

Sygn. akt I ACa 1868/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 czerwca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Dorota Ochalska - Gola

Sędziowie: SA Joanna Walentkiewicz – Witkowska (spr.)

SO del. Marta Witoszyńska

Protokolant: st. sekr. sąd. Katarzyna Olejniczak

po rozpoznaniu w dniu 18 czerwca 2015 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O.

przeciwko P. T.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Kaliszu

z dnia 31 lipca 2014 r. sygn. akt I C 1667/12

1. oddala apelację;

2. zasądza od P. T. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O. kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt I ACa 1868/14

## UZASADNIENIE

Strona powodowa - (...) sp. z o.o. w O. wniosła o zasądzenie od pozwanego P. T. kwoty 450.000 zł z umownymi odsetkami w wysokości 10 % rocznie od kwoty 225.000 zł od dnia 15 kwietnia 2011 r. i od kwoty 225.000 zł od dnia 10 marca 2011 r., jako zwrotu pożyczki.

W odpowiedzi na pozew pozwany P. T. wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego. Podniósł zarzut potrącenia kwoty 200.000 złotych, po czym w dniu 23 czerwca 2014 roku zarzut ten rozszerzył o dalszą kwotę 250.000 złotych.

Wyrokiem z dnia 31 lipca 2014 roku Sąd Okręgowy w Kaliszu uwzględnił powództwo w całości i orzekł o kosztach postępowania.

Rozstrzygnięcie to zapadło po poczynieniu następujących ustaleń faktycznych:

W dniu 7 marca 2011 r. powód (...) sp. z o.o. w O. zawarł z pozwanym P. T. umowę pożyczki kwoty 450.000 zł na okres od 10 marca 2011 r. do 31 sierpnia 2011 r. Wpłata pożyczki miała nastąpić w dwóch transzach, pierwszej do 10 marca 2011 r. po warunkiem ustanowienia hipoteki, a drugiej - w terminie 7 dni od ustanowienia hipoteki 15 kwietnia 2011

r. Pozwany zobowiązał się zwrócić kwotę pożyczki w terminie do dnia 31 sierpnia 2011 wraz z odsetkami umownymi w wysokości 10% w skali rocznej od dnia wypłaty każdej transzy. Pozwany zobowiązał się ustanowić zabezpieczenie zwrotu pożyczki ustanawiając hipotekę na mieszkaniu w W. przy ul. (...) ujawnionego w księdze wieczystej nr (...). W § 4 określono, że pożyczka zostanie zaliczona na poczet wzajemnych rozliczeń stron z tytułu współpracy i przekształcona na wynagrodzenie prowizyjne pozwanego. Aneks nr (...) przedłużono termin spłaty pożyczki do dnia 31 marca 2012 r.

Tego samego dnia 7 marca 2011 r. powód (...) sp. z o.o.

w O. zawarł z (...) sp. z o.o. w W., którego prezesem zarządu jest A. T. (żona pozwanego), a wiceprezesem zarządu jest pozwany P. T. umowę przedwstępną, polegającą na zleceniu przez (...) sp. z o.o. w W. powodowi budowy bloku mieszkalnego

w W. przy ul. (...). Strony określiły w § 2, że przyrzeczona umowa o roboty budowlane zostanie zawarta do dnia 31 lipca 2011 r. na następujących warunkach: cena prac będzie na poziomie średnich cen rynkowych, a zapłata wynagrodzenia będzie następowała etapami. Strony określiły karę umowną w wysokości 200.000 zł za uchylenie się od zawarcia umowy przyrzeczonej. W § 7 umowy określono, że (...) sp. z o.o.

w W. przysługuje wynagrodzenie prowizyjne w kwocie określonej

w umowie. Powód zobowiązał się, że w chwili podpisania umowy przyrzeczonej, zaliczy pożyczkę w kwocie 400.000 zł na poczet wynagrodzenia prowizyjnego (...) sp. z o.o. w W.. W § 9 umowy ustalono, że

w przypadku niezawarcia umowy przyrzeczonej w terminie do 31 lipca 2011 r. z przyczyn niezależnych od stron umowa ulegnie rozwiązaniu i stronom nie będą przysługiwać z jej tytułu żadne roszczenia.

Strony umowy nie sporządziły załącznika do umowy przedwstępnej.

Strony w negocjacjach ustnych określiły, że wynagrodzenie umowne (...) sp. z o.o. w W. będzie wynosić 5 % wynagrodzenia powoda. Na terenie budowy występował konflikt związany ze zmianą inwestora. Powód był zaskoczony informacją o ogłoszeniu przez Miasto W. zamiaru sprzedaży gruntu wraz z budynkiem, będącym przedmiotem negocjacji, dotyczących dokończenia jego budowy.

