

Sygn. akt I ACa 1251/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 kwietnia 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: Sędzia SA Małgorzata Stanek

Sędziowie: SA Dorota Ochalska - Gola (spr.)

SA Krystyna Golinowska

Protokolant: st. sekr. sąd. Katarzyna Olejniczak

po rozpoznaniu w dniu 29 marca 2017 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki Akcyjnej z siedzibą we W.**

przeciwko **P. S. (1) prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą (...) w S.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 30 maja 2016 r. sygn. akt X GC 138/13

1. oddala apelację;
2. zasądza od P. S. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) w S. na rzecz (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą we W. kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt I ACa 1251/16

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 30 maja 2016 roku Sąd Okręgowy w Łodzi, w sprawie z powództwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą we W. przeciwko P. S. (1) prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą (...) w S. o zapłatę, zasądził od pozwanego na rzecz strony pozwanej kwotę 156 879,48 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 19 listopada 2012 r. do dnia zapłaty oraz kwotę 14 461 zł tytułem zwrotu kosztów procesu; nakazał wypłacić ze Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi: na rzecz (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą we W. kwotę 1.000 zł tytułem zwrotu nadpłaconej zaliczki uiszczonej w dniu 29 maja 2015 r. oraz na rzecz P. S. (1) - kwotę 426,34 zł tytułem zwrotu nadpłaconej zaliczki uiszczonej w dniu 28 maja 2015 r.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych, które Sąd Apelacyjny w pełni aprobuje i przyjmuje za własne:

W dniu 5 marca 2009 roku powód zawarł z pozwanym umowę podwykonawczą nr 06/ (...) /09 o kompleksowe wykonanie robót budowlano-montażowych w ramach zadania realizowanego przez powoda pn. „Modernizacja

dystrybucyjnej sieci wodociągowo-kanalizacyjnej w Ł.". Przedmiot umowy obejmował kompleksowe wykonanie robót budowlano-montażowych wraz z wykonaniem wszelkich niezbędnych robót przygotowawczych i pomocniczych oraz badań, prób i sprawdzeń w ramach modernizacji rozdzielczej sieci wodociągowej w ulicy (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...) (§2 ust. 2 umowy). Zakres robót, zasady oraz technologie ich wykonania określało zestawienie podstawowych robót – stanowiący załącznik nr 1 do umowy oraz warunki ogólne, warunki szczególne kontaktu, program funkcjonalno- użytkowy oraz dokumentacja projektowa (projekt budowlano-wykonawczy, projekt odtworzenia dróg, projekt czasowej organizacji ruchu) - (§ 2ust. umowy). Termin rozpoczęcia robót strony ustaliły na dzień 1 kwietnia 2009 roku, zaś ostateczny termin zakończenia robót wraz z przekazaniem kompletu niezbędnych dokumentów odbiorowych ustalono na dzień 30 czerwca 2009 roku. Odbiory końcowe miały zostać przeprowadzone poprzez dokonanie przeglądu technicznego oraz podpisanie (...) przez przedstawicieli Inżyniera, Zamawiającego, (...) Ł. oraz Wykonawcy, dla odcinka będącego przedmiotem umowy (§ 3 ust. 3 umowy). Szczegółowy terminarz realizacji – zakończenia poszczególnych etapów robót ustalony przez powoda miał zostać sporządzony w formie pisemnej i po zaakceptowaniu (podpisaniu) przez upoważnionych przedstawicieli wykonawcy i podwykonawcy miał stanowić harmonogram realizacji robót – załącznik nr 2 do umowy. Terminy realizacji poszczególnych etapów robót musiały być spójne z czasookresem realizacji całego zakresu robót określonego w niniejszej umowie (§ 3 ust. 4 umowy). Zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy mogła nastąpić wyłącznie za zgodą wykonawcy (§ 3 ust. 5 umowy). Za kompleksowe wykonanie robót w ulicy kosynierów (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...) będących przedmiotem umowy, pozwany miał otrzymać wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości netto 350.000 zł powiększonej o podatek VAT (§ 7 ust. 1 i 2 umowy). Zgodnie z § 14 ust. 4 umowy, w przypadku gdyby opóźnienie w realizacji inwestycji przekroczyło 5 dni, powód był uprawniony do żądania od pozwanego podjęcia działań zmierzających do nadrobienia opóźnień. Jeżeli pozwany nie podjąłby w terminie 3 dni działań zmierzających do nadrobienia opóźnień lub podjęte przez niego działania okazałyby się bezskuteczne, powód był uprawniony do ograniczenia pozwanemu zakresu robót oraz zaangażowania innych podwykonawców w celu nadrobienia opóźnień i poniesionymi kosztami obciążyć pozwanego, potrącając tę kwotę z wynagrodzenia pozwanego. Pozwany wyraził bezwarunkową zgodę na potrącenie tych należności z przysługującego mu wynagrodzenia. W § 15 ust. 2 pkt c umowy pozwany zobowiązał się do zapłaty powodowi kary umownej za każdy dzień opóźnienia zakończenia robót będących przedmiotem umowy w wysokości 0,3% wartości brutto wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 1 umowy. Kara umowna miała ulec podwojeniu przy opóźnieniu powyżej 7 dni. Powód miał prawo do potrącenia kar umownych z wynagrodzenia należnego pozwanemu (§ 15 ust. 2 pkt c oraz ust. 3 i ust. 4 umowy).

W dniu 18 czerwca 2009 roku przedstawiciele stron sporządzili notatkę służbową, w której pozwany stwierdził, że z uwagi na zaistniałe na etapie trzeciego odcinka prac problemy w postaci napływu wody do wykopów, nie zdoła wykonać zleconych prac w ustalonym terminie i z tej przyczyny zwrócił się z prośbą o wydłużenie terminu zakończenia robót do 31 lipca 2009 roku. Termin zakończenia przez pozwanego robót objętych umową z dnia 5 marca 2009 roku został ostatecznie przedłużony przez powoda do dnia 16 sierpnia 2009 roku.

W trakcie realizacji prac objętych wskazaną umową pojawiła się potrzeba wykonania prac dodatkowych polegających na dodatkowych wykopach, na konieczności usunięcia kolizji z ciepłociągiem i na usunięciu rur osłonowych. Pozwany nie zrealizował wszystkich prac objętych umową z dnia 5 marca 2009 roku. Nie zostały wykonane częściowo zasypki odtworzenia podbudowy, odtworzenia chodników i uporządkowanie terenu.

Z uwagi na brak realizacji przez pozwanego w ustalonym terminie wszystkich prac objętych umową, powód pismem z dnia 15 października 2009 roku wezwał pozwanego do natychmiastowego zakończenia robót budowlano-montażowych. Wobec braku wykonania żądanych prac przez pozwanego, powód przejął wykonanie umowy i w niezrealizowanym zakresie i dokończył prace.

W piśmie z dnia 22 października 2009 roku pozwany poinformował powoda, że z powodu braku środków finansowych do realizacji dalszych prac z dniem 22 października 2009 roku wstrzymuje prace.

