

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 maja 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Anna Kowacz-Braun (spr.)
Sędziowie:	SSA Józef Wąsik SSA Barbara Baran
Protokolant:	sekr.sądowy Katarzyna Rogowska

po rozpoznaniu w dniu 12 maja 2016 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa "Przedsiębiorstwa (...)Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M.

przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. i Wspólnocie Mieszkaniowej (...)ul. (...) w K.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanych

od wyroku Sądu Okręgowego w Tarnowie

z dnia 24 listopada 2015 r. sygn. akt I C 414/13

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- w punkcie I kwotę 66770,42 zł obniża do kwoty 62770,42 zł (sześćdziesiąt dwa tysiące siedemset siedemdziesiąt złotych 42/100) i oddala powództwo co do kwoty 4000 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 17 stycznia 2013 r.

- w punkcie III kwotę 9397 zł obniża do kwoty 6 629 zł (sześć tysięcy sześćset dwadzieścia dziewięć złotych);

2. oddala apelację pozwanych w pozostałej części;

3. zasądza solidarnie od pozwanych (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. i Wspólnoty Mieszkaniowej (...) ul. (...) w K. na rzecz strony powodowej "Przedsiębiorstwa (...)" Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M. kwotę 5400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Barbara Baran SSA Anna Kowacz-Braun SSA Józef Wąsik

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie

z dnia 12 maja 2016 r.

Wyrokiem z 24 listopada 2015 r. Sąd Okręgowy w Tarnowie w sprawie do sygn. akt I C 414/13 z powództwa Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o. o. z siedzibą w M. przeciwko (...) Spółki z o.o. z siedzibą w K. i Wspólnocie Mieszkaniowej (...)ul. (...) w K. o zapłatę:

I. zasądził solidarnie od pozwanych (...) Spółki z o.o. z siedzibą w K. oraz Wspólnoty Mieszkaniowej (...) ul. (...) w K. na rzecz strony powodowej „Przedsiębiorstwa (...) Spółki z o.o. z siedzibą w M. kwotę 66770,42 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 17 stycznia 2013 r. do dnia zapłaty,

II. w pozostałym zakresie powództwo oddalił,

III. zasądził solidarnie od pozwanych na rzecz strony powodowej kwotę 9397,00 zł tytułem zwrotu kosztów procesu,

IV. nadał wyrokowi w pkt. I rygor natychmiastowej wykonalności do kwoty 3 484,70 zł.

Sąd Okręgowy ustalił, że 31 sierpnia 2012 r. strona pozwana Firma (...) spółka z o.o. w K. zawarła ze stroną powodową Przedsiębiorstwem (...)spółką z o.o. z siedzibą w M. umowę, której przedmiotem było wykonanie przez stronę powodową zadania inwestycyjnego pod nazwą „(...)w K.”. Inwestorem była Wspólnota Mieszkaniowa (...)przy ul. (...) w K., Firma (...) była wykonawcą robót, zaś Przedsiębiorstwo (...)spółka z o.o. było jej podwykonawcą. Termin rozpoczęcia robót zostały określony na dzień 7 września 2012 r., a termin ich zakończenia na dzień 30 listopada 2012 r. W §6 umowy strony postanowiły, że roboty będą wykonywane i rozliczane etapami, uzgodnionymi w harmonogramie finansowo – rzeczowym, zaś rozliczenie końcowe nastąpi na podstawie bezusterkowego odbioru końcowego. Zgodnie z §7 umowy pozwana Firma (...) miała dokonywać odbioru częściowego w terminie do 3 dni, a końcowego w terminie do 5-ciu dni od daty zgłoszenia przez stronę powodową gotowości do odbioru. W sytuacji nie przystąpienia przez pozwaną Firmę (...) w ciągu 5 dni do odbioru etapu lub całości robót strona powodowa została upoważniona do dokonania odbioru jednostronnego będącego podstawą do wystawienia faktury. W(...)umowy strony postanowiły natomiast, że faktury częściowe za wykonane poszczególne etapy – zgodnie z harmonogramem finansowo – rzeczowym – zostaną zapłacone stronie powodowej w terminie 14 dni od daty doręczenia ich pozwanej Firmie (...). W (...)umowy przewidziane zostały kary umowne: za zwłokę w wykonaniu umowy w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki (ust. 1), za zwłokę w usuwaniu wad stwierdzonych przy odbiorze w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego za wykonany przedmiot odbioru za każdy dzień zwłoki (ust. 2) i za odstąpienie od umowy z przyczyn zwinionych przez jedną ze stron w wysokości 10% wynagrodzenia umownego (ust. 3). Zgodnie z harmonogramem rzeczowo – finansowym tego przedsięwzięcia, stanowiącym załącznik nr(...) do umowy, prace zostały podzielone na IV etapy: I etap – elewacja ściana (...) (od stadionu), część ściany (...) (ściana przy drodze wewnętrznej do klatki (...)), okres finansowania i wykonania wrzesień 2012 r., wartość robót 75.600 zł brutto; II etap – elewacja ściana C (od ul. (...)), część ściany (...) (od klatki (...) do ściany od ul. (...)), okres finansowania i wykonania październik 2012 r., wartość robót 75.600 zł brutto; III etap – elewacja ściany (...) (od ogródka), okres finansowania i wykonania listopad 2012 r., wartość robót 75.600 zł brutto; IV etap – docieplenie stropodachu, stropu nad klatką, ścian klatek schodowych, kominów, wykonanie cokołu oraz opaski wokół budynku, okres finansowania i wykonania listopad 2012 r., wartość robót 43.200 zł brutto. Zgodnie z projektem budowlanym ocieplenie ścian budynku miało zostać wykonane w systemie (...) lub innym równoważnym. W dniu 20 września 2012 r. przedstawiciele stron pozwanych wybrali technologię wykonania izolacji termicznej ścian budynku decydując się na system ociepleniowy (...). Firmy (...). Strona powodowa po rozpoczęciu robót sukcesywnie dokonywała zakupu materiałów na budowę, odbierając je i płacąc za nie w wyznaczonych terminach i dopiero na przełomie listopada i grudnia 2012 r. zaczęła zalegać u dostawcy z płatnościami za materiały. W dniu 3 listopada 2012 r. przedstawiciele stron pozwanych dokonali odbioru I etapu

robót, zaś w dniu 9 listopada 2012 r. dokonali odbioru II etapu robót, stwierdzając wystąpienie usterek, które zostały zgłoszone do reklamacji oraz stwierdzając, że w protokole końcowego odbioru robót zostanie ustalony termin ich usunięcia. W dniu 19 października 2012 r. strona powodowa wystawiła pozwanej Firmie (...) fakturę VAT za częściowe wykonanie I etapu prac, opiewającą na kwotę 46.000 zł, zaś w dniu 19 listopada 2012 r. wystawiła fakturę VAT na kwotę 25.920 zł za wykonanie pozostałej części prac I etapu oraz fakturę VAT na kwotę 75.600 zł za wykonanie II etapu prac. Faktury te zostały zapłacone przez stronę pozwaną w trakcie realizacji przez stronę powodową III etapu prac. W piśmie z dnia 26 listopada 2012 r. strona powodowa zgłosiła pozwanej Firmie (...) do odbioru III etap prac, ustalając termin odbioru na dzień 29 listopada 2012 r. Innym pismem z tego samego dnia strona powodowa zwróciła się do pozwanej Firmy (...) z prośbą o przesunięcie terminu ukończenia termomodernizacji budynku do dnia 20 grudnia 2012 r., powołując się na opóźnienia i przestoje w pracach spowodowane opóźnieniem w przekazaniu placu budowy, zmianą systemu docieplenia z B.na R., koniecznością oczekiwania na zamówiony materiał oraz złymi warunkami atmosferycznymi. W odpowiedzi na drugie z tych pism pozwana Firma (...) zgodziła się na przesunięcie terminu zakończenia prac do dnia 5 grudnia 2012 r. podnosząc, że opóźnienia w zakończeniu prac są zawinione przez stronę powodową, która zatrudnia zbyt małą ilość pracowników i ma opóźnienia w dostawach materiałów. Nie odpowiedziała natomiast na wezwanie do dokonania odbioru III etapu prac, w związku z czym strona powodowa w dniu 3 grudnia 2012 r. dokonała – zgodnie z § (...) umowy - jednostronnego odbioru prac objętych III etapem i w tym też dniu wystawiła pozwanej Firmie (...) fakturę VAT na kwotę 75.600 zł za wykonanie III etapu robót, wyznaczając w niej 14-dniowy termin zapłaty. Pismem z dnia 3 grudnia 2012 r. pozwana Firma (...) poinformowała stronę powodową, że inspektor nadzoru nie odebrał prac z III etapu ze względu na ich nie zakończenie oraz, że planowany termin kolejnego odbioru został wyznaczony na dzień 6 grudnia 2012 r. W dniu 5 grudnia 2012 r. przedstawiciele stron pozwanych dokonali odbioru prac objętych III etapem inwestycji. W protokole odbioru zaznaczyli – zgodnie z wpisami do dziennika budowy z dnia 27 i 28 listopada 2012 r. - iż zachodzi konieczność poprawy licowania ościeży w miejscach połączenia z parapetem blaszanym zewnętrznym, wskazując jednocześnie, że usterka ta zostanie usunięta przy sprzyjających technologicznie temperaturach. Wskazali także, że ocena jakości wykonanych robót nastąpi w protokole końcowego odbioru robót, z uwagi na niemożność dokładnego ustalenia zakresu i rodzaju usterek na zewnętrznych ścianach budynku, które były zarusztowane i osiatkowane. Pismem z dnia 6 grudnia 2012 r. pozwana Firma (...) poinformowała stronę powodową, że z dniem 6 grudnia 2012 r. odstępuje od umowy z dnia 31 sierpnia 2012 r. z uwagi na zwłokę z jej strony z zakończeniem prac objętych umową, wzywając ją do wstrzymania się z wykonywaniem dalszych prac oraz do dokonania spisu inwentaryzacyjnego prac w toku. W dniu 10 grudnia 2012 r. przedstawiciele pozwanej Firmy (...) w obecności przedstawiciela strony powodowej dokonali inwentaryzacji, stwierdzając braki w zakresie prac składających się na docieplenie elewacji i stropodachu budynku przy ul. (...) w K. oraz bardzo duże przebarwienia na tynku elewacji od strony ogródka, ciemne plamy na tynku elewacji od strony boiska i od strony klatki, a także nieprawidłowości przy wykonaniu zwodów odgromienia. Pismem z dnia 9 grudnia 2012 r. strona powodowa oświadczyła pozwanej Firmie (...), że uważa odstąpienie od umowy za bezzasadne. Pismem z tego samego dnia strona powodowa poinformowała pozwaną Wspólnotę Mieszkaniową o przerwaniu prac termomodernizacyjnych w związku z odstąpieniem przez pozwaną Firmę (...) od umowy i obawą czy otrzyma zapłatę za III i IV etap prac. W dniu 21 grudnia 2012 r. strona powodowa wezwała obie strony pozwane do zapłaty kwoty dochodzonej niniejszym pozwem z ustawowymi odsetkami za opóźnienie w zapłacie w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania. Pozwana Wspólnota Mieszkaniowa otrzymała to pismo w dniu 2 stycznia 2013 r., oświadczając w odpowiedzi na nie, że żądanie strony powodowej uważa za bezzasadne, gdyż nie jest stroną umowy z dnia 31 sierpnia 2012 r. Pozwana Firma (...) w odpowiedzi na wezwanie do zapłaty uznała roszczenie strony powodowej do kwoty 41.408,76 zł brutto podnosząc, że nie otrzymała od niej rozliczenia wykonanych prac, zaś z dokonanego przez nią rozliczenia wynika, że przysługuje jej względem strony powodowej roszczenie o zapłatę kwoty 6.499,81 zł brutto za prace niewykonane w ramach etapów I do III, kwoty 28.266,93 zł brutto za prace niewykonane w ramach IV etapu, kwoty 6.350,40 zł netto zgodnie z notą obciążeniową z dnia 5 grudnia 2012 r., kwoty 25.000 zł netto zgodnie z notą obciążeniową z dnia 6 grudnia 2012 r. oraz kwoty 11.274,10 zł brutto jaką wydatkowała za wykonanie zastępcze w związku z niewywiązaniem się przez stronę powodową z umowy. Jednocześnie poinformowała stronę powodową, że do czasu zakończenia procedury reklamacyjnej wstrzyma się z zapłatą kwoty 31.770,98 zł brutto, z której to kwoty po ustaleniu kosztów przedłużenia kredytu dla Wspólnoty Mieszkaniowej i kosztów związanych z przedłużeniem wynajmu działki pod prowadzone prace dokona dalszych potrąceń. W kwietniu 2013 r. przedstawiciele stron pozwanych podjęli decyzję o zwróceniu się

