

Sygn. akt I ACa 1080/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 lutego 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący : Sędzia SA Małgorzata Dzieciołowska (spr.)

Sędziowie: SA Wincenty Ślawski

SA Anna Beniak Protokolant: st. sekr. sąd. K. O.

po rozpoznaniu w dniu 17 lutego 2017 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki Komandytowej z siedzibą w Ł.**

przeciwko (...) **Spółce Akcyjnej z siedzibą w W.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 9 maja 2016 r. sygn. akt X GC 895/15

1. oddala apelację;
2. zasądza od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki Komandytowej z siedzibą w Ł. kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 9 maja 2016 roku Sąd Okręgowy w Łodzi zasądził od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Ł. kwotę 143.361,39 złotych z odsetkami w wysokości odsetek ustawowych od kwot:

- 46.526,10 złotych od dnia 30 października 2014 roku do dnia zapłaty,

- 96.835,29 złotych od dnia 28 listopada 2014 roku do dnia zapłaty,

oraz kwotę 10.786 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu (k 155).

Sąd pierwszej instancji stwierdził, że w pozwie powódka skumulowała roszczenia dotyczące dwóch odrębnych umów. Umowa z dnia 10 czerwca 2014 roku była umową sprzedaży. Do jej wykonania strona pozwana nie miała żadnych zastrzeżeń. Dług wynikający z umowy numer (...) tj. cenę sprzedaży w kwocie 46.526,10 złotych, w ocenie tej strony, miał stanowić zabezpieczenie roszczenia z tytułu kary umownej, z uwagi na nienależyte wykonanie umowy nr (...). Sąd okręgowy ocenił, że pozwana spółka nie była uprawniona do „zabezpieczenia roszczenia z tytułu kary umownej”, co w konsekwencji skutkowało zasądzeniem kwoty 46.526,10 złotych na podstawie art. 535 § 1 kc.

Przedmiotem umowy numer (...) z dnia 17 czerwca 2014 roku były:

- demontaż urządzeń z placu zabaw przy ul. (...) w W.,
- dostarczenie nowych urządzeń,
- montaż używanych i nowych urządzeń na terenie wskazanym przez powódkę.

W ocenie sądu pierwszej instancji umowa miała charakter umowy o dzieło. Nie miało przy tym znaczenia, że być może strony powinny zawrzeć umowę o roboty budowlane, gdyż plac zabaw o takim charakterze jest budowlą a nie obiektem małej architektury. Zgodnie z art. 647 kc obowiązkami inwestora w umowie o roboty budowlane są czynności przygotowawcze poprzedzające wykonanie inwestycji i polegające na: po pierwsze, uzyskaniu lokalizacji inwestycji (por. art. 39 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 647 z późn. zm.), po drugie, opracowanie dokumentacji projektowej (zwłaszcza projektu budowlanego) potrzebnej do rozpoczęcia i prowadzenia robót budowlanych, a po trzecie, uzyskaniu pozwolenia na budowę (art. 28 pr. bud.). Pozwolenie to uzyskuje inwestor po przedstawieniu projektu budowlanego i tytułu własności gruntu albo innego prawa do dysponowania gruntem (art. 32 i 33 pr. bud.). Czwartą czynnością przygotowawczą stanowi zapewnienie nadzoru inwestorskiego i autorskiego. Inwestor – (...) SA w W., nie dysponowała decyzją o lokalizacji inwestycji, dokumentacją projektową ani pozwoleniem na budowę. Oznacza to, że spółka zdecydowała się na wykonanie placu zabaw w ramach umowy o dzieło. Zdaniem sądu okręgowego nie zasługują przy tym na uwzględnienie argumenty, że to pozwany jako profesjonalista powinien poinformować pozwaną o koniecznych formalnościach. Pozwana spółka jest spółką akcyjną zajmującą się prowadzeniem szkół i przedszkoli. W ramach prowadzonej działalności zapewnia dzieciom dostęp do placu zabaw. Jest takim samym profesjonalistą jak powódka.

Zgodnie z art. 627 kc przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia. W myśl art. 636 § 1 kc jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie. W aktach sprawy brak jest dowodu na pisemne wezwanie powódki do zmiany sposobu wykonania dzieła i wyznaczenia odpowiedniego terminu. Nawet jeśli pozwana czyniła takie wezwania ustnie to, zdaniem sądu pierwszej instancji, nie jest to okoliczność istotna, ponieważ w ślad za czynionymi wezwaniami nie nastąpiły dalsze kroki prawne tj. pozwana nie odstąpiła od umowy, jak również nie powierzyła poprawienia lub dalszego wykonania dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie.

Zgodnie z art. 638 § 1 kc do odpowiedzialności za wady dzieła stosuje się odpowiednio przepisy o rękojmi przy sprzedaży. Z kolei zgodnie z art. 560 § 1 kc jeżeli rzecz sprzedana ma wadę, kupujący może złożyć oświadczenie o obniżeniu ceny albo odstąpieniu od umowy, chyba że sprzedawca niezwłocznie i bez nadmiernych niedogodności dla kupującego wymieni rzecz wadliwą na wolną od wad albo wadę usunie. Ograniczenie to nie ma zastosowania, jeżeli rzecz była już wymieniona lub naprawiana przez sprzedawcę albo sprzedawca nie uczynił zadość obowiązkowi wymiany rzeczy na wolną od wad lub usunięcia wady. Art. 560 § 4 kc stanowi natomiast, że kupujący nie może odstąpić od umowy, jeżeli wada jest nieistotna. Pozwana spółka nie złożyła oświadczenia o obniżeniu ceny ani o odstąpieniu od umowy nie żądała też wymiany rzeczy na wolną od wad. Strona pozwana przytoczyła okoliczności dotyczące istnienia wad dzieła i opóźnienia w jego realizacji. Pozwana natomiast nie wskazała, jakie z tytułu wad zgłasza zarzuty. W treści uzasadnienia sprzeciwu nie podniosła żadnych konkretnych twierdzeń.