W dniu 26 września 2011 roku powód wystawił notę księgową nr (...) na mocy, której obciążył pozwanego kwotą 153.720 zł z tytułu kar umownych liczonych od dnia 17 sierpnia 2009 roku do dnia 15 października 2009 roku za

nieterminowe wykonanie umowy podwykonawczej nr 06/ (...)/09 z dnia 5 marca 2009 roku oraz notę księgową nr (...), którą obciążył pozwanego kwotą 143.186,57 zł z tytułu robót wykonanych w zastępstwie wykonawczym przez powoda.

W piśmie z dnia 26 stycznia 2012 roku powód złożył oświadczenie o potrąceniu wzajemnych wierzytelności stron na kwotę 137.679,99 zł. W treści pisma powód wskazał, że potrącana kwota wynika z noty księgowej nr (...) z dnia 26 września 2011 roku wystawionej na kwotę 153.720 zł, która została uregulowana częściowo kompensatą z dnia 9 stycznia 2012 roku na kwotę 33.250 zł, stąd pozostała kwota wynosi 120.470 zł, a także z noty księgowej nr (...) z dnia 26 września 2011 roku na kwotę 143.186,57 zł, z której do potrącenia powód przedstawił jedynie wierzytelność w wysokości 17.209,99 zł. Powód wskazał, że powyższą sumę potrąca z wierzytelnością pozwanego wynoszącą 137.679,99 zł i wynikającą z wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu IX Wydziału Gospodarczego, wydanego w sprawie o sygn. akt X GC 77/11.

W wyroku z dnia 15 grudnia 2011 roku w sprawie o sygn. akt IX GC 77/11 Sąd Okręgowy w Poznaniu zasądził od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz P. S. (1) kwotę 107.537,17 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 listopada 2009 roku do dnia zapłaty z tytułu wynagrodzenia za roboty dodatkowe wykonane przez P. S. (1) na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w oparciu o umowę nr (...) z dnia 5 marca 2009 roku.

W oparciu o powyższy tytuł wykonawczy pozwany złożył do Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w Sieradzu B. R. wniosek o wszczęcie postępowania egzekucyjnego przeciwko powodowi. W toku prowadzonego postępowania pod sygn. akt Km 260/12 roszczenie wynikające z wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 15 grudnia 2011 roku w sprawie sygn. IX GC 77/11 zostało w całości zaspokojone. Komornik Sądowy wyegzekwował od powoda łącznie kwotę 156.879,48 zł.

Pozwem z dnia 12 lipca 2012 roku wniesionym do Sądu Okręgowego we Włocławku powód wniósł o pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego w postaci wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 15 grudnia 2011 roku, sygn. akt IX GC 77/11, zaopatrzonego w klauzulę wykonalności. W uzasadnieniu swojego żądania powód powołał się na oświadczenie o potrąceniu z dnia 26 stycznia 2012 r. W piśmie z dnia 19 lipca 2012 roku (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W., z uwagi na zakończenie postępowania egzekucyjnego cofnęła powództwo w powyższej sprawie, co skutkowało umorzeniem postępowania.

We wniosku z dnia 20 września 2010 roku wniesionym do Sądu Rejonowego w Sieradzu I Wydziału Cywilnego, sygn. akt V GCo 72/10 powód zawiązywał pozwanego do zawarcia ugody w sprawie o zapłatę kwot z tytułu robót wykonanych zastępczo przez powoda w oparciu o umowę z dnia 5 marca 2009 roku nr 6/ (...)/09 oraz o zapłatę kary umownej z tytułu nieterminowego wykonania robót przez pozwanego. Stronom nie udało się jednak zawrzeć ugody w tej sprawie.

W oparciu o opinię biegłej sądowej ze specjalności instalacyjno-inżynierskiej Sąd pierwszej instancji przyjął, że wartość prac wykonanych zastępczo przez powodową spółkę wynosiła 131.426,67 zł. Ponadto w ślad z konkluzją opinii przyjął, że zlecone pozwanemu prace nie zostały wykonane w terminie. Podkreślił jednak, iż biegła w oparciu o dostępne w sprawie dowody nie wypowiedziała się jednoznacznie, jaki był uzasadniony okres przedłużenia prac, jak również nie określiła, która ze stron w większym stopniu ponosi winę za przesunięcie zakończenia robót w tym za nieterminowe dostawy lub nieterminowe odbiory materiałów.

Powyższą opinią w zakresie określenia wartości prac objętych umową z dnia 5 marca 2009 roku, a wykonanych zastępczo przez powoda Sąd Okręgowy uznał za profesjonalną rzeczową i merytorycznie poprawną. W pozostałym zakresie, wobec braku jednoznacznych wniosków, opinia okazała się nieprzydatna dla rozstrzygnięcia.

W tak ustalonym stanie faktycznym sprawy Sąd pierwszej instancji uznał powództwo za uzasadnione w całości.

Sąd Okręgowy stwierdził, że prace objęte umową nr (...) nie zostały wykonane w ustalonym przez strony umownym terminie. Ostatecznie strona powodowa przedłużyła pozwanemu termin na wykonanie prac do dnia 16 sierpnia 2009 roku. Mimo tego pozwany nie ukończył robót w terminie, w związku z czym powód pismem z dnia 15 października 2009 roku wezwał pozwanego do natychmiastowego zakończenia robót, co jednakże pozostało bez

wpływu na działanie pozwanego. W świetle poczynionych ustaleń faktycznych nie budzi wątpliwości brak realizacji przez pozwanego wszystkich objętych umową prac. Pozwany nie kwestionował także samego faktu zastępczego wykonania prac przez stronę powodową. Kwestią sporną była ich wartość wyceniona przez biegłą sądową na kwotę 131.426,67 zł, natomiast przez pozwanego na kwotę około 17.000 zł. Sąd pierwszej instancji zwrócił jednak uwagę, iż powyższa rozbieżność w istocie pozostaje bez wpływu na ocenę zasadności roszczenia powoda, albowiem zgodnie z oświadczeniem o potrąceniu wierzytelność wzajemna z tego tytułu przedstawiona przez stronę powodową do potrącenia wyniosła jedynie 17.209,90 zł. Tym samym oszacowana przez pozwanego wartość przedmiotowych prac pokryła się z kwotą stanowiącą roszczenie powoda w zakresie zwrotu kosztów wykonanych zastępczo prac. Sąd Okręgowy zwrócił także uwagę na postanowienia § 14 ust. 4 łączącej strony umowy upoważniające powoda do zastępczego wykonania prac oraz do potrącenia wierzytelności z tego tytułu z wynagrodzenia pozwanego.

W dalszych wywodach Sąd pierwszej instancji odwołał się do § 15 ust. 2 pkt c umowy stron jako podstawy naliczenia kary umownej za każdy dzień opóźnienia zakończenia robót będących przedmiotem umowy w wysokości 0,3 % wartości brutto określonego w umowie wynagrodzenia pozwanego. Powołując się na poglądy orzecznictwa argumentował, że w wypadku kary umownej zastrzeżonej na wypadek nieterminowego wykonania zobowiązania, kara umowna należy się jedynie w wypadku zwłoki dłużnika – nie można natomiast żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Zgodnie z art. 476 zdanie pierwsze k.c. dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Ustawa wprowadza domniemanie, zgodnie z którym niewykonanie przedmiotu umowy w terminie jest spowodowane zwłoką. Zwolnienie się z odpowiedzialności wymaga zatem wykazania przez dłużnika, że opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi.