do Firmy (...) o zajęcie stanowiska w kwestii przyczyn wystąpienia przebarwień elewacji i proponowanego sposobu ich usunięcia. W odpowiedzi Firma (...) stwierdziła, że wady elewacji w postaci nierównomiernej struktury tynku i licznych plam są wynikiem błędów wykonawczych wynikłych ze stosowania nieprawidłowej technologii i prowadzenia prac w niekorzystnych warunkach pogodowych. Jednocześnie wskazała, że najlepszym sposobem poprawy wyglądu elewacji jest jej przemalowanie przy użyciu farby silikatowej, poprzedzone nałożeniem dodatkowej warstwy zbrojącej oraz wyprawy gruntującej wraz z nowym tynkiem. Wiosną 2013 r. Firma (...) poprawiła wykonaną przez stronę powodową elewację, dokonując jej przemalowania. W ramach III etapu prac termoizolacyjnych budynku przy ul. (...) w K. strona powodowa miała wykonać ocieplenie zewnętrzne ściany(...)tego budynku (od cokołu do dolnego gzymsu), wraz z wyprawką elewacyjną od cokołu do górnego gzymsu, ociepleniem i obróbką ościeży okiennych bocznych i górnych oraz obróbkami blacharskimi (gzymsu dolnego, zakończenia górnej krawędzi ocieplenia pod gzymsem dolnym, parapetów) oraz dylatację pionową na środku ściany i instalację odgromową. Prace te zostały zasadniczo wykonane w listopadzie 2012 r., a więc w terminie ustalonym w harmonogramie rzeczowo – finansowym i w umowie. Zakres wykonanych w ramach tego etapu prac był na dzień 27 listopada 2012 r. zgodny z umową, dokumentacją projektową i harmonogramem rzeczowo – finansowym i umożliwił zgłoszenie tego etapu do odbioru. Na ten dzień nie istniały roboty zaległe dla tego etapu. Elementy określone w inwentaryzacji z dnia 10 grudnia 2012 r. jako brakujące nie były bowiem przypisane wprost do etapu III, zaś wskazane we wpisach do dziennika budowy i w protokołach odbiorów usterki należy traktować i rozpatrywać jako roboty usterkowe lub bez wymaganej odpowiedniej jakości, które winny być rozpatrywane przy odbiorze końcowym, a nie jako roboty zaległe.

Jakość wykonanej elewacji jest dostateczna, występują jednak pewne nieprawidłowości i wady, a to: przebarwienia w kolorystyce elewacji, przetarcia struktury wyprawy elewacyjnej, nierówna obróbka ościeży okiennych, nierówna linia dolnej krawędzi ocieplenia, brak płaszczyzny w dolnej strefie elewacji przy krawędzi, punktowe niedotarcia wyprawą elewacyjną przy puszkach kontrolnych instalacji odgromowej, dwa punktowe pęknięcia w narożach ościeży okiennych. Przebarwienia w kolorystyce elewacji są wynikiem błędów wykonawczych w trakcie prowadzenia prac, a w szczególności prowadzenia prac niezgodnie z warunkami określonymi przez producenta systemu, tj. niestosowania odpowiednich przerw technologicznych na przeschnięcie poszczególnych warstw oraz/lub niewłaściwego przygotowania podłoża. Są one również efektem prowadzenia prac w nieodpowiednich warunkach atmosferycznych (zbyt niska temperatura, bardzo duża wilgotność, opady deszczu). Do wykonywania tych prac w niekorzystnych warunkach pogodowych przyczyniła się strona powodowa angażując zbyt małą ilość robotników do poszczególnych etapów prac ociepleniowych. Przetarcia są wynikiem poprawiania już zatartego wcześniej tynku, nałożenia zbyt grubej warstwy masy tynkarskiej lub niewłaściwego ściągania pacą podczas układania. Nierówności, punktowe niedotarcia i punktowa niewłaściwa obróbka parapetów są wynikiem niezachowania należytej staranności w prowadzeniu prac. Punktowe pęknięcia przyokienne najprawdopodobniej są związane z lokalnym brakiem lub niewłaściwym wykończeniem odpowiedniego wzmocnienia przy ościeżnicy okiennej. Z uwagi na stwierdzenie tylko dwóch przypadków takich pęknięć można przyjąć, że prawdopodobnie były to odosobnione przypadki niedoróbki. Podjęta przez stronę pozwaną decyzja o naprawie elewacji poprzez dwukrotne jej przemalowanie farbą silikatową była prawidłowa. Nienajlepsza jakość wykonanej elewacji skutkowała bowiem koniecznością przemalowania całej powierzchni dla poprawienia efektu wizualnego. Także wybrany przez stronę pozwaną termin poprawy elewacji, przypadający na okres maj – czerwiec 2013 r., kiedy są dogodne warunki pogodowe, był prawidłowy. Przemalowanie elewacji w dużym stopniu poprawiło wygląd elewacji. W dalszym ciągu widoczne są bowiem różnice w odcieniach na całości elewacji. Pozostały również widoczne przetarcia struktury wyprawy elewacyjnej. Wady takie jak brak zachowania pionowej linii krawędzi przy ościeżach okiennych, nierówność podłużna linii dolnej ocieplenia nad gzymsem, są wadami trwałymi, których naprawa obecnie nie jest konieczna, gdyż nie wpływają na trwałość i funkcje zastosowanego systemu ocieplenia, a koszt takiej naprawy byłby niewspółmiernie wysoki w odniesieniu do uzyskanej poprawy efektu wizualnego. Wartość wykonanych przez stronę powodową w ramach III etapu prac wynosi 70.042,31 zł netto, co przy przyjęciu 8% podatku VAT stanowi 75.645,69 zł brutto. Wartość robót naprawczych związanych z przemalowaniem elewacji wynosi 8.175,54 zł netto, co przy przyjęciu 8% podatku VAT stanowi 8.829,58 zł brutto.

Sąd pierwszej instancji ustalił powyższy stan faktyczny opierając się na dokumentach przedłożonych przez strony, opinii biegłego z zakresu budownictwa oraz zeznań świadków i przedstawicieli stron. W pełni dał wiarę dowodom

z dokumentów, które nie były kwestionowane przez strony, z wyjątkiem sporządzonego przez stronę powodową protokołu odbioru z dnia 3 grudnia 2012 r. Strony pozwane nie kwestionowały jednak autentyczności tego dokumentu, lecz zasadność jego sporządzenia. Sąd Okręgowy uznał uprawnienie strony powodowej do jego sporządzenia w oparciu o § (...) ust.(...) umowy z 31 sierpnia 2012 r. Sąd ten przyjął także, że w pełni wiarygodna była sporządzona w sprawie opinia biegłego z zakresu budownictwa, do której strony nie zgłaszały zarzutów. W ocenie Sądu pierwszej instancji brak było także podstaw by odmówić mocy dowodowej zeznaniom świadków. Zeznania te korespondowały ze sobą, z wyjątkiem ich części, w jakiej dotyczyły okoliczności, których ustalenie wymagało wiadomości specjalnych. Okoliczności te zrekonstruowane zostały jednak w oparciu o opinię biegłego. Podobnie wiarygodne były zeznania przedstawicieli stron, różnice między nimi dotyczyły jedynie okoliczności, których ustalenie wymagało przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego. Sąd pierwszej instancji nie dał jedynie wiary zeznaniom przedstawiciela strony powodowej co do daty doręczenia pozwanej Spółce (...) faktury VAT za wykonanie III etapu prac, stały bowiem w w sprzeczności z widniejącą na fakturze datą jej wystawienia. Sąd Okręgowy ponadto oddalił wniosek pozwanych o przeprowadzenie dowodu z dokonanych przez nich wyliczeń, uznając go za spóźniony.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd pierwszej instancji uznał, że powództwo zasługuje w zasadniczej części na uwzględnienie. Stronę powodową i pozwaną Spółkę (...) łączyła umowa o roboty budowlane, w ramach której strona powodowa była podwykonawcą, pozwana Spółka wykonawcą, zaś inwestorem była pozwana Wspólnota Mieszkaniowa. W związku z tym pozwani ponoszą solidarną odpowiedzialność względem podwykonawcy z tytułu zapłaty wynagrodzenia za wykonane przez niego roboty budowlane (art. 647⁽¹⁾ § 5 k. p. c.). Wobec braku sporu między stronami co do wysokości umówionego wynagrodzenia za wykonanie przez stronę powodową III etapu prac budowlanych, kluczowym dla rozstrzygnięcia sprawy było ustalenie, czy strona powodowa zrealizowała w całości roboty objęte III etapem prac oraz czy dokonano faktycznego odbioru tych prac, a także ocena zasadności zarzutów pozwanych odnośnie opóźnień w realizacji inwestycji i wadliwego wykonania przedmiotu umowy i złożonych oświadczeń o potrąceniu. Sąd Okręgowy wskazał, że samo zgłoszenie robót do odbioru, aktualizuje obowiązek przystąpienia przez inwestora do czynności odbiorowych. Inwestor od dokonania tej czynności może się uchylić tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i osadzonych w treści umowy bądź przepisach prawa przyczyn, czyniących to zgłoszenie nieskutecznym. Wobec faktycznego przyjęcia robót, żądaniu wykonawcy zapłaty wynagrodzenia nie może skutecznie przeciwstawić zarzutu braku sporządzenia formalnego protokołu ich odbioru. W rozpoznawanej sprawie strona powodowa terminowo wykonała prace objęte III etapem robót, co stwierdził biegły w opinii, porównując treść harmonogramu rzeczowo – finansowego stanowiącego załącznik do umowy o roboty budowlane z wpisami do dziennika budowy. Potwierdza to dokonanie przez stronę powodową jednostronnego odbioru tych robót, do czego była uprawniona na mocy § (...) ust.(...) umowy. Także przedstawiciele pozwanych dokonali 5 grudnia 2012 r. odbioru prac objętych III etapem, a sporządzony przez nich protokół odbioru zawiera jedynie zastrzeżenia co do jakości wykonanych prac. Stwierdzone później braki w zakresie ocieplenia elewacji stropodachu dotyczyły prac nie objętych III etapem inwestycji. Z uwagi na powyższe Sąd Okręgowy uznał, że odbiór prac nastąpił najpóźniej 5 grudnia 2012 r. Nie ma znaczenia okoliczność, że strony pozwane sporządziły protokół częściowego odbioru robót, wobec wykonania przez stronę powodową wszystkich prac objętych III etapem inwestycji. Wobec tego brak było podstaw do odstąpienia przez pozwaną Spółkę od umowy. Nie uzasadniała tego wadliwość wykonanych prac, stanowiła ona podstawę roszczenia z tytułu rękojmi lub odszkodowawczego na zasadach ogólnych. Ponadto w samej umowie strony postanowiły, że końcowe rozliczenie prac nastąpi przy rozliczaniu całości budowy, na podstawie bezusterkowego odbioru robót. Usterki wykonywanych prac nie rodziły prawa do odstąpienia od umowy, mogły być natomiast uwzględnione przy wzajemnych rozliczeniach stron w przedmiocie kosztów całej budowy. Roszczenie strony powodowej o zapłatę wynagrodzenia było wobec tego zasadne.