W dniu 10 marca 2011 r. powód przelał na konto żony pozwanego kwotę 225.000 zł, a przelew drugiej transzy pożyczki w kwocie 225.000 zł nastąpił w dniu 15 kwietnia 2011 r.

Pozwany złożył wniosek o wpis hipoteki powoda w księdze wieczystej nr (...), który nie został uwzględniony.

Pierwotnie inwestorem był (...) S.A., który dysponował pozwoleniem na budowę. Ogłoszono upadłość inwestora. Kolejnym inwestorem był (...) (...), który odpłatnie uzyskał przeniesienie pozwolenia na budowę w 2012 r. Wobec nowego inwestora toczyło się postępowanie upadłościowe. Nie doszło do bezpośrednich rozmów powoda z (...) (...).

(...) sp. z o.o. w W. miał zostać inwestorem zastępczym

i potrzebował pieniędzy na zapłacenie za dokumentację potrzebną do przeprowadzenia budowy oraz na uzyskanie przeniesienia pozwolenia na budowę. Powyższa firma nie dysponowała zabezpieczeniem, więc umowę pożyczki sporządzono na pozwanego, który zgodził się zabezpieczyć pożyczkę hipoteką na mieszkaniu, stanowiącym własność jego i żony. Warunkiem podpisania umowy i rozpoczęcia prac było posiadanie pozwolenia na budowę przez inwestora.

Przez 3 tygodnie powód analizował dokumentację przedłożoną przez (...) sp. z o.o. w W.. A. S. w maju 2011 r. obejrzał budowę z zewnątrz po wprowadzeniu go na teren budowy przez pozwanego, który ostatecznie odjechał, ochrona nie chciała go wpuścić do wnętrza budynku. Pierwszą ofertę powód sporządził na podstawie dokumentacji przedłożonej przez (...) sp. z o.o. w W., z której wynikało, że jest to rozpoczęta budowa bloku mieszkalnego, w stanie surowym zamkniętym. W dniu 18 lipca 2011 r. powód przesłał (...) sp. z o.o. w W. ofertę, a jej rozbić na poszczególne prace przesłano w dniu 28 lipca 2011 r. Po przesłaniu w dniu 28 lipca 2011 r. przez (...) sp. z o.o. w W. powodowi harmonogramu rzeczowo - finansowego okazało się, że zakres prac do wykonania będzie mniejszy, niż przyjęty przez powoda w pierwszej ofercie. Mimo upływu terminu zawarcia umowy przyrzeczonej prowadzono dalej negocjacje. Pozwany na dwa miesiące wyjechał za granicę i nie było z nim kontaktu. Drugą ofertę ze zmniejszonym zakresem prac

powód przesłał w dniu 26 września 2011 r. Trzecią ofertę wraz z wzorem umowy przesłano w dniu 6 października 2011 r. antydatowaną na prośbę pozwanego na dzień 5 maja 2011 r.

W 2012 r. świadek A. S. dokonał pomiarów zakresu wykonanych prac wewnątrz przedmiotowego budynku. W dniu 1 października 2012 r. (...) sp. z o.o. w W. poinformował powoda o uzyskaniu pozwolenia na budowę, którego nie okazał powodowi. Inwestor zwrócił się z zapytaniem, czy powód nadal jest zainteresowany zawarciem umowy przyrzeczonej oraz wniósł o przesłanie oferty, harmonogramu rzeczowo- finansowego i projektu umowy. Powód potwierdził zainteresowanie zawarciem umowy i w dniu 6 października 2012 r. powód przesłał czwartą ofertę oraz wzór umowy, które uzupełniono w dniu 17 października 2012 r. W dniu 26 października 2012 r. powód przesłał piątą ofertę, natomiast w dniu 6 listopada 2012 r. powód przesłał kolejną już szóstą ofertę. (...) sp. z o.o. w W. po przesłaniu kolejnych ofert nie odpowiadał na nie i nie informował czy je akceptuje.

(...) sp. z o.o. w W. nie dysponował środkami pieniężnymi na sfinansowanie budowy. M. P. przygotował projekt umowy przyrzeczonej i przesłał (...) sp. z o.o. w W. w październiku 2011 r. Powód przygotowywał się, że w przypadku kredytowania inwestycji przez bank, sporządzi stosowną dokumentację w postaci harmonogramu prac.

Umowy przyrzeczonej nie zawarto.

Kwota z oferty piątej, uzupełnionej w ofercie szóstej z dnia 6 listopada 2012 r. wyniosła netto 18.270.800 zł, w tym koszt robót 17.400.760 zł i prowizja 5 % (...) sp. z o.o. w W. w kwocie 870.040 zł. Natomiast średnie ceny rynkowe wynosiły wówczas 18.165.000 zł. Oferta powoda bez prowizji była niższa od średnich cen rynkowych o 4,39 %, a udział zysku w średnich cenach rynkowych wynosił 3,9 - 4,1 %.