Powinność przedstawienia faktów ma charakter, podobnie jak ciężar dowodu, ciężaru procesowego (onus probandi), z tym że ciężar przytoczeń jest priorytetowy w stosunku do ciężaru dowodu. Istnieje więc integralny związek między twierdzeniami stron, a tym co mają udowodnić ramach oneris probandi. Brak szczegółowych twierdzeń po stronie, którą obciąża ciężar twierdzenia, prowadzi zatem z jednej strony do niemożliwości dowodzenia (bo nie występuje substrat dowodu w postaci twierdzenia o faktach), a w konsekwencji do przegrania procesu. Ciężar

przyczeń jest priorytetowy w stosunku do ciężaru dowodu. Żeby przeprowadzać dowody, wcześniej muszą być przez stronę powołane twierdzenia o faktach istotnych dla rozstrzygnięcia, które mają być przedmiotem dowodu. Twierdzeń stron nie mogą zastępować przeprowadzone dowody. Każdy wniosek dowodowy musi być powiązany z konkretnymi okolicznościami, które mają być nim stwierdzone. Niedopuszczalne jest zgłaszaniem „hurtem” dowodów bez powiązania ich z konkretnymi - istotnymi z punktu widzenia żądania - okolicznościami. Okoliczność czy dzieło ma wady czy też nie jest dla niniejszej sprawy obojętne, ponieważ pozwana nie wskazała jakie z istnienia ewentualnych wad wywodzi wnioski, a w szczególności nie złożyła oświadczeń przewidzianych art. 636 kc lub art. 638 kc w zw. z 560 kc. Sąd okręgowy oddalił w tym stanie sprawy wnioski dowodowe obu stron, w szczególności wniosek pozwanej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego. Pozwana wniosła o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, w szczególności posiadającego wiedzę na temat obiektów małej architektury, na okoliczność ustalenia czy powódka prawidłowo wykonała zobowiązanie względem pozwanej, na okoliczność zgodności wykonanego placu zabaw z obowiązującymi normami, w tym dopuszczalności użytkowania placu zabaw w stanie, w jakim pozostawił go wykonawca - powódka. Zakładając, że biegły udzieliłby odpowiedzi zgodnych z tezą pozwanej, brak byłoby argumentów prawnych, aby powództwo częściowo lub w całości oddalić.

Argument odnoszący się do wykonania dzieła z opóźnieniem nie został wykazany. Pozwana wskazała w sprzeciwie, że „na obecną chwilę zobowiązanie powódki względem pozwanej z tytułu kary umownej wynosi 560.612,84 złotych” jednakże nie zgłasza zarzutu potrącenia swojej wierzytelności z wierzytelnością pozwanej, a co więcej nie składa oświadczenia woli o potrąceniu. Z tych względów Sąd uznał, iż nie istniała podstawa do „zabezpieczenia roszczenia z tytułu kary umownej”, o czym była mowa odnośnie umowy nr (...). W umowie nr (...) strony nie zastrzegły kar umownych. Natomiast w § 6.2 postanowiły, że zmiana umowy wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności. Oświadczenie pracownika powódki T. K., niedysponującego pełnomocnictwem do składania oświadczeń woli w imieniu spółki, nie spełnia wymogu formy pisemnej zmiany umowy. Zobowiązanie T. K. do naliczania kar umownych, pozbawione jest mocy prawnej w stosunku do powodowej spółki.

Obowiązkiem pozwanej było dokonanie odbioru dzieła zgodnie z art. 643 kc i zapłata wynagrodzenia w myśl art. 642 § 1 kc. Zgodnie z powszechnie przyjętymi poglądami zamawiający może odmówić odbioru dzieła wyłącznie, jeżeli wady dzieła są na tyle istotne, że dyskwalifikują to dzieło ze względu na jego przeznaczenie, czynią je niezdatnym do zwykłego użytku. W pozostałym zakresie zamawiającemu przysługują roszczenia z rękojmi lub gwarancji. Pozwana nie twierdziła, że wady mają opisany charakter. Twierdziła, że występują wady, ale nie określała ich charakteru jako istotnego. We wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego nie zawarła okoliczności, czy wady mają charakter istotny, czyniący dzieło niezdatnym do użytku, choć stroną najpierw obciążał ciężar przytoczenia a następnie udowodnienia okoliczności, z których wywodzi skutki prawne. Sąd okręgowy w związku z tym uznał, że powódce należy się wynagrodzenie za wykonane dzieło w kwocie 96.835,29 złotych.

O odsetkach od zasądzonych kwot orzekł w oparciu o art. 481 § 1 kc i art. 482 § 1 kc. Wskazał na treść art. 56 ustawy z 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015 r., poz. 1830). Zgodnie z tym przepisem do odsetek należnych za okres kończący się przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy (co miało miejsce 1 stycznia 2016 r. zgodnie z art. 57 tejże noweli) stosuje się przepisy dotychczasowe. Oznacza to, że za okres do 31 grudnia 2015 r. powódce należą się odsetki, których wysokość jest ustalana zgodnie z art. 359 § 3 kc w brzmieniu redakcyjnym i numeracji obowiązujących do 31 grudnia 2015 r. (por. art. 481 § 2 zd. I kc w brzmieniu redakcyjnym i numeracji obowiązujących do 31 grudnia 2015 r.) - tj. odsetki w wysokości odsetek ustawowych. Z kolei za okres od 1 stycznia 2016 r. powódka nie zmodyfikowała żądania i także po tej dacie wносиła o zasądzenie odsetek ustawowych. Należały się jej zatem odsetki w wysokości odsetek ustawowych obliczonych na podstawie art. 359 § 2 kc w brzmieniu redakcyjnym i numeracji obowiązujących od 1 stycznia 2016 r. Zasądzeniu odsetek w wysokości odsetek ustawowych za opóźnienie sprzeciwiał się art. 321 kpc, albowiem zasądzenie odsetek ustawowych za opóźnienie, w sytuacji w której powódka żądał jedynie odsetek za opóźnienie (skoro wysokość tych pierwszych jest większa) stanowiłoby orzeczenie ponad żądanie.

Za datę wymagalności roszczenia Sąd uznał datę wskazaną na fakturach. Ocenił, że powódka wobec nieuzasadnionego braku odbioru dzieła uprawniona była do wystawienia faktur VAT zgodnie z umową.

O kosztach sąd pierwszej instancji orzekł w oparciu o art. 98 kpc (k 160 do 166).

