

Sygn. akt VI ACa 1008/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 kwietnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie Wydział VI Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA - Agata Zając

Sędzia SA - Ewa Zalewska (spr.)

Sędzia SO (del.) - Dorota Trautman

Protokolant: sekr. sąd. Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 20 kwietnia 2016 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa D. M.

przeciwko (...) Sp. z o.o. w Ł.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 7 listopada 2013 r.

sygn. akt XX GC 65/10

I. oddala apelację;

II. zasądza od D. M. na rzecz (...) Sp. z o.o. w Ł. kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VI ACa 1008/14

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 11 sierpnia 2011 roku powód D. M. wniósł o wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym żądając zasądzenia od pozwanego (...) sp. z o.o. z siedzibą w Ł. kwoty 108 992,79 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 18 grudnia 2008 roku do dnia zapłaty oraz zwrotu kosztów procesu.

Uwzględniając żądanie pozwu, w dniu 13 stycznia 2010 roku w sprawie o sygn. akt XX GNe 868/09 Sąd Okręgowy w Warszawie wydał nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym, w którym nakazał pozwanemu, aby ten zapłacił powodowi kwotę 108 992,79 zł wraz z odsetkami ustawowymi oraz kosztami procesu.

W dniu 2 lutego 2010 roku pozwany złożył zarzuty od nakazu zapłaty wnosząc o jego uchylenie oraz o oddalenie powództwa.

W replice do zarzutów pozwanego, pismem z dnia 5 marca 2010 roku powód podniósł, że wierzytelność pozwanego względem spółki (...) sp. z o.o., od której powód nabył wierzytelność stanowiącą podstawą dochodzonego w niniejszej sprawie roszczenia, nie powstała, a co za tym idzie nie było możliwe, aby pozwany dokonał jej potrącenia z wierzytelnością, która miałaby mu przysługiwać.

Wyrokiem z dnia 7 listopada 2013 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt XX Gc 65/10, Sąd Okręgowy w Warszawie uchylił nakaz zapłaty wydany w postępowaniu nakazowym w dniu 13 stycznia 2010 roku, sygn. akt XX GNc 868/09 i powództwo oddalił (pkt 1 wyroku). Nadto zasądził od powoda D. M. na rzecz pozwanego (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. kwotę 7 688 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania, w tym kwotę 3 600 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego (pkt 2 wyroku) oraz orzekł o ściągnięciu od powoda D. M. na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w W. kwoty 96 zł (pkt 3 wyroku).

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o stan faktyczny, ustalony w sposób następujący:

Pozwany (...) sp. z o.o. z siedzibą w Ł. zawarł z (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej (...) lub wykonawca) w dniu 5 grudnia 2007 roku umowę o roboty budowlane.

Na mocy zawartej umowy pozwany (zamawiający) zamówił i powierzył do wykonania, a (...) (wykonawca) zamówienie przyjął i zobowiązał się je wykonać oraz oddać pozwanemu zespół sześciu budynków mieszkalnych, jednorodzinnych w zabudowie bliźniaczej i roboty budowlane na terenie nieruchomości przy ul. (...) w W., stanowiącej niezabudowaną działkę gruntu oznaczoną nr ewidencyjnym (...), dla której prowadzona jest księga wieczysta o nr (...) (§ 1 umowy).

Prace zlecone przez pozwanego firmie (...) miały odbywać się w systemie (...) z pełnieniem przez wykonawcę (...) funkcji Generalnego Wykonawcy (§ 1 ust. 2 umowy). Zakres rzeczowy przedmiotu umowy został określony w projekcie budowlanym, który stanowił integralną część umowy z dnia 5 grudnia 2007 roku (§ 1 ust. 4a umowy). (...) przed podpisaniem umowy zapoznał się z projektem budowlanym oraz zakresem prac przewidzianych dla firmy (...), oraz zobowiązał się do wykonania powierzonych mu prac zgodnie z przedmiotową dokumentacją (§ 1 ust. 5 umowy). Wykonawca zapoznał się również z dokumentacją techniczną, którą otrzymał od pozwanego, jednocześnie zobowiązując się w oparciu o przedstawioną mu dokumentację do wykonania przedmiotu umowy (§ 1 ust. 7 umowy).

Realizacja przedmiotu umowy była podzielona na etapy, z których każdy miał przypisany termin końcowy (§ 2 umowy). Wykonanie fundamentów w budynkach od 9 do 12 miało zostać wykonane w terminie do 30 grudnia 2007 roku (§ 2 ust. 1 umowy). Wykonanie fundamentów dla budynków od 1 do 8 miało zostać zrealizowane w terminie do 30 kwietnia 2008 roku (§ 2 ust. 2 umowy). Wykonanie budynków w stanie surowym otwartym od 1 do 12 miało zostać zrealizowane do 30 września 2008 roku (§ 2 ust. 3 umowy). Całość realizacji przedmiotu umowy miała zostać wykonana do 17 października 2008 roku (§ 2 ust. 4 umowy). Za datę odbioru końcowego przedmiotu umowy pozwany wraz z (...) przyjęli datę odbioru końcowego robót, potwierdzonego podpisaniem protokołu zdawczo-odbiorczego, bez jakichkolwiek uwag i zastrzeżeń z strony zamawiającego (§ 2 ust. 6 umowy). (...) bez uprzedniej zgody pozwanego nie mógł zawiesić lub przerwać realizacji przedmiotu umowy (§ 2 ust. 7 umowy).

Za realizację przedmiotu umowy (...) przysługiwało wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 3 780 000 zł (§ 3 umowy). Podstawą do wypłaty wynagrodzenia było podpisanie protokołu odbioru końcowego bez uwag i zastrzeżeń, co do wykonanych robót budowlanych (§ 3 ust. 1 umowy). Strony przewidziały także wynagrodzenie w przypadku wykonania robót dodatkowych, które nie były uwzględnione w projekcie, których wartość przewyższy 0,5% kwoty określonej w § 3 ust. 1 umowy (§ 3 ust. 2 umowy). Jakakolwiek zmiana wysokości wynagrodzenia wskutek zmian robót dodatkowych nieuwzględnionych w projekcie budowlanym możliwa była jedynie w formie pisemnej w postaci aneksu do umowy podpisanego przez zamawiającego i wykonawcę (§ 3 ust. 5 umowy). Płatność miała odbywać się etapowo, tj. odpowiednio za kolejne fazy robót budowlanych wykonanych zgodnie z załącznikiem nr 3 na kwotę nie mniej niż 100 000 zł, odebranych przez kierownika budowy i potwierdzonych protokołem częściowego odbioru robót (§ 4 ust. 1 umowy).

W sytuacji opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy lub też, gdyby wykonawca (...) sp. z o.o.) przerwał wykonywanie robót lub zszedł z budowy, pozwany mógł od umowy odstąpić, bez potrzeby uprzedniego wyznaczenia terminów dodatkowych (§ 6 ust. 1 umowy). W sytuacji stwierdzenia usterek pozwany był zobowiązany do poinformowania o tym wykonawcy oraz do udzielenia mu terminu do ich naprawienia (§ 7 ust. 1, i 3 umowy).

W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wynikających z umowy z dnia 5 grudnia 2007 roku wykonawca (...) sp. z o.o.) zobowiązany był do zapłaty na rzecz pozwanego 0,2% wartości umownej z tytułu nieterminowego zakończenia realizacji przedmiotu umowy liczoną za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu umownego (§ 8 ust. 1 umowy). Za odstąpienie od umowy, strona z winy której do odstąpienia od umowy dojdzie zobowiązana także była do zapłaty na rzecz strony przeciwnej kary umownej w wysokości 10% wartości umowy (§ 8 ust. 3 umowy).

Początkowo realizacja przedmiotu umowy przebiegała w sposób sprawny, a pozwany nie miał, co do niej jakichkolwiek zastrzeżeń. Projekt na podstawie, którego wykonawca realizował przedmiot budowy zawierał drobne braki, które nie stanowiły istotnej przeszkody dla wykonania przedmiotu umowy. Braki te były uzupełniane na bieżąco przez kierownika robót z ramienia spółki (...), który wykonywał min. szkice, przeliczenia. Prace dodatkowe, które wykonawca w międzyczasie realizował, nie miały wpływu na opóźnienie realizacji inwestycji. Także zmiany w stosunku do projektu nie miały wpływu na przedłużenie robót. W trakcie prac, pierwotnie przyjęty projekt budowlany ulegał zmianom, które nie miały żadnego wpływu na opóźnienie realizacji przedmiotu umowy, a które odnosiły się do kwestii zamówionych materiałów. Zmiany te dotyczyły belek stropowych, bowiem przed zamówieniem wykonawca (...) sp. z o.o.) z uwagi na małą dostępność tego materiału, który został uwzględniony w projekcie, zaproponował zmianę stropu. Ponieważ zmiany projektu w tym zakresie były zmianami nieistotnymi, które nie wymagały dokonania ich w odpowiednim urzędzie, oraz nie miały wpływu na realizację całości inwestycji, pozwany oraz wykonawca sporządzili notatkę, w której uwzględniono zmianę projektu budowlanego w tym zakresie. Wykonawca na żadnym etapie współpracy nie zgłaszał pozwanemu, że w wyniku zmiany stropu może dojść do jakiegokolwiek opóźnień. Firma (...) sp. z o.o. konieczność zmiany stropu brała pod uwagę jeszcze przed złożeniem zamówienia na belki stropowe, z uwagi na fakt, iż stropy uwzględnione w projekcie było mało dostępne na rynku, co jednoznacznie wskazuje na fakt, iż zdawała sobie sprawę oraz akceptował fakt konieczności dokonania późniejszych zmian w projekcie. W czasie prowadzonych przez spółkę (...) prac powstała konieczność skorzystania z konsultacji geologa z uwagi na niestabilność gruntu dla jednego z budynków, co nie miało przełożenia na czas wykonania całości inwestycji, bowiem na innych budynkach trwały prace. W wyniku powstałych, po stronie wykonawcy, opóźnień w realizacji przedmiotu umowy, nie doszło do zakończenia inwestycji w terminie określonym umową z dnia 5 grudnia 2007 roku, tj. do dnia 17 października 2008 roku. Strona pozwana, wskutek niedotrzymania terminu umownego zakończenia realizacji przedmiotu umowy, wyznaczyła spółce (...) dodatkowy termin na realizację umowy zobowiązując wykonawcę do wykonania zaległych robót najpóźniej do dnia 7 listopada 2008 roku.

Firma (...) sp. z o.o. w dniu 8 grudnia 2008 roku sporządziła cztery protokoły częściowego odbioru robót dotyczące budynków nr (...) na podstawie których, za wykonane roboty została wystawiona faktura VAT nr (...) na kwotę 108 922,79 zł. Dodatkowo, także termin wyznaczony na realizację przedmiotu umowy, nie został przez wykonawcę zachowany. Powyższe stanowiło podstawę do naliczenia kary umownej w wysokości 0,2% wartości przedmiotu umowy w wysokości 3 780 000 zł, za każdy dzień opóźnienia, tj. łącznie za 95 dni opóźnienia. W piśmie z dnia 22 grudnia 2008 roku, pozwany poinformował (...) sp. z o.o., iż z uwagi na opóźnienie kara umowna wynosi na dzień 21 grudnia 2008 roku 491 000 zł, oraz że wierzytelność ta została przez pozwanego potrącona z wierzytelnością spółki (...) sp. z o.o., wynikającą z faktury VAT nr (...) z dnia 8 grudnia 2008 roku, i faktury VAT nr (...) z dnia 12 grudnia 2008 roku. Oświadczenie o dokonaniu potrącenia wzajemnych wierzytelności zostało odebrane przez (...) w dniu 5 stycznia 2009 roku.

W związku z bezskutecznym upływem terminu do realizacji umowy z dnia 5 grudnia 2007 roku oraz samowolnym opuszczeniem terenu budowy, które miało miejsce w dniu 19 stycznia 2009 roku, pozwany w oparciu § 6 ust. 1 umowy odstąpił od niej w części obejmującej roboty nieodebrane do dnia 19 stycznia 2009 roku, ze skutkiem

natychmiastowym. Ponadto pismem tym pozwany poinformował wykonawcę o naliczeniu kar umownych z tytułu opóźnienia i odstąpienia od umowy z winy wykonawcy oraz o potrąceniu powstałych należności z wierzytelnością wykonawcy wynikającą z FV nr (...) z dnia 4 grudnia 2008 roku, FV nr (...) z dnia 8 grudnia 2008 roku, FV nr (...) z dnia 12 grudnia 2008 roku na łączną sumę 225 527,17 zł, wzywając go jednocześnie do zapłaty pozostałej kwoty wynikającej z naliczonych kar umownych w wysokości 855 552,83 zł.

W dniu 1 lutego 2009 roku pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu, w oparciu o wystawioną notę księgową (...) obciążającą (...) sp. z o.o. na kwotę 225 527,17 zł z tytułu naliczonych odsetek karnych według umowy o roboty budowlane z dnia 5 grudnia 2007 roku.