Do zawarcia umowy konieczne jest obok oferty cenowej posiadanie aktualnej decyzji o pozwoleniu na budowę, ustalenie terminu rozpoczęcia i zakończenia prac, protokolarne przejęcie placu budowy, ustalenie wysokości wynagrodzenia ryczałtowego + VAT oraz ustalenia zasad wynagrodzenia za roboty dodatkowe, zamienne i inne.

(...) sp. z o.o. w W. powinien sporządzić dokładną inwentaryzację zakresu wykonanych prac oraz przekazać powodowi komplet dokumentacji, w tym projekt budowlany i pozwolenie na budowę. Na podstawie powyższych dokumentów powód powinien sporządzić szczegółowy zakres robót wraz z wyceną ich wykonania oraz przedstawić harmonogram wykonania prac.

Pismem z dnia 3 grudnia 2012 r. (...) sp. z o.o. w W. poinformował powoda, że z uwagi na brak sporządzenia przez powoda pełnej i spełniającej wymogi umowy oferty oraz wydłużanie ponad miarę termin podjęcia działań wykonawczych nie dojdzie do zawarcia umowy przyrzeczonej. W związku z tym Spółka naliczyła powodowi karę umowną w wysokości 200.000 zł i wystawiła notę obciążeniową na tę kwotę. Tego samego dnia (...) sp. z o.o. w W. przelał na pozwanego powyższą wierzytelność z tytułu kary umownej w kwocie 200.000 zł, a pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu tej wierzytelności z wierzytelnością powoda z tytułu umowy pożyczki.

Pismem z dnia 26 listopada 2013 r. (...) sp. z o.o. w W. poinformował powoda, że dochodzi od powoda odszkodowania za brak możliwości uzyskania wynagrodzenia na skutek uchylenia się od zawarcia umowy przyrzeczonej w kwocie 250.000 zł i wystawił notę obciążeniową na tę kwotę. Tego samego dnia (...) sp. z o.o. w W. przelał na pozwanego powyższą wierzytelność z tytułu kary umownej w kwocie 250.000 zł, a pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu tej wierzytelności z wierzytelnością powoda z tytułu umowy pożyczki.

Powyższy stan faktyczny Sąd I Instancji ustalił w oparciu o dokumenty i zeznania świadków oraz stron. Sąd nie dał wiary zeznaniom pozwanego, że oferta powoda znacznie przewyższała średnie ceny rynkowe, odwołując się do opinii biegłego do spraw budownictwa. Za niewiarogodne Sąd uznał zeznania pozwanego, że w maju 2011 r. pracownicy powoda mieli swobodny dostęp do placu budowy, odwołując się zeznań L. F. oraz świadków A. S., Ł. W. i M. P..

Za rzetelną, fachową, wiarygodną Sąd uznał opinię biegłego do spraw budownictwa H. T.. Biegły do oceny przyjął ostatnią ofertę powoda, gdyż została ona sporządzona na podstawie pomiarów dokonanych na placu budowy, a więc uwzględniała rzeczywisty zakres koniecznych do wykonania prac w celu dokończenia budowy, a oferty z 2011 r. dotyczyły szerszego zakresu prac. Na podstawie art. 217 § 3 k.p.c. Sąd oddalił wniosek dowodowy pozwanego o przeprowadzenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego celem porównania cen z opinią J. K. z dnia 31 października 2011 r.

Rozważając zasadność roszczeń strony powodowej Sąd Okręgowy odwołał się do treści art. 720 §1 k.c. (mylnie wskazując, że chodzi o k.p.c.), a także do regulacji, odnoszących się do rozkładu ciężaru dowodu (art. 6 k.c. i 232 k.p.c.) i uznał, że okoliczności, dotyczące udzielenia pozwanemu umowy pożyczki w kwocie 450.000 złotych są bezsporne.