W ocenie Sądu Okręgowego pozwany zgodnie z ciężarem dowodowym określonym w art. 471 k.c. nie wykazał, że opóźnienie w realizacji zleconych mu przez powoda robót było następstwem okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi. W sporządzonej na zlecenie Sądu opinii, biegła sądowa stwierdziła, że jednoznacznie i rzetelnie nie jest w stanie stwierdzić jaki był uzasadniony okres przedłużenia prac i kto ponosi odpowiedzialność za opóźnienia w ich realizacji. Jednakże z poczynionych ustaleń faktycznych wynika, że pozwany nie wywiązał się z obowiązku ukończenia prac nawet w wydłużonym terminie, co - zdaniem Sądu Okręgowego - uprawniało powoda do naliczenia pozwanemu kary umownej w wysokości określonej w nocie odsetkowej nr (...) z dnia 26 września 2011 roku.

Odnosząc się do złożonego przez powoda w piśmie z dnia 26 stycznia 2012 roku oświadczenia o potrąceniu wzajemnych wierzytelności na kwotę 137.679,99 zł, Sąd Okręgowy wskazując na treść art. 498 § 1 i 2 k.c. i art. 499 k.c. oraz art. 455 k.c. uznał, że wierzytelności stron spełniły przesłanki dopuszczalności ich wzajemnego potrącenia. Stwierdził, że każda ze stron niniejszego procesu jest zarazem wierzycielem jak i dłużnikiem drugiej. Przedstawiona przez powoda do potrącenia wierzytelność w kwocie 137.679,99 zł wynikała z przysługującej powodowi w oparciu o zapis § 15 ust. 2 pkt c i ust. 3 oraz z § 14 ust. 4 ust 3 umowy z dnia 5 marca 2009 roku kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przez pozwanego przedmiotu umowy oraz kosztów wykonania zastępczego niezrealizowanych przez pozwanego robót. Podobnie łącząca strony sporu umowa stanowiła podstawę wierzytelności pozwanego względem powoda stwierdzonej wyrokiem Sądu Okręgowego w Poznaniu IX Wydziału Gospodarczego z dnia 15 grudnia 2011 roku w sprawie sygn. IX GC 77/11, w którym Sąd orzekł o obowiązku zapłaty przez powoda na rzecz pozwanego wynagrodzenia za roboty dodatkowe wykonane przez P. S. (1) w oparciu o umowę nr (...) z 5 marca 2009 roku. Spełnione zostały również zostały niewątpliwie przesłanki jednorodząjowości wierzytelności, jak również ich wymagalności w dacie złożenia oświadczenia o potrąceniu.

W związku z tym Sąd pierwszej instancji uznał, że oświadczenie powoda sformułowane w piśmie z dnia 26 stycznia 2012 roku o potrąceniu wzajemnych wierzytelności stron zostało złożone skutecznie i wierzytelność pozwanego jako przedstawiająca wartość niższą w stosunku do wierzytelności strony powodowej została w całości umorzona.

Sąd Okręgowy wskazał następnie, że wprawdzie w trakcie prowadzonego postępowania egzekucyjnego doszło do całkowitego wyegzekwowania należności zasądzonej wyrokiem Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 15 grudnia

2011 roku w sprawie sygn. IX GC 77/11, to jednak z uwagi na skutecznie złożone przez powoda oświadczenie o potrąceniu przysługującej mu względem pozwanego wierzytelności z tytułu kar umownej oraz kosztów zastępczego wykonania robót z wierzytelnością pozwanego, powodowi służyło roszczenie o zwrot wyegzekwowanej od powoda w toku postępowania egzekucyjnego należności stwierdzonej przedmiotowym wyrokiem na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, tj. na podstawie art. 405 k.c.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że zasądzona w niniejszym wyroku na rzecz powoda kwota 156.879,48 zł stanowi równowartość sumy wyegzekwowanej przez Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w Sieradzu, w toku prowadzonego przeciwko powodowi postępowania egzekucyjnego w sprawie Km 260/1, w oparciu o wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 15 grudnia 2011 roku.

O odsetkach Sąd orzekł w oparciu o przepis art. 481 § 1 k.c. przyjmując, że pozwany pozostawał i pozostaje w opóźnieniu w spełnieniu swojego świadczenia i zasądając je zgodnie z żądaniem pozwu od dnia wytoczenia powództwa.

O kosztach procesu Sąd orzekł w oparciu o przepis art. 98 k.p.c. obciążając nimi w całości stronę pozwaną, jako przegrywającą sprawę.

Na podstawie art. 84 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z 2014r. poz. 1025 ze zm.) Sąd nakazał wypłacić powodowi kwotę 1.000 zł i pozwanemu kwotę 426,34 zł tytułem zwrotu niewykorzystanej zaliczki na poczet wynagrodzenia biegłego.

Powyższe orzeczenie zaskarżył apelacją pozwany w całości zarzucając mu:

1. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. - poprzez błędne dokonanie ustaleń faktycznych i niezasadną ocenę treści opinii biegłego;
2. naruszenie art. 321 § 1 k.p.c. - poprzez niezasadne oparcie wyroku o treść art. 405 k.c., gdy powód wskazywał art. 415 k.c. jako wyłączną podstawę roszczeń;
3. naruszenie treści art. 498 § 1 k.c. poprzez niezasadne przyjęcie, że powód wykazał i udowodnił podstawy faktyczne co do obciążenia pozwanego karą umowną oraz właściwie wysokość kary naliczył.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa prawnego za dwie instancje według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Strona powodowa wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego jest niezasadna.

Analizę zarzutów apelacji należy rozpocząć od najdalej idącego zarzutu naruszenia prawa procesowego tj. przepisu art. 321 k.p.c. i tych wywodów apelującego, które wskazują na wyjście przez Sąd pierwszej instancji ponad żądanie pozwu i dokonanie oceny roszczenia powodowej Spółki w oparciu o inną podstawę prawną niż zakreślona w pozwie.

Zgodnie z art. 187 § 1 pkt 1 i 2 k.p.c. obowiązkiem powoda jest dokładne określenie w pozwie żądania oraz wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających to żądanie. Te dwa elementy determinują kognicję sądu w tym znaczeniu, iż nie jest on uprawniony do orzekania o innym żądaniu i w oparciu o inną podstawę faktyczną niż zakreślone przez powoda. Innymi słowy, sąd nie może zasądzić świadczenia innego, niż to, którego zażądał powód, nie może też zasądzić więcej niż żądał powód, ani na innej podstawie faktycznej niż wskazana przez powoda. Powód nie jest natomiast zobligowany do przytaczania podstawy prawnej żądania lub też do wskazywania reżimu odpowiedzialności,

z której wywodzi dochodzone roszczenie. W judykaturze zgodnie przyjmuje się zatem, że podanie podstawy prawnej przez profesjonalnego pełnomocnika powoda niewątpliwie ukierunkowuje całe postępowanie w sprawie, jednakże to ukierunkowanie nie może oznaczać formalnego związania sądu wskazaną podstawą żądania. W konsekwencji, przyjęcie przez sąd innej podstawy prawnej niż wskazana przez powoda co do zasady nie stanowi wyjścia poza granice żądania, określone art. 321 k.p.c. Przepis art. 321 § 1 k.p.c. określa granice wyrokowania w procesie. W świetle tego unormowania, sąd jest związany żądaniem i jego podstawą faktyczną; nie wiąże go natomiast kwalifikacja prawna podana przez powoda (tak m.in. SN w wyroku z dnia 28 lutego 2002 r. w sprawie III CKN 182/01, LEX nr 54471; w wyroku z dnia 28 marca 2014 r. w sprawie III CSK 156/13, LEX nr 1489247; w wyroku z dnia 12 października 2016 r. w sprawie II CSK 14/16, LEX nr 2142552).