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Ł. złożyła pozwana spółka, zaskarżając go w całości. Zarzuciła:

1. naruszenie prawa materialnego poprzez jego błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, to jest:

a) art. 471 kc poprzez jego niezastosowanie do bezspornie ustalonej okoliczności, że powódka niewłaściwie wykonywała jedną z łączących strony umów, podczas gdy zastosowanie tego przepisu nakazywałoby przyjąć, iż z tytułu niewłaściwego wykonania zobowiązania stronie powodowej nie przysługuje świadczenie wzajemne, którego dochodzi wytoczonym powództwem,

b) art. 498 § 1 kc poprzez błędną jego wykładnię i błędne zastosowanie, polegające na przyjęciu niedopuszczalności dokonania potrącenia wierzytelności wynikających z dwóch różnych stosunków prawnych, podczas gdy prawidłowo wykładając ten przepis należy uwzględniać jedynie tożsamość podmiotową stron obydwu stosunków prawnych, zdatność potrąceniową wierzytelności, ich wymagalność oraz dopuszczalność ich sądowego dochodzenia, a nie badać charakter zdarzenia prawnego będącego podstawą powstania każdej z tych wierzytelności - przyjęcie powyższego powinno doprowadzić sąd pierwszej instancji do odmiennej oceny zasadności roszczenia wynikającego z umowy z dnia 10 czerwca 2014 roku;

c) art. 636 § 1 kc oraz art 638 § 1 kc w zw. z art. 560 § 1 kc, łącznie z art. 31 ust. 2 Konstytucji RP poprzez błędną wykładnię wyżej wymienionych przepisów, polegającą na wyciąganiu wniosku o obowiązku korzystania z praw podmiotowych pod rygorem obciążenia negatywnymi konsekwencjami ich niewykorzystywania, polegająca na narzuceniu stronie pozwanej korzystania z określonych rozwiązań prawnych, ograniczając je wyłącznie do uregulowań właściwych dla umowy o dzieło, z pominięciem innych norm oraz instytucji prawa, w tym przepisów ogólnych właściwych dla odpowiedzialności kontraktowej; podczas gdy prawidłowa wykładnia przedmiotowych przepisów prowadzi do wniosku o dobrowolności wykonywania praw podmiotowych i zakazie zmuszania określonego podmiotu do czynienia tego, czego prawo mu wprost nie nakazuje.

2. naruszenie prawa procesowego, które to uchybienie miało istotny wpływ na wynik sprawy, to jest:

a) art. 217 § 3 kpc w zw. z art 227 kpc poprzez pominięcie w procesie wyrokowania dowodów z zeznań świadków P. T. i S. D. oraz z dokumentacji fotograficznej załączonej do akt sprawy, jako nie wnoszących niczego istotnego do rozpoznania sprawy, podczas gdy zgodnie z dyspozycją art. 217 § 3 kpc sąd pomija twierdzenia i dowody, jeżeli są powoływane jedynie dla zwłoki lub okoliczności sporne zostały już dostatecznie wyjaśnione, a w niniejszej sprawie sąd nie rozpoznając istoty sporu nie miał możliwości rozważenia czy okoliczności, na które zgłoszone były powyższe dowody zostały już dostatecznie wyjaśnione;

b) art. 217 § 1 kpc w zw. z art. 227 kpc w zw. z art. 278 § 1 kpc i art. 299 kpc poprzez oddalenie wniosków dowodowych pozwanej, tj. dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, w szczególności posiadającego wiedzę na temat obiektów małej architektury, na okoliczność ustalenia czy powódka prawidłowo wykonała zobowiązanie względem pozwanej, zgodności wykonanego placu zabaw z obowiązującymi normami, w tym dopuszczalności użytkowania placu zabaw w stanie, w jakim pozostawił go wykonawca, oraz dowodu z przesłuchania strony pozwanej na okoliczność rodzaju prowadzonej przez pozwaną działalności, kontaktów handlowych z powódką, nienależytego wykonania zobowiązania przez powódkę, stanu placu zabaw po dokonaniu montażu przez powódkę, negocjacji z powódką dotyczących wezwania jej do prawidłowego wykonania zobowiązania, w tym prób polubownego rozwiązania sporu z powódką, jako nie mających znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, podczas gdy zachodziła konieczność zarówno uzyskania informacji specjalnych dotyczących spornego między stronami zagadnienia wykonania zobowiązania

przez powódkę, jak i przesłuchania strony pozwanej, gdyż w sprawie pozostawały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy w konsekwencji, czego nie doszło do rozpoznania istoty sprawy;

c) art 328 § 2 kpc poprzez niewskazanie w uzasadnieniu wyroku przyczyn, dla których sąd nie uwzględnił okoliczności wynikających z dowodów w postaci zeznań świadków: P. T. i S. D. oraz z dokumentacji fotograficznej placu zabaw oceniając je jako nie wnoszące niczego istotnego do rozpoznania sprawy, podczas gdy okoliczności te wprost wykazywały nienależyte wykonanie zobowiązania przez powódkę.

Na podstawie art. 380 kpc skarżąca wniosła o uchylenie wszystkich postanowień dowodowych Sądu Okręgowego w Łodzi, które oddalały wnioski dowodowe pozwanej oraz dopuszczenie tych dowodów na etapie postępowania apelacyjnego. Podtrzymała wszelkie wnioski zgłoszone w toku postępowania co do dowodów, które nie zostały oddalone.

Na podstawie art. 381 kpc w zw. z art. 382 kpc wniosła ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów: wezwania powódki do należytego wykonania umowy wystosowanego przez pozwaną w dniu 11 września 2014 roku na okoliczność nieprawidłowego wykonania umowy przez powódkę, wzywania powódki do prawidłowego wykonania umowy przez pozwaną, stanowiska pozwanej w zakresie nieprawidłowości przy realizacji umowy przez powódkę, żądań oraz zarzutów sformułowanych przez pozwaną wobec powódki, istoty oraz charakteru wad placu zabaw, niemożności korzystania z placu zabaw po dniu 25 sierpnia 2014 roku, wezwania powódki do realizacji umowy (zmiany sposobu wykonania/usunięcia wad) w terminie do dnia 19 września 2014 roku, niemożności odebrania placu zabaw przez pozwaną z przyczyn leżących po stronie powódki, dokumentacji fotograficznej z dnia 23 czerwca 2016 roku - na okoliczność nieprawidłowego wykonania umowy przez powódkę, istoty oraz charakteru wad placu zabaw, niemożności korzystania z placu zabaw po dniu 25 sierpnia 2014 roku, niewydania placu zabaw przez powódkę, odpowiedzi pozwanej na wezwanie z dnia 22 kwietnia 2015 roku na okoliczność nieprawidłowego wykonania umowy przez powódkę, wzywania powódki do prawidłowego wykonania umowy przez pozwaną, stanowiska pozwanej w zakresie nieprawidłowości przy realizacji umowy przez powódkę, żądań oraz zarzutów sformułowanych przez pozwaną wobec powódki, istoty oraz charakteru wad placu zabaw, niemożności korzystania z placu zabaw po dniu 25 sierpnia 2014 roku, niemożności odebrania placu zabaw przez pozwaną z przyczyn leżących po stronie powódki, wezwania powódki przez pozwaną do zapłaty kary umownej.