Za niezasadny Sąd uznał natomiast zarzut potrącenia kwoty 200.000 zł z tytułu kary umownej, określonej § 2 umowy przedwstępnej, naliczonej powodowi przez (...) sp. z o.o. w W. za uchylenie się od zawarcia umowy przyrzeczonej. Powód zasadnie podniósł, że wierzytelność, którą pozwany zgłosił do potrącenia nie istnieje. Pozwany nie wykazał bowiem, że to powód uchylił się od zawarcia umowy. Powód był zainteresowany zawarciem umowy przyrzeczonej i przed upływem terminu złożył ofertę. Natomiast po upływie tegoż terminu nadal prowadził negocjacje z (...) sp. z o.o. w W., przesłał kolejnych 5 ofert i dokonywał oględzin placu budowy. Wbrew zarzutom pozwanego, cena zaproponowana przez powoda była niższa od średnich cen rynkowych. (...) sp. z o.o. w W. obciążał obowiązek przedłożenia szczegółowego zakresu robót i umożliwienia powodowi dokonanie oględzin i pomiaru już wykonanych prac budowlanych. Nawet ceny pierwszej oferty nie przekraczały cen rynkowych, a wyższa cena wynikała z braku wiedzy powoda o rzeczywistym zakresie prac koniecznych do dokończenia budowy. Nadto inwestor generalny (...) (...) nie dysponował pozwoleniem na budowę, które wydano poprzedniemu inwestorowi, a więc w konsekwencji inwestor zastępczy (...) sp. z o.o. w W. nie mógł skutecznie zawrzeć umowy przyrzeczonej z powodem w ustalonym terminie. To inwestor zastępczy uchylił się od zawarcia umowy. Nie było więc podstaw do obciążania powoda karą umowną w kwocie 200.000 zł, zarzut potrącenia powyższej kwoty jest nieskuteczny, gdyż wierzytelność pozwanego wobec powoda nie istnieje.

Za niezasadny Sąd I instancji uznał natomiast zarzut pozwanego potrącenia kwoty 250.000 zł tytułem odszkodowania za utracone wynagrodzenie prowizyjne. Zgodnie z art. 484 § 1 k.c. niedopuszczalne jest żądanie dalszej kwoty odszkodowania, przekraczającego wysokość kary umownej. Natomiast na podstawie art. 443 k.c. niedopuszczalne jest także powoływanie się na odpowiedzialność deliktową (art. 415 k.c.) utraconych korzyści z tytułu braku zawarcia umowy, jeżeli jednocześnie dochodzi się roszczeń z tytułu kary umownej, a więc powołując się na zasady odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 k.c. i następne). (...) sp. z o.o. w W. uchyliła się od zawarcia umowy przyrzeczonej, a więc nie może żądać od powoda utraty wynagrodzenia z tytułu braku zawarcia umowy, której sam nie chciała zawrzeć.

Na podstawie art. 359 § 1 i § 2 k.c. Sąd zasądził odsetki umowne, stanowiące wynagrodzenie za korzystanie z kapitału w wysokości określonej w umowie.

O kosztach Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., stosując zasadę odpowiedzialności stron za wynik postępowania.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Kaliszu wywiódł pozwany, zaskarżając w całości i wnosząc o zmianę wyroku z dnia 31 lipca 2014 roku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda kosztów postępowania, ewentualnie o uchylenie tego wyroku i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania za obie instancje.

Apelujący zarzucił:

1. naruszenie przepisów prawa procesowego, mające wpływ na treść wyroku, a mianowicie:

- art. 217 § 2, art. 227 i art. 233 § 1 k.p.c. - Sąd oparł wyrok na wadliwej i niepełnej opinii biegłej H. T., przyjął niespójne i nielogiczne wnioski z tej opinii za własne oraz oddalił inne wnioski dowodowe pozwanego, w tym wniosek dowodowy

o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego - przez co nie dokonał prawidłowych ustaleń faktów istotnych dla rozstrzygnięcia i nie rozważył w sposób wszechstronny zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności przyjął, że przed upływem terminu zawarcia umowy ostatecznej powód złożył ofertę spełniającą wymagania § 2 umowy przedwstępnej z dnia 7 marca 2011 r. zawartej przez powoda z (...) Sp. z o.o., a w konsekwencji uznał, iż wierzytelność o zapłatę kary umownej, będącej przedmiotem przelewu z dnia 3 grudnia 2012 r. pomiędzy (...) Sp. z o.o. a pozwanym P. T. nie istnieje,

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę materiału dowodowego, polegającą na błędnym przyjęciu, iż powód nie uchylał się od zawarcia umowy przyrzeczonej z (...) Sp. z o.o. i przed upływem terminu zawarcia umowy przyrzeczonej złożył prawidłową ofertę cenową, a w konsekwencji błędnym przyjęciu przez Sąd, iż nie było podstaw do naliczenia przez (...) Sp. z o.o. kary umownej na podstawie przepisów umowy przedwstępnej z 7 marca 2011 r.,

- art. 217 § 1, 2, 3 i 227 k.p.c., o ile Sąd oddalił wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z kosztorysu sporządzonego przez rzeczoznawcę K. z dnia 28 marca 2012 r.