W rozpatrywanej sprawie powodowa Spółka wniosła w pozwie o zasądzenie kwoty 156.879,48 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu. Zakreślając podstawę faktyczną tego żądania wskazała, że w jej ocenie pozwany bezprawnie doprowadził do wyegzekwowania świadczenia w tej wysokości z majątku strony powodowej na podstawie tytułu wykonawczego w postaci zaopatrzonego w klauzulę wykonalności wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 15 grudnia 2011 r. w sprawie sygn. IX GC 77/11, mimo, że wierzytelność objęta tym tytułem wygasła przed wszczęciem egzekucji na skutek złożonego przez (...) Spółkę z o.o. w dniu 26 stycznia 2012 r. oświadczenia o potrąceniu wierzytelności objętej tytułem wykonawczym z wierzytelnościami wzajemnymi powoda z tytułu kary umownej naliczonej na podstawie § 15 ust. 2 pkt c umowy stron z dnia 5 marca 2009 r. oraz z tytułu kosztów zastępczego dokończenia prac w oparciu o § 14 ust. 4 tego kontraktu. W uzasadnieniu pozwu sporządzonego przez profesjonalnego pełnomocnika wskazano ponadto, że na skutek przeprowadzenia egzekucji powód poniósł szkodę w wysokości wyegzekwowanego świadczenia, a pozwany na zasadzie art. 415 k.c. pozostaje zobowiązany do naprawienia tak określonej szkody.

Analiza uzasadnienia zaskarżonego wyroku przekonuje, że przedmiotem ustaleń Sądu pierwszej instancji było wyłącznie wskazane w pozwie roszczenie pieniężne oraz okoliczności faktyczne przywołane na jego poparcie. Sąd Okręgowy w szczególności czynił ustalenia i rozważania co do istnienia i wysokości wierzytelności wzajemnych strony powodowej oraz przesłanek potrącenia z art. 498 § 1 k.c., dochodząc ostatecznie do przekonania, że na skutek oświadczenia powodowej Spółki z dnia 26 stycznia 2012 r. nastąpił skutek w postaci umorzenia wierzytelności wzajemnych (art. 498 § 2 k.c.). W chwili wszczęcia egzekucji i przeprowadzenia czynności egzekucyjnych w sprawie Km 260/12 przez Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w Sieradzu B. R. wierzytelność pozwanego objęta tytułem wykonawczym w postaci zaopatrzonego w klauzulę wykonalności wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia grudnia 2011 r. w sprawie sygn. IX GC 77/11 już nie istniała. Sąd pierwszej instancji na stronie 13 uzasadnienia zaskarżonego wyroku (k 911 akt) wyjaśnił, że w tej sytuacji powodowi służy roszczenie o zwrot wyegzekwowanej od powoda w toku postępowania egzekucyjnego należności. W tym stanie rzeczy wskazanie przepisu art. 405 k.c. jako podstawy prawnej tak zdefiniowanego roszczenia nie oznacza wyjścia poza rodzaj i wysokość objętego pozwem żądania oraz poza okoliczności faktyczne, z których wywodziła je strona powodowa. Należy podkreślić, że ustawodawca w przepisie art. 414 k.c. wprost dopuszcza zbieg roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia i z tytułu odpowiedzialności deliktowej. Możliwy jest zatem zbieg roszczeń opartych na przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu, którego przypadkiem szczególnym jest nienależne świadczenie, i przepisach dotyczących odpowiedzialności deliktowej także wobec tego samego pozwanego. W przypadku tego rodzaju zbiegu roszczeń wybór należy do wierzyciela, ewentualnie do sądu, który przyjmuje rozwiązanie korzystniejsze dla powoda (tak SA w Lublinie w wyroku z dnia 7 czerwca 2013 r. w sprawie I ACa 127/13, LEX nr 1369354).

W orzecznictwie zwraca się również uwagę na możliwy zbieg różnych podstaw odpowiedzialności za niesłuszne wyegzekwowanie należności, wskazując z jednej strony na możliwość wytoczenia powództwa o naprawienie szkody wyrządzonej bezprawną egzekucją, a z drugiej - na przysługujące pokrzywdzonemu dłużnikowi roszczenie o zwrot niesłusznie ściągniętego świadczenia (por. uzasadnienie uchwały SN z dnia 30 marca 1976 r. w sprawie III CZP 18/76, OSNC 1976/9/195 oraz wyroku SN z dnia 12 lutego 2015 r. w sprawie IV CSK 272/14, LEX nr 1656513).

W uzupełnieniu omawianego zarzutu apelacji pozwany w piśmie procesowym z dnia 10 marca 2017 r. zarzucił ponadto Sądowi pierwszej instancji, że „...przystąpił do rozpatrywania prawidłowości wykonywania umowy o roboty

budowlane zawartej przez strony w dniu 5 marca 2009 r.”, także w tym działaniu upatrując zmiany podstawy prawnej roszczenia. Tego rodzaju twierdzenia pozostają jednak całkowicie chybione. Przepis art. 321 § 1 k.p.c. odnosi się do podstawy wyrokowania, a nie do zakresu uprzednio prowadzonego postępowania dowodowego. Skarżący pomija również, że potrzeba dokonania ustaleń faktycznych i rozważań dotyczących umowy stron i przyczyn jej niewykonania w terminie przez pozwanego wynikała z konieczności ustalenia przesłanek z art. 498 § 1 k.c., a zatem przede wszystkim istnienia i wymagalności wierzytelności wzajemnych powoda przedstawionych do potrącenia.