We wnioskach apelacji pozwana spółka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje, według norm prawem przepisanych, ewentualnie, w razie uznania, że sąd pierwszej instancji nie rozpoznał istoty sprawy o uchylenie wyroku w całości, przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania temu sądowi, z pozostawieniem mu rozstrzygnięcia o kosztach procesu, w tym kosztach zastępstwa procesowego, za obie instancje (k 170 do 195).

W odpowiedzi na apelację strona powodowa wniosła o jej oddalenie i zasądzenie na rzecz pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych (k 207 do 208).

Sąd Apelacyjny w Łodzi zważył, co następuje:

Apelacja jako bezzasadna podlegała oddaleniu.

Zgłoszenie w apelacji na podstawie art. 380 kpc wniosku o dopuszczenie oddalonych w sprawie dowodów nie jest wystarczające. Konieczne jest uprzednie zgłoszenie zastrzeżenia do protokołu w związku z oddaleniem tych dowodów. Z treści art. 162 kpc wynika, że strona ma zwrócić uwagę sądowi na uchybienie przepisom postępowania. Oznacza to, że nie jest wystarczające zwrócenie się do sądu o zaprotokołowanie, że strona zgłasza i wnosi o wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Zastrzeżenie będzie skuteczne, jeżeli strona wskaże przepisy, które sąd, jej zdaniem, naruszył. Przepis ten podlega ścisłej wykładni. Strona nie może skutecznie zarzucać w apelacji uchybienia przez sąd pierwszej instancji przepisom postępowania polegającego na wydaniu postanowienia, które może być zmienione lub uchylone stosownie do okoliczności, jeżeli nie zwróciła uwagi sądowi na to uchybienie w toku posiedzenia lub

wprawdzie zgłosiła zastrzeżenie, lecz bez wskazania zakresu dokonanego naruszenia przepisów przez sąd (zob. m.in. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia: 8 lipca 2016 r., I CZ 38/16, LEX nr 2094778, 7 listopada 2006 r., I CZ 53/06, OSNC 2007, nr 12, s. 49, wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 12 czerwca 2015 r., II CSK 450/14, LEX nr 1754049, 21 stycznia 2014 r., I UK 311/13, LEX nr 1498596, 27 listopada 2013 r., V CSK 544/12 LEX nr 1438426, 11 grudnia 2015 r., III CSK 23/15, LEX nr 1936702 i orzecznictwo w jego uzasadnieniu powołane, wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 13 grudnia 2016 r., III AUa 1232/16, LEX nr 2185499).

Na rozprawie w dniu 14 marca 2016 roku Sąd Okręgowy w Łodzi pominął dalsze dowody zgłoszone przez strony postępowania: dowody z zeznań świadków (zgłoszone przez stronę powodową) i dowodów zgłoszonych przez stronę pozwaną w postaci: opinii biegłego ds. budownictwa na okoliczności wskazane w sprzeciwie od nakazu zapłaty oraz przesłuchania stron (k 147 do 148). Pełnomocnicy stron zgłosili zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 kpc. Nie powołali się na przepisy, którym uchybić miał sąd okręgowy oddalając te wnioski (rozprawa z dnia 14 marca 2016 roku, czas od 02:06:39 do 02:08:01). Zauważyć trzeba dodatkowo, że dowód z zeznań świadka T. K. zawnioskowała strona powodowa w piśmie z dnia 15 października 2015 r. (k 84 do 87) w związku ze złożonym przy sprzeciwie oświadczeniem tego świadka (k 70). Strona pozwana do czasu zamknięcia rozprawy przed sądem pierwszej instancji dowodu z zeznań tego świadka nie zgłosiła (k 56, k 146, k 148, k 151).

Zgłoszone przez profesjonalnych pełnomocników stron zastrzeżenia nie odpowiadają wcześniej omówionym wymaganiom wynikających z charakteru art. 162 kpc i tzw. lojalności procesowej. W toku dalszego postępowania zarówno w pismach procesowych, jak i na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2016 r. zastrzeżenie z art. 162 kpc nie zostało uzupełnione, czy ujmując inaczej „umotywowane”. Nie został również ponowiony w toku dalszego postępowania wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. budownictwa i przesłuchanie stron. Już tylko z tych przyczyn powołanie się przez stronę skarżącą na art. 380 kpc nie mogło być uznane za skuteczne.

Dodatkowo zgodzić się należy z poglądem sądu okręgowego w zakresie „poszukiwania” dowodów dla zasadności przyjętego stanowiska w opinii biegłego jedynie wówczas, gdy twierdzenia strony odnoszące się do istoty zawisłego sporu zostały zgłoszone (strona 9 do 10 uzasadnienia). Biegli formułują swoje oceny w procesie, na podstawie zebranych faktów, dowodów i przekazują je sądowi. Są pomocnikami sędziego w ustaleniu lub ocenie okoliczności sprawy. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w sprawie ma na celu ułatwić sądowi należyta ocenę zebranego materiału dowodowego wtedy, gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne. Art. 278 § 1 kpc nie nakłada na sąd obowiązku dopuszczenia dowodu z opinii biegłego, lecz określa przesłanki dopuszczenia takiego dowodu w sytuacji, gdy zgodnie z art. 6 kc i art. 232 zd.1 kpc strona wnioskuje o jego przeprowadzenie. O tym, czy do rozstrzygnięcia sprawy niezbędne są wiadomości specjalne, decyduje sąd w świetle stanu faktycznego sprawy i charakteru rozstrzyganego stosunku.