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie:

- art. 484 § 1 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek zwłoki w przedstawieniu oferty cenowej i w konsekwencji niezawarcie umowy przyrzeczonej do dnia 31 lipca 2011 r. uniemożliwiało dochodzenie odszkodowania przekraczającego wysokość zastrzeżonej kary umownej.

### **Sąd Apelacyjny zważył:**

Apelacja, jako pozbawiona uzasadnionych podstaw prawnych, podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

W pierwszej kolejności rozważenia wymagały zarzuty apelacji, dotyczące naruszenia prawa procesowego i rzutu na treść wyroku, w tym zarzuty dotyczące przeprowadzenia dowodów i ich oceny. Wskazać należy, że przed oceną prawidłowości zastosowania przepisów prawa materialnego konieczne jest uprzednie stwierdzenie, że ustalenia faktyczne, stanowiące podstawę wydania zaskarżonego wyroku, zostały poczynione zgodnie z obowiązującą procedurą. Zarzut przekroczenia zasady swobodnej oceny materiału dowodowego nie może zostać uznany za skuteczny, kiedy polega na zaprezentowaniu własnych, korzystniejszych dla skarżącego ustaleń stanu faktycznego, dokonanych na podstawie własnej oceny materiału dowodowego (tak: postanowienie SN z 10 lutego 2002 r., sygn. II CKN 572/99). Równie nieskuteczny jest zarzut naruszenia zasady swobodnej oceny materiału dowodowego, polegający na odmiennej interpretacji dowodów zebranych w sprawie, bez jednoczesnego wykazania przy pomocy argumentacji jurydycznej, że ocena dowodów przyjęta przez sąd za podstawę rozstrzygnięcia przekracza granice swobodnej oceny dowodów. Pamiętać bowiem należy, że na sądzie ciąży obowiązek wyciągnięcia w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wniosków logicznie poprawnych, zaś w zakresie oceny zgromadzonego materiału dowodowego ustawodawca przyznał sądowi swobodę, pod warunkiem, że ocena ta nie jest jednak sprzeczna ze wskazaniami wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego. Zatem jedynie w sytuacji, kiedy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo przeczy zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych związków przyczynowo - skutkowych, tylko wtedy przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (tak: SN w wyroku z 27 września 2002 r., sygn. II CKN 817/00).

Analiza akt sprawy w ocenie Sądu Apelacyjnego prowadzi do wniosku, że dokonana w niniejszej sprawie ocena materiału dowodowego nie była sprzeczna z zasadami logiki, wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego, a poczynione ustalenia faktyczne znajdowały logiczne uzasadnienie w zgromadzonym materiale dowodowym. Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, że Sąd Okręgowy w sposób wnikliwy i rzetelny zgromadził niezbędny dla potrzeb rozstrzygnięcia sprawy materiał dowodowy, dokonał jego trafnej oceny, która to nie jest oceną dowolną i poczynił na jego podstawie trafne ustalenia faktyczne, które Sąd Apelacyjny czyni podstawą własnego orzekania.

Apelujący zarzucił, że wyrok opiera się na wadliwej i niepełnej opinii biegłej H. T., że Sąd przyjął niespójne i nielogiczne wnioski z tej opinii za własne oraz oddalił inne wnioski dowodowe pozwanego, w tym wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego. Apelujący w wywiedzionym przez siebie środku zaskarżenia dokonał własnej oceny materiału dowodowego, w sposób wybiórczy potraktował opinię biegłej, odnoszącą się do oferty z października - listopada 2012 roku. Opracowanie tej oferty zostało poprzedzone sporządzeniem przez powoda inwentaryzacją robót niezbędnych do dokończenia budynku. Biegła w sposób jasny wytłumaczyła dlaczego oceniała tę ofertę. Metodologii sporządzenia opinii nie można nic zarzucić. Dokonanie porównania z inwestycjami o zbliżonym charakterze było jak najbardziej uzasadnione, zwłaszcza wobec konieczności porównania ceny z oferty do średnich cen rynkowych dla robót budowlanych tego typu. Do porównania zostały przyjęte 2 najbardziej podobne budynki, zawarte w katalogu obiektów budowlanych. Oferty cenowe dotyczą tylko i wyłącznie oszacowania kosztów niezbędnych do poniesienia przez wykonawcę w celu wykonania wskazanego zakresu robót.