Mimo braku w tym zakresie pogłębionych wywodów apelacji, nie sposób pominąć, iż przyjmując jednolity pogląd o braku związania sądu podstawą prawną żądania wskazaną w pozwie, judykatura w różny sposób podchodzi do kwestii obowiązków procesowych sądu, jakie wiążą się z przewidywaną zmianą podstawy prawnej roszczenia i do skutków ich zaniechania. Sąd Apelacyjny w składzie rozpoznającym apelację przychylił się do tego nurtu wykładni art. 321 k.p.c., który znalazł swój wyraz m.in. w wyroku SN z dnia 25 czerwca 2015 r. w sprawie V CSK 528/14 (LEX nr 1771395). W uzasadnieniu powyższego orzeczenia Sąd Najwyższy podkreślił, że w procedurze cywilnej brak jest przepisu, który nakładałby na sąd obowiązek uprzedzenia stron o możliwej zmianie kwalifikacji prawnej roszczenia wskazanej przez powoda. Wyjaśnił, że „...nic nie stoi na przeszkodzie informowaniu przez sąd stron o możliwości zakwalifikowania stanu faktycznego sprawy pod inną, niż wskazywana podstawą prawną, i taki postulat należy przyjąć z aprobatą, a można go wywieść z ogólnych zasad do których odwołał się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 grudnia 2011 r., (III CSK 136/11) i w wyroku z dnia z dnia 19 marca 2015 r. (IV CSK 368/14, niepubl). To założenie nie jest jednak bezpośrednio wyrażone w kodeksie postępowania cywilnego, gdyż brak w nim normy jaka zawarta jest w art. 437 § 2 k.p.c.; z tego względu nietrafny jest pogląd, że brak uprzedzenia stron przez sąd o możliwej zmianie kwalifikacji prawnej roszczenia wywołuje nieważność postępowania (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 12 maja 2011 r., II PK 277/10, LEX nr 1171185). Z prawa do rzetelnego procesu wynika uprawnienie do bycia wysłuchanym, czyli sąd ma umożliwić stronom wypowiedzenie się w sprawie, a więc także w kwestiach prawnych. Jeżeli stroną zastępuje fachowy pełnomocnik, powinien on samodzielnie dostrzegać, w jaki sposób całokształt ujawnionych w procesie istotnych faktów może być zakwalifikowany pod możliwe do przyjęcia podstawy materialne. W takim stanie rzeczy, brak uprzedzenia strony o możliwości rozstrzygnięcia na innej podstawie prawnej, którą wskazał powód nie pozbawia jej możliwości obrony (art. 379 pkt 5 k.p.c.), gdyż sąd udzielając końcowego głosu stronom daje im możliwość wypowiedzenia się w przedmiocie wszystkich możliwych do zastosowania w sprawie unormowań materialnoprawnych.” Pogląd ten został zaaprobowany także w innych judykatach (vide wyrok SN z dnia 30 listopada 2016 r. w sprawie III CSK 351/15, LEX nr 2195659). W realiach sporu pozwany był reprezentowany przez fachowego pełnomocnika, a jak wyżej wskazano, w orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko o możliwym zbiegu podstaw odpowiedzialności z art. 414 k.c. w razie niesłusznego wyegzekwowania należności. Nie sposób zatem uznać, że w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji doszło do pozbawienia pozwanego możliwości obrony jego praw (art. 379 pkt 5 k.p.c.). W powołanym wyżej wyroku z dnia 30 listopada 2016 r. w sprawie III CSK 351/15, Sąd Najwyższy wprost wskazał, że zmiana kwalifikacji prawnej roszczenia nie wpływa na prawo do obrony strony reprezentowanej przez profesjonalnego pełnomocnika, jeżeli typowość stanu faktycznego sprawy pozwala na przewidywalność zastosowania różnych i typowych podstaw prawnych dla tego stanu faktycznego.

W uzupełnieniu dotychczas przedstawionych wywodów, uprzedzając analizę pozostałych zarzutów apelacji, wskazać należy, że zakreślona przez Sąd pierwszej instancji podstawa faktyczna rozstrzygnięcia w pełni uprawniała do wyprowadzenia podstawy odpowiedzialności pozwanego także z przepisu art. 415 k.c. Działanie pozwanego, polegające na wszczęciu i prowadzeniu egzekucji wierzytelności uprzednio skutecznie umorzonej na skutek podniesienia przez stronę powodową zarzutu potrącenia, z pewnością jest bezprawne, a w realiach sporu także zawinione. Pozwany, od którego wymagany jest podwyższony miernik staranności z art. 355 § 2 k.p.c., obiektywnie oceniając okoliczności sporu co najmniej powinien był przypuszczać, że doszło do skutecznego umorzenia wierzytelności objętej tytułem wykonawczym, a zatem istnieją podstawy dla przypisania mu winy nieumyślnej. O braku winy pozwanego z pewnością nie świadczy to, że nie wyrażał on zgody na potrącenie i odesłał noty strony powodowej bez księgowania. Do potrącenia dochodzi bowiem w drodze jednostronnego oświadczenia złożonego drugiej stronie (art. 499 k.c.). Szkoda strony powodowej i jej wysokość mierzona kwotą nienależnie wyegzekwowanego świadczenia także nie budzą w rozpatrywanej sprawie żadnej wątpliwości.

W przekonaniu Sądu Apelacyjnego, nietrafny pozostaje również kolejny zarzut naruszenia prawa procesowego przywołany w apelacji pozwanego tj. zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędne dokonanie ustaleń faktycznych i niezasadną ocenę treści opinii biegłego. Wbrew tezę apelacji, dokonana przez Sąd Okręgowy ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego, co do istotnych okoliczności sprawy, w żadnym stopniu nie wykracza poza ustawowo określone ramy swobodnej oceny dowodów. Poczynione ustalenia faktyczne znajdują pełne umocowanie w zebranych materiałach, w zaproponowanych i przeprowadzonych dowodach. W rozpatrywanej sprawie Sąd Okręgowy wziął pod uwagę wszystkie zebrane dowody i przeanalizował je, a następnie ze zgromadzonego materiału dowodowego wyprowadził wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym. Należy podkreślić, iż tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, ocena nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, istnieją podstawy do jej skutecznie podważenia. Skarżący winien zatem wykazać, w jakich konkretnie fragmentach argumentacja Sądu Okręgowego jest sprzeczna z zasadami logiki lub doświadczenia życiowego, względnie - które elementy materiału dowodowego (dowody) zostały przez Sąd pierwszej instancji wadliwie pominięte i jakie wnioski faktyczne, z tychże fragmentów materiału procesowego powinny być w sposób poprawny wyprowadzone (tak m.in. SN w wyroku z dnia 16 grudnia 2005 r., sygn. akt III CK 314/05, LEX nr 172176; podobnie SA w Krakowie w wyroku z dnia 7 października 2016 r. w sprawie I ACa 631/16, (...) nr (...)). Apelacja pozwanego nie zawiera tego rodzaju argumentacji i opiera się w istocie na wybiórczej i subiektywnej ocenie dowodów dokonanej przez samego skarżącego.