Sąd Okręgowy następnie ocenił, czy wierzytelność strony powodowej uległa umorzeniu w wyniku złożenia przez strony pozwane oświadczeń o potrąceniu. Przedstawiły one do potrącenia przysługujące im wobec strony powodowej następujące wierzytelności: a) 6499,81 zł z tytułu niewykonania części prac przez stronę powodową, b) 11 274,10 zł z tytułu poniesionych kosztów wykonania zastępczego, c) 29341,39 zł z tytułu wydatków poniesionych na poprawę wadliwie wykonanych przez stronę powodową robót, d) 25 000 zł tytułem kary umownej. Sąd pierwszej instancji przyjął, że pozwanej Spółce przysługiwała wobec strony powodowej jedynie wierzytelność z tytułu wadliwego

wykonania prac przez tą ostatnią. Wadliwość tych prac potwierdził w swej opinii biegły z zakresu budownictwa. Stronom pozwany przysługiwało zatem roszczenie o naprawienie szkody spowodowanej nienależytym wykonaniem umowy (art. 471 k. c.). Szkoda ta odpowiadała wartości dokonanych przez pozwaną prac naprawczych, wycenionych przez biegłego na kwotę 8829,58 zł brutto. Pozwanym nie przysługiwały natomiast pozostałe wierzytelności przedstawione do potrącenia. Nie wykazali, by ponieśli inne koszty związane z usuwaniem wad powykonawczych III etapu robót. Pozwana Spółka (...) nie wykazała, jaką wierzytelność obejmowała wystawiona przez nią nota obciążeniowa z 5 grudnia 2012 r., a wobec terminowego wykonania robót przez stronę powodową nieskuteczne było dokonane przez pozwaną Spółkę odstąpienie od umowy, w związku z czym niezasadne było jej roszczenie z tytułu niewykonanych przez stronę powodową prac oraz kary umownej. W związku z powyższym wierzytelność strony powodowej w wysokości 75 600 zł uległa umorzeniu co do kwoty 8 829,58 zł. Pozostałą kwotę Sąd Okręgowy zasądził na jej rzecz solidarnie od pozwanych. W pozostałym zakresie powództwo co do roszczenia głównego oddalił. Odsetki ustawowe za opóźnienie z zapłatą Sąd pierwszej instancji zasądził od 17 stycznia 2013 r. Strona powodowa wysłała pozwanym wezwanie do zapłaty 21 grudnia 2012 r., nie przedłożyła jednak dowodów doreczenia wezwania. Pozwana Wspólnota Mieszkaniowa w piśmie skierowanym do strony powodowej wskazała, że wezwanie do zapłaty otrzymała 2 stycznia 2014 r. i Sąd Okręgowy przyjął tę datę jako moment wezwania pozwanych do zapłaty. Jednocześnie przyjął, że wraz z tym wezwaniem pozwani otrzymali fakturę VAT, na której widniał 14-dniowy termin zapłaty, wobec czego pozwani obowiązani byli zapłacić stronie powodowej wynagrodzenie do 16 stycznia 2013 r. Pozwani uznali żądanie strony powodowej co do kwoty 3484,70 zł, Sąd Okręgowy nadał w tej części wyrokowi w pkt I rygor natychmiastowej wykonalności na podstawie art. 333 § 1 pkt 2 k. p. c. O kosztach rozstrzygnął na zasadzie art. 100 zd. 2 k. p. c., gdyż strona powodowa uległa w ok. 10% swego żądania.

Apelację od powyższego wyroku wnieśli pozwani, zaskarżając go w części, tj. ponad kwotę 3 484,70 zł i wnosząc o jego zmianę poprzez oddalenie powództwa w części zasądzenia kwoty 63 285,72 zł, ewentualnie o uchylenie zaskarżanego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji. Wnieśli również o zasądzenie od strony powodowej na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego wg norm prawem przepisanych za obie instancje. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucili:

1. mający wpływ na treść wyroku błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, polegający na uznaniu, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy z winy powoda z dnia 6 grudnia 2012 r. oraz naliczona przez stronę pozwaną kara umowna w wysokości 25 000 zł odnosiła się do wadliwego wykonania etapu III robót, podczas gdy z całości zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że strona pozwana odstąpiła od umowy wobec opóźnienia w realizacji całości inwestycji, która zgodnie z umową miała zostać ukończona w dniu 30 listopada 2012 r., co w konsekwencji prowadzi do konstatacji zasadności zarzutu potrącenia podniesionego w odpowiedzi na pozew;
2. mający wpływ na treść zaskarżonego wyroku błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, polegający na uznaniu, że pozwani nie wykazali, aby ponieśli koszty wykonania prac, które nie zostały wykonane przez powoda, podczas gdy prawidłowa ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności zeznań wszystkich świadków jak i dowodu z dokumentu – inwentaryzacji z dnia 10 grudnia 2012 r. potwierdza, jakie prace zostały niewykonane, fakt wykonania ich przez pozwaną Spółkę i ich wartość.

Sąd Apelacyjny na zasadzie art. 382 k. p. c. przyjął za własne ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy, dodatkowo **ustalił, że:**

W umowie z 31 sierpnia 2012 r. strony postanowiły, że wynagrodzenie wykonawcy wynosić będzie 270 000 zł brutto. Wobec ustalenia, że roboty będą rozliczane i wykonywane etapami, w harmonogramie rzeczowo-finansowym podzieliły powyższą kwotę na wynagrodzenie za realizację poszczególnych etapów.

Umówiły się także, że termin realizacji prac ulegnie przesunięciu w wypadku: zasadniczych zmian zakresu rzeczowego wykonania robót, wynikających ze zmian wprowadzonych w czasie realizacji zlecenia, potwierdzonych protokołem – notatką potwierdzoną przez obydwie strony umowy oraz warunków pogodowych uniemożliwiających wykonanie robót, tj. długotrwałych opadów oraz innych nieodpowiednich warunków atmosferycznych (§(...)). Ponadto w

wypadku zwłoki w zapłacie faktury, od daty doręczenia faktury zamawiającemu, wykonawcy przysługiwało prawo do wstrzymania wykonania prac i naliczenia odsetek w wysokości ustawowej (§ (...) pkt (...)). Także w § (...) pkt (...) strony postanowiły, że w wypadku niespełnienia warunków umowy wykonawca miał prawo m. in. do wstrzymania wykonania robót i opóźnienia terminu ich zakończenia.

Strony zastrzegły również, że zamawiającemu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych prawa cywilnego, jeżeli poniesiona szkoda przekroczy wysokość zastrzeżonych kar umownych (§ (...)ust. (...)).

W § (...) umowy strony postanowiły, że wszelkie zmiany i uzupełnienia treści umowy wymagają dla ważności formy pisemnej w postaci aneksu pod rygorem nieważności umowy.

Dowód: umowa z 31 sierpnia 2012 r., k. 11 – 15;

Załącznik nr(...) do umowy – harmonogram rzeczowo-finansowy, k. 16.

W piśmie z 6 grudnia 2012 r., zawierającym oświadczenie Spółki (...) o odstąpieniu od umowy, wskazała ona, że przyczyną odstąpienia jest sytuacja, w której Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o. o. pozostaje w zwłoce z terminem zakończenia przedmiotu umowy, który minął 30 – go listopada 2012 r., co z kolei powoduje nie wywiązanie się z § (...) umowy.

Dowód: pismo pozwanej Spółki z 6 grudnia 2012 r., k. 70.

Pismo to Spółka Przedsiębiorstwo(...) otrzymało 10 grudnia 2012 r.

Dowód: potwierdzenie odbioru przesyłki, k. 71.

Wybór 20 września 2012 r. systemu ociepleniowego (...) firmy (...) jako technologii izolacji termicznej ścian budynku stwierdzony został notatką służbową podpisaną przez: przedstawiciela Wspólnoty Mieszkaniowej, Inspektora Nadzoru, będącego przedstawicielem Wspólnoty, Prezesa Spółki (...), kierownika budowy, pracującego w Spółce (...) na podstawie umowy zlecenia i przedstawiciela Spółki (...). W notatce wskazane zostało, że wybór technologii nastąpił w oparciu o § (...) ust.(...)umowy z 31 sierpnia 2008r. Stosownie do tego postanowienia wykonawca zastosować miał reżym technologiczny (...) lub równorzędny uzgodniony pisemnie z zamawiającym.

Dowód: notatka z 20 września 2012 r., k. 160.

Strona powodowa zgodziła się na wybór tego systemu.

Dowód: zeznania świadka S. D., k. 135;

zeznania świadka I. G. (1), k. 268.

W okresie od 27 do 31 października 2012 r. warunki atmosferyczne uniemożliwiały wykonywanie robót.

Dowód: zeznania świadka S. D., k. 135;

zeznania świadka A. S., k. 268;

zeznania świadka I. G. (1), k. 269;

zeznania przedstawiciela strony powodowej P. D., k. 279;

zeznania przedstawiciela pozwanej Wspólnoty Mieszkaniowej Z. S., k. 281;

dziennik budowy, s. 10.

W dniu 5 grudnia 2012 r. Spółka ta wykonała jedynie część umówionych robót budowlanych objętych IV. etapem inwestycji.

Dowód: zeznania świadka S. D., k. 136,

zeznania świadka A. S., k. 268

zeznania przedstawiciela strony powodowej P. D., k. 279 – 280.

Powyższy stan faktyczny Sąd Apelacyjny ustalił na podstawie przedłożonych przez strony dokumentów, których treść ani autentyczność nie była przez strony kwestionowana. Wiarygodne były także korespondujące ze sobą zeznania ww. świadków.

