione od warunku, lecz od spełnienia pierwszej przesłanki ustawowej potrącenia, czyli wzajemności roszczeń.

Składający ewentualny zarzut potrącenia zaprzecza z pewnością istnieniu dochodzonej wierzytelności z innych względów, ale gdyby sąd nie podzielił jego oceny co do braku zasadności roszczenia powoda, wnosi on o oddalenie powództwa ze względu na umorzenie wierzytelności przez potrącenie. Podniesienie zarzutu ewentualnego nie wpływa na postępowanie tak długo, jak długo sąd nie uzna roszczenia powoda za zasadne; sąd rozpoznaje więc sprawę jakby zarzut nie został zgłoszony. Dopiero stwierdzenie zasadności powództwa oznacza spełnienie przesłanek potrącenia i, tym samym, czyni aktualnym oświadczenie pozwanego. Sytuacja jest taka, jakby zarzut został zgłoszony na skutek potrącenia dokonanego w procesie. Sformułowanie zarzutu ewentualnego potrącenia już w odpowiedzi na pozew, czy też w toku rozprawy przed sądem I instancji, chroni poza tym zainteresowanego wierzyciela przed negatywnymi skutkami upływu terminów do zgłaszania zarzutów (tak teza 62 Komentarza do art. 499 k.c. SPP T. 6 red. Olejniczak 2014, wyd. 2, por. także przytoczone tam orzecznictwo i poglądy przedstawicieli doktryny).

W niniejszej sprawie pełnomocnik pozwanego- powoda wzajemnego z pewnością był umocowany do złożenia w procesie ewentualnego oświadczenia o potrąceniu rodzącego skutek materialnoprawny i ewentualnego zarzutu procesowego potrącenia, na co (jak już podniesiono wcześniej) wskazuje treść jego pełnomocnictwa. W związku z tym formułowany w tej materii w apelacji zarzut naruszenia art. 91 k.c. jest nietrafiony; także okoliczność skierowania oświadczenia o potrąceniu wraz z zarzutem procesowym nie tylko do pełnomocnika powoda- pozwanego wzajemnego, ale również bezpośrednio do jego mandanta, jest oczywista w świetle przedłożonych dowodów doręczenia (zob. k. 114 i 698).

Z pewnością analizowany tutaj zarzut potrącenia dotyczy wierzytelności upadłego (powstałej przed ogłoszeniem upadłości) oraz wierzytelności jego kontrahenta powstałej po ogłoszeniu upadłości a więc stanowiącej zadłużenie masy upadłości (zob. pismo Gminy M. E. z dnia 16.04.2015 r., k. 180). P. takich wierzytelności nie jest kwestionowana w orzecznictwie i doktrynie; istotne znaczenie ma w tej materii status zadłużeń masy upadłości, które zaspokajane są w miarę wpływu do niej stosownych sum (por. teza 48 Komentarza do art. 93 P.u.in. Adamus 2016, wyd. 1, także D. Zienkiewicz, w: Komentarz, 2006, s. 232).

Komentując końcowo zgłoszony w pkt 4 apelacji zarzut naruszenia w skarżonym rozstrzygnięciu art. 245 ust.1 pkt 5 w zw. z art. 93 ust. 1 i 263 P.u.in. poprzez przyjęcie, że potrącenie było skuteczne, mimo odmowy uznania wierzytelności pozwanego- powoda wzajemnego na liście wierzytelności, należy w ślad za aktualnym orzecznictwem S.N. podkreślić, że zgłoszenie i ustalenie wierzytelności oraz badanie skuteczności jej potrącenia w toku postępowania upadłościowego dokonywane jest na potrzeby tego postępowania i nie stanowi sprawy w toku w rozumieniu art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c., a jego wyniki nie korzystają z powagi rzeczy osądzonej (tak S.N. w uchwale z dnia 23 stycznia 2007 r., III CZP 125/16, L.). Ponadto podzielić należy pogląd, wedle którego „skutek potrącenia następuje z chwilą złożenia drugiej stronie (w tym wypadku syndykowi reprezentującemu upadłego) oświadczenia o skorzystaniu z tego prawa pod warunkiem, że spełnione zostały wymagania umożliwiające potrącenie. Czynności sędziego-komisarza (sądu) związane z badaniem wierzytelności, dopuszczalności jej potrącenia z wierzytelnością wzajemną i ustalaniem listy wierzytelności stanowią jedynie kontrolę, czy skutek potrącenia rzeczywiście nastąpił, podobnie jak to ma miejsce w wypadku zgłoszenia w postępowaniu sądowym zarzutu potrącenia na zasadach ogólnych”. Z kolei samo potrącenie nie jest czynnością mieszczącą się w kategorii „dochodzenia roszczenia”, o której mowa w art. 263 P.u.in. (por. S.N. w wyroku z dnia 10 marca 2011 r., V CSK 311/10, Legalis nr 326539, w wyroku z dnia 13 stycznia 2006 r., III CK 360/05, L. oraz w wyroku z dnia 17 stycznia 2007 r., II CSK 315/06, L.). W tych warunkach analizowany zarzut został oceniony jako nietrafny.

Sąd Apelacyjny sprostował w komparycji i sentencji zaskarżonego wyroku oznaczenie powoda- pozwanego wzajemnego (pkt 1), dostosowując ją do wymagań art. 55¹ pkt 1 k.c. oraz przepisów prawa upadłościowego i naprawczego, a przez to uznając, że status syndyka jako osoby „występującej we własnym imieniu, ale na rachunek upadłego” (art. 160 ust. 1 P.u.in.) nie oznacza konieczności wskazywania w orzeczeniu jego personaliów; przyjęcie

odmiennego poglądu mogłoby, w sytuacji zmiany osoby syndyka, rodzić na etapie wykonania wyroku wątpliwości natury interpretacyjnej.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok jak w pkt 2 na zasadzie art. 386 § 1 k.p.c. i zasądził na rzecz apelującego fragment dochodzonej przez niego należności, w którym zgłoszony przez jego przeciwnika procesowego zarzut potrącenia okazał się być nieskuteczny. W pozostałym zakresie apelacja podlegała oddaleniu na zasadzie art. 385 k.p.c.

Sąd odwoławczy nie znalazł podstaw do równoczesnej zmiany skarżonego w apelacji orzeczenia o kosztach procesu, ponieważ dokonane w takiej sytuacji stosunkowe ich rozdzielanie na zasadzie art. 100 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. w Dz. U. z 2013 r., poz. 490 ze zm.) przyniosło wyższą kwotę należności pozwanego- powoda wzajemnego od tej zasądzonej w pkt II zaskarżonego wyroku (zakaz reformationis in peius- art. 384 k.p.c.).

O kosztach postępowania odwoławczego postanowiono w zgodzie z art. 100 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 2 pkt 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 (Dz. U. 2015 r. poz. 1804), przy uwzględnieniu przegranej powoda- pozwanego wzajemnego w 91%.

(...)