W pierwszej kolejności za całkowicie chybiony należy uznać zarzut rzekomo wadliwej oceny dowodów w postaci pisma strony powodowej z dnia 15 października 2009 r. i zawezwania do próby ugodowej z dnia 20 września 2010 r., które – w przekonaniu apelującego – wskazują na przedłużenie umownego terminu wykonania robót budowlanych do dnia 15 października 2009 r. Skarżący w swej argumentacji pomija nie tylko inne dowody zebrane w sprawie tj. pisma powodowej Spółki z dnia 25 września 2009 r. i 29 września 2009 r. (k 33,34 akt) z których jednoznacznie wynika, że powód kategorycznie nie wyrażał zgody na przedłużenie umownego terminu wykonania robót poza dzień 16 sierpnia 2009 r., ale także rzeczywistą treść tych dowodów z dokumentów, na które wskazuje w uzasadnieniu apelacji. Wszak w piśmie z dnia 15 października 2009 r. strona powodowa odwołuje się do postanowienia § 3 pkt 3 umowy z dnia 5 marca 2009 r. oraz do określonego tam terminu wykonania przedmiotu umowy który nie został dotrzymany, zaś w zawezwaniu do próby ugodowej z dnia 20 września 2010 r. domaga się zapłaty kary umownej w wysokości 140.700 zł naliczonej za okres od 17 sierpnia 2009 r. Co jednak najistotniejsze, pozwany w swej argumentacji nie dostrzega, że zgodnie z § 20 umowy z dnia 5 marca 2009 r. wszelkie jej zmiany, a zatem także zmiana § 3 i terminu zakończenia robót, wymagała zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności. Tymczasem pozwany nie przedstawił pisemnego dokumentu zawierającego oświadczenia obu stron, w tym oświadczenie zarządu strony powodowej lub innych osób umocowanych do reprezentacji Spółki (...), w którym doszłoby do zmiany postanowień umowy poprzez przedłużenie terminu zakończenia prac do dnia 15 października 2009 r.

Nie sposób również podzielić argumentacji apelującego w zakresie rzekomo wadliwej oceny dowodu z podstawowej i uzupełniającej opinii biegłej sądowej ze specjalnością instalacyjno – inżynierską, z których miałyby wynikać, iż do wydłużenia terminu wykonania robót i braku ich zakończenia aż do dnia 15 października 2009 r. doszło wyłącznie z przyczyn niezależnych od pozwanego. W opiniach pisemnych biegła sądowa I. B. jednoznacznie wskazuje na przyczyny opóźnienia leżące wyłącznie po stronie pozwanego (nienależyte oszalowanie wykopów, niewłaściwy sposób ich odwodnienia – k 268 akt), podnosi także, że w dokumentach stanowiących z mocy § 2 ust. 3 integralną część umowy stron, określających zakres robót, zasady i technologię ich wykonania, wprost wskazano na możliwość występowania w projektowanych wykopach po opadach wody gruntowej, którą należy odprowadzić przy pomocy odwodnienia powierzchniowego, wykonując w dniu wykopu podsypkę z piasku o grubości 20 cm oraz studnię chłonną w dniu wykopu wykonaną z rury betonowej o przekroju 0,5m (vide k 259 akt, program funkcjonalno – użytkowy k 719v). W tym stanie rzeczy w pełni uzasadniony pozostaje wniosek, że pozwany jako profesjonalista w branży budowlanej – instalacyjnej winien uwzględnić i te ewentualne przeszkody w wykonaniu prac, kalkulując termin wykonania robót i wynagrodzenie z uwzględnieniem tego rodzaju możliwych przeszkód wynikających z warunków atmosferycznych oraz z właściwości gruntu. Taki wniosek jest tym bardziej uprawniony jeśli zważyć, na co zwracała uwagę biegła w

podstawowej opinii, iż z mocy § 5 pkt 29 umowy to pozwanego obciążał obowiązek zorganizowania robót w taki sposób, który nie spowoduje wydłużenia terminów robót z powodów technologicznych i pogodowych. W pisemnej opinii uzupełniającej biegła wskazała także, że na podstawie dostępnych dowodów nie może jednoznacznie stwierdzić, która ze stron w większym stopniu ponosi winę za nieterminowe dostawy i odbiory materiałów, a także za brak tzw. crackingu (k 352 akt). W opinii podstawowej zwróciła przy tym uwagę, że nieterminowe odbiory materiałów mogły być spowodowane nieprzygotowaniem przez pozwanego w założonym terminie frontu robót do ich zabudowania. W ocenie Sądu Apelacyjnego, analizując tą przyczynę opóźnienia prac nie można pominąć, że pozwany zastrzeżenia co do terminu dostaw materiałów zaczął podnosić już po upływie terminu zakończenia robót ustalonego w umowie, a nawet po jego przedłużeniu do dnia 31 lipca 2009 r. , bowiem pierwsze pismo pozwanego powołujące się na opóźnienie w dostarczeniu materiałów instalacyjnych datowane jest na 25 sierpnia 2009 r. (k 97 akt). Nie budzi wątpliwości, że przewidziany w § 4 ust. 7 obowiązek zapewnienia materiałów spoczywał na Spółce (...) w przewidzianym w umowie okresie wykonywania robót i jedynie w zakresie koniecznym dla wykonania przedmiotu umowy.

Istotnie, we wszystkich opiniach biegła sądowa I. B. wskazuje także na takie przyczyny opóźnienia w wykonaniu robót, które nie leżały po stronie pozwanego, zaliczając do nich ponadprzeciętne opady atmosferyczne, a także występujące kolizje z innymi sieciami, które nie zostały ujęte w przedstawionej pozwanemu dokumentacji, a których usunięcie wiązało się z koniecznością wykonania robót dodatkowych. Kilkakrotnie jednak podkreśla, że w oparciu o dostępne dowody nie potrafi rzetelnie ocenić, jaki był uzasadniony okres przedłużenia prac z tych przyczyn. Z tych wniosków biegła sądowa nie wycofała się także w ustnej opinii złożonej na rozprawie w dniu 13 maja 2016 r.

Odpowiedzi na pytanie, o jaki uzasadniony okres czasu termin zakończenia robót ustalony w pisemnej umowie uległ przesunięciu z przyczyn niezależnych od pozwanego tj. z powodu ponadprzeciętnych opadów atmosferycznych i wad projektu, nie daje także wyliczenie zawarte na stronie 6 pisemnej opinii uzupełniającej (k 354 akt). Podkreślić trzeba, że nawet w wersji skrajnie sprzyjającej tezom pozwanego i przy założeniu, że zatrudniał on jedynie 3 pracowników, przyczyny te wydłużyły termin wykonania przedmiotu umowy o 79 dni, co oznacza, że powinny zostać zakończone w całości najdalej do końca września 2009 r. i to przy uwzględnieniu dni ustawowo wolnych od pracy przypadających w miesiącach lipcu, sierpniu i wrześniu. Tymczasem w dniu 15 października 2009 r. roboty nadal nie były ukończone. To wyliczenie oparte na wersji pozwanego i rozliczeniu prac przedstawionych przez niego w toku postępowania w sprawie sygn. IX GC 77/11 Sądu Okręgowego w Poznaniu (k 363 i nast. akt) trzeba jednak a priori odrzucić i to z kilku przyczyn.