Apelujący niezasadnie zarzuca, że Sąd I instancji oddalił wniosek skarżącego o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego. Po uzupełnieniu przez biegłą opinii w toku rozprawy w dniu 27 maja 2014 roku pełnomocnik pozwanego wniósł o to, by ta sama biegła wydała opinię uzupełniającą, uwzględniającą także dane wynikające z oszacowania kosztów dokończenia budowy, opracowanego przez J. K.. Sąd ten wniosek oddalił. Nie można nie zauważyć, że pozwany złożył kserokopię jakiegoś szacunku nie podpisanego przez autora, a więc pozwany nie może powoływać się na to, że złożył dokument prywatny, który Sąd meriti niezasadnie pominął. Złożonego kosztorysu nikt nie firmuje własnym nazwiskiem. Wniosek o powołanie innego biegłego nie został w ogóle złożony, a w rozpatrywanych okolicznościach nie ma podstaw, jak chce apelujący, działający przez profesjonalnego pełnomocnika, obecnego w toku rozprawy w dniu 27 maja 2014 roku, by nałożyć na sąd obowiązek dowodzenia z urzędu twierdzeń zgłaszanych przez jedną ze stron. Niezasadnie więc apelujący zarzucił naruszenie art. 217 § 1, 2, 3 i 227 k.p.c. i art. 233 § 1 k.p.c.

Z protokołu rozprawy z dnia 27 maja 2014 roku wynika, że pełnomocnik apelującego nie zgłaszał już dalszych wniosków dowodowych.

Apelujący wskazuje także, że Sąd meriti niezasadnie oddalił wniosek dowodowy o zbadanie treści dokumentacji do umów z innymi inwestorami. Wniosek ten został zgłoszony w odpowiedzi na pozew ( k- 77 akt), kiedy pozwany działał w procesie bez pomocy profesjonalnego pełnomocnika. Wniosek ten jest nader ogólny, nie wskazuje choćby rodzaju robót objętych umowami, nigdy nie został doprecyzowany, (o jakie roboty chodzi, kiedy wykonywane), nie był podtrzymywany i nie został objęty zastrzeżeniem z art. 162 k.p.c., co oznacza, że apelujący na etapie postępowania apelacyjnego nie może powoływać się na jego nieprzeprowadzenie. Wniosek ten zresztą nie został w apelacji ponowiony, a w kształcie, w jakim został sformułowany nie był przydatny w żadnej mierze dla podjęcia decyzji w sprawie.

Apelujący zarzucił także wadliwą, bo dowolną, ocenę materiału dowodowego i błędne przyjęciu, iż powód nie uchylił się od zawarcia umowy przyrzeczonej z (...) Sp. z o.o. i przed upływem terminu zawarcia umowy przyrzeczonej złożył prawidłową ofertę cenową. Ocena tego zarzutu nie może abstrahować od zakresu obowiązków nałożonych na powoda przez apelującego w relacji do dostarczonych powodowi danych, którymi winien dysponować, by sprostać warunkom umowy. Z treści opinii biegłej wynika jednoznacznie, że opracowanie przez stronę powodową oferty wymagało jednoznacznego wskazania zakresu robót budowlanych, przewidzianych do wykonania, dostarczenia kompletnej dokumentacji projektowej we wszystkich branżach, będących przedmiotem zlecenia wraz z dokumentacją kosztorysową z przedmiarami robót, ustalenia terminu realizacji zleconych robót tj. terminu rozpoczęcia i terminu zakończenia w powiązaniu z posiadaną aktualną decyzją o pozwoleniu na budowę, ustalenia parametrów kosztorysowania takich jak: stawka roboczogodziny, narzut kosztów ogólnych, narzut z tytułu zakupu materiałów, narzut zysku, baza normatywna nakładów rzeczowych dla zakresu robót wynikających z umowy, a jak i ewentualnych robót zamiennych. Uzupełniając opinię w toku rozprawy w dniu 27 maja 2014 roku biegła wskazała, że powinna być sporządzona szczegółowa inwentaryzacja prac i ten obowiązek obciążał Spółkę (...). Umowa przedwstępna, jakkolwiek odwołuje się do załącznika numer 1, którym miał być projekt umowy takiego załącznika nie zawierała. Jest to okoliczność między stronami niesporna. Trafnie biegła podniosła, że tak

strona powodowa, jak i spółka (...), zawierając w dniu 7 marca 2011 roku umowę przedwstępną miały świadomość, że przyjmują warunki, jakich żadna ze stron nie była w stanie spełnić. Dodać trzeba, że wtedy nie było pozwolenia na budowę dla inwestora, który w dodatku nie był w stanie wylegitymować się tytułem do gruntu. Tymczasem apelujący próbuje wszystkimi niekorzystnymi konsekwencjami, związanymi z niezawarciem umowy przyrzeczonej obciążyć stronę powodową, mimo, że spółka (...) w W. nie przedstawiła dokumentów, które stanowiły podstawę przystąpienia do prac przez powoda.