W dniu 29 maja 2009 roku pomiędzy wykonawcą (...) sp. z o.o. a powodem D. M., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą (...) w W., doszło do przelewu wierzytelności przysługujących (...) sp. z o.o. względem pozwanego (...) wynikających z umowy o roboty budowlane z dnia 5 grudnia 2007 roku, przy czym cesjonariusz przejął wierzytelności potwierdzone fakturami VAT nr (...) z dnia 24 października 2008 roku, (...) z dnia 8 grudnia 2008 roku, (...) z dnia 12 grudnia 2008 roku wraz z protokołami robót w kwocie 226 130,59 zł. Po podpisaniu umowy przelewu wierzytelności o tym fakcie została powiadomiona strona pozwana.

Powód w piśmie z dnia 1 czerwca 2009 roku wezwał pozwanego do zapłaty w terminie 5 dni od dnia otrzymania wezwania kwoty 226 130,59 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od poszczególnych kwot. W odpowiedzi na wezwanie do zapłaty, pozwany w dniu 4 czerwca 2009 roku poinformował powoda, iż wierzytelność której dochodzi została potrącona z wierzytelnością przysługującą pozwanemu, a powstała w wyniku naliczenia wobec (...) sp. z o.o. kar umownych z tytułu opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy i odstąpieniu od niej z winy wykonawcy.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o przedstawione przez powoda i pozwanego dowody z dokumentów w postaci załączników do pism procesowych, a także z zeznań powołanych przez strony świadków, szczegółowo wymienionych w części uzasadnienia obejmującej stan faktyczny .

Sąd wskazał, że wprawdzie w większości dowody z dokumentów zostały złożone w odpisach, jednakże żadna ze stron nie kwestionowała ani ich prawdziwości, ani zgodności z oryginałami. Również w ocenie Sądu wiarygodność tychże dowodów nie budziła wątpliwości.

Zeznania powołanych przez strony świadków w przedstawionym powyżej zakresie były spójne. Sąd Okręgowy zauważył, że pomiędzy stronami nie było kwestią sporną: ważność umowy z dnia 5 grudnia 2008, jej przebieg, ani też zasadność i wysokość wystawionej faktury VAT nr (...) na podstawie podpisanych protokołów odbiorów częściowych robót. Różnice, co do stanowisk prezentowanych przez każdą ze stron odnosiły się, zdaniem Sądu Okręgowego, do okoliczności, w których doszło do naliczenia przez pozwanego wykonawcy – zbywcy wierzytelności, w której posiadaniu jest powód, kar umownych z tytułu opóźnienia oraz odstąpienia od umowy z dnia 5 grudnia 2007 roku oraz do skuteczności dokonania przez pozwanego potrącenia przysługujących mu należności z wierzytelnością (...) sp. z o.o.

Sąd I instancji wyjaśnił, że oddalił wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, zgłoszony na rozprawie w dniu 5 września 2013 roku przez pełnomocnika powoda, z uwagi na to, że w ocenie tego Sądu był to nowy wniosek dowodowy, bowiem pełnomocnik pozwanego wniósł o zmianę pierwotnie przyjętej tezy dowodowej dla biegłego, co powoduje zmianę dowodu, tym bardziej, że strona powodowa składała taki wniosek pierwotnie w piśmie będącym odpowiedzią na zarzuty, mając pełną wiedzę, co do tego jakie jest stanowisko pozwanego w sporze, gdyż pomiędzy stronami toczyło się wcześniej postępowania oparte na tożsamym stanie faktycznym w sprawie o sygn. akt XVI GC 102/10 oraz XX GC 169/10.

Ponadto Sąd Okręgowy oddalił wniosek dowodowy o dopuszczenie opinii biegłego ze sprawy XX GC 169/10, mimo iż jak wskazywał powód, w sprawie tej podstawą dochodzonego roszczenia jest również umowa przelewu wierzytelności z tą jednak różnicą, iż dochodzona jest kwota wynikająca z innej faktury VAT. Co za tym idzie jest to inna sprawa oraz

inne okoliczności, a każdy inny dowód przeprowadzony w innej sprawie, nie może być procesowany w toku niniejszego postępowania.

Mając na uwadze reguły postępowania dowodowego Sąd I instancji wskazał, że obowiązek przedstawienia dowodów zmierzających do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy spoczywa na stronach, a ciężar udowodnienia faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie spoczywa na stronie, która z tych faktów wywodzi skutki prawne - art. 6 k.c. w zw. z art. 3 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c.

Sąd stwierdził, że powód wskazał na okoliczności, które w jego mniemaniu przemawiały za koniecznym uwzględnieniem powództwa – powołał się na umowę przelewu wierzytelności, wynikającej z faktury VAT nr (...) o zapłatę kwoty 108 992,79 zł, na mocy której nabył wierzytelność spółki (...) sp. z o.o., którą to z pozwanym łączył stosunek prawny w postaci umowy o roboty budowlane. W czasie trwania tego stosunku zbywca przedmiotowej wierzytelności w oparciu o protokoły odbioru częściowego robót wystawił pozwanemu fakturę VAT, stanowiącą podstawę dochodzonego w niniejszej sprawie roszczenia. Strona powodowa swoje żądanie opiera głównie na załączonej do pozwu dokumentacji.

W ocenie Sądu Okręgowego argumentacja powoda oraz dowody złożone na jej poparcie nie stanowiły o zasadności niniejszego powództwa, co poprzedzały następujące rozważania prawne:

Sąd pierwszej instancji wskazał, że stosunek prawny łączący zbywcę wierzytelności nabytej przez powoda (od (...) sp. z o.o.), a pozwanego wynika z art. 647 k.c. zgodnie, z którym przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. W umowie tej strony ustalają zakres robót, które wykonawca ((...) sp. z o.o.) będzie wykonywał (art. 647¹ § 1 k.c.).

W ocenie Sądu meriti, analiza umowy z dnia 5 grudnia 2007 roku pozwalała stwierdzić, że jest ona ważna w świetle prawa oraz, że strony w sposób jasny ustaliły zakres robót oraz sposób wynagrodzenia, co w toku postępowania nie było kwestionowane. W umowie tej strony ustaliły także sposób naliczania kar umownych z tytułu nieprawidłowej realizacji przedmiotu umowy, co wynika wprost z § 8 umowy.

Pozwany w zarzutach od nakazu zapłaty, powołując się na treść przedmiotowej umowy (§ 8 umowy), podniósł zarzut potrącenia oraz przedstawił szereg okoliczności popartych dowodami z dokumentów, z których wynika, że dokonane przez niego potrącenie – z uwagi na naliczenie przez niego kar umownych, było skuteczne.

Zdaniem Sądu Okręgowego prezentowane przez pozwanego stanowisko w zakresie dokonanego potrącenia było w pełni słuszne i uzasadnione. Sąd pierwszej instancji zauważył, że z akt sprawy wynika, iż w dacie 19 stycznia 2009 roku – a więc w momencie, kiedy powód jeszcze nie nabył wierzytelności wynikającej z faktury VAT nr (...) – strona pozwana oświadczyła spółce (...) sp. z o.o., że naliczona została w stosunku, co do niej kara umowna z uwagi na 93 dni zwłoki, oraz samowolne opuszczenie placu budowy, w łącznej kwocie 1 081 080,00 zł. Pismo to, w ocenie Sądu meriti, stanowiło o fakcie potrącenia wierzytelności przysługujących stronie pozwanej, z wierzytelnością spółki (...) sp. z o.o. wynikającą z faktury VAT nr (...), objętej przedmiotowym pozwem.

Sąd Okręgowy wskazał również, że oświadczenie to zostało skutecznie złożone, zarówno co do formy jak i treści. W piśmie tym mowa jest również o odstąpieniu od umowy w oparciu o przepis art. 491 § 1 k.c., co zdaniem tego Sądu należało jednak interpretować zgodnie z jego treścią, jako odstąpienie częściowe, na gruncie normy z art. 491 § 2 k.c. mówiącego o tym, że jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty nie spełnionego świadczenia. Mając na uwadze powyższe, Sąd Okręgowy uznał, że odstąpienie przez pozwanego co do umowy ze spółką (...) sp. z o.o. dotyczyło jedynie robót nieodebranych do dnia odstąpienia, zatem było skuteczne i ważne w świetle prawa.

Bezspornym w ocenie Sądu Okręgowego było, że obie wierzytelności, tj. wierzytelność (...) sp. z o.o. wynikająca z faktury oraz wierzytelność pozwanego z tytułu naliczonych kar umownych, były wierzytelnościami pieniężnym oraz, że w dacie ich powstania były wymagalne, a o za tym idzie, że nadawały się do potrącenia w myśl art. 498 k.c.

Zdaniem Sądu Okręgowego, w dniu 19 stycznia 2009 roku (...) sp. z o.o. nie wykonał w całości robót zgodnie z umową oraz że strony nie podpisały żadnego dokumentu, z którego wynikało by, że doszło do przesunięcia terminu wykonania umowy. Sąd Okręgowy uznał zatem, iż ilość dni opóźnienia wyliczona przez stronę pozwaną jest prawidłowa. Także żadnych zastrzeżeń Sądu Okręgowego nie budził zapis, który mówi o tym, iż kara umowna liczona będzie od 0,2% wartości przedmiotu umowy, co stanowiło zarazem o braku podstaw, aby ograniczyć ewentualną wartość umowy do wartości faktycznie wykonanych prac, tak jak tego chce powód, zwłaszcza, że wartość przedmiotu umowy została dokładnie skonkretyzowana w § 3 umowy z dnia 5 grudnia 2007 roku.

W ocenie Sądu Okręgowego również forma, w której pozwany oświadczył (...) sp. z o.o. o dokonanych potrąceniu wzajemnych należności jest prawidłowa. W piśmie, w którym mowa jest o odstąpieniu, pozwany w sposób niebudzący żadnych wątpliwości skonkretyzował swoją wierzytelność, jak również wierzytelność (...) sp. z o.o. wynikającą z faktur VAT, w tym m.in. z faktury VAT nr (...). Pozwany wskazał również na podstawy naliczonych kar umownych, wynikające z treści łączącej strony umowy o roboty budowlane oraz wezwał (...) sp. z o.o. do zapłaty pozostałej należnej mu kwoty. Pismo to, będące odstąpieniem od umowy w części, w zakresie niewykonanych robót z powodu niewykonania całego przedmiotu umowy w terminie, oraz samowolnego opuszczenia budowy, a jednocześnie oświadczeniem o potrąceniu wzajemnych wierzytelności, zostało przez (...) sp. z o.o. odebrane.

W związku z powyższym, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, Sąd I instancji uznał, że zarzut potrącenia podniesiony przez pozwanego, wbrew temu co twierdzi strona powodowa, jest jak najbardziej skuteczny. Przede wszystkim pozwany wykazał, iż taka okoliczność miała miejsce, co wynika z podniesionych przez niego twierdzeń, jak i również dowodów złożonych na ich poparcie, oraz zeznań powołanych świadków.

Sąd meriti nie podzielił także stanowiska powoda, odnoszącego się do bezzasadności naliczania przez pozwanego względem podmiotu, od którego nabył wierzytelność wynikającą z faktury VAT nr (...), kar umownych z tytułu, których doszło do jej potrącenia z wierzytelnością pozwanego. Mając na względzie, że w odpowiedzi na zarzuty pozwanego, powód wskazywał, iż do opóźnienia realizacji przedmiotu umowy, nie doszło z winy (...) sp. z o.o. oraz wskazywał na okoliczności, z których miało wynikać, że winę za opóźnienie ponosi pozwany, Sąd Okręgowy uznał, że powyższe w szerszej perspektywie stanowiłyby o tym, że pozwany nie byłby uprawniony do skutecznego dokonania potrącenia, albowiem po jego stronie nie powstałaby jakakolwiek wierzytelność wynikająca ze stosunku prawnego łączącego (...) sp. z o.o. i pozwanego.

Sąd Okręgowy zauważył również, że powód podniósł, iż opóźnienie wynika z tego, że pozwany nie ustanowił od samego początku osoby, która by pełniła funkcję inspektora nadzoru, przekazał terenu budowy w stanie niemożliwym do wykonania robót (z uwagi na warunki geologiczne) oraz przedstawił wadliwy projekt, jak również z przyczyn niezależnych od powoda w postaci złych warunków atmosferycznych. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, w wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego, nie sposób było na podstawie powołanych przez powoda okoliczności, stwierdzić, że opóźnienie było zawinione przez pozwanego.

W odniesieniu do pierwszej z przedstawionych przez powoda okoliczności, z której wynikać miałyby wina pozwanego, w powstaniu opóźnienia, czyli braku ustanowienia od początku trwania umowy inspektora nadzoru, Sąd Okręgowy uznał, iż okoliczność ta nie miała żadnego wpływu na fakt niezrealizowania przez spółkę (...) sp. z o.o. przedmiotu umowy w terminie. Zdaniem powoda brak ten uniemożliwił spółce (...) sp. z o.o. komunikację z inwestorem w zakresie istotnych elementów i oznaczał m.in. brak możliwości podjęcia decyzji dotyczących wymiany stropów. Jednakże jak wskazał Sąd Okręgowy z zeznań powołanych świadków wynikało, iż okoliczność braku inspektora nadzoru, nie mogła dla (...) sp. z o.o. stanowić przeszkody w zakresie podjęcia decyzji odnośnie stropów. Świadczenie zgodnie zeznawali, iż w trakcie realizacji umowy, pojawiły się problemy odnoszące się do tej kwestii oraz że problem ten został rozwiązany przez spółkę (...) sp. z o.o., która zaproponowała zmianę stropów na te bardziej dostępne na rynku oraz stosunkowo

tańsze. Co więcej, na żadnym etapie realizacji inwestycji wykonawca nie zgłosił pozwanemu, że w związku z wymianą stropu mogą wystąpić jakiegokolwiek opóźnienia. W ocenie Sądu Okręgowego potwierdzeniem tego, iż brak osoby inspektora nadzoru nie stanowił dla stron problemu w dojściu do porozumienia w tym zakresie, jest między innymi notatka z dnia 21 lipca 2008 roku, w której strony uzgodniły zmianę pierwotnie przyjętych stropów. Kluczowe dla oceny tej okoliczności było zdaniem Sądu meriti to, iż firma (...) sp. z o.o. o konieczności zmiany rodzaju stropu zdawała sobie sprawę już wcześniej, przed dokonaniem zakupu.