Po pierwsze, zakres wykonanych prac dodatkowych i ilość godzin pracy pomp zostały skutecznie zakwestionowane przez Spółkę (...), co potwierdza prawomocny wyrok z dnia 15 grudnia 2011 r. w sprawie sygn. IX GC 77/11, w którym Sąd Okręgowy w Poznaniu uwzględnił roszczenie P. S. (1) z tytułu wynagrodzenia za roboty dodatkowe jedynie do kwoty 107.537,17 zł, oddalając powództwo w pozostałej części. W rozpatrywanej sprawie Sądy obu instancji pozostają związane tym orzeczeniem z mocy art. 365 § 1 k.p.c., przy czym moc wiążąca prawomocnego wyroku dotyczy także rozstrzygnięcia o częściowym oddaleniu powództwa (vide np. uzasadnienie uchwały SN z dnia 4 grudnia 2009 r., III CZP 97/09 , OSNC 2010/6/88) Uznanie mocy wiążącej prawomocnego wyroku oddalającego powództwo nie stoi na przeszkodzie ogólne sformułowanie jego sentencji. Moc wiążącą na podstawie art. 365 § 1 k.p.c. ma wprawdzie jedynie sentencja orzeczenia, niemniej jednak w razie oddalenia powództwa w całości lub w części, ze względu na ogólność rozstrzygnięcia, doniosłość przy ustalaniu zakresu mocy wiążącej prawomocnego orzeczenia, czyli granic prawomocności materialnej orzeczenia, mogą mieć także zawarte w uzasadnieniu orzeczenia motywy rozstrzygnięcia (tak SN w wyroku z dnia 15 lutego 2007 r., II CSK 452/06, OSNC- (...), poz. 20; w wyroku z dnia 29 września 2011 r. IV CSK 652/10, LEX nr 1129162). Wyrok oddalający powództwo wiąże niewątpliwie co do przysługiwania dochodzonego w sprawie roszczenia. Oznacza to, iż w rozpatrywanej sprawie Sąd zobligowany był przyjąć, iż pozwanemu nie przysługuje dające roszczenie o wynagrodzenie za roboty dodatkowe, motywowane przez P. S. (1) większym zakresem prac i wyższą ich wartością. W tym stanie rzeczy za pozbawione jakiegokolwiek doniosłości prawnej należy uznać prezentowane w toku postępowania dywagacje pozwanego, co do rzekomego naturalnego charakteru zobowiązania strony powodowej z tytułu wynagrodzenia za roboty dodatkowe w zakresie, w jakim powództwo w sprawie sygn. IX GC 77/11 Sądu Okręgowego w Poznaniu zostało prawomocnie oddalone, i odwoływanie się do należności z tego tytułu w łącznej wysokości 368.585,90 zł. W świetle przepisu art. 363 § 1 k.p.c. i

art. 365 § 1 k.p.c. bezprzedmiotowe pozostają także próby marginalizowania znaczenia analizowanego prawomocnego wyroku z tej tylko przyczyny, iż w sprawie sygn. IX GC 77/11 doszło do odrzucenia apelacji P. S. (1). Prawomocny wyrok sądu ma moc wiążącą w zakresie wyznaczonym przepisem art. 365 § 1 k.p.c. niezależnie od tego, czy przymiot prawomocności uzyskał na skutek braku zaskarżenia przez stronę, odrzucenia środka odwoławczego z przyczyn formalnych czy też na skutek oddalenia apelacji w wyniku kontroli instancyjnej.

Po wtóre, biegła sądowa w wyliczeniu na karcie 354 akt czyni całkowicie nieuprawnione założenia o zatrudnieniu przez pozwanego 3 pracowników i o pracy pomp w wymiarze 8 godzin w ciągu jednego dnia roboczego. Tymczasem z dowodów pochodzących od samego pozwanego, w tym z dokumentu na karcie 107 akt, z zeznań świadka P. S. (2) i z relacji samego pozwanego wynika jednoznacznie, że apelujący w zależności od potrzeb zatrudniał od kilku do kilkunastu osób (według świadka P. S. od 8 do 16 osób) i korzystał nie z jednej a co najmniej z kilku pomp (według świadka P. S. od 3 do 10 pomp, według pozwanego - z 5-6 pomp), które pracowały jednocześnie.

Przy uwzględnieniu tych okoliczności, także wyliczenie biegłej sądowej ustalające okres usprawiedliwionego opóźnienia na 57 dni, oparte na zestawieniu prac dodatkowych, które stało się podstawą rozstrzygnięcia w sprawie sygn. IX GC 77/11 Sądu Okręgowego w Poznaniu, powinno zostać zweryfikowane przy uwzględnieniu rzeczywistej liczby zatrudnionych osób i użytego sprzętu. Warto zwrócić uwagę, że nawet przy hipotetycznym założeniu, że kolizje usuwane były przy wykorzystaniu 6 pracowników, zaś woda z wykopów usuwana była jednocześnie przez 3 pompy, wyliczenie przedstawione w opinii powinno zostać skorygowane do najwyżej 40 dni.

Jeśli powyższe rozważania zestawzić z bezsporną okolicznością, że strona powodowa ostatecznie zaakceptowała wydłużenie pierwotnego terminu wykonania robót do dnia 16 sierpnia 2009 r., a zatem o 47 dni, nie sposób podzielić argumentów apelacji o rzekomo wadliwej ocenie opinii biegłej sądowej I. B., z której miałyby wynikać, że opóźnienie w wykonaniu robót, za które naliczone zostały kary umowne, nastąpiło z przyczyn leżących po stronie powoda.

Wbrew oczekiwaniom skarżącego, opinia podstawowa i opinie uzupełniające biegłej sądowej ze specjalnością instalacyjno –inżynierską nie dają również podstaw dla poczynienia wiążących ustaleń negocjujących kosztorys powykonawczy strony powodowej, obejmujący koszty zastępczego dokończenia robót pierwotnie objętych umową stron z dnia 5 marca 2009 r., a bezspornie niewykonanych przez pozwanego do dnia 15 października 2009 r. Biegła dokonała jedynie weryfikacji kosztorysu pod względem prawidłowości jego sporządzenia. Na rozprawie w dniu 13 maja 2016 r. w odpowiedzi na pytanie pełnomocnika pozwanego przyznała, że kosztorys ten obejmuje także takie prace, które nie były objęte pisemną umową stron, jednakże nie wypowiedziała się w żaden wiążący sposób co do ich zakresu oraz wartości. Okoliczność ta w żadnym razie nie przekonuje jednak o braku po stronie powodowej Spółki wiarygodności z tytułu zastępczego wykonania robót, wywodzonej z § 14 ust. 4 umowy, w takiej wysokości, w jakiej została ona przedstawiona do potrącenia. Skarżący negocjując kosztorys powoda i opartą na nim notę księgową nr (...) na kwotę 143.186,57 zł całkowicie pomija, że oświadczeniem o potrąceniu strona powodowa objęła z wiarygodnością tego tytułu jedynie w wysokości 17.209,99 zł. Rację ma Sąd Okręgowy zwracając uwagę, że istnienie wiarygodności wzajemnej powoda w tej wysokości zostało przyznane przez samego pozwanego, który w piśmie procesowym z dnia 2 kwietnia 2015 r.

(k 291 akt) potwierdził, że wartość niedokończonych przez niego robót zamyka się kwotą 17.500 zł netto. Jeśli dodatkowo zważyć, że strona powodowa część prac zastępczych zleciła podmiotowi trzeciemu tj. firmie (...) i poniosła z tego tytułu refakturowane na nią koszty (faktura k 47 akt), istnienie wiarygodności wzajemnej w wysokości przedstawionej do potrącenia nie budzi żadnych wątpliwości.