Sąd Apelacyjny nie dał jedynie wiary zeznaniom świadka S. D. oraz przedstawiciela strony powodowej P. D., że wybór materiałów budowlanych Spółki (...) spowodował opóźnienie w wykonaniu robót budowlanych. Ustalenie to byłoby korzystne dla strony powodowej, wobec przyjętej przez nią strategii procesowej. Oczywistym jest zatem, że jej przedstawiciel miał motywację do zeznawania w ten sposób, nawet jeżeli nie odpowiadało to rzeczywistości. Także świadek S. D. miał powód by zeznawać w sposób korzystny dla strony powodowej, jest on bowiem nie tylko jej pracownikiem ale i ojcem prezesa jej Zarządu. Jednocześnie świadkowie A. S. (k. 267) i I. G. (2) (k. 268) zeznali, że wybór materiałów nie wpłynął na terminy wykonania robót, a opóźnienia wynikały ze zbyt małej liczby pracowników zaangażowanych przez stronę powodową w wykonywanie prac oraz problemy z dostawami materiałów. Żadne inne przeprowadzone dowody nie potwierdzały wersji wypadków zaprezentowanej przez świadka S. D. i przedstawiciela strony powodowej P. D.. W oparciu o taki materiał dowodowy nie sposób było ustalić, że dokonany wybór materiałów spowodował opóźnienie w realizacji inwestycji, a tym bardziej jakich rozmiarów było to opóźnienie. Zeznania świadka S. D. i przedstawiciela strony powodowej uznać należało za gołosłowne

Sąd Apelacyjny oddalił natomiast na zasadzie art. 381 k. p. c. zawarty w apelacji wniosek pozwanych o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego celem ustalenia wartości prac wykonanych przez pozwaną Spółkę, a które miała wykonać strona powodowa w oparciu o umowę z 31 sierpnia 2012 r. Pozwani mogli zgłosić taki wniosek jeszcze w trakcie postępowania dowodowego, jednakże nie uczynili tego, zaś potrzeba przeprowadzenia tego dowodu nie powstała dopiero po wydaniu wyroku przez Sąd pierwszej instancji. Już bowiem w odpowiedziach na pozew pozwani podnieśli, że Spółka (...) przedstawiała do potrącenia z wierzytelnością strony powodowej swe wierzytelności wynikające z poniesienia kosztów na realizację prac objętych umową z dnia 31 sierpnia 2012 r., a nie wykonanych przez stronę powodową. Już zatem wówczas byli świadomi, że konieczne będzie wykazanie przez nich istnienia tych wierzytelności oraz ich wysokości. Mimo zakreślenia przez Sąd pierwszej instancji czternastodniowego terminu na zgłoszenie przez strony wniosków dowodowych (k. 125) pozwani nie zwrócili się do Sądu o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego celem ustalenia powyższych okoliczności. Co więcej, na rozprawie w dniu 10 marca 2015 r., na której Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego, pozwani mieli możliwość wpływu na treść tezy dowodowej, z ich inicjatywy Sąd pierwszej instancji postanowił o przeprowadzeniu tego dowodu także na okoliczność m. in. czy prace wykonane przez stronę powodową w ramach III etapu inwestycji zostały zrealizowane zgodnie z umową i sztuką budowlaną, a jeżeli nie, to na czym te nieprawidłowości polegały, z czego wynikały, czy i o ile zmieniały wartość prac wykonanych przez stronę powodową. Niemniej pozwani nie wnosili, aby tak ustaloną tezę dowodową rozszerzyć także o ustalenia dotyczące etapów I., II. i IV. inwestycji, w szczególności zakresu niewykonania przez stronę powodową prac objętych etapem I. i II. oraz wartości wykonanych przez pozwaną Spółkę robót, które zobowiązana była zrealizować strona powodowa w ramach etapu I., II. i IV. inwestycji. W związku z powyższym nie sposób przyjąć, że pozwani nie mogli złożyć wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w celu ustalenia wskazanych okoliczności w postępowaniu przed Sądem I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja pozwanych częściowo jest zasadna.

Pozwany sformułował 2 zarzuty pod adresem zaskarżonego wyroku. Pierwszy z nich jest trafny, choć dostrzeżone przez stronę pozwaną uchybienie zakwalifikować należy nie jako błąd w ustaleniach faktycznych, lecz niewłaściwe zastosowanie prawa materialnego. W istocie bowiem Sąd Okręgowy należycie zrekonstruował okoliczności sprawy, w sposób wyczerpujący wskazał na jakich dowodach się oparł, a jakim odmówił mocy dowodowej i dlaczego. Jednakże dokonana przez niego ocena prawidłowo ustalonego stanu faktycznego była błędna. W szczególności dotyczy to oświadczenia pozwanej Spółki o odstąpieniu od umowy. Sąd pierwszej instancji prawidłowo ustalił treść pisma zawierającego to oświadczenie, jednakże błędnie przeprowadził jego wykładnię, uwzględniając kryteria przewidziane w art. 65 k. c. W istocie również pozwani nie kwestionują w apelacji samych ustaleń faktycznych dotyczących złożenia przez pozwaną Spółkę oświadczenia o odstąpieniu od umowy, ale sposób, w jaki zostało ono zinterpretowane przez Sąd pierwszej instancji. Powyższe uchybienie było źródłem szeregu dalszych nieprawidłowości. W szczególności Sąd pierwszej instancji nie ustalił części okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, mimo że pozwalał na to zgromadzony w sprawie materiał dowodowy. Z tych względów konieczne było uzupełnienie przez Sąd Apelacyjny ustaleń dokonanych przez Sąd Okręgowy.

Wadliwość zaskarżonego wyroku wynika z tego, że Sąd pierwszej instancji nie dostrzegł zagadnienia prawnego o kluczowym dla niniejszej sprawy znaczeniu, którego rozstrzygnięcie było konieczne dla prawidłowej oceny zasadności roszczenia strony powodowej oraz zarzutów zgłoszonych przez pozwaną. Punktem wyjścia rozważań Sądu powinna być ocena skuteczności złożonego przez pozwaną Spółkę oświadczenia o odstąpieniu od umowy, zawartego w piśmie z 6 grudnia 2012 r. i ewentualnego zakresu tego odstąpienia, jeżeli okazałoby się ono skuteczne. Uznanie bowiem, że pozwana Spółka od umowy nie odstąpiła oznaczałoby, że umowa ta wciąż wiąże strony i strona powodowa może dochodzić na jej podstawie umówionego wynagrodzenia za wykonane prace w ramach III etapu inwestycji. Tak uznał Sąd pierwszej instancji. Należy zatem zauważyć, że przy takiej ocenie zbyt trudnym było przeprowadzanie dowodu z opinii biegłego w zakresie, w jakim miał on oszacować wartość wykonanych przez stronę powodową prac. Strony bowiem w umowie z dnia 31 sierpnia 2012 r. oraz stanowiącym do niej załącznik harmonogramie rzeczowo – finansowym umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, które w wypadku robót objętych III etapem inwestycji wynosić miało 75 600 zł brutto. Takie zatem wynagrodzenie należne było stronie powodowej, niezależnie od rynkowej wartości zrealizowanych przez nią robót w ramach tego etapu prac. Gdyby natomiast przyjąć, że pozwana Spółka w sposób skuteczny odstąpiła od umowy i to od całej umowy, to oczywiście nie mogłaby ona być podstawą wysuwanych przez stronę powodową roszczeń. Odstąpienie jest jednostronną czynnością prawną o charakterze prawokształtującym, wywołującą skutki *ex tunc*. Oznacza to, że węzeł obligacyjny łączący strony, a mający źródło w zawartej przez nie umowie, zostaje rozwiązany ze skutkiem wstecznym, tak jakby umowa ta nie została zawarta. Wówczas stronie powodowej przysługiwałoby na podstawie art. 494 § 1 k. c. roszczenie o zwrot tego, co pozwana Spółka otrzymała od niej w wykonaniu umowy. Przepis ten stanowi bowiem, że strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy, a druga strona obowiązana jest to przyjąć. Strona, która odstępuje od umowy, może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również na zasadach ogólnych naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Z uwagi na charakter świadczenia strony powodowej oczywistym jest, że nie mogłoby ono zostać zwrócone jej w naturze. Pozwana Spółka obowiązana byłaby wówczas zapłacić stronie powodowej kwotę odpowiadającą wartości wykonanych przez stronę powodową prac. Wówczas konieczne byłoby oszacowanie tej wartości w oparciu o opinię biegłego.

Bezsporne było między stronami, że strona powodowa otrzymała od pozwanej Spółki pismo z 6 grudnia 2012 r. Analiza treści tego pisma w kontekście okoliczności, w jakich zawarte w nim oświadczenie zostało złożone nie dawało podstaw do przyjęcia, jak uczynił to Sąd Okręgowy, że pozwana Spółka odstępuje od umowy jedynie z powodu nieterminowego wykonania przez stronę powodową III etapu robót budowlanych. Zgodnie z art. 65 k. c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W wypadku oświadczeń woli złożonych w formie pisemnej, podstawową rolę przy ich wykładni pełnią językowe reguły znaczeniowe, będące głównym narzędziem wykładni gramatycznej. W przedmiotowym piśmie pozwana Spółka wskazała, że odstępuje od umowy z powodu zwłoki strony powodowej z terminem zakończenia przedmiotu umowy, który minął 30 listopada 2012 r. Z treści tego oświadczenia nie sposób wywieść, że strona pozwana odstąpiła od umowy jedynie z powodu nieterminowanego zakończenia części robót, objętych III etapem inwestycji.

Przeciwnie, pozwana Spółka wyraźnie odnosi się do przedmiotu umowy jako całości. Złożone przez nią oświadczenie Sąd Okręgowy powinien był zinterpretować przede wszystkim w kontekście postanowień łączącej strony umowy. Sąd pierwszej instancji prawidłowo ustalił, że strony umówiły się, iż wykonawca będzie realizował inwestycję etapami. Stosownie do harmonogramu pierwszy z nich miał zostać zakończony we wrześniu 2012 r., II w październiku 2012 r., zaś III i IV w listopadzie 2012 r. Jednocześnie w umowie strony postanowiły, że całość robót zostanie zakończona 30 listopada 2012 r. Oczywiście jest, że termin końcowy określony w umowie korespondował z umówionymi terminami zakończenia ostatnich dwóch etapów robót, które to oba terminy przypadają na koniec listopada 2012 r. Dlatego niezasadnie Sąd pierwszej instancji przyjął, że „zwłoka z terminem zakończenia przedmiotu umowy” którą wskazała pozwana Spółka w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy dotyczy jedynie zakończenia III etapu robót. Sądowi umknęło, że poszczególne etapy stanowiły jedynie element całości robót, które stosownie do umowy zakończone miały zostać 30 listopada 2012 r. Wskazać należy, że w oświadczeniu tym pozwana Spółka odwołała się do § (...) umowy, w którym oznaczony został ostateczny termin wykonania wszystkich robót, a nie do harmonogramu, w którym wskazane zostały terminy zakończenia poszczególnych etapów inwestycji. Potwierdza to wniosek, że oświadczenie o odstąpieniu złożyła z powodu zwłoki z ostatecznym zakończeniem prac, a nie jedynie ich III etapu.