Kolejną okolicznością niemającą wpływu na zawinienie pozwanego w niedotrzymaniu terminu realizacji umowy było, zdaniem Sądu I instancji, rzekome przekazanie terenu budowy w stanie uniemożliwiającym prowadzenie robót ze względu na warunki geologiczne. Także i w tym zakresie Sąd ten oparł się na zeznaniach powołanych przez strony świadków, uznając je za spójne, jak również niewzbudzające wątpliwości. Świadkowie zeznali, iż tzw. „kurzawki” są częstym zjawiskiem na terenach budowy, a co więcej nie mogły one mieć żadnego wpływu na powstałe opóźnienie, bowiem zostały wyeliminowane na przestrzeni kilku dni, a sama czynność była możliwa do realizacji w bardzo szybkim czasie.

Nie sposób było zatem, w ocenie Sądu Okręgowego, przyznać racji powodowi, co do tego, że zjawisko „kurzawki” mogło stanowić o fakcie, że realizacja przedmiotu umowy byłaby niemożliwa, bowiem powód jako przedsiębiorca prowadzący działalność w branży budowlanej, posiadający zapewne fachową wiedzę w tym zakresie, powinien przewidywać jej wystąpienie, jak i być przygotowanym na jej wystąpienie. Także dokumentacja techniczna w tym zakresie, nie mogła w ocenie Sądu Okręgowego, stanowić istotnej przesłanki wpływającej na opóźnienie. Powołany przez powoda świadek zeznał, iż zjawisko „kurzawki” jest czymś normalnym na budowie, a wykonane badania geologiczne były wystarczające. Dodatkowo z ustaleń Sądu Okręgowego wynikało, że zjawisko to dotyczyło tylko jednego z budynków, a nie całej inwestycji, a także, że jednocześnie trwały prace na innych budynkach. Brak było tym samym możliwości jakiegokolwiek powiązania tej sytuacji z powstałym opóźnieniem, za które winę miałyby ponosić pozwany.

Również wady wynikające z projektu, zdaniem Sądu I instancji, nie stanowiły o winie pozwanego w powstałym opóźnieniu. Za powyższym przemawiał fakt, iż jak wynika z treści umowy o roboty budowlane, (...) sp. z o.o., składając podpis na umowie, była dokładnie zorientowana w dokumentacji technicznej oraz w projekcie stanowiącym jej załącznik (§ 1 ust. 7 umowy). Skoro (...) sp. z o.o. na etapie negocjacji nie podniósł żadnych zastrzeżeń co do dokumentacji technicznej oraz projektu z którym się zapoznał, to twierdzenia powoda w tym zakresie, Sąd meriti uznał za bezpodstawne, użyte wyłącznie na potrzeby niniejszej sprawy. Sąd Okręgowy takie stanowisko oparł na dowodach z zeznań świadków, z których wynika, że strony prowadziły przed zawarciem umowy rozmowy oraz, że pan P. oraz W. byli dokładnie zapoznani z projektem. Ponadto, w ocenie Sądu pierwszej instancji, wszelkie uzupełnienia projektu, dokonane w trakcie trwania umowy, były realizowane przez W. W. (2). Świadek ten zeznał, iż z uwagi na brak niektórych elementów w projekcie dokonywał przeliczeń oraz niezbędnych szkiców, które były akceptowane przez pozwanego. Zdaniem Sądu Okręgowego, w oparciu o powyższe nie sposób było uznać, że projekt nosił jakiegokolwiek wady, wszelkie braki - jakiegokolwiek by one były - były uzupełniane i strony ten stan rzeczy akceptowały.

Okolicznością niemającą wpływu na opóźnienie, w ocenie Sądu pierwszej instancji były niekorzystne warunki atmosferyczne w postaci opadów i niskich temperatur, na które powołała się strona powodowa. Argumentacja powoda w tym zakresie zdaniem Sądu nie została w żaden sposób skutecznie udowodniona. Brak jest dowodów, z których wynikałoby, że warunki te przybrały postać siły wyższej, z którą profesjonalny przedsiębiorca nie mógłby sobie poradzić. Pomijając fakt, iż opady deszczu oraz niskie temperatury są zjawiskiem zupełnie normalnym, praktycznie występującej o każdej porze roku, Sąd Okręgowy zauważył, że wykonawca przy odpowiedniej organizacji pracy, w sytuacji gdy warunki pogodowe uniemożliwiają mu wykonywanie określonych prac, mógłby skupić swoje siły na wykonywaniu pozostałych. Możliwe jest również odpowiednie zabezpieczenie miejsce budowy chociażby przed deszczem, co jest praktyką nader często stosowaną w budownictwie.

Sąd Okręgowy uznał zatem, że powód nie wykazał, aby okoliczności które przedstawił w odpowiedzi na zarzuty pozwanego, miały wpływ na powstałe opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy oraz, że po stronie (...) sp. z o.o. nie ma winy w tym, że inwestycja nie została wykonana na czas, zwłaszcza że podniesione przez powoda twierdzenia

są sprzeczne z ustalonym stanem faktycznym. W szczególności brak jest możliwości, aby na podstawie powołanych przez powoda okoliczności uznać, że opóźnienie wykonania robót jest zawinione przez pozwanego.

W konsekwencji w ocenie Sądu Okręgowego winę za powstałe opóźnienie należało przypisać (...) sp. z o.o. Sąd stwierdził, że pozwany przez cały czas trwania umowy wykazywał wolę kontynuowania umowy, bowiem liczył się z tym, że odstąpienie od umowy będzie dla niego niekorzystne, miał nadzieję że (...) sp. z o.o. nadrobi stracony czas i możliwa będzie realizacja przedmiotu umowy. Mimo tego, wykonawca nie zrealizował przedmiotu umowy ani w terminie pierwotnym (17 października 2008 roku) ani też w terminach późniejszych zaproponowanych przez pozwanego. Co więcej, (...) sp. z o.o. samowolnie opuścił plac budowy, co jest złamaniem zapisów umownych. Sąd I instancji nie widział zatem podstaw ku temu, aby kwestionować sposób, podstawę oraz wysokość naliczonej przez pozwanego kary umownej. Jak wskazał Sąd Okręgowy, w jego ocenie wierzytelność ta miała swoje źródło w zawartej przez strony (...) sp. z o.o. i pozwanego) umowie o roboty budowlane. Wątpliwości Sądu nie budziła również podstawa prawna oraz faktyczna dokonania przez pozwanego potrącenia przysługującej mu wierzytelności z wierzytelnością powstałą po stronie spółki (...) sp. z o.o.

Powyższe ustalenia, w ocenie Sądu Okręgowego, prowadziły do wniosku, iż w istocie, wierzytelność powoda wynikająca z faktury VAT nr (...) nie istnieje z uwagi na skuteczne dokonanie jej potrącenia z wierzytelnością pozwanego, a tym samym Sąd ten uznał, że na skutek rozpoznania zarzutów pozwanego należało uchylić nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym wydany w niniejszej sprawie zgodnie z regulacją wynikającą z art. 496 k.p.c. i powództwo oddalić.

O kosztach procesu Sąd pierwszej instancji orzekł na podstawie art. 98 § 1 k.p.c., zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu.

Apelację od powyższego wyroku złożył powód, zaskarżając wyrok w całości. Skarżący zarzucił powyższemu rozstrzygnięciu:

I. Naruszenie przepisów postępowania, tj.:

- 1) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez niewłaściwą ocenę materiału dowodowego polegającą na przyjęciu, że:
 - a) projekt dostarczony wykonawcy robót zawierał jedynie drobne braki, które nie stanowiły istotnej przeszkody dla wykonania przedmiotu umowy i nie miały wpływu na opóźnienie w jej realizacji,
 - b) wykonawca na żadnym etapie współpracy nie zgłaszał pozwanemu, że w wyniku zmian stropu może dojść do jakichkolwiek opóźnień,
 - c) niestabilność gruntu nie miała przełożenia na całość inwestycji,
 - d) niekorzystne warunki atmosferyczne nie miały wpływu na opóźnienie w realizacji inwestycji,
 - e) oświadczenie o potrąceniu złożone przez pozwanego jest skuteczne;
- 2) zaniechanie wszechstronnej i kompleksowej oceny zgromadzonego materiału dowodowego i ograniczenie się do wybrania dowodów uzasadniających stanowisko strony pozwanej z pominięciem dowodów przedstawionych przez powoda, co doprowadziło do przyjęcia, że po stronie pozwanego powstała wierzytelność dająca się potrącić z wierzytelnością powoda;
- 3) naruszenie art. 232 zd. 2. k.p.c. w związku z art. 278 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w sytuacji, gdy wyjaśnienie sprawy wymagało wiadomości specjalnych;
- 4) naruszenie art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. i w zw. z § 8 zd. 1 umowy o roboty budowlane poprzez przyjęcie, że powód winien wykazać winę pozwanego w wykonywaniu umowy, zamiast przyjęcia, że to pozwany winien przedstawić

dowody na zawinione przez powoda opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, jako wywodzący z tego skutki prawne;

5) naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. poprzez:

a) niewskazanie dowodów, na których Sąd oparł swoje rozstrzygnięcie,

b) brak oceny wiarygodności poszczególnych dowodów,

c) niewyjaśnienie podstawy prawnej rozstrzygnięcia;

6) naruszenie art. 479¹² § 1 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 lipca 2009 roku do dnia 5 marca 2012 roku w związku z art. 232 zd. 1 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w sytuacji, gdy dowód ten został zgłoszony w odpowiednim terminie;

7) naruszenie art. 493 § 3 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie.

II. Naruszenie prawa materialnego, tj.:

1) naruszenie art. 498 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwanemu przysługiwała wzajemna wierzytelność wobec powoda podlegająca potrąceniu i że złożył on w tym celu skuteczne oświadczenie woli;

2) naruszenie art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 65 k.c. i w związku z § 8 ust. 1¹ i ust. 3. umowy o roboty budowlane poprzez przyjęcie, że treść umowy o roboty budowlane jednoznacznie wskazywała wysokość kary umownej;

3) naruszenie art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 65 k.c. i w związku z § 8 umowy o roboty budowlane poprzez przyjęcie, że pozwanemu przysługuje uprawnienie do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego poprzez zapłatę kary umownej w sytuacji, gdy takie zastrzeżenie nie znajduje się w treści umowy,

4) naruszenie art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 65 k.c. i w związku z § 8 ust. 3 umowy o roboty budowlane poprzez przyjęcie, że pozwany może żądać kary umownej, pomimo niewykazania przez niego winy w postępowaniu wykonawcy uprawniającej go do odstąpienia od umowy;

5) naruszenie art. 483 § 1 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwanemu przysługuje uprawnienie kumulatywne dochodzenia kary umownej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania (zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy) i niewykonania zobowiązania (odstąpienia od umowy) w sytuacji ich wzajemnego wykluczania się;

6) niezastosowanie art. 484 § 2 k.c. w sytuacji gdy:

a) kara umowna była wygórowana w kontekście robót, które wykonał wykonawca oraz w kontekście ogólnej wartości przedmiotu umowy,

b) pozwany przyczynił się do uchybienia terminowi zobowiązania (w zw. z art. 362 k.c.);

7) naruszenie art. 476 k.c. w zw. z § 2 ust. 9 umowy o roboty budowlane w zw. art 353¹ k.c. poprzez uznanie, że wykonawca robót popadł w zwłokę w sytuacji, gdy pozwany nie uiścił wcześniej na jego rzecz wymagalnych wierzytelności,

8) naruszenie art 491 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwanemu przysługiwała kara umowna, której podstawę obliczenia stanowiła cała wartość przedmiotu umowy w sytuacji, gdy pozwany odstąpił od umowy co do części robót nieodebranych (ex nunc);

9) naruszenie art. 491 k.c. poprzez jego niewłaściwie zastosowanie i przyjęcie, że strona pozwana wyznaczyła wykonawcy będącemu w zwłoce odpowiedni termin na wykonanie zobowiązania, którego upływ uprawniałby ją do odstąpienia od umowy;

10) naruszenie art. 636 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że pozwany w związku ze zwłoką wykonawcy robót, skutecznie wyznaczył dodatkowy termin na ich wykonanie (pismo z dnia 20 października 2008 roku), w sytuacji gdy przepisy te nie mają zastosowania do terminowości wykonania zobowiązania z umowy o roboty budowlane.