Przyjrząc się także trzeba bliżej umowie z dnia 7 marca 2011 roku, zawartej pomiędzy (...) Spółką z o.o. w W., a (...) Spółką z o.o. z siedzibą w O.. Umowa ta zawiera jedynie deklarację podjęcia współpracy, w ramach której zleceniodawca powierzy wykonawcy budowę bloku mieszkalnego w W. przy ulicy (...). Umowa przyrzeczona miała zostać zawarta -po uprzednich negocjacjach, nie później niż do 31 lipca 2011 roku na następujących warunkach -cena umowna nie mogła być wyższa od średnich cen rynkowych dla robót budowlanych tego typu, zapłata wynagrodzenia miała następować etapami. Projekt umowy miał być załącznikiem do umowy i nie został sporządzony. Jednocześnie na wypadek uchylenia się stron od zawarcia umowy przyrzeczonej zobowiązane były do zapłaty kary umownej w wysokości 200.000 złotych. W § 5 umowy wskazano, że jest ona wyrazem woli stron w zakresie podjęcia i unormowania współpracy, nie stanowiła uprawnień dla wykonawcy do zaciągania zobowiązań w imieniu i na rzecz zleceniodawcy. W § 7 zastrzeżono, że z tytułu usług, polegających na budowie bloku mieszkalnego przy ulicy (...) w W. wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie, oszacowane w kosztorysie ofertowym, przygotowanym przez wykonawcę, uzgodnione i określone w umowie przyrzeczonej, Z tytułu zawarcia umowy o współpracy zleceniodawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie prowizyjne w kwocie określonej w zawartej w umowie, a strona powodowa zadeklarowała, że w dacie podpisania umowy przyrzeczonej pożyczkę w kwocie 400.000 złotych zaliczy na poczet wynagrodzenia prowizyjnego. Strony postanowiły także, że jeżeli do 31 lipca 2011 roku umowa przyrzeczona nie zostanie zawarta z powodu okoliczności niezależnych od stron umowa rozwiąże się, a stronom nie będą przysługiwać żadne roszczenia z tytułu umowy, ani jej rozwiązania.

Umowa ta ma charakter bardzo ogólny, jest jedynie wyrazem woli stron podjęcia współpracy na określonym polu. Nie spełnia warunków, jakim winna odpowiadać umowa przedwstępna, określonych w art. 389 § 1 k.c. Umowa przedwstępna bowiem winna określać istotne postanowienia umowy przyrzeczonej. Tymczasem na podstawie umowy z dnia 7 marca 2011 roku nie można określić ani przedmiotu, ani warunków przyszłej umowy, ani wynagrodzenia, ani podstaw ich ustalania. Nie jest określony nawet adres planowanej inwestycji. W tych okolicznościach także skuteczność zastrzeżenia kary umownej rodzi zasadnicze wątpliwości – kara została zastrzeżona na wypadek uchylenia się od zawarcia umowy przyrzeczonej na warunkach z ust. 1 i 2 § 2, z których nie sposób wywieść jaki jest rzeczywisty zakres tych warunków. Projekt umowy, będący załącznikiem do umowy de facto wtedy nie powstał, więc nie ma warunków, na jakich umowa miała być zawarta. Nie można więc także skutecznie zastrzec kary umownej.

Kolejne oferty, składane przez stronę powodową, kiedy szacowała jedynie koszty dokończenia budowy już rozpoczętej nie były nigdy przedmiotem negocjacji, były po prostu z gruntu odrzucane, bez wnikliwej ich analizy.

Posługiwanie się przez apelującego pojęciem prawidłowej oferty cenowej – niedookreślonym i nieostrym nie może czynić zarzutów apelacyjnych skutecznymi.

Jeśli zaś chodzi o termin zawarcia umowy przyrzeczonej był on z gruntu nierealny. Korespondencja mailowa, analizowana przez Sąd Okręgowy wskazuje, że pomimo upływu terminu, wynikającego z analizowanej wyżej umowy, (...) w dniu 1 października 2012 roku, nawiązując do umowy przedwstępnej i w związku z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę zwróciła się do powoda o potwierdzenie czy wcześniejsze ustalenia o warunkach współpracy są aktualne. Apelujący czyni zarzuty stronie powodowej niezawarcia umowy w terminie, podczas gdy sama Spółka (...) jeszcze w październiku 2012 roku zwróciła się o przesłanie oferty, wynikającej z umowy. Strona powodowa opracowała kolejną ofertę, która tak jak i poprzednie została z gruntu odrzucona.