Jednocześnie ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika w sposób jednoznaczny, że do dnia 5 grudnia 2012 r. (przyjęcie tej daty jako punktu odniesienia uzasadnione jest w dalszej części uzasadnieni), strona powodowa wykonała jedynie część prac objętych IV etapem inwestycji. Jednakże nie przesądza to, że oświadczenie pozwanej Spółki o odstąpieniu od umowy było skuteczne. Konieczne jest bowiem uprzednie rozstrzygnięcie, jaki był w istocie końcowy termin wykonania robót będących przedmiotem łączącej strony umowy oraz jaka była przyczyna ewentualnego niewykonania prac w terminie.

Ocenić należy po pierwsze, czy strona powodowa i pozwana Spółka nie zmieniły terminu, w jakim zakończone miały być prace budowlane. W § (...) strony zastrzegły dla zmian umowy wymóg zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności. Wymóg ten dotyczył wszelkich postanowień umowy, a więc także ustalonego terminu wykonania robót. W związku z tym nawet jeżeli prawdą jest, jak zeznał świadek S. D., że strony ustnie umówiły się, że prace mają być wykonane do Świąt Bożego Narodzenia, to taka modyfikacja postanowień umowy była bezskuteczna (art. 76 k. c.). Brak przy tym jakichkolwiek dowodów wskazujących, że strony w sposób dorozumiany uchyliły zawarte w § 14 umowy pactum de forma i tym samym dopuściły możliwość nieformalnych zmian łączącej ich umowy. Nadto ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, tj. zarówno korespondencji między pozwaną Spółką a stroną powodową jak i między przedstawicielami pozwanych wynika, że pozwanym zależało na dotrzymaniu przez stronę powodową umówionego terminu zakończenia prac, co każe wątpić w istnienie nieformalnego porozumienia o jego przesunięciu do Świąt Bożego Narodzenia. Nie oznacza to jednak, że strony obowiązywał określony w pierwotnej wersji umowy termin 30 listopada 2012 r. Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że skutecznie przedłużyły go one do 5 grudnia 2012 r. Zgodnie z art. 78 § 1 k. c. do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany. Sąd pierwszej instancji prawidłowo ustalił, że strona powodowa przesłała pozwanej Spółce pismo z 26 listopada 2012 r., w którym poprosiła ją o przedłużenie terminu wykonania umowy do 20 grudnia 2012 r. W odpowiedzi pozwana Spółka przesłała stronie powodowej pismo, w którym zgodziła się na przesunięcie terminu wykonania umowy do 5 grudnia 2012 r. Uznać należy, że strony w powyższy sposób skutecznie zmodyfikowały umowę, ustalając nowy termin jej wykonania przez stronę powodową – 5 grudnia 2012 r. Obie złożyły oświadczenia w formie pisemnej, wymieniając się dokumentami zawierającymi treść ich oświadczeń. Oczywiście można by przyjąć, że w istocie nie zawarły umowy zmieniającej poprzednią umowę, wobec nieosiągnięcia konsensu – wykonawca wyraził wolę zmiany terminu na 20 grudnia, zaś zamawiający na 5 grudnia. Jednakże taka wykładnia oświadczeń stron byłaby nieuprawniona. Wskazać bowiem należy, że strona powodowa wystąpiła z prośbą o przedłużenie terminu wykonania umowy do 20 grudnia 2012 r. Pozwana Spółka uwzględniła zatem tę prośbę częściowo, zgadzając się na termin 5 grudnia. Skoro termin ten mieścił się w terminie proponowanym przez stronę powodową, uznać należy, że w takim zakresie osiągnęły porozumienie. Wykładania ta jest zgodna z wolą obu stron. Strona pozwana w sposób wyraźny wskazała datę 5 grudnia 2012 r., zaś

oczywiście bardziej zgodne z wolą strony powodowej było przedłużenie terminu do wykonania przez nią robót choćby o 5 dni, niż w ogóle. Ostatecznie zatem strony wyznaczyły termin zrealizowania prac przez wykonawcę na 5 grudnia 2012 r.

Przy ocenie, czy strona powodowa nie wykonała zamówionych robót budowlanych w terminie należy jednak wziąć także pod uwagę postanawianie umowy, które przyznawały jej uprawnienie do wstrzymania się z wykonywaniem prac. Strony przewidziały bowiem szereg okoliczności, które powodowały przesunięcie terminu zakończenia robót będących przedmiotem umowy lub upoważniały stronę powodową do wstrzymania się z pracami. Umówiły się, że termin realizacji prac ulegnie przesunięciu w wypadku:

- a) zasadniczych zmian zakresu rzeczowego wykonania robót, wynikających ze zmian wprowadzonych w czasie realizacji zlecenia, potwierdzonych protokołem – notatką potwierdzoną przez obydwie strony umowy;
- b) warunków pogodowych uniemożliwiających wykonanie robót, tj. długotrwałych opadów oraz innych nieodpowiednich warunków atmosferycznych (§ 4 umowy).

Ponadto przyznały stronie powodowej uprawnienie do wstrzymania się z pracami w wypadku:

- c) zwłoki pozwanej Spółki w zapłacie faktury od daty doręczenia (§ (...) ust.(...)umowy),
- d) niespełnienia warunków umowy (§(...)ust. (...) umowy).

Zaistnienie którejkolwiek z powyższych okoliczności powodowałoby, że umówiony termin zakończenia robót ulegałby wydłużeniu, lub strona powodowa byłaby uprawniona do wstrzymania się z pracami. Oczywistym jest, że to strona powodowa powoływała się na powyższe okoliczności, na niej zatem spoczywał ciężar ich udowodnienia.

Co do okoliczności z punktu a), to Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, że 20 września 2012 r. przedstawiciele pozwanych wybrali technologię izolacji termicznej ścian budynku, decydując się na system ociepleniowy (...). Firmy (...). Zostało to stwierdzone notatką z tego samego dnia. Strona powodowa podnosiła, że wybór ten spowodował opóźnienia w realizacji robót. Zauważyć jednak należy, iż nie wykazała, by wybór technologii izolacji przez pozwanych stanowił okoliczność skutkującą przesunięciem terminu wykonania robót budowlanych, o jakiej mowa w pkt a). Po pierwsze, nie został spełniony wymóg formalny przewidziany w tym postanowieniu umownym, mianowicie zmiana zakresu rzeczowego wykonania robót nie została stwierdzona notatką podpisaną przez przedstawicieli stron umowy, tj. strony powodowej i pozwanej Spółki. Notatkę z 20 września 2012 r. sporządzili przedstawiciel pozwanej Wspólnoty Mieszkaniowej, prezes pozwanej Spółki, zatrudniony w spółce w oparciu o umowę zlecenia kierownik budowy, inspektor nadzoru, będący przedstawicielem Wspólnoty Mieszkaniowej oraz przedstawiciel Spółki (...). Nie uczestniczyli w jej sporządzeniu przedstawiciele strony powodowej. Świadek S. D., będący pracownikiem strony powodowej, wprost zeznał, że w związku ze zmianą systemu strony nie podpisały aneksu do umowy, gdyż inspektor nadzoru wpisał to do dziennika budowy, a jedynie ustnie umówiły się na przedłużenie terminu zakończenia prac (k. 135). Jak już zostało jednak wskazane, taka ewentualna ustna umowa nie mogła wywołać skutków prawnych. Nadto strona powodowa nie wykazała, że zmiana systemu ociepleniowego nie nastąpiła w ramach swobody przyznanej stronom w § (...) ust. (...) umowy, tj. że nie był to system równorzędny do reżymu technologicznego (...). W takim bowiem wypadku niewątpliwie nie można byłoby mówić o „zasadniczej zmianie zakresu rzeczowego robót”, skoro strony już w umowie przewidziały pewien zakres swobody pozwanej Spółki w wyborze systemu ociepleniowego, byle był on równorzędny do systemu (...). Strona powodowa wiedząc o takiej możliwości powinna była wziąć to pod uwagę ustalając termin zakończenia robót. Oczywistym jest, że ustalenie równoważności obu technologii wymaga wiadomości specjalnych, strona powodowa nie złożyła jednak wniosku o zasięgnięcie w tym celu opinii biegłego. Także pozostały zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie dawał Sądowi Apelacyjnemu podstaw do ustalenia, że wybrany system ociepleniowy nie był równorzędny z wyrobami (...). Przeciwno takim ustaleniom przemawia natomiast okoliczność, że strona powodowa zgodziła się na nowe materiały mające być wykorzystywane przy ociepleniu budynku. Wskazać bowiem należy, że interesy jej w tym zakresie były w umowie zabezpieczone poprzez zastrzeżenie, że zmiana systemu musi zostać z nią pisemnie uzgodniona. Do uzgodnienia takiego doszło,

co wynika z zeznań świadka S. D., który podał, że strona powodowa zgodziła się na zmianę systemu. Potwierdził to świadek I. G. (1). Wskazać przy tym należy, że strony nie zastrzegły dla powyższego porozumienia formy pisemnej pod rygorem nieważności. Bez wątpienia nie odnosi się do niego ten rygor przewidziany w § (...) umowy, gdyż zawarcie porozumienia o wyborze równorzędnego do (...) systemu ociepleniowego nie stanowiło zmiany umowy. Przeciwnie, podstawą dokonania takiego wyboru był § (...) ust.(...) umowy, zawarte porozumienie nie było zmianą umowy ale realizacją przysługujących stronom uprawnień przyznanych im tą umową, następowało w ramach umowy. Dlatego też ustne porozumienie o zmianie systemu ociepleniowego było ważne. Zgodnie z art. 76 zd. 2 k. c. forma pisemna dla tego porozumienia zastrzeżona została jedynie dla celów dowodowych. Z uwagi jednak na to, że strony umowy o roboty budowlane są przedsiębiorcami, przepisy o formie pisemnej przewidzianej dla celów dowodowych nie znajdowały w sprawie zastosowania (art. 74 § 3 k. c.). Reasumując, strona powodowa nie wykazała, że zmiana materiałów, które miały zostać wykorzystane przy ocieplaniu budynku, stanowiła zasadniczą zmianę zakresu rzeczowego wykonania robót, wynikającą ze zmian wprowadzonych w czasie realizacji zlecenia, która skutkowałaby wydłużeniem terminu realizacji robót.

Co do okoliczności wskazanych w pkt b), które mogłyby skutkować przedłużeniem terminu wykonania prac budowlanych, to istotnie ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że warunki atmosferyczne panujące w październiku 2012 r. uniemożliwiły stronie powodowej realizację umowy przez łączny okres 5 dni. Potwierdzili to w swych zeznaniach świadkowie oraz przedstawiciele stron, dziennik budowy także zawierał stosowne wpisy. Strony umowy określiły w sposób szeroki przesłanki przedłużenia terminu wykonania robót, uznając za nie długotrwałe opady oraz inne nieodpowiednie warunki atmosferyczne. Termin zakończenia prac budowlanych mógł zatem ulec przedłużeniu o powyższe 5 dni. Należy jednak wskazać, że w piśmie z 26 listopada 2012 r. strona powodowa poprosiła pozwaną Spółkę o przesunięcie terminu na wykonanie prac do 20 grudnia 2012 r. powołując się m. in. na złe warunki atmosferyczne. Pozwana Spółka zgodziła się na wydłużenie tego terminu do 5 grudnia 2012 r., a więc właśnie o 5 dni. Mając to na uwadze uznać należy, że już przy zmianie przez strony terminu zakończenia robót budowlanych uwzględnione zostały opóźnienia spowodowane niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi, nie mogły zatem one dodatkowo spowodować przedłużenia tego terminu na podstawie §(...) umowy.