Podnosząc powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę wyroku w całości i zasądzenie na rzecz powoda kwoty 108 992,79 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 18 grudnia 2008 roku do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Względnie skarżący wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonym zakresie i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania wraz z orzeczeniem przez ten sąd o kosztach instancji odwoławczej.

Ponadto skarżący wniósł o przeprowadzenie przez Sąd Apelacyjny dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, na okoliczność procentowego określenia zakresu umowy, jaki wykonała spółka (...) sp. z o.o., wystąpienia oraz wymiaru zwłoki (zawinione opóźnienie) przy wykonaniu umowy przez wykonawcę, przyczynienia się pozwanego (procentowego i w wymiarze czasowym liczonym w dniach) do powstania zwłoki.

Na zasadzie art. 380 k.p.c. powód zaskarżył postanowienie Sądu Okręgowego o oddaleniu wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, wnosząc o jego zmianę, poprzez dopuszczenie tego wniosku przez Sąd Apelacyjny w zakresie wskazanym na rozprawie w dniu 5 września 2013 roku.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny uznaje za prawidłowe ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy i ustalenia te przyjmuje za własne.

Na wstępie należy wskazać, że Sąd Apelacyjny nie znalazł ostatecznie podstaw do uwzględnienia wniosku skarżącego o dopuszczenie w toku postępowania odwoławczego dowodu z opinii biegłego, bowiem uwzględnienie tego wniosku byłoby sprzeczne z treścią art. 495 § 3 k.p.c. oraz z art. 381 k.p.c., zgodnie z którym Sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później, który w niniejszej sprawie, wbrew jego dosłownemu brzemieniu, stanowił dla Sądu Apelacyjnego normę obligatoryjną a nie fakultatywną.

Podkreślić też należy, że przepis art. 495 § 3 k.p.c. nie różnicuje zarzutów, które poddane są jego rygorom (analogicznie jak w sprawach gospodarczych art. 479¹² § 1 i 479¹⁴ § 2 k.p.c.), co oznacza, że strona traci uprawnienie (skutek prekluzyjny) do powoływania wszelkich zarzutów, niezależnie od tego, czy mają one procesowy czy też materialnoprawny charakter. Jego zastosowanie nie jest również uzależnione od tego, czy strona występuje w procesie samodzielnie, czy też jest w nim reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika. Wygaśnięcie prawa do powoływania twierdzeń, zarzutów i dowodów o cechach nowości rozciąga się na całe postępowanie w sprawie, aż do jej prawomocnego zakończenia, co oznacza, iż strona nie może z nich skorzystać także na etapie postępowania odwoławczego. W tym też znaczeniu przepis art. 381 k.p.c. doznaje modyfikacji przejawiającej się w obligatoryjnym (a nie fakultatywnym) pominięciu nowych faktów i dowodów (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 19 czerwca 2008 r., I ACa 544/07, LEX nr 468597).

Natomiast przepis art. 495 § 3 k.p.c. stanowił, że okoliczności faktyczne, zarzuty i wnioski dowodowe niezgłoszone w pozwie mogą być rozpoznawane jedynie wtedy, gdy strona (powód) wykaże, że nie mógł z nich skorzystać wcześniej lub gdy potrzeba ich powołania wynika później. Przepis ten dawał wprawdzie możliwość powodowi powołania nowych faktów i dowodów w terminie tygodnia od doręczenia mu pisma pozwanego zawierającego zarzuty (i tak uczynił pełnomocnik powoda), jednakże ugruntowane jest orzecznictwo, że art. 495 § 3 k.p.c. dopuszcza rozszerzenie zakresu badań o nowe twierdzenia i dowody w terminie 7 dni tylko wtedy, gdy zostanie wykazane, że nie można było tego materiału przedstawić wcześniej lub, że potrzeba przedstawienia jego sądowi powstała później (por. wyrok SN z 21.04.2010r, sygn. akt V CSK 347/09, LEX nr 1360345). Przenosząc te rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Sąd Apelacyjny uznał, że powód tego rodzaju okoliczności nie wykazał. Dowody z dokumentów załączone do zarzutów od nakazu zapłaty, które nie były przez stronę powodową kwestionowane, jednoznacznie dowodzą tego, że powód miał przed wniesieniem niniejszego pozwu wiedzę i świadomość tego, że pozwana kwestionowała przed wniesieniem pozwu istnienie dochodzonej przez niego wierzytelności na skutek dokonanego potrącenia. W związku z tym powód już w pozwie winien był powołać twierdzenia i dowody oraz wnioski dowodowe na okoliczność tego, że niewykonanie robót w umówionym terminie przez (...) nastąpiło na skutek okoliczności, za które w całości lub w części ten wykonawca nie ponosił odpowiedzialności. Tymczasem powód w pozwie te okoliczności przemilczał i wniosków w tym zakresie w pozwie nie złożył, co pozwoliło mu na uzyskanie nakazu zapłaty, jednakże powód utracił zdaniem Sądu Apelacyjnego możliwość powołania nowych twierdzeń i dowodów w terminie 7 dni od doręczenia mu odpisu zarzutów. Stąd powołanie tego rodzaju dowodów w piśmie datowanym na 4.03.2010 r. (wniesionym 5.03.2010r. k. 85), choć wniesionym w 7 dniowym terminie od doręczenia odpisu zarzutów, co miało miejsce 26.02.2010 r. (k. 83 zpo), było w świetle treści art. 495 § 3 k.p.c. spóźnione i dowody te oraz twierdzenia powinny zostać pominięte. Z tego też względu ocena decyzji Sądu Okręgowego co do oddalenia wniosku dowodowego w postaci dowodu z opinii biegłego sądowego zgłoszonego na rozprawie jako nowego dowodu, z uwagi na przyjęcie przez Sąd I instancji, że pełnomocnik powoda cofnął wniosek dowodowy zawarty w piśmie z 4.03.2010 r. jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, choć należy zgodzić się ze skarżącym, że w świetle przebiegu rozprawy odtworzonego z płyty CD nie można podzielić poglądu Sądu Okręgowego, że pełnomocnik cofnął wniosek dowodowy i złożył zupełnie nowy wniosek, a jedynie, że zmodyfikował swój pierwotny wniosek dowodowy.

Mając więc na względzie, że potrzeba powołania się przez powoda na dowód z opinii biegłego istniała już w dacie wniesienia pozwu, Sąd Apelacyjny ostatecznie uchylił na rozprawie w 20 kwietnia 2016 r. postanowienia dowodowe z dnia 16.09.2015 r. i z 17.02.2016 r., do czego był uprawniony z mocy art. 240 § 1 k.p.c. i jednocześnie uznał, że oddalenie przez Sąd Okręgowy na rozprawie w dniu 5 września 2013 roku wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego odpowiadało prawu.

Nie mógł też odnieść skutku zarzut obrazy art. 479¹² § 1. k.p.c. w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 lipca 2009 roku do dnia 3 maja 2012 roku., gdyż nie miał on w ogóle w sprawie zastosowania, tylko miał zastosowanie przepis art. 495 pa. 3 k.p.c. skro powodu wystąpił z pozwem w postępowaniu nakazowym.

Na marginesie powyższych rozważań Sąd Apelacyjny wskazuje, że nietrafne są twierdzenia powoda co do tego, że obowiązek wykazania okoliczności, które mają zostać wykazane już w samym wniosku dowodowym dotyczy jedynie zeznań świadka oraz że obowiązkiem powoda było jedynie wskazanie dziedziny z której biegłego należało powołać. W myśl art. 227 k.p.c. przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie, zaś zgodnie z art. 126 § 1 pkt 3 k.p.c. w każdym piśmie procesowym wskazać należy m.in. dowody na poparcie przytoczonych okoliczności a co za tym idzie wniosku dowodowego nie można ograniczać jedynie do wskazania dziedziny biegłego lecz wskazać należy, na jakie okoliczności dany biegły winien się wypowiedzieć oraz jakie okoliczności strona za pomocą tego dowodu chce wykazać. Trzeba tu zatem podkreślić, że dowód z opinii biegłego zgłoszony w replice na zarzuty od nakazu zapłaty, został powołany jedynie na okoliczność tego, czy projekt budowlany spełniał wymogi prawne i formalne do prowadzenia na jego podstawie robót budowlanych w zakresie wskazanym w umowie. Natomiast na rozprawie w dniu 5 września 2013 został on istotnie zmodyfikowany i był on wnioskiem na okoliczność tego, jaki zakres umowy wykonała spółka (...) w ujęciu procentowym, czy nastąpiła zwłoka przy wykonaniu umowy tj. zawinione opóźnienie, w jakim wymiarze ta zwłoka nastąpiła, czy strona pozna przyczyniła się do powstania zwłoki i w jakim

zakresie przedmiotowym i w wymiarze czasowym liczonym w dniach nastąpiła. Tym samym można uznać, że Sąd I instancji oddalił de facto nowy, zgłoszony dopiero tego dnia wniosek dowodowy, a nie wniosek dowodowy z repliki na zarzuty od nakazu zapłaty skoro wniosek ten został przez pełnomocnika tak zmodyfikowany, że był dowodem na inne okoliczności faktyczne.

Wobec powyższego, choć nie miało miejsca formalne cofnięcie pierwotnego wniosku dowodowego, to został on tak dalece zmodyfikowany, że Sąd miał do czynienia ze zgłoszeniem nowego dowodu. Tym bardziej więc, zasadnym było oddalenie dowodu na okoliczności sformułowane dopiero na rozprawie w dniu 5 września 2013 roku, co czyniło bezzasadnym wniosek skarżącego o pozytywne rozpoznanie w trybie art. 380 k.p.c. postanowienia Sądu Okręgowego o oddaleniu jego wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego.

Wobec powyższego przechodząc do rozstrzygnięcia zgłoszonych przez powoda zarzutów, w pierwszej kolejności wskazać należy, że Sąd Apelacyjny za bezzasadne uznał zarzuty powoda odnoszące się do ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd Okręgowy oraz zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c.

W szczególności Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez niewłaściwą ocenę materiału dowodowego polegającą na przyjęciu, że: projekt dostarczony wykonawcy robót zawierał jedynie drobne braki, które nie stanowiły istotnej przeszkody dla wykonania przedmiotu umowy i nie miały wpływu na opóźnienie w jej realizacji, wykonawca na żadnym etapie współpracy nie zgłaszał pozwanemu, że w wyniku zmian stropu może dojść do jakichkolwiek opóźnień, niestabilność gruntu nie miała przełożenia na całość inwestycji, niekorzystne warunki atmosferyczne nie miały wpływu na opóźnienie w realizacji inwestycji, oświadczenie o potrąceniu złożone przez pozwanego jest skuteczne.

W ocenie Sądu Apelacyjnego dokonane przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne znajdują oparcie w wynikach przeprowadzonego postępowania dowodowego obejmującego złożone do akt dokumenty i zeznania świadków, a dokonana przez ten Sąd ocena dowodów nie przekracza granic swobodnej oceny wskazanych w art. 233 § 1 k.p.c. Zasada swobodnej oceny dowodów określona powyższym przepisem wyraża się w jej ocenie według własnego przekonania Sądu, opartego na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego. Jej istotną cechą jest bezstronność, brak arbitralności i dowolności, przestrzeganie zasad logicznego rozumowania i zasad doświadczenia życiowego w wyciąganiu wniosków. Niewątpliwie wszechstronne rozważenie zebranego materiału oznacza uwzględnienie wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu oraz wszystkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych środków dowodowych, a mających znaczenie dla ich mocy dowodowej i wiarygodności.

Ocena dokonana przez Sąd I instancji w ocenie Sądu Apelacyjnego odpowiada zasadniczo wskazanym wyżej kryteriom, wszystkie przeprowadzone dowody zostały przez Sąd Okręgowy przywołane i omówione w sposób obiektywny, rzetelny i wszechstronny.

Dokonując oceny dowodów sąd określa, czy środek dowodowy z uwagi na jego cechy indywidualne i okoliczności obiektywne zasługuje na wiarę. Podstawą selekcji dowodów jest, zatem ich wiarygodność. Natomiast kryteriami oceny wiarygodności są doświadczenie życiowe, inne źródła wiedzy, poprawność logiczna, prawdopodobieństwo wersji. W orzecznictwie wskazuje się, że ramy swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.) wyznaczone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego oraz regułami logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wając ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 1999 roku, II UKN 685/98, Lex nr 41437, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 17 września 2008 roku, I ACa 1195/06, Lex nr 516569).

Zauważyć należy, że przepis art. 233 § 1 k.p.c. nie odnosi się do sposobu przeprowadzenia postępowania dowodowego, ale do oceny jego wyników, zaś prawidłowo sformułowany zarzut winien odnosić do oceny konkretnych dowodów ze wskazaniem, na czym polega uchybienie w ocenie tego dowodu dokonanej przez Sąd I instancji i jaki wpływ to uchybienie ma na wynik postępowania. Przeprowadzona przez Sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona

wyłącznie 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, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo - skutkowych. Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie można poprzestać na stwierdzeniu, iż dokonane ustalenia są wadliwe, odnosząc się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego jest poprawny i odpowiada rzeczywistości. Niezbędne jest wykazanie przyczyn, które dyskwalifikują postępowanie sądu niższej instancji w zakresie ustaleń przez określenie, jakie kryteria oceny zostały przez sąd naruszone przy ocenie konkretnych dowodów, poprzez uznanie braku ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne przyznanie im takich walorów.