Niezasadny pozostaje również jedyny powołany w apelacji zarzut naruszenia prawa materialnego tj. 498 § 1 k.c., za pomocą którego pozwany starał się zakwestionować przesłanki potrącenia wiarygodności wzajemnych, a przede wszystkim podważyć istnienie i wysokość wiarygodności wzajemnej strony powodowej. Wypada zwrócić uwagę, że w tym zakresie nietrafne pozostaje przekonanie apelującego o rozkładzie ciężaru dowodzenia. O ile stroną powodową obciążał obowiązek wykazania przesłanek z art. 498 § 1 k.c., a zatem udowodnienia istnienia, wysokości i wymagalności przysługujących jej wiarygodności wzajemnych, o tyle nie sposób pominąć, że w odniesieniu do

wierzytelności z tytułu kary umownej powodowa Spółka mogła skorzystać z domniemań ustanowionych w art. 471 k.c. w związku z art. 483 § 1 k.c. oraz art. 476 k.c. Poza sporem jest, że pozwany nie wykonał prac nie tylko w terminie zakreślonym w umowie, ale i w wydłużonym terminie zaakceptowanym przez powoda, co w świetle przepisu art. 476 k.c. uzasadniało przypisanie mu zwłoki w wykonaniu umowy. Także konstrukcja art. 471 k.c. opiera się na domniemaniu winy dłużnika w niewykonaniu zobowiązania. Jak już była o tym mowa, pozwany nie zdołał przedstawić dowodów, które pozwoliłyby na obalenie tych domniemań, a tym samym nie wykazał braku przesłanek dla naliczenia kary umownej na podstawie § 15 ust. 2 pkt c umowy stron za okres po dniu 17 sierpnia 2009 r. tj. po uwzględnieniu okresu wydłużenia procesu inwestycyjnego z przyczyn niezależnych od skarżącego.

Za bezsporne należało także uznać okoliczności dotyczące niewykonania całości objętych umową robót i zastrzeżonej w § 14 ust. 4 kontraktu podstawy dla ich zastępczego wykonania. Z powołanej wyżej argumentacji wynika ponadto, że pozwany ostatecznie nie kwestionował także wartości prac zastępczych do takiej kwoty, która odpowiadała części wierzytelności z tego tytułu przedstawionej do potrącenia.

Zamierzonych skutków procesowych nie mogą także wywołać wywody pozwanego, reprezentowanego przez profesjonalnego pełnomocnika, które nie przybrały formy zarzutu naruszenia przepisu art. 483 k.c., czy też wniosku o miarkowanie kary umownej, a koncentrowały się na tezie o zastrzeżeniu kary umownej w nadmiernej wysokości. Argumenty tego rodzaju pozostają o tyle chybione, że pozwany nigdy nie uchylił się od skutków prawnych oświadczenia woli zawartego w umowie. Nie można także pominąć, że umowa z dnia 5 marca 2009 r. zachowywała w tej kwestii równowagę stron, bowiem § 15 ust. 5 kara umowna w analogicznej wysokości została zastrzeżona także na rzecz podwykonawcy czyli pozwanego. Jeśli dodatkowo zważyć, że strona powodowa sama występowała jako wykonawca robót wobec generalnego wykonawcy i w ramach tego stosunku zobowiązaniowego zobligowana była do terminowego zakończenia robót, brak jest przesłanek, które pozwalałyby uznać analizowane zastrzeżenie umowne za nieważne z uwagi na naruszenie dyspozycji art. 353¹ k.c. Wbrew sugestiom apelującego, w realiach sporu trudno uznać, że opóźnienie w zakończeniu robót przekraczające ustalony w umowie całkowity termin wykonania robót (trzy miesiące) o kolejne 3,5 miesiąca, nie jest nadmierne. Mimo takiego opóźnienia pozwany nie wykonał swojego zobowiązania w całości.

Niezasadne pozostają ponadto argumenty skarżące oparte na tezie, że powód powinien zgłosić zarzut potrącenia w toku postępowania sygn. IX GC 77/11 przed Sądem Okręgowym w Poznaniu, a aktualnie wierzytelność z tytułu kar umownych uległa przedawnieniu. Skorzystanie z potrącenia jest uprawnieniem (prawem podmiotowym) i jego realizacja w każdym przypadku zależy od woli podmiotu zainteresowanego. W orzecznictwie podkreśla się, że w świetle przepisów prawa materialnego regulujących tę instytucję jest obojętne, kiedy oświadczenie o potrąceniu zostanie złożone. Potrącenie w świetle kodeksu cywilnego jest uprawnieniem wierzyciela dla którego rozpoczęła się "faza kompensacyjna". Powstanie możliwości potrącenia nie stwarza obowiązku jego dokonania. Granicą czasową skorzystania z tego uprawnienia materialnoprawnego jest zakończenie fazy kompensacyjnej z powodu odpadnięcia przesłanek, w szczególności na skutek zapłaty jednej z wierzytelności, czy jej wygaśnięcia na innej podstawie (tak SA w Krakowie w wyroku z dnia 7 października 2016 r. w sprawie I ACa 1185/16, LEX nr 2147342). Zgodnie z art. 502 k.c. na przeszkodzie potrąceniu co do zasady nie stoi okoliczność, że wierzytelność przedstawiona do potrąceniu uległa przedawnieniu. W realiach sporu powołany przepis nie znajduje jednak zastosowania, bowiem bieg terminu przedawnienia wierzytelności z tytułu kar umownych został przerwany przez czynność w postaci zawezwania do próby ugodowej z dnia 20 września 2010 r., co wywołało skutek z art. 124 § 1 k.c., a zatem w chwili złożenia oświadczenia o potrąceniu wierzytelność wzajemna strony powodowej z pewnością nie była przedawniona.

Na koniec wypada odnieść się do zasygnalizowanej w piśmie procesowym z dnia 10 marca 2017 r. kwestii niewykazania przesłanek bezpodstawnego wzbogacenia tj. „...na czym i w jaki sposób pozwany wzbogacił się kosztem powoda”. Podstawę roszczenia pozwu stanowi przepis art. 405 k.c. w związku z art. 410 § 1 k.c., nie budzi bowiem wątpliwości, że do przesunięcia korzyści majątkowej doszło w ramach świadczenia strony powodowej objętego przymusem egzekucyjnym w sprawie Km 260/12. Ogólne przesłanki bezpodstawnego wzbogacenia należy rozumieć specyficznie w przypadku nienależnego świadczenia, a sam fakt spełnienia nienależnego świadczenia uzasadnia roszczenie

kondycyjne. W konsekwencji nie ma potrzeby ustalania, czy i w jakim zakresie spełnione świadczenie wzbogaciło osobę na rzecz, której świadczenie zostało spełnione i czy majątek spełniającego świadczenie uległ zmniejszeniu (tak SN w wyroku z dnia 29 listopada 2016 r. w sprawie I CSK 798/15, LEX nr 2183475; podobnie w wyroku z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie II CSK 517/13, LEX nr 1488794).

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

O kosztach postępowania apelacyjnego należało orzec na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. obciążając nimi pozwanego jako stronę przegrywającą. Na koszty strony powodowej złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika ustalone na podstawie § 2 pkt 6 w związku z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 1804) w brzmieniu obowiązującym do dnia 27 października 2016 r.