Sprzeciw, zgodnie z art. 503 § 1 kpc jest momentem wdania się w spór i tak jak przepis ten przewiduje pozwana w sprzeciwie powinna przedstawić wszystkie okoliczności i dowody na ich poparcie związane z zarzutami skierowanymi przeciwko żądaniu pozwu i sposobem obrony. Stosownie do art. 503 § 1 kpc w sprzeciwie od nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu upominawczym pozwany powinien m.in. przedstawić wszystkie możliwe i potrzebne na tym etapie postępowania twierdzenia i dowody. Zaniechanie tego obowiązku stwarza po stronie sądu uprawnienie do pominięcia spóźnionych twierdzeń i dowodów. Art. 503 § 1 kpc wyraźnie zakreśla obowiązek wskazania i wykazania (udowodnienia) zarzutów i twierdzeń. Przepisy te nakładają zatem na składającą sprzeciw stronę (pozwaną) obowiązek wykazania jego zarzutów i twierdzeń. Niepodniesienie w sprzeciwie zarzutów lub niewskazanie środków dowodowych, czy określonych okoliczności faktycznych podlega jednak ogólnym regułom obowiązującym w postępowaniu zwykłym m.in. wynikającym z art. 207 § 2 i 6 kpc lub art. 217 § 2 i 3 kpc. Sąd może pominąć stosując swoją dyskrejonalną władzę spóźnione twierdzenia i dowody, chyba, że strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła ich we właściwym czasie bez swojej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy lub, że występują inne usprawiedliwione okoliczności. Strona może w postępowaniu złożyć pismo obejmujące wnioski dowodowe, zaś to czy wnioski te będą przez sąd uwzględnione zależy od wystąpienia przesłanek, o których mowa w art. 207 § 6 kpc. (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 23 lutego 2005 r., III CK 323/04, Legalis nr 254107, 7 grudnia 2005 r., V CK 355/05, Legalis nr 181197, wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 17 listopada

2016 r., I ACa 981/16, LEX nr 2188888, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie wyrok z dnia 9 grudnia 2015 r., VI ACa 1822/14, LEX nr 1974102, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 19 listopada 2015 r., I ACa 906/15, Legalis nr 1445772, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, z dnia 12 marca 2014 r., I ACa 817/13, Legalis nr 831295, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 14 marca 2007 r., I ACa 1104/06, LEX nr 446223).

Zgodnie z art. 381 kpc nowe fakty i dowody zgłaszane po raz pierwszy w apelacji sąd drugiej instancji może pominąć. Przepis ten stwarza jedynie możliwość dowodzenia okoliczności faktycznych, wcześniej niemożliwych do wykazania z przyczyn obiektywnych. Ma charakter wyjątku od obowiązku wykazania przez stronę faktów, na które się powołuje w postępowaniu prowadzonym przed sądem pierwszej instancji. Nie może być interpretowany w sposób rozszerzający. Wymaga dokonania uprzedniej, łącznej, kumulatywnej oceny wystąpienia dwóch, ale odrębnych ustawowych przesłanek określonych powołanym przepisem: możliwości powołania nowych faktów i dowodów już przed sądem pierwszej instancji oraz później wynikłej potrzeby powołania się na nie (por. z wyrokami Sądu Najwyższego z dnia: 13 czerwca 2012 r., II CSK 608/11, LEX nr 1229961, 11 lipca 2012 r., II CSK 597/11, LEX nr 1215613 i 11 stycznia 2013 r., I CSK 275/12, LEX nr 1288602).

W uzasadnieniu apelacji strona pozwana powołała się na dowody z dokumentów, które wprawdzie mogły być złożone przed sądem pierwszej instancji, choćby z uwagi na czas ich powstania, lecz w ocenie sądu odwoławczego dokumenty te łącznie ze złożonymi w sprawie wskazują na zakres dokonywanych przez strony czynności po zawarciu umów i w związku z tym powinny podlegać ocenie w świetle art. 382 kpc. Fakty z nich wypływające zostały wskazane w uzasadnieniu sprzeciwu. Stanowią one głównie wezwania do strony powodowej i obrazują relacje stron.

Nie może być natomiast przedmiotem dowodzenia dokumentacja fotograficzna, na którą strona powołała się w apelacji, ale złożyła ją już po okresie przewidzianym w art. 369 § 1 i 2 kpc (k 168 i k 203). Wniosek o dopuszczenie tej dokumentacji jako dowodu w sprawie był nie tylko spóźniony (był możliwy do przeprowadzenia w trakcie postępowania przed sądem pierwszej instancji), ale przede wszystkim później nie wyniknęła potrzeby powołania się na tę dokumentację. Dokumentacja fotograficzna została w sprawie złożona przez strony (k 77 do 78, k 100 do 113). Sfotografowane na obecnie złożonych zdjęciach (k 197 do 202) fragmenty placu zabaw nie mogą stanowić dowodu na istnienie jego stanu w czasie wcześniejszym.

Zakres koniecznej treści uzasadnienia określa przepis art. 328 § 2 kpc, według którego powinno ono zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, tj.: ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. Treść uzasadnienia wskazuje, w oparciu, o które dowody ustalono poszczególne fakty stanowiące element podstawy faktycznej wyroku i następnie uczyniono z nich podstawę oceny roszczenia o zapłatę z tytułu łączących strony umów. Uzasadnienie wyroku odzwierciedla i ujawnia w dostatecznym stopniu tok procesu myślowego i decyzyjnego sądu pierwszej instancji, którego wynikiem jest treść zaskarżonego wyroku, a tym samym pozwala na kontrolę tego procesu przez sąd odwoławczy.

Ustosunkowując się do postawionego w apelacji zarzutu dodać należy, że nie stanowi naruszenia art. 217 § 2 kpc, art. 224 § 1 kpc i art. 227 kpc pominięcie dowodów z tego względu, że okoliczności, na które zostały zgłoszone, nie mają dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia (zob. wyrok Sądu Najwyższego (...) z dnia 20 kwietnia 2001 r., I PKN 390/00, (...) i US 2003 nr 3, poz. 68, Legalis nr 55738). Wbrew zarzutowi apelacji w uzasadnieniu zakwestionowanego orzeczenia sąd okręgowy przedstawił fakty, na których się oparł i dowody, na podstawie których je wyprowadził. Poddał analizie stan procesowy sprawy i przedstawił przyczyny uznania, że dowody z zeznań przesłuchanych w sprawie świadków nie mogły być przydatne dla rozstrzygnięcia istoty sporu (str. 7 uzasadnienia - k 163). Oprócz ogólnego stwierdzenia, na które powołuje się strona skarżąca istotne dla oceny tego stanowiska były rozważania prawne sądu pierwszej instancji, które tę konkluzję uzasadniły.

Z treści umowy nr (...) z 17 czerwca 2014 r. (k 23 do 24) wynika jej zakres oraz niekwestionowana przez strony okoliczność demontażu poprzedniego placu zabaw i jego ponownego zamontowania. W umowie nie chodziło o wybudowanie „nowego placu zabaw”, ale przeniesienie już istniejącego w inne miejsce. W umowie nie ma mowy

o pomalowaniu placu czy wyrównaniu nawierzchni. Obowiązek przygotowania podłoża obciążał stronę pozwaną (kupującego). Kwalifikacja umów łączących strony została przez sąd okręgowy dokonana przy uwzględnieniu ich treści.