W pierwszym rzędzie wskazać należy, że powód bezzasadnie kwestionował ustalenie Sądu Okręgowego co do tego, że przedstawiony projekt budowlany zawierał jedynie drobne braki, które nie przełożyły się na powstałe opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy. Zgodnie z art. 651 k.c. jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora. Wprawdzie artykuł 651 k.c. nie może być podstawą do kreowania po stronie wykonawcy obowiązku szczegółowego merytorycznego sprawdzenia przedstawionego mu projektu w sytuacji, gdy wymaga to specjalistycznych obliczeń oraz wiedzy z zakresu projektowania, jednakże do obowiązków wykonawcy należy prawidłowe odczytanie projektu i realizacja inwestycji zgodnie z jego założeniami oraz z zasadami sztuki budowlanej. W oparciu o powyższe można skonstruować tezę, że wykonawca, jako profesjonalista, nie jest jedynie bezkrytycznym odtwórcą projektu, ale musi wykonać zadanie przy uwzględnieniu zasad wiedzy technicznej. W konsekwencji obarczającym wykonawcę błędem w sztuce budowlanej będzie zazwyczaj niedostrzeżenie wadliwości powszechnie stosowanych, czy ogólnych rozwiązań konstrukcyjnych (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 7 sierpnia 2013 roku, I ACa 311/13, LEX nr 1353617).

Podkreślić należy, że wykonawca umowy o roboty budowlane, jako podmiot profesjonalnie wykonujący prace budowlane, winien zgodnie z posiadaną wiedzą oraz doświadczeniem przeanalizować przedstawiony mu przez inwestora projekt budowlany i to nie tylko pod kątem architektonicznym, projektowym, ale także pod kątem przewidzianych materiałów, a co za tym idzie jeszcze na kilka tygodni przed rozpoczęciem prac winien zwrócić uwagę inwestora na ewentualną niedostępność czy też utrudnioną dostępność przewidzianych materiałów budowlanych, czego nie zrobił, a co za tym idzie wyciągnięcie przez Sąd Okręgowy ze zgromadzonego materiału dowodowego wniosku, że to wykonawca ponosi winę za opóźnienie powstałe z uwagi na jego zaniechanie, nie może być uznane za dokonane przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów. Jak słusznie zauważył pozwany, w trakcie postępowania przed Sądem pierwszej instancji przesłuchani świadkowie i strona pozwana w sposób spójny i logiczny zeznawali, że na budowie praktycznie nie było komplikacji leżących po stronie pozwanego, które mogłyby powodować opóźnienia. Wskazać należy, że spółka (...) sp. z o. o. zapoznała się z projektem na kilka miesięcy przed podpisaniem umowy o roboty budowlane z dnia 5 grudnia 2007 roku i nie zgłaszała do projektu żadnych uwag, jej wątpliwości pojawiły się w chwili zamawianie stropu, co jednak nie miało większego wpływu na terminowość wykonania przedmiotu umowy. Ponadto w trakcie realizacji inwestycji, wykonawca nie zgłaszał pozwanemu, że zmiany dotyczące stropu spowodują opóźnienia w budowie.

Sąd Okręgowy miał także podstawy by uznać, że skarżący bezzasadnie zarzuca istotną wadliwość dokumentacji projektowej, bowiem jak wynika z zeznań świadków w projekcie dokonano jedynie „kosmetycznych” zmian na wniosek spółki (...) sp. z o. o. tzn. zastosowano inny materiał do ułożenia stropu oraz, co najważniejsze, powód bezzasadnie tłumaczy swoje opóźnienie problemami z zakupem stropów bowiem w chwili, gdy pojawiła się kwestia stropu wykonawca był już opóźniony, zatem powyższe nie było przyczyną uchybienia terminowi określone w umowie. Zauważyć także należy, że projekt był zatwierdzony przez właściwy organ i na jego podstawie zostało wydane prawomocne pozwolenie na budowę, co więcej po opuszczeniu placu budowy przez wykonawcę, Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego dokonał kontroli dokumentacji budowlanej oraz inwestycji i nie stwierdził żadnych błędów projektowych. Podkreślić przy tym należy, że zawierając przedmiotową umowę, wykonawca posiadał już doświadczenie w prowadzonej przez siebie działalności, a co za tym idzie winien realnie ocenić ile czasu (przy

uwzględnieniu normalnych przeszkód w procesie budowlanym) zajmie mu wykonanie przedmiotu umowy. Jako strona umowy miał przy tym wpływ na ustalony w niej termin wykonania robót, a co za tym idzie, przy braku szczególnych okoliczności na zaistnienie których nie miał wpływu, Sąd Okręgowy nie naruszył art. 233 par. 1 k.p.c. uznając, że z materiału dowodowego sprawy wynika, że to wykonawca ponosi winę za powstałe opóźnienie.

Oczywistym jest, że w trakcie procesu budowlanego mogą pojawić się pewne kwestie wymagające uszczegółowienia przez kierownika budowy, nie stanowią one jednak istotnej przeszkody dla wykonywania przedmiotu umowy i tak też było przedmiotowej sprawie, a w każdym razie powód tej okoliczności nie wykazał.

Trafnie wskazał Sąd Okręgowy, że powód nie wykazał, by kwestia niestabilności gruntu miała wpływ na terminowość wykonania prac. Z zeznań świadków oraz strony pozwanej wynikało, że „kurzawka” jest normalnym zjawiskiem, które ujawnia się podczas prowadzenia prac budowlanych, co więcej zjawiskiem, które szybko można usunąć, po wtóre zjawiskiem, które wystąpiło jedynie na nieznacznym terenie robót. Jak wynika z zeznań świadków usunięcie problemu zajęło kilka godzin, natomiast prace na innych budynkach były kontynuowane. Wykonawca, będący profesjonalistą powinien być przygotowany na tego typu zjawisko. Przedsiębiorca profesjonalnie zajmujący się robotami budowlanymi powinien zakładać, przystępując do negocjacji, istnienie po jego stronie pewnej rezerwy czasowej na wykonanie robót dodatkowych, uzupełniających, zamiennych, które mieszczą się w granicach racjonalnie przewidywanego ryzyka, zaniechanie powyższego pociąga za sobą negatywne konsekwencje dla powoda – następcy prawnego wykonawcy.

Za niezrozumiałe należy zarzuty skarżącego, co do tego, że w trakcie realizacji inwestycji występowały nadzwyczajne warunki atmosferyczne, które stanowiły utrudnienie w wykonywaniu robót budowlanych. Podkreślić należy, że z samej umowy wynika, że jej zakończenie miało nastąpić w październiku, czyli że już w dacie jej zawierania umowy wykonawca przewidywał, że prace wykonywane będą także w miesiącach jesiennych, a co za tym idzie, nie może powoływać się na niemożność prowadzenia prac z uwagi na bardzo niskie temperatury, opady śniegu, czy też deszczu, bowiem są to normalne zjawiska atmosferyczne występujące w naszym klimacie w miesiącach jesienno-zimowych. Podkreślić w tym miejscu należy, że powód wbrew spoczywającej na nim regule rozkładu ciężaru dowodu (art. 6 k.c.) nie udowodnił, wystąpienia w/w zjawisk w rozmiarze siły wyższej, bowiem nie przedstawił w tym zakresie stosownych dowodów (art. 232 zd. 1 k.p.c. a contrario), zwłaszcza że w załączonych do sprawy kopiach dzienników budowy brak jest wpisów o warunkach atmosferycznych utrudniających prace na zewnątrz, brak też innych dokumentów, z których wynikałaby powyższa okoliczność (np. konkretne dni, w których wystąpiły tak niskie temperatury, które uniemożliwiłyby prowadzenie określonych robót). Podkreślić przy tym należy, że nawet niskie temperatury nie zawsze mają wpływ na terminowość wykonywania robót budowlanych, bowiem z uwagi na dostępne na rynku materiały, m.in. umożliwiające murowanie przy temperaturze minusowej, powszechnym jest prowadzenie robót budowlanych nawet na szeroką skalę, nie tylko w miesiącach jesiennych ale także zimowych.

Bezzasadnie powód podnosił zarzut opóźnienia pozwanego w ustanowieniu nadzoru inwestorskiego, bowiem pozwany nie miał obowiązku ustanowienia inspektora nadzoru inwestorskiego, gdyż obowiązku takiego nie zakładają na niego przepis prawa ani umowa. Zgodnie z art. 18 ust. 2 ustawy prawo budowlane decyzję o potrzebie ustanowienia inspektora nadzoru inwestorskiego podejmuje inwestor lub organ wydający pozwolenie na budowę. Powód nie wykazał zatem podstaw do obligatoryjnego ustanowienia inspektora nadzoru.

Stawiając zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. powód miał na celu podważenie prawidłowości ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd I instancji. Skarżący formułując zarzut z art. 233 § 1 k.p.c. ograniczył się jedynie do wskazania które ustalenia są w jego ocenie wadliwe, wskazując jakie jego zdaniem ustalenia winien poczynić Sąd Okręgowy. Tymczasem skuteczne postawienie zarzutu błędnych ustaleń faktycznych nie może polegać na przedstawieniu własnej wersji wydarzeń, a wymaga wykazania, że z jakich uchybień Sądu błąd ten wynika – czy sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego dokonując oceny dowodów (zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c.), czy też Sąd pominął dowody przedstawione dla wykazania tych okoliczności, co także wymaga postawienia konkretnych zarzutów procesowych. Nie jest zaś wystarczające przekonanie strony, o innym - aniżeli przyjął sąd – przebiegu zdarzeń składających się na stan faktyczny sprawy.

Powód bezzasadnie podnosił zarzut naruszenia art. 232 zd. 2 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. poprzez nieprzeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w sytuacji, gdy wyjaśnienie sprawy wymagało wiadomości specjalnych, przy czym nie wskazywał jednoznacznie wpływu tego uchybienia na wynik sprawy.

Wskazać należy, że zakres postępowania dowodowego zależy w pierwszej kolejności od stron procesu cywilnego. Wprawdzie Sąd może dopuścić dowód niewskazany przez stronę (art. 232 zd. 2 k.p.c.), jednakże zaniechanie przeprowadzenia dowodu z urzędu z reguły nie może być podstawą zarzutu. W pierwszej kolejności to strony oceniają, jakie dowody są w sprawie konieczne (pozew, odpowiedź na pozew). Nieuprawniona jest więc teza, że to sąd ma wyprzedzać stanowiska stron i z urzędu prowadzić postępowanie dowodowe. Stałoby to w sprzeczności z zasadą kontrydiktoryjności procesu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2015 roku, II PK 114/14, LEX nr 1678071).

Co więcej art. 232 zd. 2 k.p.c. dopuszcza działanie sądu z urzędu, lecz jedynie w wyjątkowych wypadkach, np. gdy strona jest nieporadna. Taka sytuacja nie zachodzi, gdy strona jest reprezentowana przez zawodowego pełnomocnika procesowego, który aktywnie działał w procesie, formułując twierdzenia i składając wnioski dowodowe (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2015 roku, I ACa 1068/14, LEX nr 1649325), co miało miejsce w niniejszej sprawie. Wobec powyższego nie mógł zostać uznany za osobę nieporadną, wymagającą inicjatywy dowodowej ze strony Sądu, bowiem to on sam winien wskazać dowody (art. 232 zd. 1 k.p.c.) na poparcie swoich twierdzeń (art. 6 k.c.).

Bezzasadnie skarżący wywodził przy tym, że nadrzędnym celem Sądu powinno być wydanie prawidłowego pod każdym względem rozstrzygnięcia, w oparciu o pełne ustalenie stanu faktycznego, bowiem powyższe przeczy obowiązującej w polskiej procedurze cywilnej zasadzie prawdy formalnej oraz zasadzie kontrydiktoryjności, a co za tym idzie jako niedopuszczalne nie zasługiwało na uwzględnienie. To strony są gospodarzami procesu i to na nich spoczywa ciężar wykazania swoich racji, czego wyniki ocenia bezstronny arbiter – sąd, który nie może działać na korzyść żadnej ze stron, tj. nie może za nią przejawiać inicjatywy dowodowej.

W dalszej kolejności powód zarzucał naruszenie art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. i w zw. z § 8 zd. 1 umowy o roboty budowlane poprzez przyjęcie, że powód winien wykazać winę pozwanego w wykonywaniu umowy, zamiast przyjęcia, że to pozwany winien przedstawić dowody na zawinione przez powoda opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy jako wywodzący z tego skutki prawne, co nie było trafne.

Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 czerwca 2004 roku (sygn. III CK 103/2003, LexPolonica nr 2423407) odpowiedzialność z tytułu kar umownych jest odpowiedzialnością z tytułu niewykonania zobowiązania. Przepis art. 484 k.c. nie zawiera uregulowań odnoszących się do kwestii winy dłużnika, ale nie oznacza to, że nie mają tu zastosowania ogólne reguły odpowiedzialności określone w art. 471 k.c. Konstrukcja tego przepisu wskazuje zaś, że na dłużniku ciąży domniemanie winy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, co oznacza, że od odpowiedzialności może zatem zwolnić się jeśli wykaże, że nastąpiło to z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponosi. Swoboda umów (art. 353¹ k.c.) nie sięga tak daleko, że dopuszcza zmianę zasady odpowiedzialności określonej w art. 483 k.c., art. 384 k.c. i art. 471 k.c. Swobodę stron w zakresie umownego ułożenia stosunku prawnego w zakresie kary umownej określa art. 484 § 2 k.c. (wysokość odszkodowania) i nie dotyczy to kwestii domniemania winy.