Strona powodowa nie udowodniła także, by w sprawie zaszyły okoliczności, które umożliwiałyby jej wstrzymanie się z wykonaniem prac. Niewątpliwie gdyby przysługiwało jej takie uprawnienie, to okresu wstrzymania się z pracami nie można byłoby zaliczyć do umówionego przez strony czasu na wykonanie robót budowlanych i termin ich zakończenia uległby stosownemu przesunięciu. Strona powodowa nie wykazała, że pozwana Spółka popadła w zwłokę z zapłatą wynagrodzenia przed 5 grudnia 2012 r. (pkt c). Zgodnie z postanowieniami umowy, pozwana Spółka zobowiązana była do zapłaty w terminie 14 dni od doręczenia jej faktury przez stronę powodową. Bezsporne było, że Spółka (...) zapłaciła wykonawcy za prace zrealizowane w ramach I i II etapu inwestycji. Sąd Okręgowy ustalił również, że fakturę wystawioną przez stronę powodową w związku z zakończeniem prac objętych III etapem pozwana Spółka otrzymała 2 stycznia 2013 r., nastąpiło to zatem już po odstąpieniu przez nią od umowy. Nadto strona powodowa poinformowała pozwaną Spółkę o wstrzymaniu się z wykonaniem prac z powodu obawy o to, czy otrzyma zapłatę za III i IV etap robót dopiero w piśmie z 9 grudnia 2012 r. a więc już po upływie terminu na wykonanie przez nią umowy. Strona powodowa nie podnosiła także, że wstrzymała się z realizacją robót przed 5 grudnia 2012 r. z powodu innego niespełnienia warunków umowy przez pozwaną Spółkę (pkt d).

Reasumując, termin zakończenia prac budowlanych, do których wykonania zobowiązana była strona powodowa, przypadał 5 grudnia 2012 r. Nie wykonała ona tych prac w terminie. Następnym krokiem jest ocena, czy sama ta okoliczność rodziła po stronie pozwanej Spółki uprawnienie do odstąpienia od umowy.

Zgodnie z art. 491 § 1 k. c. jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Może również bądź bez wyznaczenia terminu dodatkowego, bądź też po jego bezskutecznym upływie żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki. Bez wątpienia umowa łącząca stronę powodową i pozwaną Spółkę była umową wzajemną. W związku z tym co do zasady odstąpienie od umowy w wypadku zwłoki jednej ze stron uzależnione jest

od uprzedniego wyznaczenia jej przez drugą stronę odpowiedniego dodatkowego terminu do wykonania umowy z zagrożeniem, że w razie jego bezskutecznego upływu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Pozwana Spółka takiego terminu stronie powodowej nie wyznaczyła. W szczególności za wyznaczenie dodatkowego terminu nie można uznać oświadczenia Spółki(...)zawartego w piśmie z 30 listopada 2012 r., w którym zgodziła się na przedłużenie terminu do wykonania prac do 5 grudnia 2012 r. Jak już bowiem zostało wskazane, oświadczenie zawarte w tym piśmie stanowiło element porozumienia stron umowy co do jej zmiany w zakresie terminu zakończenia inwestycji. Nie można zatem jednocześnie zakwalifikować go jako jednostronne wyznaczenie stronie powodowej dodatkowego terminu, o jakim mowa w cytowanym przepisie. Na marginesie zauważyć także można, że w piśmie tym pozwana Spółka nie zagroziła odstąpieniem od umowy w razie przekroczenia terminu zakończenia prac (zagrożenie takie znalazło się w piśmie pozwanej spółki z 15 października 2012 r., dotyczyło ono jednak opóźnień w realizacji I. i II. etapu robót – k. 130). Wyjątki od konieczności poprzedzenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy wyznaczeniem dodatkowego terminu na jej wykonanie wskazuje art. 492 k. c. W niniejszej sprawie te wyjątki nie zachodziły. Jednakże dodatkowe uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy bez wyznaczania wcześniej dodatkowego terminu na jej wykonanie przewiduje art. 635 k. c., który na mocy art. 656 k. c. znajduje odpowiednio zastosowanie do umowy o roboty budowlane. Stosownie do tego przepisu jeżeli przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu do wykonania dzieła. Literalne brzmienie tego przepisu odnosi się do wypadku odstąpienia przez zamawiającego od umowy o dzieło przed upływem terminu do jego wykonania. Jednakże zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, które Sąd Apelacyjny podziela, przepis ten tym bardziej znajduje zastosowanie do sytuacji, kiedy przyjmujący zamówienie nie wykonał go w przewidzianym terminie (tak SN w wyroku z 12 stycznia 2012 r., IV CSK 182/11, OSNC 2012 r., nr 7-8, poz. 90; choć we wcześniejszych orzeczeniach zajmował stanowisko przeciwne, np. w wyroku z 21 stycznia 2004 r., IV CK 356/02, M. S.. 2005 r. nr 5, poz. 14). Skoro bowiem zamawiający może odstąpić od umowy bez wyznaczania dodatkowego terminu na wykonanie dzieła zanim umówiony termin nadejdzie, jeżeli tylko okoliczności wskazują, że przyjmujący zamówienie opóźnia się z wykończeniem dzieła tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, to tym bardziej powinno przysługiwać zamawiającemu takie uprawnienie gdy umówiony termin już nadszedł, a przyjmujący zamówienie dzieła nie wykonał. W tym pierwszym wypadku zamawiający jest bowiem chroniony z uwagi na samo ryzyko nieterminowego wykonania dzieła przez przyjmującego zamówienie, niezasadne jest zatem, by przysługiwała mu słabsza ochrona gdy ryzyko to już się urzeczywistniło i termin do wykonania dzieła bezskutecznie upłynął. W niniejszej sprawie zachodzi drugi z tych wypadków, pozwana Spółka złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy 10 grudnia 2012 r, a więc po upływie terminu do wykonania prac objętych umową o roboty budowlane.

Jednakże samo niewykonanie w terminie robót budowlanych nie uprawniało pozwanej Spółki do odstąpienia od umowy na mocy art. 635 k. c. w zw. z art. 656 k. c. Użyty bowiem w pierwszym z tych przepisów przez ustawodawcę termin „opóźnienie” oznacza, że nieterminowe wykonanie dzieła musi być następstwem okoliczności nie leżących po stronie zamawiającego. Jeżeli bowiem nieterminowe wykonanie dzieła jest następstwem przyczyn, które przypisać można zamawiającemu, to w ogóle nie można mówić o opóźnieniu przyjmującego zamówienie (tak np. SN w wyrokach: z 12 stycznia 2012 r., IV CSK 182/11, OSNC 2012 r., nr 7 – 8, poz. 90; z 21 września 2006 r., I CSK 129/06, niepubl.). Strona powodowa podnosiła, że opóźnienie w wykonaniu prac wynikało z: a) zmiany przez strony pozwanej materiału, z jakiego strona powodowa miała wykonywać ocieplenie, b) niekorzystnych warunków atmosferycznych, c) nieterminowych dostaw materiałów. Oczywistym jest, że drugiej z powyższych okoliczności nie sposób przypisać pozwanej Spółce. Także pierwsza z nich nie może być jej przypisana. Jak już bowiem zostało wskazane, strona powodowa nie wykazała, że wybór materiałów nie nastąpił w oparciu o przysługujące stronie pozwanej uprawnienia wynikające wprost z umowy. Z realizacją takich uprawnień strona powodowa musiała się liczyć zawierając umowę i ustalając termin spełnienia swego świadczenia. Co jednak istotne, strona powodowa zgodziła się na wybór dokonany przez pozwanych. Skoro był on objęty porozumieniem stron, to nie sposób obarczać jedynie pozwaną Spółkę odpowiedzialnością za będące jego następstwem ewentualne opóźnienia w realizacji robót. Jeżeli strona powodowa przewidywała możliwość zaistnienia takich opóźnień powinna była nie zgodzić się na dokonany wybór, do czego była uprawniona, lub zażądać zmiany umowy w zakresie terminu wykonania zleconych robót. Nie skorzystała jednak

z żadnej z tych możliwości. Oczywistym jest również, że także ewentualne nieterminowe dostawy materiałów nie obarczają pozwanej Spółki, to bowiem strona powodowa we własnym zakresie nabywała materiały wykorzystywane do prac ociepleniowych.

Z powyższego wynika, że w dniu 5 grudnia 2012 r. strona powodowa pozostawała w opóźnieniu z realizacją robót. Pozwanej Spółce przysługiwało zatem prawo do odstąpienia od umowy, z którego skorzystała. Ustalenia Sądu Okręgowego w tym zakresie były zatem nieprawidłowe.

Powyższe nie oznacza jednak, że odstąpienie to wywarło skutek wobec całej umowy, a zatem stronie powodowej nie przysługiwało na jej podstawie roszczenie o zapłatę kwoty 75 600 zł tytułem wynagrodzenia za wykonanie robót objętych III etapem inwestycji. Stosownie bowiem do art. 491 § 2 k. c. jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty niespełnionego świadczenia. Strona ta może także odstąpić od umowy w całości, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce. Przyjąć należy, że przepis powyższy ma zastosowanie także w wypadku, gdy odstąpienie od umowy następuje na mocy art. 635 k. c., nie tylko art. 491 § 1 k. c. Zawiera on bowiem regulację ogólną dotyczącą odstępowania od umów wzajemnych w wypadku podzielności świadczenia. Przepis zaś art. 635 k. c. ma wobec tej regulacji charakter *lex specialis* jedynie w zakresie, w jakim zwalnia zamawiającego z obowiązku wyznaczenia drugiej stronie umowy dodatkowego terminu na jej wykonanie przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu. W pozostałym zakresie znajdują oczywiście zastosowanie ogólne przepisy o odstępowaniu od umów wzajemnych, w zakresie w jakim nie pozostają one w sprzeczności z regulacją szczególną z art. 635 k. c. Ta ostatnia uwaga jest o tyle istotna, że w art. 491 § 2 k. c. mowa jest o zwłoce drugiej strony, tymczasem jak już zostało wskazane, w wypadku odstąpienia na mocy art. 635 k. c. wystarczające jest jej opóźnienie. Z tą modyfikacją art. 491 § 2 k. c. znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie.