Zeznania przesłuchanych w sprawie świadków: S. D. (k 139 do 143) i P. T. (k 144 do 147) wskazują na udział T. K. w wykonaniu umowy, lecz jednocześnie przeświadczają o wiedzy świadków co do faktu, że nie był on uprawniony do składania oświadczeń w imieniu powodowej spółki a przynajmniej o możliwości sprawdzenia tego w umowie czy w rozmowach z osobami uprawnionymi do składania tych oświadczeń. Świadek P. T. sam prowadzi działalność gospodarczą. Bez znaczenia jest okoliczność, że nie zajmował się nawierzchniami bezpiecznymi. Posiada wiedzę o obowiązujących w obrocie gospodarczych regulacjach postępowania, w szczególności w zakresie zgłaszania wad rzeczy objętych zawartymi umowami.

Dowód z przesłuchania strony nie ma charakteru obligatoryjnego w sprawach cywilnych i ocena, czy konieczne jest jego przeprowadzenie, należy do sądu (tak m.in.: wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 18 lutego 2010 r., II CSK 369/09, LEX nr 570129, z dnia 28 listopada 1997 r., II CKN 457/97, Biul. SN 1998, nr 2, str. 14). Może być przeprowadzony wówczas, gdy fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy nie zostały już wyjaśnione innymi dowodami (charakter subsydiarny dowodu z przesłuchania stron) oraz wówczas, gdy na jego podstawie (zeznań stron lub strony) można te fakty ustalić. W innych przypadkach przeprowadzanie dowodu z zeznań stron jest zbędne, a nawet niedopuszczalne (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 sierpnia 1982 r., I CR 258/82, LEX nr 8446).

Oprócz wskazanych okoliczności wpływających na możliwość powołania się w sprawie w postępowaniu odwoławczym na art. 380 kpc należy podnieść, że przesłuchanie stron postępowania w związku z twierdzeniami strony pozwanej, dokumentami złożonymi w sprawie przez obie strony, których treści, prawdziwości i autentyczności skarżąca spółka nie próbowała w toku trwania postępowania w obu instancjach podważyć nie można było przyjąć by zeznania stron mogły wpływać na ustalenie okoliczności faktycznych, które dawały podstawę do rozważenia zastosowania konkretnych przepisów prawa i ich wykładni.

Wprawdzie art. 74 § 4 kc wskazuje, że przepisów o skutkach niezachowania formy pisemnej, dokumentowej albo elektronicznej przewidzianej dla celów dowodowych nie stosuje się do czynności prawnych w stosunkach między przedsiębiorcami, ale dowód z zeznań strony pozwanej (k 55 do 56) miał być dopuszczony warunkowo w tym charakterze lub przeprowadzony jako dowód z zeznań świadka (w przypadku wygaśnięcia kadencji) na okoliczność prowadzonej przez pozwaną działalności, kontaktów handlowych z powódką, nienależytego wykonania zobowiązania, stanu placu zabaw po dokonaniu montażu, negocjacji stron dotyczących wezwania do właściwego wykonania, w tym prób polubownego załatwienia sporu.

Przepisy ograniczające dowody ze źródeł osobowych na fakt dokonania czynności lub przeciwko osnowie albo ponad osnowę dokumentu nie stanowią przeszkody do prowadzenia tych dowodów na okoliczność wykładni niejasnych oświadczeń woli (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 12 grudnia 2002 r., V CKN 1603/2000, L.pl nr (...) i wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 12 kwietnia 2001 r., II CKN 418/00, LEX nr 1168696, 10 grudnia 2005 r., III CK 90/04, OSP 2006/6/69). Postanowienia umowy nie mogą być uznane za prawo materialne. Obowiązują one jedynie strony tej umowy i nie mają mocy powszechnie obowiązującej, jaka cechuje przepisy prawne zawarte w aktach normatywnych. Moc wiążąca umowy opiera się na woli osób ją zawierających. Uregulowania przyjęte w umowie podlegają interpretacji właściwej dla wykładni oświadczeń woli (art. 65 kc). Zarzut naruszenia postanowienia umowy przez jego błędną wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie może być zatem podniesiony tylko łącznie z zarzutem naruszenia określonego przepisu prawa materialnego (np. powołanego już art. 65 kc). We wniosku dowodowym dotyczącym przesłuchania stron pozwana spółka okoliczności odnoszących się do interpretacji umów i zamiaru stron je zawierających nie zawarła. Umowa nr (...) z dnia 17 czerwca 2014 r. (k 23 do 24) jest sformułowana w sposób jasny (w tym w zakresie § 6 ust. 2 umowy), pomimo jej lapidarności, co omówił sąd pierwszej instancji w zakresie oceny jej charakteru. W toku postępowania strony nie kwestionowały wykonania przez kupującego obowiązków wynikających z § 2 ust. 1 A2) i A3) i ust. 2 umowy z dnia 17 czerwca 2014 r. Uprawnionym do reprezentowania powodowej spółki i składania oświadczeń w jej imieniu jest komplementariusz, zgodnie ze swoim sposobem reprezentacji (k 9 odwr. i k 13).

Oświadczenie T. K. z dnia 18 sierpnia 2014 r. (k 70), na które powołuje się strona pozwana w sprzeciwie, apelacji i dołączonych do niej dokumentach (k 192 do 193 odpowiedź na wezwanie do zapłaty z dnia 22 kwietnia 2015 r.) nie mogło stanowić dodatkowego umownego postanowienia. Skuteczność jego złożenia wyklucza status podpisanej pod oświadczeniem osoby w stosunku do zakresu czynności, które mogła ona dokonać w imieniu powodowej spółki. W apelacji nie zarzucono niewłaściwej interpretacji postanowień umownych obu zawartych przez strony umów, nie zakwestionowano ich treści, czy ważności, w tym przy uwzględnieniu zasad reprezentacji pozwanej spółki (k 16 do 19, k 63 do 69 w zw. z k 21 do 22 i k 23 do 24).

Ustalenia sądu pierwszej instancji wynikają ze złożonych przez strony dokumentów, przede wszystkim zawartych umów. W apelacji nie zarzucono również naruszenia przez sąd pierwszej instancji przepisu art. 233 § 1 kpc. Do jego naruszenia dochodzi tylko wówczas, gdy strona apelująca wykaże sądowi pierwszej instancji uchybienie podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów tj. regułom logicznego myślenia, zasadzie doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów. Takich cech w rozumowaniu sądu pierwszej instancji nie wykazano.

Sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji jest związany zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa procesowego; bierze pod uwagę z urzędu jedynie naruszenia prawa procesowego prowadzące do nieważności postępowania. Związanie to oznacza, że sąd drugiej instancji nie bada i nie rozważa wszystkich możliwych naruszeń prawa procesowego popełnionych przez sąd pierwszej instancji (zob. m.in. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r. III CZP 49/2007, OSNC 2008, nr 6, poz. 55, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 2015 r., I CSK 991/14, Legalis nr 1396458 i postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 2010 r., V CSK 448/09, LEX nr 677914). Warunkiem skutecznego postawienia zarzutu naruszenia prawa materialnego jest niekwestionowanie przez stronę ustalonego przez sąd pierwszej instancji stanu faktycznego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 27 lutego 2013 r., III AUa 1161/12, Legalis numer 737731).

Zarzut naruszenia prawa materialnego w apelacji w pierwszej grupie przedstawionych w niej zagadnień został postawiony, co przy braku zarzutu naruszenia art. 233 § 1 kpc dawało podstawę do przyjęcia ustaleń faktycznych zamieszczonych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przez sąd odwoławczy za własnych.

Zgodnie z art. 499 kc, potrącenie następuje przez jednostronną czynność prawną jednego z wzajemnych wierzycieli. Skutkiem tej czynności jest wygaśnięcie wierzytelności obu stron do wysokości wierzytelności niższej (art. 498 § 2 kc), z chwilą, kiedy potrącenie stało się możliwe (art. 499 zd. 2 kc w zw. z art. 498 § 1 kc).

Od czynności prawnej potrącenia, czyli zdarzenia prawa materialnego o wskazanych skutkach, należy odróżnić zarzut potrącenia, czyli powołanie się przez stronę w procesie na fakt dokonania potrącenia i wynikające stąd skutki. Zarzut taki stanowi czynnością procesową. Odmienną czynnością prawnej potrącenia (zdarzenia prawa materialnego) i zarzutu potrącenia (czynności procesowej) skutkuje określonymi konsekwencjami dotyczącymi możliwości powołania się na nie w toku postępowania sądowego. Zarzut potrącenia jako czynność procesowa polega na powołaniu się na pewien fakt i wynikające z niego skutki prawne. Podlega regułom i granicom czasowym przytaczania faktów. Zgłaszający go podmiot ma obowiązek określenia wierzytelności zgłoszonej do potrącenia, przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających jej istnienie i wysokość oraz wskazania dowodów dla ich wykazania. Samo oświadczenie o potrąceniu nie jest jeszcze dowodem na istnienie przesłanek potrącenia (tak m.in.: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2005 r., III CZP 56/05, OSNC 2006/7-8/119, OSP 2007/4/49, Biul. SN 2005/10/4, Wokanda 2005/11/10, M. Prawn. 2007/6/321, wyroki Sąd Najwyższy z dnia: 12 marca 1998 r., I CKN 522/97, OSNC z. 11 z 1998 r., poz. 176, 17 grudnia 1999 r., II CKN 849/98, OSNC z. 7 z 1999 r., poz. 128, z dnia 23 lutego 2001 r., II CKN 403/00, OSNC z. 10 z 2001 r., poz. 155 oraz z glosą A. Janiaka OSP z 2002 r., z. 7, poz. 104, wyroki Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia: 2 czerwca 2015 r. I ACa 1782/14, LEX nr 1771314, 10 kwietnia 2014 r., I ACa 1241/13 LEX nr 1458928).

Na stronie zgłaszającej zarzut potrącenia ciąży zatem obowiązek wykazania swojej wierzytelności. Musi być ona skonkretyzowana a jej wysokość udowodniona. Ze względu na kształtujący charakter tego typu oświadczenia nie może być ono zgłoszone warunkowo. Złożenie zarzutu potrącenia w związku z charakterem procesowym i

materialoprawnym tego typu czynności niesie za sobą jeszcze jeden skutek. Składający je przyznaje istnienie określonych faktów odnoszących się do istnienia wierzytelności drugiej strony (art. 229 kpc i art. 230 kpc). Skutkiem dokonania tej czynności ma być, bowiem umorzenie się wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej (art. 498 § 2 kc). Zgłoszenie zarzutu potrącenia zawiera więc elementy oświadczenia wiedzy dłużnika o tym, że określone roszczenie dochodzone przez stronę przeciwną istnieje i przysługuje określonemu wierzycielowi. Inaczej przedstawienie zarzutu potrącenia, jako oświadczenia kształtującego określone stosunki prawne nie mogłoby wywoływać owego skutków, na które zgłaszająca je osoba chce się powołać.

Zarzut potrącenia dokonanego przed wszczęciem postępowania lub w toku pierwszej instancji może być podniesiony w zasadzie tylko przed zamknięciem rozprawy w pierwszej instancji. Zgłoszenie zarzutu potrącenia dopiero po wniesieniu sprzeciwu nie jest objęte prekluzją procesową. Art. 381 kpc nie wyklucza dopuszczalności podniesienia zarzutu potrącenia dokonanego przed wszczęciem postępowania lub w toku postępowania w pierwszej instancji także w postępowaniu apelacyjnym - jednakże fakt dokonania potrącenia może być przez sąd drugiej instancji pominięty z uwagi na możliwość jego powołania na tym wcześniejszym etapie postępowania (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2016 r., II CZ 83/16, LEX nr 2095938, wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 23 lutego 2005 r., III CK 323/04, Legalis nr 254107, 12 marca 1998 r., I CKN 522/97, OSNC z.11 z 1998 r., poz. 176).

W świetle art. 353¹ kc strony mogą swobodnie ułożyć postanowienia umowy. Swoboda umów ograniczona jest właściwościami (naturą) stosunku prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współzycia społecznego. Mogą przewidzieć w umowie naliczanie kar umownych. Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i ma służyć realnemu wykonaniu zobowiązań. Zgodnie z art. 483 § 1 kc w umowie można zastrzec, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Kara umowna pełni funkcje odszkodowawczo-kompensacyjne, stymulujące dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania oraz represyjne. Jej istotą jest obciążenie dłużnika obowiązkiem zapłaty określonej kwoty za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez niego umowy, niezależnie od tego, czy wierzyciel poniósł szkodę. 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 (tak uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów - zasada prawna z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69, OSP 2004/9/115, Wokanda 2003/12/1, Biul.SN 2003/11/5 i glosy aprobujące do tej uchwały: A. Slisz glosa aprobująca: M. Bieniak, W. Borysiak, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, M. Prawn. 2011/7/380, M. Prawn. 2014/12/640, LEX nr 784259).