Wobec powyższego, wbrew stanowisku skarżącego uznać należało, że do odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kary umownej zastosowanie mają ogólne reguły odpowiedzialności określone w art. 471 k.c., a co za tym idzie to pozwanego jako wierzyciela obciąża obowiązek wykazania istnienia stosunku zobowiązaniowego oraz jego treści, faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę. Pozwany jako wierzyciel nie musi natomiast udowadniać, że wykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik (wykonawca) ponosi odpowiedzialność (a więc przede wszystkim winy dłużnika). W art. 471 k.c. zawarte jest bowiem domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Tym samym na dłużnika przerzucony został obowiązek wykazania, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z reguły oznacza to konieczność wykazania, że taka sytuacja wystąpiła, jako

skutek zdarzeń niezawinionych przez dłużnika. Ogólne reguły rozkładu ciężaru dowodu przy odpowiedzialności kontraktowej mają zastosowanie także w wypadku zastrzeżenia kary umownej, z tym tylko, że wierzyciel, dla którego zastrzeżona została kara umowna nie ma obowiązku wykazywać faktu poniesienia szkody.

Tym samym to na powodzie jako podmiotowi, który nabył wierzytelność od wykonawcy ciążył obowiązek wykazania, że opóźnienie nie było w całości lub choćby w części zawinione przez wykonawcę, czemu powód nie sprostał, bezzasadnie próbując przerzucić rozkład ciężaru dowodu na pozwanego, który z uwagi na reguły z art. 471 k.c. nie musiał udowadniać winy poprzednika prawnego powoda w zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy, bowiem na jego korzyść działało domniemanie, którego powód nie zdołał obalić.

Powyższe czyni bezzasadnym zarzut powoda co do naruszenia prawa materialnego, tj. art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 65. k.c. i w związku z § 8 ust. 3 umowy o roboty budowlane poprzez przyjęcie, że pozwany może żądać kary umownej, pomimo niewykazania przez niego winy w postępowaniu wykonawcy uprawniającej go do odstąpienia od umowy, bowiem jak wskazano powyżej to nie pozwany musiał wykazywać winę, bowiem na jego korzyść działało domniemanie, które to powód obowiązany był obalić, czemu nie sprostał.

Podniesiony przez powoda zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. poprzez: niewskazanie dowodów, na których Sąd oparł swoje rozstrzygnięcie, brak oceny wiarygodności poszczególnych dowodów oraz niewyjaśnienie podstawy prawnej rozstrzygnięcia, także nie zasługiwał na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że z natury rzeczy sposób sporządzenia uzasadnienia orzeczenia nie ma wpływu na wynik sprawy, ponieważ uzasadnienie wyraża jedynie motywy wcześniej podjętego rozstrzygnięcia. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że sporządzenie uzasadnienia w sposób nie w pełni odpowiadający stawianym mu wymaganiom może stanowić usprawiedliwioną podstawę zaskarżenia jedynie wtedy, gdy przedstawione w nim motywy nie pozwalają na przeprowadzenie kontroli zaskarżonego orzeczenia z uwagi na brak wszystkich koniecznych elementów lub inne kardynalne braki. Chodzi o sytuację, gdy treść uzasadnienia orzeczenia uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wyводу, który doprowadził do wydania wyroku. Tylko, bowiem w takim przypadku uchybienie art. 328 § 2 k.p.c. może być uznane za mogące mieć wpływ na wynik sprawy (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 roku, II CKN 1368/00, niepubl.; wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 20 lutego 2003 roku, I CKN 65/01, niepubl.; z dnia 18 marca 2003 roku, IV CKN 1862/00, niepubl.; z dnia 17 marca 2006 roku, I CSK 63/05, niepubl.; z dnia 4 stycznia 2007 roku, V CSK 364/06, niepubl.; z dnia 20 lutego 2008 roku, II CSK 449/07, poz. LEX 442515).

W analizowanym przypadku sytuacja taka nie ma miejsca, bowiem z uzasadnienia zaskarżonego wyroku jednoznacznie wynika, jak przebiegał proces decyzyjny Sądu pierwszej instancji oraz co zadecydowało o treści zaskarżonego orzeczenia.

Zarzucanie przez powoda niewskazanie dowodów, na których Sąd I instancji oparł swoje rozstrzygnięcie, po analizie tej części uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia, w której Sąd Okręgowy poczynił ustalenia faktyczne, prowadzi do uznania go za wręcz oczywiście bezzasadny. Konstruując stan faktyczny w sprawie, Sąd Okręgowy po każdej ustalonej przez siebie okoliczności wskazywał w nawiasie dowód na podstawie, którego ustalił dany fakt, a co za tym idzie nie zrobił nic innego jak tylko wskazał dowody, na których się oparł. Wywody skarżącego świadczą więc jedynie o niezapoznaniu się przez niego z treścią uzasadnienia skarżonego orzeczenia. Skarżący zauważył, jedynie że na stronie 10 uzasadnienia, Sąd zbiorczo podsumował analizowany przez siebie materiał dowodowy, z tytułu czego nie można czynić Sądowi zarzutu bowiem wcześniej konkretne dowody zostały przywołane. Skarżący zdaje się nie do końca rozumieć pojęcie wiarygodności dowodu, skoro wiarygodność zeznań świadków nakazuje Sądowi oceniać z uwagi na poziom wiedzy, wiadomości specjalne, wykształcenie albowiem w/w okoliczności są irrelewantne z uwagi na prawdziwość zeznań świadka i mogą mieć znaczenie jedynie przy ocenie waloru mocy dowodowej tych zeznań, czego skarżący nie kwestionował, mimo że sam uznał, że Sąd oparł się jedynie na zeznaniach świadków G. C. i D. W..

Z tożsamyh przyczyn Sąd Apelacyjny uznał za chybiony zarzut niewyjaśnienia podstawy prawnej rozstrzygnięcia, skoro uzasadnienie wyroku z dnia 7 listopada 2013 roku zawiera część rozważań prawnych, w ramach której Sąd

Okręgowy wskazywał przepisy prawa, na których oparł wydane przez siebie rozstrzygnięcie. Sąd zasadnie zaniechał rozważania i wskazywania podstaw prawnych co do okoliczności, które nie były między stronami sporne, ograniczając się jedynie do przedmiotu sporu, który sprowadzał się do kwestii skuteczności potrącenia wierzytelności poprzednika prawnego powoda z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy. W tym też zakresie Sąd pierwszej instancji podał podstawę prawną wydanego rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do zarzutu braku oceny wiarygodności poszczególnych dowodów Sąd Apelacyjny wskazuje, że w myśl art. 328 § 2 k.p.c. w uzasadnieniu Sąd ma obowiązek wskazania dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, a co za tym idzie, wbrew stanowisku skarżącego, Sąd nie ma obowiązku dokonywania oceny wiarygodności każdego z przeprowadzonych dowodów. Przeciwnie, szczegółowej oceny dowodów dokonuje jedynie w odniesieniu do tych dowodów, którym odmówił wiary lub mocy dowodowej. W odniesieniu do dowodów uznanych za wiarygodne wystarczającym jest ich wskazanie w treści uzasadnienia, co jak wskazano powyżej, uczynił Sąd Okręgowy. Nieuprawnionymi są przy tym żądania skarżącego, który wymaga od tego Sądu ażeby wskazywał, dlaczego danym dowodom dał wiarę, skoro nie wymagają tego przepisy obowiązującego prawa. Skoro sąd czyni na podstawie określonych dowodów ustalenia, to w oczywisty sposób uznał je za wiarygodne, co nie wymaga bardziej szczegółowego uzasadnienia i przedstawiania argumentacji. Wymóg przedstawienia przekonywującej oceny dowodów odnosi się jedynie do dowodów zdyskwalifikowanych przez sąd (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 stycznia 2013 roku, I ACa 824/12, LEX nr 1271832).

Za częściowo słuszny, jednakże niemający wpływu na zasadność środka zaskarżenia, Sąd Apelacyjny uznał zarzut zaniechania poprzez niewydanie postanowienia formalnie dopuszczającego jakiegokolwiek dowody, przy czym skarżący bezzasadnie podnosił, że „w toku postępowania Sąd Okręgowy nie wydał żadnego postanowienia formalnie dopuszczającego jakiegokolwiek dowód” skoro na rozprawach Sąd dopuszczał dowody z zeznań świadków oraz z przesłuchania stron, ograniczając go do przesłuchania pozwanego, które to następnie przeprowadzał, na co powód powoływał się w treści apelacji. Odnosząc się do dowodów z dokumentów uznać należy, że Sąd Okręgowy wprawdzie nie wydał postanowienia o dopuszczeniu dowodów ze znajdujących się w aktach sprawy dokumentów, jednakże uchybienie to nie miało żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. W toku sprawy każda ze stron składała dokumenty, które zostały wszyte do akt a tym samym fizycznie dołączone do materiału dowodowego. Strony znają każdy z tych dokumentów, co do każdego z nich w toku sprawy mogły i nierzadko odnosiły się, a co za tym idzie uznawały je za środki dowodowe będące podstawą rozstrzygnięcia. Wobec powyższego w niniejszej sprawie nie może być mowy o naruszeniu przez Sąd Okręgowy zasady bezpośredniości, zwłaszcza że jak wskazano powyżej z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, które z dowodów dokumentarnych znajdujący się w aktach niniejszej sprawy zostały przez ten Sąd zaliczone w poczet materiału dowodowego.

Powyższy stanowisko jest zgodne z najnowszym orzecnictwem Sądu Najwyższego, zdaniem, którego przeprowadzenie dowodu bez wydania postanowienia przewidzianego w art. 236 k.p.c. nie jest z reguły uchybieniem mogącym mieć wpływ na wynik sprawy, jeżeli można przyjąć w sposób dostatecznie pewny, że zebrany i rozpatrzony materiał dowodowy będący podstawą orzekania podlegał regułom kontrydiktoryjności procesu. Musi być tu spełniony wymóg, żeby poszczególne dowody przedstawiane przez jedną stronę mogły być poznane przez stronę drugą, a w wypadku przeprowadzenia dowodu z urzędu - przez obie strony (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 2014 roku, III CSK 92/14, LEX nr 1622319).

Wobec powyższego za bezzasadny uznać należało także zarzut dotyczący zaniechania wszechstronnej i kompleksowej oceny zgromadzonego materiału dowodowego i ograniczenie się do wybrania dowodów uzasadniających stanowisko strony pozwanej z pominięciem dowodów przedstawionych przez powoda, co doprowadziło do przyjęcia, że po stronie pozwanego powstała wierzytelność dająca się potrącić z wierzytelnością powoda.

Także zarzut naruszenia art. 493 § 3 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie, zdaniem Sądu Apelacyjnego okazał się chybiony. Wprawdzie w art. 493 § 3 k.p.c. wskazano, że wraz z wniesieniem zarzutów od nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym do potrącenia mogą być przedstawione tylko wierzytelności udowodnione dokumentami, o których mowa w art. 485 k.p.c., tj. dokumentem urzędowym, zaakceptowanym przez dłużnika rachunkiem,

wezwaniem dłużnika do zapłaty i pisemnym oświadczeniem dłużnika o uznaniu długu, zaakceptowanym przez dłużnika żądaniem zapłaty, zwróconym przez bank i niezapłaconym z powodu braku środków na rachunku bankowym, wekslem, czekiem, warrantem, rewersem, umową, dowodem spełnienia wzajemnego świadczenia niepieniężnego, dowodem doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku albo wyciągiem z ksiąg bankowych, jednakże o zastosowaniu w/w przepisu w przedmiotowej sprawie decyduje jego wykładnia.

Oświadczenie woli o potrąceniu, będąc czynnością prawną przedsięwziętą przez wierzyciela wzajemnego (dłużnika wzajemnego) w celu umorzenia wzajemnych wierzytelności, polega na przedstawieniu do potrącenia swojej wierzytelności, co oznacza że przepis art. 493 § 3 k.p.c. jest przede wszystkim przepisem materialnoprawnym, w którym należy dostrzegać negatywną przesłankę dopuszczalności potrącenia (art. 505 pkt 4 k.c.). Użycie w w/w przepisie zwrotu „do potrącenia mogą być przedstawione tylko wierzytelności” oznacza, że ustawodawcy chodziło o niedopuszczalność dokonywania potrącenia wierzytelności objętej pozwem nakazowym a co za tym idzie, że tylko dokonywanie potrącenia w toku postępowania nakazowego zostało ograniczone szczególnymi wymaganiami dowodowymi. Jeżeli bowiem mowa jest o wierzytelności przedstawianej do potrącenia, to wierzytelność ta musi istnieć, reasumując ograniczenie z art. 493 § 3 k.p.c. nie dotyczy wierzytelności umorzonej w wyniku uprzedniego potrącenia, na co uwagę zwrócił Sąd Najwyższy, uznając że przewidziane w art. 493 § 3 k.p.c. wymaganie udowodnienia wierzytelności przedstawionej do potrącenia dokumentami wskazanymi w art. 485 k.p.c. nie dotyczy sytuacji, w której do potrącenia doszło przed doręczeniem pozwanemu nakazu zapłaty i pozwu (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2005 roku, 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), tak jak to miało miejsce w niniejszej sprawie.