Świadczenie do którego spełnienia zobowiązana była strona powodowa było podzielne (tak też generalnie w odniesieniu do świadczenia wykonawcy wynikającego z umowy o roboty budowlane wypowiedział się SN w wyroku z 19 marca 2004 r., IV CK 172/03, OSNC 2005 r., nr 3, poz. 56). Zgodnie z art. 379 § 2 k. c. świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości. Strony wprost w załączniku nr 1 do umowy o roboty budowlane przewidziały, że strona powodowa swe świadczenie będzie spełniała częściami, dzieląc roboty na IV etapy. Każdy z tych etapów realizowany był odrębnie, odrębne były także terminy ich wykonania. Za każdy z tych etapów strony przewidziały odrębne wynagrodzenie dla wykonawcy. Oczywistym jest również, że strona powodowa wykonując kolejno etap I, II i III robót nie zmieniała samego przedmiotu świadczenia, którym było ocieplenie budynku, ani jego wartości. Okoliczność, że inwestor zainteresowany jest otrzymaniem ostatecznego rezultatu prac, w niniejszej umowie pełnego ocieplenia budynku, nie zmienia faktu, że rezultat ten może zostać zrealizowany kolejnymi etapami. Wykonanie tych poszczególnych etapów jest właśnie częściowym spełnieniem świadczenia w rozumieniu art. 379 § 2 k. c. Skoro zatem świadczenie z umowy łączącej stronę powodową z pozwaną Spółką było podzielne, Spółce przysługiwało wobec opóźnienia strony powodowej w zakończeniu prac jedynie uprawnienie do odstąpienia albo do tej części, której dotyczyło opóźnienie albo do całej reszty niespełnionego świadczenia. Powyższe uprawnienie należy rozumieć w ten sposób, że wierzyciel może odstąpić od umowy albo tylko co do tej części świadczenia, które jest już wymagalne i nie zostało wykonane, albo co do tej części i całej reszty świadczenia, które jeszcze nie jest wymagalne. W przedmiotowej sprawie strona powodowa pozostawała w opóźnieniu z wykonaniem ostatniej z części swego świadczenia, które było już wymagalne, tj. IV etapu prac. Tym samym oświadczenie pozwanej spółki o odstąpieniu od umowy odniosło skutek jedynie do jej części obejmującej IV etap zleconych prac. Nie wykazała ona bowiem, że wykonanie częściowe umowy nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie powodowej. Przeciwnie, z ustalonego stanu faktycznego wynika, że częściowe wykonanie przez stronę powodową umowy realizowało interes pozwanej Spółki. Zapłaciła ona podwykonawcy wynagrodzenie za realizację etapu I i II inwestycji, nadto oczywistym jest, że także realizacja III etapu miała dla niej znaczenie, w tym zakresie nie musiała już bowiem zlecać wykonania prac ociepleniowych innemu

podmiotowi, a wykonanie ich nie miało negatywnego wpływu na zakończenie całego procesu inwestycyjnego, lecz go przyspieszyło.

W związku z tym strony umowy z 31 sierpnia 2012 r. były nią związane w pozostałym zakresie, stronie powodowej przysługiwało zatem w oparciu o tę umowę roszczenie o zapłatę wynagrodzenia z tytułu wykonania prac objętych III etapem inwestycji. W tym zakresie rozważania Sądu pierwszej instancji są prawidłowe.

Natomiast nieprawidłowe było rozstrzygnięcie Sądu co do części wierzytelności pozwanej Spółki zgłoszonych do potrącenia, co wynikało z błędnego przyjęcia, że złożone przez nią oświadczenie o odstąpieniu od umowy było nieskuteczne.

Jak już zostało rozstrzygnięte, pozwana Spółka odstąpiła od umowy z powodu opóźnienia strony powodowej w wykonaniu IV etapu robót. W umowie strony zastrzegły karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy przez jedną ze stron z przyczyn zawinionych przez drugą w wysokości 10% wynagrodzenia umownego. Zgodnie z art. 483 § 1 k. c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Uznać należy, że użyte przez strony sformułowanie „przyczyny zawinione przez jedną ze stron” jest tożsame z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania o jakim mowa w art. 484 § 1 k. c. Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania, a te w ramach reżymu kontraktowego należy się kontrahentowi w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Oznacza to, że zastosowanie znajdują ogólne reguły rozkładu ciężaru dowodu dotyczące ustalenia winy w niewykonaniu zobowiązania. Zgodnie z art. 471 k. c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Oznacza to, że wobec ustalenia, że strona powodowa nienależycie wykonała umowę, nie kończąc IV. etapu prac w terminie, na niej spoczywał ciężar wykazania, że nastąpiło to na skutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Nie sprostала temu wymogowi. Jak zostało już wskazane, na usprawiedliwienie opóźnienia przywoływała następujące okoliczności: a) zmianę przez strony pozwanej materiału, z jakiego strona powodowa miała wykonywać ocieplenie, b) niekorzystne warunki atmosferyczne, c) nieterminowe dostawy materiałów. Co do pierwszej z tych okoliczności, to nie można przyjąć, że wybór przez pozwanych materiałów budowlanych, które strona powodowa miała używać przy pracach ociepleniowych, był okolicznością, za które strona powodowa nie ponosi odpowiedzialności. Po pierwsze, jak już zostało wskazane, zgodziła się ona na wybór materiałów Spółki (...) należy przypisać jej zatem taką samą odpowiedzialność za ewentualne skutki tej decyzji jak pozwanym. Po drugie, strona pozwana nie wykazała, że w istocie wybór materiałów spowodował opóźnienie w wykonaniu prac. Ze wskazanych wyżej powodów Sąd Apelacyjny nie dał wiary zeznaniom świadka S. D. i prezesa zarządu strony powodowej. Nie przedstawiła ona żadnych dodatkowych środków dowodowych na poparcie swych twierdzeń, nie wniosła również o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na tę okoliczność. Sąd Okręgowy dopuścił natomiast dowód z opinii biegłego jedynie celem ustalenia, czy prace objęte III etapem inwestycji zostały wykonane terminowo, co zostało zaaprobowane przez stronę powodową. Wobec ustalenia przez biegłego, że ukończyła ona w terminie III etap inwestycji, biegły nie wypowiedział się co do ewentualnego wpływu wyboru materiałów budowlanych na nieterminową realizację jej IV etapu. Strona powodowa nie wykazała również, że przyczyną opóźnienia były złe warunki atmosferyczne. Jak już bowiem wskazano, niesprzyjająca pogoda występowała w październiku i mogła spowodować opóźnienie w pracach o 5 dni, o które strony ostatecznie wydłużyły okres realizacji umowy, zmieniając końcowy termin wykonania robót na 5 grudnia 2012 r. Także nieterminowe dostawy materiałów nie mogą zostać uznane za okoliczności nie dotyczące strony powodowej. To bowiem strona powodowa zobowiązana była we własnym zakresie zaopatrywać się w materiały budowlane, ona wybierała sobie kontrahentów, ją zatem obciążają negatywne skutki ich niesolidności (zastrzegając, że oczywiście może przysługiwać jej wobec nich roszczenie o naprawienie szkody z tytułu nienależytego wykonania umowy, niemniej relacje jej z dostawcami nie mają w niniejszej sprawie wpływu na stosunek obligacyjny, który łączył ją z pozwaną Spółką). W końcu wskazać należy, że strona powodowa podnosiła w swych pismach procesowych, że niezakończenie w terminie IV etapu prac spowodowane było brakiem współpracy ze strony pozwanych. Tymczasem pozwana Spółka dopiero w piśmie z 6 grudnia 2012 r., w którym zawarła oświadczenie o odstąpieniu od umowy, wezwwała stronę powodową do wstrzymanie

wykonywania prac budowlanych, zaś strona powodowa dopiero w odpowiedzi na to wezwanie, w piśmie z 9 grudnia 2012 r. poinformowała pozwaną Spółkę, że przerywa prace z uwagi na obawę o otrzymanie zapłaty. Nie wskazała natomiast żadnych innych wypadków braku współpracy ze strony pozwanych, która miała uniemożliwić im wykonanie umowy w terminie.

Reasumując, przyjęć należy, że odstąpienie przez pozwaną Spółkę od umowy w części dotyczącej IV etapu prac nastąpiło z przyczyn zawinionych przez stronę powodową. Przysługiwało jej zatem roszczenie o zapłatę kary umownej w wysokości 10% umówionego wynagrodzenia. Uznać jednak należy, że punktem odniesienia dla ustalenia wysokości kary umownej powinna być nie jak twierdzą pozwani kwota całkowita wynagrodzenia, w wysokości 250 000 zł netto, lecz kwota wynagrodzenia za wykonanie IV etapu prac. Strony bowiem wynagrodzenie należne wykonawcy przypisały do poszczególnych etapów inwestycji. Za wykonanie każdego z tych etapów przysługiwało mu odrębne wynagrodzenie, co potwierdzają zarówno postanowienia umowy, w których wyraźnie zastrzeżono, że zapłata następować będzie w oparciu o wystawione przez wykonawcę faktury za wykonanie poszczególnych etapów robót, jak i ich późniejsza realizacja przez pozwaną Spółkę, która zapłaciła stronie powodowej odrębnie za zakończenie I i II etapu umowy. Strony zatem wyraźnie wiązały poszczególne kwoty wynagrodzenia z poszczególnymi etapami inwestycji. Skoro pozwana Spółka odstąpiła skutecznie od umowy jedynie w zakresie IV etapu, to przysługująca jej kara umowna z tytułu odstąpienia także powinna być obliczona biorąc za podstawę jedynie wynagrodzenie umowne za realizację tej części umowy. Wynagrodzenie za IV. etap inwestycji strony ustaliły na kwotę 43 200 zł brutto. Pozwana Spółka obliczając przysługujące jej roszczenie o zapłatę kary umownej uznała za punkt odniesienia wynagrodzenie netto. W związku z tym, przy przyjęciu 8% podatku VAT, jak uczyniły to strony, kwota netto wynagrodzenia za IV etap prac wynosiła 40 000 zł. Pozwanej Spółce przysługiwało zatem wobec strony powodowej roszczenie o zapłatę kary umownej w wysokości 4 000 zł. W związku z tym także o wysokość tej kwoty, obok przyjętej przez Sąd Okręgowy kwoty 8 829,58 zł, uległa umorzeniu wierzytelność strony powodowej o zapłatę wynagrodzenia z tytułu wykonania III etapu umowy.

Sąd pierwszej instancji trafnie natomiast uznał, że pozwanej Spółce nie przysługiwały inne wierzytelności. Wskazał przy tym należy, że pozwana Spółka nie wskazała jasno jakie wierzytelności, z jakiego tytułu i w jakiej wysokości jej się należą. Podnosiła konsekwentnie, że przysuguje jej wierzytelność w kwocie 6 499,81 zł równa wartości niewykonanych prac przez stronę powodową objętych I, II i III etapem inwestycji. Natomiast dodatkowo podała, że wartość niewykonanych przez stronę powodową robót objętych IV etapem inwestycji wynosi 28 266,93 zł, by ostatecznie zgłosić poza wierzytelnością w kwocie 6 499,81zł wierzytelność z tytułu poniesionych kosztów poprawkowych w kwocie 11 274,10 zł, obejmującą prace wykończeniowe w zastępstwie strony powodowej oraz wierzytelność w kwocie 29 341, 39 zł z tytułu poniesionych kosztów prac poprawkowych. W istocie zatem nie jest jasne, jakie wydatki składają się na poszczególne kwoty, skoro zarówno kwota 11 274,10 zł jak i 29 341, 39 zł dotyczyć miała prac poprawkowych, wartość niewykonanych przez powoda prac z IV etapu inwestycji wynosić miała 28 266,93 zł, zaś ostatecznie zgłoszona z tytułu prac wykończeniowych w zastępstwie strony powodowej wierzytelność wynosiła 11 274,10 zł, przy czym obejmowała ona także bliżej nieokreślone prace poprawkowe. Rodzi to oczywiste problemy z oceną zasadności roszczeń pozwanej Spółki.