Przechodząc do ostatniego zarzutu apelacji zważyć trzeba, że można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej

sumy (kara umowna). Z kolei zgodnie z art. 484 § 1 k.c. kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. W świetle powołanych przepisów oczywistym jest to, że kara umowna ma charakter fakultatywny i wyłącznie od woli stron zależy umieszczenie stosownego postanowienia w umowie. Zastrzeżenie kary umownej w istotny sposób modyfikuje również reguły odpowiedzialności kontraktowej. Zasadą jest tu bowiem to, że kara umowna ma charakter wyłączny, przez co wyklucza możliwość występowania o odszkodowanie w oparciu o art. 471 i nast. k.c. Wyjątek dotyczy sytuacji, gdy zastrzeżono karę za zwłokę oraz każdorazowo, gdy strony w umowie inaczej to określiły.

Kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność dłużnik (art. 471). Stanowisko takie zajął SN w wyroku 29 grudnia 1978 r., IV CR 440/78, opubl: L., w którym stwierdził, że w świetle obowiązującego prawa cywilnego brak jednak podstaw do przyjęcia, by zastrzeżona kara umowna (art. 483 i 484 k.c.) eliminowała w ogóle zastosowanie ogólnych przepisów k.c. o skutkach niewykonania zobowiązań, a zwłaszcza mającego podstawowe znaczenie art. 471 k.c. Jeżeli dłużnik wykaże, że było inaczej, zwolniony jest z obowiązku zapłaty kary umownej (por. orzeczenia SN z 20 marca 1968 r., II CR 419/67, nie publ.; oraz z 19 lutego 1969 r., I CR 580/69, nie publ.)

Zależność pomiędzy karą umowną, a wystąpieniem szkody została jednoznacznie określona po wielu latach niejednolitego orzecznictwa w uchwale składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 roku podjętej w sprawie III CZP 61/03 / OSNC 2004 nr 5 poz. 69 i sprost. w OSNC z 2004 nr 6 str. 1/, zgodnie z którą zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. W uzasadnieniu swego stanowiska Sąd Najwyższy wskazał, że w sporze o zasadność zapłaty kary umownej nie ma żadnego znaczenia kwestia występowania szkody po stronie wierzyciela, zarówno jako przesłanka aktualizująca roszczenia wierzyciela, jak i w razie wykazania przez dłużnika braku wystąpienia szkody. Kwestia nieistnienia w ogóle szkody lub jej nieznacznego rozmiaru może być brana pod uwagę dopiero w związku z rozważeniem miarkowania wysokości kary umownej. To, że kara umowna jest surogatem odszkodowania należy rozumieć w taki sposób, że strony przy zawarciu umowy określają z góry wysokość należnego wierzycielowi odszkodowania na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika i kara umowna kompensuje wszystkie negatywne dla wierzyciela konsekwencje, wynikające ze stanu naruszenia zobowiązania.

Odwołując się do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 23 lipca 2013 roku w sprawie V ACa 233/13 należy podkreślić, że możliwość żądania odszkodowania przenoszącego wysokość kary umownej jest rzeczywiście dopuszczalna jedynie wtedy, gdy możliwość dochodzenia odszkodowania obok kary umownej zostanie przewidziana umową i nie budzi wątpliwości w świetle przepisu art. 484 k.c., że kara umowna tego typu ma charakter zaliczany, co oznacza, iż kara ta musi być zaliczona na poczet odszkodowania i zasądzeniu może podlegać tylko odszkodowanie w kwocie przenoszącej karę umowną. Przesłanką żądania kary umownej jest jednakże jej wcześniejsze, ważne i skuteczne zastrzeżenie. LEX nr 1362696

W okolicznościach niniejszej sprawy nie da się ustalić, jaka miała być treść zobowiązania. Wywody Sądu Okręgowego, dotyczące nieskuteczności zarzutu potrącenia w zakresie kwoty 250.000 złotych Sad Apelacyjny w pełni podziela z przyczyn, o których mowa wyżej i które wskazał Sąd Okręgowy.

Wskazać także trzeba odnośnie do prowizji, że jak wynika z § 7 ust. 2 z tytułu zawarcia umowy o współpracy spółce (...) w W. przysługiwać miało wynagrodzenie prowizyjne w kwocie określonej w zawartej umowie. Umowa przyrzeczona nigdy nie została zawarta, więc w jej treści prowizja się mnie znalazła. Ustne zastrzeżenie nie było z kolei skuteczne wobec treści § 9 umowy przedwstępnej.

Mając na uwadze wszystkie powyższe argumenty Sąd Apelacyjny oddalił apelację pozwanego, uznając za Sądem Okręgowym, że zgłoszony zarzut potrącenia, obejmujący łącznie kwotę 450.000 złotych nie mógł odnieść zamierzonego przez pozwanego skutku i spowodować umorzenie wierzytelności z tytułu umowy pożyczki.



O kosztach zastępstwa procesowego strony powodowej Sąd orzekł na podstawie przepisu art. 98 § 1 i 3 k.p.c. , obliczając je na podstawie § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 461).