Nakaz zapłaty doręczono pozwanemu w dniu 20 stycznia 2010 roku, zaś już w dniu 1 lutego 2009 roku pozwany złożył poprzednikowi prawnemu powoda oświadczenie o potrąceniu w oparciu o wystawioną notę księgową (...) obciążającą (...) sp. z o.o. na kwotę 225 527,17 zł z tytułu naliczonych odsetek karnych według umowy o roboty budowlane z dnia 5 grudnia 2007 roku, o czym pozwany w dniu 4 czerwca 2009 roku poinformował powoda. Wobec powyższego na skuteczność, dokonanego przed zawiśnięciem sporu potrącenia, nie ma wpływu norma z art. 493 § 3 k.p.c. a co za tym idzie orzekając o roszczeniu pozwu, Sąd Okręgowy zasadnie nie zastosował w/w normy. W niniejszej sprawie nie był przeszkodą ku temu, ażeby pozwany powołał się na dokonane wcześniej potrącenie - będące podniesieniem jedynie procesowego zarzutu potrącenia, któremu nie towarzyszy jednocześnie dokonanie potrącenia w rozumieniu art. 498 k.c. - czyli powołanie się na fakt wzajemnego umorzenia wierzytelności wskutek potrącenia, potraktować należało nie jako zarzut potrącenia, ale jako zarzut nieistnienia, umorzenia lub wygaśnięcia wierzytelności powoda.

Poza wskazanymi powyżej zarzutami naruszenia prawa procesowego powód podniósł także, zarzuty naruszenia prawa materialnego w szczególności naruszenie art. 498 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwanemu przysługiwała wzajemna wierzytelność wobec powoda podlegająca potrąceniu i że złożył on w tym celu skuteczne oświadczenie woli. Z treści w/w zarzutu a także jego uzasadnienia wynika, że powód miał na myśli nie naruszenie prawa materialnego, lecz procesowego a w szczególności błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, że pozwanemu względem wykonawcy przysługiwała wzajemna, nadająca się do potrącenia wierzytelność wynikająca z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, czego bezzasadność została już omówiona powyżej. W tym miejscu zaznaczyć jedynie należy, że zarzut jakoby spółka (...) sp. z o. o. nie ponosiła winy za opóźnienia jest nieudowodniony, zwłaszcza w świetle zeznań świadków i zgromadzonej w sprawie dokumentacji.

Za nieuprawniony Sąd Apelacyjny uznał zarzut naruszenia art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 65. k.c. i w zw. z § 8 ust. 1 tiret pierwszy i ust. 3 umowy o roboty budowlane poprzez przyjęcie, że treść umowy o roboty budowlane jednoznacznie wskazywała wysokość kary umownej. Wbrew stanowisku skarżącego uznać należy, że wartość przedmiotu umowy została dokładnie określona w § 3 umowy z dnia 5 grudnia 2007 roku.

Podkreślić należy, że wysokość kar umownych była przedmiotem negocjacji między stronami umowy o roboty budowlane a wykonawcą (...) sp. z o.o. nigdy wysokości kar umownych skutecznie nie zakwestionowała. Zgodnie z § 8 ust. 1 tiret pierwszy umowy wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,2% wartości umownej z tytułu nieterminowego zakończenia realizacji przedmiotu umowy liczoną za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu

umownego. Określenie kary umownej poprzez procent „wartości umowy” z uwagi na jego niedookreślenie, np. poprzez odwołanie się do konkretnej kwoty czy też części robót, stanowiło odwołanie do ogólnej wysokości wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 3 ust. 1 umowy, tj. do kwoty 3 780 000 zł. Bezzasadnie na obecnym etapie, tj. po zawarciu umowy powód stara się zmienić jej treść poprzez nadanie jej postanowieniom treści odmiennych od ich brzmienia. Jeszcze raz podkreślić należy, że do ograniczenia kary umownej poprzez naliczenie jej jedynie od wartości robót niewykonanych koniecznym byłoby wpisanie takowego postanowienia do treści umowy, czego jej strony nie uczyniły, a tym samym bez względu na postępek prac wysokość kary umownej uzależniono od całości wynagrodzenia, a tym samym bez względu na czas powstania zwłoki zamawiający otrzymałby karę umowną obliczoną od takiej samej stawki dziennej, co było zgodne z jego interesami. Gdyby bowiem wysokość kary umownej uzależnić od wartości niewykonanych jeszcze robót oznaczałoby to, że pod koniec prac zwłoka nie była by dla wykonawcy praktycznie żadną dolegliwością a co więcej utrudnionym było by jej obliczanie bowiem wraz z postępek prac należałoby zmieniać dzienną stawkę kary umownej, co byłoby niezwykle problematyczne do obliczenia, zwłaszcza że roboty musiałyby być odbierane praktycznie każdego dnia. Okoliczność ta stanowi o braku podstaw, do ograniczenia „wartości umowy” do wartości faktycznie wykonanych prac, co słusznie stwierdził sąd I instancji. Trzeba też zaznaczyć, że strona powodowa nie wniosowała o dopuszczenie dowodów na okoliczność wykładni ww. postanowienia umowy.

Mając powyższe na względzie za nieuprawniony uznać należało także zarzut naruszenia art. 491 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwanemu przysługiwała kara umowna, której podstawę obliczenia stanowiła cała wartość przedmiotu umowy w sytuacji, gdy pozwany odstąpił od umowy, co do części robót nieodebranych, bowiem jak wskazano powyżej w żadnym miejscu w umowie nie ograniczano wysokości podstawy obliczania kary umownej poprzez uzależnianie tej wysokości od wartości niewykonanych robót. Przeciwnie zgodnie z umową kara umowna miała być liczona od całości wynagrodzenia, bowiem jak to zostało już wcześniej zaznaczone, zgodnie z § 8 ust. 1 tiret pierwszy umowy kara umowna wynosi 0,2% wartości umownej. Podkreślić jeszcze raz należy, że umowa została zawarta pomiędzy przedsiębiorcami, zgodnie z zasadami swobody umów, strony złożyły oświadczenie woli i nie ma podstaw do tego, aby przyjmować inną wartość, niż wartość przedmiotu umowy, która została określona w § 3 umowy z dnia 5 grudnia 2007 roku.

W ocenie Sądu Apelacyjnego także dwa kolejne zarzuty naruszenia prawa materialnego, tj. zarzut naruszenia art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 65. k.c. i w zw. z § 8 umowy o roboty budowlane poprzez przyjęcie, że pozwanemu przysługuje uprawnienie do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego poprzez zapłatę kary umownej w sytuacji, gdy takie zastrzeżenie nie znajduje się w treści umowy, jak również zarzut naruszenia art. 483 § 1 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwanemu przysługuje uprawnienie kumulatywne dochodzenia kary umownej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania (zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy) i niewykonania zobowiązania (odstąpienia od umowy) w sytuacji ich wzajemnego wykluczania się, nie zasługiwały na uwzględnienie. Z uwagi na ich tożsamość zarzuty te podlegały łącznemu rozpoznaniu.

Skutki zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązań z umowy wzajemnej regulują art. 491-493 k.c. Uprawniony do odstąpienia od umowy wzajemnej z uwagi na zwłokę dłużnika w wykonaniu zobowiązania wykonuje to uprawnienie przez złożenie kontrahentowi oświadczenia o odstąpieniu od umowy (art. 491 § 1 k.c.). Jest to jednostronne, skierowane do konkretnego adresata oświadczenie woli o charakterze prawoszaftującym. W następstwie jego złożenia łączący strony stosunek prawny wygasa (a wraz z nim stosunki akcesoryjne) ze skutkiem *ex tunc*. Co istotne, jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna z nich dopuszcza się zwłoki tylko, co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty niespełnionego świadczenia. Strona ta może także odstąpić od umowy w całości, jeżeli wykonanie częściowe nie miało by dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy drugiej stronie (art. 491 § 2 k.c.).

Art. 491 § 2 k.c. uzależnia zakres skutków oświadczenia o odstąpieniu od umowy od tego, czy świadczenia obu stron są podzielne. Gdyby tak było, a jedna ze stron dopuszczała się zwłoki tylko co do części świadczenia, to w takim przypadku uprawnienie drugiej strony ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty niespełnionego świadczenia. W świetle powyższej regulacji, zakres skutków powodowanych oświadczeniem o odstąpieniu od umowy

zależy przede wszystkim od właściwości przedmiotu świadczenia strony, która popadła w zwłokę z wykonaniem swojego zobowiązania i woli strony, która uczyniła użytek z uprawnienia do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

O tym, czy świadczenie niepieniężne przewidziane w umowie o roboty budowlane jest podzielne, czy niepodzielne, w rozumieniu art. 491 § 2 w zw. z art. 379 § 2 k.c., decydują przede wszystkim postanowienia umowy interpretowane zgodnie z art. 65 § 2 k.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2009 roku, III CSK 337/08, LEX nr 512064). W przedmiotowej sprawie świadczenie wykonawcy było z pewnością podzielne bowiem podmiotem umowy było wybudowanie nie jednego lecz kilku domów w zabudowie bliźniaczej, a co za tym idzie umowa o roboty budowlane zawierała w sobie de facto szereg umów o roboty budowlane, tj. tyle umów ile domów w zabudowie bliźniaczej dotyczyła. Co istotne świadczenie wykonawcy zostało podzielone w § 2 umowy poprzez określenie harmonogramu robót, a co za tym idzie uznać należy, że przedmiot świadczenia był podzielny w rozumieniu art. 491 § 2 k.c.

W niniejszej sprawie pozwany złożył oświadczenie o częściowym odstąpieniu od umowy (mimo błędnego wskazania, jako § 1 zamiast § 2 z art. 491 k.c.), bowiem w treści odstąpienia od umowy pozwany wskazał, że odstępuje od umowy w części niewykonanej.

Wobec powyższego, jeżeli oświadczenie powoda o odstąpieniu od umowy miało dotyczyć tylko części przedmiotu wzajemnych świadczeń, to powstaje kwestia oznaczenia tej części świadczenia lub całej reszty świadczenia, do której się odnosiło. Z tak oznaczonym przedmiotem świadczenia muszą być następnie odpowiednio powiązane skutki złożenia oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy określone w art. 494 k.c. Z przepisu tego wynika, że strona, która odstąpiła od umowy może żądać nie tylko tego, co świadczyła na poczet wykonania swojego zobowiązania, lecz i naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania przez drugą stronę.

Skutecznie złożone oświadczenie o odstąpieniu od umowy dotyczące tylko części przewidzianego nią podzielnego świadczenia nie może zniweczyć w całości stosunku obligacyjnego, w jakim pozostawały strony, a częściowe świadczenie spełnione na podstawie i wykonaniu umowy należy oceniać według tejże umowy. Jeśli umowa przewidywała podstawę do naliczania kar umownych w związku z różnymi zdarzeniami, które miały miejsce przed złożeniem oświadczenia o częściowym odstąpieniu od niej, a zdarzenia te mają związek ze świadczeniem częściowo spełnionym, do którego nie odnosi się oświadczenie o odstąpieniu od umowy, to brak jest podstaw do przyjęcia, że oświadczenie to zniweczyło obowiązywanie postanowień umownych mających zastosowanie do tego częściowego świadczenia spełnionego zgodnie z umową. Dotyczy to także postanowień umownych, w których strony zastrzegły kary umowne w związku z różnymi naruszeniami umowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2005 roku, V CK 105/05, nie publ. oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2014 roku, V CSK 633/13, LEX nr 1540645).

Mając powyższe na względzie nie można podzielić stanowiska skarżącego, że w związku z wystąpieniem prawnych skutków odstąpienia od umowy ex tunc, po wygaśnięciu umowy strona pozwana (wykonująca uprawnienie odstąpienia od umowy) nie mogłaby w ogóle dochodzić kar umownych przewidzianych w tej umowie na wypadek opóźnienia wykonania umowy lub w razie jej niewykonania, skoro do unicestwienia umowy doszło jedynie w części. Powstałe już roszczenie o zapłatę umownych nie traci bytu prawnego także po odstąpieniu od umowy. Mimo wykonania uprawnienia do odstąpienia od umowy przez zamawiającego ukształtowane już prawne skutki stanu niewykonania zobowiązania lub nienależytego wykonania zobowiązania mogą trwać nadal, w tym - roszczenie o naprawienie szkody wynikającej z niewykonania zobowiązania lub roszczenia o zapłatę kary umownej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2005 roku, V CK 105/05, LEX nr 395072). Stanowisko skarżącego nie może być utrzymywane w świetle przepisu art. 494 k.c., regulującego niektóre skutki prawne odstąpienia od umowy wzajemnej, wynikające ze stanu niewykonania lub nienależytego wykonania takiej umowy. Tym bardziej nie można uznać za trafne twierdzenia powoda, że brak było podstaw do żądania od niego kary umownej przewidzianej w umowie z dnia 5 grudnia 2007 roku z tytułu zwłoki jak również jednocześnie z tytułu odstąpienia od umowy, skoro kary takie wyraźnie przewidziano w treści umowy.