Co do poniesionych przez pozwaną Spółkę kosztów prac naprawczych w związku nienależytym wykonaniem przez stronę powodową prac w ramach III etapu inwestycji Sąd Okręgowy przyjął, w oparciu o opinię biegłego, że wynosiły one 8 829,58 zł i ustalenie to nie zostało zakwestionowane przez stronę pozwaną w apelacji.

Co do roszczenia z tytułu niewykonania przez stronę powodową prac w ramach IV etapu to wskazać należy, że w istocie było to roszczenie o naprawienie szkody z tytułu niewykonania umowy w zakresie, w jakim pozwana Spółka od niej odstąpiła. Z tego tytułu należała się jej natomiast kara umowna. Zgodnie z art. 484 § 1 zd. 2 k. c. żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Strony zawarły takie postanowienie w § (...) ust.(...)umowy, przyznające zamawiającemu możliwość dochodzenia naprawienia szkody przenoszącej wysokość kary umownej na zasadach ogólnych. Zgodnie z art. 494 § 1 zd. 2 strona, która odstępuje od umowy, może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również na zasadach ogólnych naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Stosownie zaś do art. 471 k. c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte

wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Oznacza to, że pozwanej Spółce przysługiwałoby roszczenie o naprawienie szkody spowodowanej niewykonaniem przez stronę powodową IV etapu inwestycji w wysokości w jakiej szkoda ta przekraczałaby kwotę 4 000 zł. Trafnie Sąd Okręgowy uznał, że pozwani nie wykazali takiej szkody poniesionej przez Spółkę (...). Świadczą o tym już same twierdzenia pozwanej Spółki z odpowiedzi na pozew. Podała ona bowiem, że wartość prac niewykonanych przez powoda w ramach IV etapu inwestycji, które pozwana Spółka musiała wykonać, wynosiła 28 266, 93 zł. Tymczasem nie dostrzega ona, że w wyniku odstąpienia przez nią od umowy w części dotyczącej IV etapu inwestycji nie tylko strona powodowa zwolniona została z obowiązku wykonania tych prac, ale i strona pozwana zwolniona została z obowiązku zapłaty jej z tego tytułu wynagrodzenia. Zaoszczędziła w ten sposób kwotę 43 200 zł. W rzeczywistości zatem poniosłaby szkodę tylko wówczas, gdyby wobec odstąpienia od umowy koszty wykonania prac objętych IV etapem inwestycji przekraczałyby kwotę 43 200 zł, a wobec przysługującego jej roszczenia z tytułu kary umownej, w istocie kwotę 47 200 zł. Trafnie Sąd pierwszej instancji uznał, że pozwani nie wykazali tej okoliczności. W apelacji podnieśli, że Sąd Okręgowy błędnie ocenił zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, z którego powyższa okoliczność wynikała, jednakże w uzasadnieniu swego pisma nie wskazali żadnego konkretnego dowodu, który miałby ją wykazywać. Dlatego też złożyli wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego celem jej ustalenia, który jednak był na tym etapie postępowania spóźniony. Na poparcie swych twierdzeń pozwani przedłożyli jedynie załącznik nr(...)do pisma z 18 stycznia 2013 r. (k. 82), który stanowi wykaz prac nie wykonanych przez stronę powodową w ramach IV etapu inwestycji. Nie tylko środek ten nie ma żadnej mocy dowodowej, wobec zakwestionowania go przez stronę przeciwną, stanowi bowiem jedynie oświadczenie pozwanych, ale nadto wskazuje on, że łączna wartość tych prac wynosiła 28 266, 93 zł. Jest to kwota niższa niż zaoszczędzone przez stronę pozwaną wydatki na wynagrodzenie powodowej Spółki z tytułu realizacji IV etapu robót budowlanych. Również treść zeznań świadków nie daje podstaw do dokonania ustaleń o kosztach poniesionych przez pozwanych w związku z wykonaniem prac, które na podstawie umowy obowiązana była wykonać strona powodowa w ramach IV etapu inwestycji. Wynika z nich jedynie, że prace takie zostały wykonane. W związku z tym pozwani nie wykazali, że Spółce (...) przysługiwało roszczenie o naprawienie szkody z tytułu niewykonania przez stronę powodową IV. etapu inwestycji i oświadczenie o potrąceniu takiej wierzytelności nie mogło odnieść skutku.

Pozwani nie wykazali również, by Spółce (...) przysługiwało wobec strony powodowej roszczenie o naprawienie szkody z tytułu nienależytego wykonania umowy o roboty budowlane w zakresie I i II etapu inwestycji (co do III etapu, prawidłowo rozstrzygnął w tym zakresie Sąd Okręgowy). Ponownie strona pozwana nie przedstawiła żadnych dowodów na poparcie swych twierdzeń. Załącznik nr(...)do pisma z 18 stycznia 2013 r. (k. 81) wskazujący niewykonane przez stronę powodową prace i ich wartość nie ma żadnej mocy dowodowej i stanowi jedynie uzupełnienie twierdzeń pozwanych. Podobnie żadnych ustaleń w tym zakresie nie można poczynić w oparciu o dokument w postaci inwentaryzacji z 10 grudnia 2012 r. (k. 149 – 155). Jego treść nie pozwala na ustalenie wartości prac niewykonanych przez stronę powodową, ani które ze wskazanych tam elementów odnoszą się do I i II etapu inwestycji. Także zeznania świadków miały charakter zbyt ogólny, by na ich podstawie ustalić, że pozwanej Spółce przysługiwała z powyższego tytułu jakaś wierzytelność. Pozwana K. przedłożyła 4 faktury VAT: z 17 maja 2013 r. za zakup taśmy i folii malarskiej, dysku szlifierskiego i krążków samoprzylepnych za kwotę 68,92 zł (k. 74), z 4 maja 2013 r. za zakup akcesoriów malarskich za kwotę 31, 19 zł (k. 75), z 30 kwietnia 2013 r. za odbiór odpadów budowlanych za 432 zł i z 27 maja 2013 r. za farby za kwotę 7 490,70 zł. Powyższa treść faktur także nie pozwalała poczynić ustaleń odpowiadających twierdzeniom pozwanych. Po pierwsze, nie sposób ustalić, w związku z jakimi pracami wskazane artykuły zostały kupione przez pozwaną Spółkę. Ich charakter może wskazywać, że dotyczyły one prac naprawczych dokonanych przez nią w związku z wadami wykonanych przez stronę powodową robót w ramach III etapu inwestycji, których wartość została już uwzględniona przez Sąd pierwszej instancji. Także wskazane w tych dokumentach rachunkowych kwoty nie odpowiadają zgłoszonym przez pozwanych kwotom wierzytelności. Nadto artykuły te mogły dotyczyć robót objętych IV etapem inwestycji w umowie z 31 sierpnia 2012 r., a jak już zostało wskazane, pozwanej Spółce przysługiwałoby roszczenie o naprawienie szkody z tytułu ich wykonania tylko wówczas, gdyby ich wartość przekraczała kwotę 47 200 zł. Przedłożone faktury opiewają zaś na kwotę niewiele ponad 8 000 zł. W związku z tym nie mogły stanowić podstawy ustaleń faktycznych Sądu Apelacyjnego. Wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego celem ustalenia wartości prac wykonanych przez pozwaną Spółkę zgłoszony został dopiero w apelacji i podlegał oddaleniu. Pozwani nie wykazali zatem, że Spółce (...) przysługiwała wobec strony powodowej

wierzytelność z tytułu niewykonanych prac w ramach I i II etapu inwestycji, oświadczenie o potrąceniu w tym zakresie także nie było skuteczne.

Chybiony był zarzut nierozpoznania przez Sąd pierwszej instancji istoty sprawy, sformułowany w uzasadnieniu apelacji. Do nierozpoznania istoty sprawy dochodzi wówczas, gdy rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji nie odnosi się do tego, co było przedmiotem sprawy, gdy zaniechał on zbadania materialnej podstawy żądania albo merytorycznych zarzutów strony, bezpodstawnie przyjmując, że istnieje przesłanka materialnoprawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie. Niewątpliwie sytuacja taka w niniejszej sprawie nie zachodzi. Sąd Okręgowy rozpoznał merytorycznie roszczenie strony powodowej oraz zgłoszone przez stronę pozwaną zarzutu. Okoliczność, że w części ocena Sądu pierwszej instancji była błędna nie oznacza jeszcze, że nie rozpoznał on sprawy co do istoty. Oceny, czy sąd pierwszej instancji rozpoznał istotę sprawy dokonuje się na podstawie analizy żądań pozwu i przepisów prawa materialnego stanowiącego podstawę rozstrzygnięcia, nie zaś na podstawie ewentualnych wad postępowania wyjaśniającego (wyrok SN z 22 kwietnia 1999 r., II UKN 589/98, OSNAPiUS 2000, Nr 12, poz. 483). W sprawie nie zachodziła także konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości, co sugerowali w apelacji pozwani, a co także uzasadniałoby uchylenie wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania na zasadzie art. 386 § 4 k. p. c.

Konkludując powyższe rozważania, zarzuty apelacji były zasadne tylko w zakresie, w jakim wskazywały, że Sąd Okręgowy niezasadnie przyjął, że pozwana Spółka nie odstąpiła od części umowy i nie przysługiwało jej wobec strony powodowej roszczenie o zapłatę kary umownej, przy czym wysokość tego roszczenia wynosiła 4 000 zł, nie 25 000 zł. W związku z tym Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k. p. c. zmienił punkt I zaskarżonego wyroku, obniżając zasądzoną solidarnie od pozwanych na rzecz powoda kwotę 66770,42 zł o kwotę 4 000 zł. W związku z powyższym konieczna była także zmiana rozstrzygnięcia o kosztach procesu. W pozostałym zakresie Sąd Apelacyjny na zasadzie art. 385 k. p. c. apelację oddalił.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 100 zd. 1 k. p. c. Poniesione przez strony koszty wyniosły 16 283,30 zł, przy czym te uiszczone przez stronę powodową opiewały na kwotę 9 397 zł. Strona powodowa wygrała sprawę w 83%. W związku z tym powinna była ponieść 17% kosztów procesu, tj. kwotę 2 768 zł. Należało zatem zasądzić na jej rzecz od pozwanych solidarnie kwotę 6 629 zł, stanowiącą różnicę między kosztami, które powinna ponieść z uwagi na wynik sprawy a rzeczywiście poniesionymi.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 100 zd. 2 k. p. c. Strona powodowa wygrała sprawę w 94 %. W związku z tym należało zasądzić na jej rzecz od pozwanych kwotę odpowiadającą całości poniesionych przez nią kosztów tego postępowania, na które złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 5 400 zł, ustalone na § 10ust. 1 pkt 2 w zw. z § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie(Dz.U. z 2015 r., poz. 1800).

SSA Barbara Baran SSA Anna Kowacz – Braun SSA Józef Wąsik