Z rozważań odnoszących się do kar umownych wynika po pierwsze, że postanowienie takie musi być wynikiem zawarcia umowy, obowiązuje tylko pomiędzy stronami umowy i one mogą je tylko do umowy wprowadzić czy to w jej pierwotnym tekście czy w aneksie do poprzednio zawartej umowy. Każda ze stron musi więc złożyć określonej treści oświadczenie woli. W umowie z dnia 17 czerwca 2014 roku takiego uregulowania nie zamieszczono. Oświadczenie T. K. z dnia 18 sierpnia 2014 r. (k 70) nie pochodzi od strony umowy. Zgłoszony w sprzeciwie (k 57 – kary umowne w kwocie 560.612,84 złote) i uzupełniony w apelacji zarzut potrącenia wierzytelności z tytułu kar umownych wynikających z tego oświadczenia nie został więc wykazany. Oświadczenie to mogło stanowić co najwyżej zobowiązanie T. K. do dokonania określonych czynności. Nie stworzyło, bo jak już zaznaczono, nie mogło z uwagi na zakres uprawnień do składania oświadczeń woli w imieniu powodowej spółki, zrodzić uproszczonego obowiązku świadczenia z art. 483 kc w stosunku do strony powodowej, pomijając znaczną wysokość określonych w nim kar umownych (art. 484 kc). Brak odpowiedzi strony powodowej na pismo z dnia 22 kwietnia 2015 r. (k 192 do 193), w którym określono należne kary umowne na 359.066,72 złote nie może stanowić podstawy do ich zażądania w toku procesu. Nie istniała podstawa prawna – zastrzeżenie w umowie stron - do ich zażądania.

Zgodnie z art. 636 § 1 kc jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania umowy i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin, a po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu może od umowy odstąpić (może także powierzyć

poprawienie lub dalsze wykonywanie dzieła innej osobie). Użyte w tym przepisie sformułowanie o „wykonywaniu dzieła w sposób wadliwy” odnosi się przede wszystkim do obiektywnych kryteriów prawidłowego wykonywania dzieła, w tym zgodności działań przyjmującego zamówienie z zasadami wiedzy technicznej, regułami właściwego doboru technologii, narzędzi oraz eliminowania ryzyka powstania dzieła o zmniejszonej wartości lub użyteczności ze względu na jego przeznaczenie, a także funkcje. Zamawiający może skutecznie od umowy odstąpić, pomimo że w wezwaniu do zmiany sposobu wykonania dzieła nie wyznaczył wykonawcy terminu zgodnie z art. 636 § 1 kc, jeżeli wykonawca nie zgadza się z zastrzeżeniami zamawiającego i odmawia wezwaniu. Takich aktów staranności strona pozwana nie dochowała. Nie wykazała by wezwwała wykonawcę do zmiany sposobu wykonania. Art. 636 § 1 kc nie ma jednak zastosowania po odebraniu dzieła, a rozciąganie jego uregulowania na odmienne sytuacje powstałe w wyniku stwierdzenia wady po odebraniu dzieła jest nieuzasadnione, co słusznie podkreślił sąd pierwszej instancji w uzasadnieniu zakwestionowanego orzeczenia. Po odebraniu dzieła ochrona zamawiającego realizuje się jedynie na podstawie przepisów o rękojmi za wady dzieła (art. 637 § 1 i 2 kc, przy uwzględnieniu art. 638 kc).

Brak, oprócz dokumentu żądającego kary umownej, innych wskazujących na dochowanie obowiązku z art. 636 § 1 kc oraz art. 638 § 1 kc w zw. z art. 560 § 1 kc przesądza o braku podstaw zarzutu potrącenia, żądania usunięcia wad czy obniżenia ceny.

Zasadnicze różnice między rękojmią w wypadku sprzedaży a rękojmią za wady dzieła występowały w kodeksie cywilnym przez wskazanie do 24 grudnia 2014 r. w art. 637 kc zasad rękojmi dotyczących wyłącznie umowy o dzieło oraz odesłanie w art. 638 kc w zakresie rękojmi za wady dzieła do odpowiednio stosowanych przepisów o rękojmi za wady rzeczy sprzedanej. Art. 637 § 2 kc nie określał praw i obowiązków stron w razie odstąpienia od umowy, znajdował w tym wypadku - w związku z art. 638 kc - odpowiednie zastosowanie art. 560 § 2 kc. Ten ostatni przepis odsyłał z kolei do przepisów o odstąpieniu od umowy wzajemnej, tj. art. 494 kc.

Od dnia 25 grudnia 2014 r. na podstawie art. 44 pkt 35 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz. U. z 2014 r., poz. 827) treść art. 638 kc uległa modyfikacji.

Odnosząc się do zarzutu apelacji należy podnieść, że do rękojmi za wady dzieła mają zastosowanie, przewidziane w odniesieniu do rękojmi związanej ze sprzedażą, przepisy o zawiadomieniu drugiej strony w określonym terminie o wykryciu wad oraz o utracie uprawnień w razie niezachowania tego terminu. Z momentem wydania dzieła rozpoczyna się bieg terminów, po upływie których wygasają uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne (art. 568 kc) lub wady prawne (art. 576 kc). Wydanie dzieła ma znaczenie również dla postanowień zawartych w art. 566 § 1 kc i art. 574 kc dotyczących odszkodowań w wypadku rękojmi (zob. uchwała SN z dnia 10 marca 1993 r., III CZP 8/93, OSNCP 1993, nr 9, poz. 143). Roszczenie kupującego o obniżenie ceny rzeczy wadliwej wygasa po upływie terminu wskazanego w art. 568 § 1 kc (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2003 r., I CKN 160/01, Legalis nr 208595).

Sąd pierwszej instancji dokonał zatem prawidłowej wykładni w/w przepisów.

Z tych przyczyn rozważania prawne zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia należało uznać za trafne. Uzasadniają one wniosek sądu okręgowego o braku znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy wniosków dowodowych zgłoszonych przez strony, w tym wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego.

Mając powyższe okoliczności na względzie Sąd Apelacyjny w Łodzi, na podstawie art. 385 kpc, orzekł jak w punkcie 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 2 kpc w zw. z art. 108 § 1 kpc i art. 391 § 1 kpc.