Na poparcie powyższego przytoczyć należy, że ugruntowany w orzecznictwie jest pogląd, który podziela także Sąd Apelacyjny w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę, że wykonanie prawa odstąpienia od umowy wzajemnej nie znosi odpowiedzialności z tytułu kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki w terminowym spełnieniu świadczenia. Wykonanie uprawnienia do odstąpienia od umowy wzajemnej znosi jedynie prawa i obowiązki stron należące do jej istoty, natomiast nie znosi powstałego wcześniej stanu odpowiedzialności z tytułu zastrzeżenia kary umownej i powstałych wcześniej przesłanek uzasadniających jej zapłatę. Poglądy o zniweczeniu umowy na skutek odstąpienia, oparte na sformułowaniu art. 395 § 2 k.c., są trafne w odniesieniu do skutków obligacyjnych jej istotnych postanowień. Zwrot ustawowy „umowa uważana jest za niezawartą” wskazuje na element fikcji, konieczny wtedy, gdy umowa była zawarta oraz w znacznej części już wykonana. Ustawa określa przywracanie stanu sprzed jej wykonania, a ponadto uprawnia odstępującego do odszkodowania od drugiej strony odpowiedzialnej za niewykonanie zobowiązania (art. 494 k.c.). Niemniej jednak utrzymywanie w mocy postanowień umownych zabezpieczających lub upraszczających wyrównanie szkody w znaczeniu bardziej potocznym niż w art. 361 § 2 k.c. lub skłaniających dłużnika do wypełnienia zobowiązania jest zgodne z zasadami współczesnych regulacji prawa kontraktowego lub traktatowego (por. np. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 5 października 2006 roku, IV CSK 157/06, OSNC 2007/7-8/114; z dnia 15 listopada 2012 roku, V CSK 512/11; z dnia 29 czerwca 2005 roku, V CK 105/05; z dnia 2 października 2007 roku, II CNP 101/07 oraz doktryna: M. Warciński M. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2006 roku, IV CSK 157/06, OSP 2007/12/142; A. Olejniczak, Komentarz do art. 494 k.c. (w:) Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna., A. Kidyba (red.), LEX 2010).

Sąd Apelacyjny nie podziela także kolejnego z zarzutów skarżącego, tj. dotyczącego niezastosowania art. 484 § 2 k.c. w sytuacji, gdy kara umowna była wygórowana w kontekście robót, które wykonał wykonawca oraz w kontekście ogólnej wartości przedmiotu umowy oraz gdy pozwany przyczynił się do uchybienia terminowi zobowiązania (w zw. z art. 362 k.c.).

Sąd Apelacyjny podziela w tym miejscu stanowisko Sądu Okręgowego, co do braku podstaw do miarkowania kar umownych, które zostały zastrzeżone na wypadek zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy oraz na wypadek odstąpienia przez inwestora od umowy z uwagi na zwłokę wykonawcy w jej wykonaniu.

W art. 484 § 2 k.c. ustawodawca wskazał dwie przesłanki zmniejszenia kary umownej, nazywanego powszechnie miarkowaniem. Pierwszą z nich jest wykonanie zobowiązania w znacznej części, drugą rażące wygórowanie kary. Obie przesłanki są równorzędne, stąd wystąpienie którejkolwiek z nich uzasadnia miarkowanie kary umownej. W ocenie Sądu Apelacyjnego w okolicznościach niniejszej sprawy strona powodowa nie wykazała, że zachodzi któraś ze wskazanych przesłanek uzasadniających zmniejszenie kary umownej.

Gdy chodzi o pierwszą przesłankę, zdaniem Sądu Apelacyjnego, co do zasady dopuszczalnym jest miarkowanie kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki w spełnieniu całości świadczenia także ze względu na wykonanie przez dłużnika zobowiązania w znacznej części. Od okoliczności konkretnego przypadku zależy, czy częściowe wykonanie robót budowlanych przed popadnięciem w zwłokę ma znaczenie dla wierzyciela i zaspokaja jego godny ochrony interes. W każdym razie możliwa jest sytuacja, w której częściowe wykonanie robót budowlanych przed popadnięciem w zwłokę ma znaczenie dla wierzyciela i zaspokaja jego godny ochrony interes (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2002 roku, V CKN 1075/00; z dnia 19 kwietnia 2006 roku, V CSK 34/06; z dnia 21 września 2007 roku, V CSK 139/07, OSNC-ZD 2008/2/44; z dnia 26 stycznia 2011 roku, II CSK 318/10, OSNC-ZD 2011/4/80). Zdaniem Sądu Apelacyjnego strona powodowa nie wykazała, że taka właśnie sytuacja nie wystąpiła w niniejszej sprawie, w szczególności, że wykonawca nie wykonał przedmiotu w części umożliwiającej inwestorowi osiągnięcie proporcjonalnego celu przedsięwzięcia, tj. nie ukończył żadnego z domów w zabudowie bliźniaczej a co za tym idzie inwestor nie mógł oddać nabywcom przedmiotu umowy.

Kodeks cywilny nie wskazuje, jakie konkretne okoliczności faktyczne mogą mieć wpływ na ocenę zaistnienia drugiej z wymienionych w art. 484 § 2 k.c. przesłanki „rażącego wygórowania kary”, pozostawiając ich ustalenie uznaniu sędziowskiemu uwzględniającemu okoliczności konkretnej sprawy. Krąg przypadków, w których można mówić o spełnieniu się tej przesłanki nie został ustawowo zdeteminowany a formuła art. 484 § 2 in fine k.c. jest na tyle ogólna,

że może obejmować różne sytuacje. W orzecznictwie wśród okoliczności rzutujących na możliwość miarkowania kary umownej, jako rażąco wygórowanej wskazuje się m.in. brak szkody lub jej niewielki rozmiar (por. uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 roku, III CZP 61/03 - OSNC 2004 Nr 5, poz. 69) a także stosunek kary umownej do wartości spełnionego świadczenia lub do wartości robót ustalonej w umowie, w której kara została zastrzeżona (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 20 maja 1980 roku, I CR 229/80, OSNCP 1980 Nr 12, poz. 243 oraz z dnia 19 kwietnia 2006 roku V CSK 34/06).

Przede wszystkim, jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 lipca 2014 roku (V CSK 503/13, LEX nr 1504590) do miarkowania przez sąd kary umownej konieczne jest zgłoszenie konkretnie sprecyzowanego przez dłużnika żądania, wskazującego na fakty, które pozwolą ocenić przesłankę rażąco wygórowania kary umownej. Powód nie sprostął powyższym wymaganiom – nie zaproponował, jaka kara umowna w jego ocenie byłaby adekwatna a co więcej nie wskazał faktów, na podstawie których należałoby uznać że kara umowna jest rażąco wygórowana, czemu nie czyniło zadość ogólne twierdzenie o znacznym wykonaniu przedmiotu umowy i wygórowania kary umownej, w szczególności, że powód np. nie tylko nie wykazał, ale nawet nie twierdził tego, że zastrzeżone kary odbiegały od standardowego poziomu kar w umowach dotyczących prace w budownictwie, nie wykazał, że wierzyciel nie poniósł jakiegokolwiek szkody. Powyższe uniemożliwiało uwzględnienie zarzutu odnoszącego się do wysokości kary.

Także podniesiony przez powoda zarzut naruszenia art. 476 k.c. w zw. z § 2 ust. 9 umowy o roboty budowlane w zw. art 353¹ k.c. poprzez uznanie, że wykonawca robót popadł w zwłokę w sytuacji, gdy pozwany nie uiścił wcześniej na jego rzecz wymagalnych wierzytelności, nie zasługiwał na uwzględnienie, bowiem w chwili wystawiania faktury VAT Nr (...) z dnia 8 grudnia 2008 roku wykonawca był w zwłoce (prace miały zostać zakończone w dniu 17 października 2008 roku), a co za tym idzie pozwany nie miał obowiązku uiścić wynagrodzenia, które zamierzał potrącić z roszczeniem z tytułu kary umownej, zatem kwestia zapłaty za tę fakturę nie ma znaczenia z punktu widzenia rozstrzygnięcia sprawy, zwłaszcza że wbrew brzmieniu przepisu umowy, na który powoływał się powód, jego poprzednik prawny nie zmienił terminu zakończenia prac.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy nie dopuścił się także naruszenia art. 491 k.c. poprzez jego niewłaściwie zastosowanie i przyjęcie, że strona pozwana wyznaczyła wykonawcy będącemu w zwłoce odpowiedni termin na wykonanie zobowiązania, którego upływ uprawniałby ją do odstąpienia od umowy, bowiem wykonawca po oświadczeniu strony pozwanej z dnia 20 października 2008 roku nie złożył na nie odpowiedzi, a termin minął bezskutecznie. Wobec zaprzestania jakichkolwiek prac przez (...) sp. z o. o. i samowolnego opuszczenia przez nią placu budowy pismem z dnia 19 stycznia 2009 roku, doręczonym (...) sp. z o.o. w dniu 20 stycznia 2009 roku, pozwana skutecznie odstąpiła od umowy z dnia 5 grudnia 2007 roku. Wskazać należy, że na zasadzie art. 656 § 1 k.c. do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło, w szczególności normę z art. 635 k.c. Przepis art. 635 k.c., jako przepis szczególny w stosunku do ogólnych przepisów dotyczących niewykonania umów wzajemnych wyłącza określone w art. 491 § 1 k.c. warunki odstąpienia od umowy w postaci popadnięcia przez przyjmującego zamówienie w zwłokę i wyznaczenia mu dodatkowego terminu do rozpoczęcia lub kontynuowania i ukończenia dzieła (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2008 roku, V CSK 182/08, LEX nr 619662).

Wobec powyższego, pozwany w ogóle nie musiał wyznaczać poprzednikowi prawnemu powoda – wykonawcy, dodatkowego terminu do wykonania robót, a fakt że to uczynił świadczył jedynie o jego dobrej woli i próbie ugodowego zakończenia współpracy. Niemniej jednak, jak wynika z powyższego, obowiązek wyznaczenia dodatkowego terminu z art. 491 § 1 k.c. nie miał w niniejszej sprawie zastosowania, co czyni tym samym, podniesiony przez powoda zarzut, całkowicie bezzasadnym.

Także zarzut naruszenie art. 636 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że pozwany w związku ze zwłoką wykonawcy robót, skutecznie wyznaczył dodatkowy termin na ich wykonanie w sytuacji

gdy przepisy te nie mają zastosowania do terminowości wykonania zobowiązania z przedmiotowej umowy o roboty budowlane, uznać należało za chyby.

Po pierwsze wskazać należy, że bezzasadnie skarżący powoływał się na przepis art. 636 k.c. mówiący o niewłaściwym wykonaniu przedmiotu umowy, skoro to nie ta kwestia, lecz opóźnienie o którym mowa w art. 635 k.c. miała miejsce w niniejszej sprawie. Jak słusznie wskazał pozwany zgodnie z art. 65 § 1 i 2 k.c. oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. W przypadku oświadczenia strony pozwanej z dnia 20 października 2008 roku należy mieć na uwadze zamiar strony pozwanej, natomiast to że użyła ona błędnego określenia podstawy prawnej, jako art. 363 k.c. zamiast 365 k.c. nie ma w przedmiotowej sprawie znaczenia, bowiem nie ma znaczenia, zwłaszcza że z treści pisma z dnia 20 października 2008 roku jednoznacznie wynika, że przyczyną jego sporządzenia jest opóźnienie prac, a nie jego wadliwe wykonywanie. Konsekwencją pisma z dnia 20 października 2008 roku było odstąpienie od umowy na podstawie 491 § 1 k.c. w dniu 19 stycznia 2009 roku. Strona pozwana wzywając spółkę (...) sp. z o.o. w piśmie z dnia 20 października 2008 roku do wykonania przedmiotu umowy, grożąc jej sankcją odstąpienia od umowy, a następnie składając w dniu 19 stycznia 2009 roku odstąpienie od umowy wykorzystała swoje uprawnienie określone w art. 635 k.c., choć z dosłownej treści pisma z dnia 20 października 2008 roku może sugerować, że chodzi o inną podstawę prawną. Jednakże, jak to zostało wcześniej wspomniane, istotny jest zamiar strony, a nie dosłowne brzmienie, dlatego też zarzut naruszenia art. 636 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. nie miał wpływu na zasadność rozstrzygnięcia sprawy, bowiem jak wskazano powyżej jedynie przez pomyłkę wskazany przez stronę przepis art. 636 k.c. nie miał w przedmiotowej sprawie zastosowania.

Mając powyższe na względzie i uznając podniesione w apelacji zarzuty za bezzasadne, na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. zasądzając od powoda na rzecz pozwanego kwotę 2 700 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym, którą ustalono w oparciu o przepis § 6 pkt 6 w zw. z § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U.2013.461 j.t.).

Powód był zwolniony od opłaty od apelacji w części, tj. ponad kwotę 3 000 zł, pozostałą część opłaty (2 445 zł) poniósł za powoda tymczasowo Skarb Państwa. Ze względu na wynik procesu, brak było podstaw do obciążenia wymienionymi kosztami sądowymi pozwanego (art. 113 ust. 1 u.k.s.c. a contrario w zw. z art. 98 § 1 k.p.c.). Koszty te obciążają zatem ostatecznie Skarb Państwa.