

*Sygn. akt VI ACa 834/15*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 27 września 2016 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący: Sędzia SA Marcin Łochowski*

*Sędziowie: SA Małgorzata Borkowska*

*SA Ewa Stefańska (spr.)*

*Protokolant: protokolant Katarzyna Mikiciuk*

*po rozpoznaniu w dniu 14 września 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 19 września 2014 r., sygn. akt XX GC 169/10*

*1. oddala apelację;*

*2. zasądza od D. M. na rzecz (...) sp. z o.o. w Ł. kwotę 2.700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.*

*Sygn. akt VI ACa 834/15*

## UZASADNIENIE

Powód D. M. domagał się zasądzenia od pozwanego (...) spółki z o.o. z siedzibą w Ł. na jego rzecz kwoty 111.964,80 zł wraz z ustawowymi odsetkami. Jako podstawę faktyczną roszczenia podał, że pozwany nie zapłacił części wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez (...) spółkę z o.o. z siedzibą w W., objętego fakturą VAT nr (...), którą to wierzytelność powód nabył od wykonawcy na podstawie umowy cesji.

Nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 29 stycznia 2010 r. Sąd Okręgowy w W. zasądził od pozwanego (...) spółki z o.o. z siedzibą w Ł. na rzecz powoda D. M. kwotę 111.964,80 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 22 grudnia 2008 r. do dnia zapłaty (sygn. akt XX GNc 867/09).

Od nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym pozwany (...) spółka z o.o. z siedzibą w Ł. wniósł zarzuty, w których domagał się uchylecia nakazu zapłaty w całości i oddalenia powództwa. Pozwany wskazał, że przed zawarciem umowy przelewu przedmiotowa wierzytelność wygasła, na skutek złożenia przez pozwanego oświadczenia o potrąceniu z niej

przysługujących inwestorowi wierzytelności z tytułu kar umownych, związanych ze zwłoką wykonawcy w realizacji robót oraz odstąpieniem od umowy przez inwestora.

W piśmie procesowym zawierającym odpowiedź na zarzuty pozwanego, powód D. M. wnosił o utrzymanie w mocy nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym w całości. Powód twierdził, że wierzytelność pozwanego z tytułu kar umownych nie powstała, a więc niemożliwe było skuteczne jej potrącenie z wierzytelności dochodzonej pozwem. Jego zdaniem: w niniejszej sprawie nie wystąpiła zwłoka wykonawcy, ponieważ opóźnienie w realizacji robót było spowodowane okolicznościami przez niego niezawinionymi, termin wykonania prac został w sposób dorozumiany przedłużony przez strony umowy o roboty budowlane, a ponadto kara umowna powinna zostać zmniejszona, albowiem jest ona wygórowana, zaś etap robót, za którego wykonanie powód dochodzi zapłaty, został wykonany w całości.

Wyrokiem z dnia 19 września 2014 r., sprostowanym postanowieniem z dnia 31 października 2014 r., Sąd Okręgowy w Warszawie uchylił nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym w całości i oddalił powództwo.

Wyrok Sądu Okręgowego został wydany w oparciu o poniższe ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

W dniu 5 grudnia 2007 r. (...) spółka z o.o. z siedzibą w Ł. (jako zamawiający) zawarła z (...) spółką z o.o. z siedzibą w W. (jako generalnym wykonawcą) umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie budynków mieszkalnych jednorodzinnych w zabudowie bliźniaczej na terenie nieruchomości położonej w W. przy ul. (...), przy czym zakres rzeczowy robót budowlanych został określony w projekcie budowlanym, stanowiącym integralną część umowy (§1 ust. 4a umowy). W § 5 ust. 5 umowy wykonawca oświadczył, że przed podpisaniem umowy zapoznał się z projektem budowlanym oraz przewidzianym umową zakresem prac, a także zobowiązał się do wykonania robót budowlanych zgodnie z powyższą dokumentacją.

Realizacja przedmiotu umowy została podzielona na etapy, przy czym: wykonanie łąw fundamentowych w budynkach (...) miało nastąpić w terminie do 30 grudnia 2007 r., wykonanie łąw fundamentowych w budynkach (...) - do 30 kwietnia 2008 r., wykonanie budynków (...) w stanie surowym otwartym - do 30 czerwca 2008 r., zaś wykonanie budynków (...) w stanie surowym zamkniętym - do 30 września 2008 r. Zakończenie realizacji przedmiotu umowy i zgłoszenie gotowości budynków (...) do odbioru miało nastąpić w terminie do 17 października 2008 r. (§ 2 ust. 5 umowy). Za datę wykonania przedmiotu umowy traktowano datę odbioru końcowego robót potwierdzoną podpisaniem protokołu zdawczo-odbiorczego, podpisanego bez jakichkolwiek uwag i zastrzeżeń zamawiającego (§ 2 ust. 6 umowy). Wykonawcy nie było wolno bez uprzedniej zgody zamawiającego zawiesić lub w inny sposób przerwać realizację umowy w żadnym wypadku, nawet wówczas, gdy między stronami toczyłby się jakikolwiek spór (§ 2 ust. 7 umowy).

Za należyte wykonanie robót budowlanych, które zostaną odebrane przez zamawiającego protokołem odbioru końcowego bez uwag i zastrzeżeń, wykonawcy przysługiwało wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 3.780.000 zł (§ 3 ust. 1 umowy). Strony przewidziały, że wysokość wynagrodzenia może ulec zmianie w przypadku wykonania robót dodatkowych nie uwzględnionych w projekcie, których wartość przewyższy uzgodnioną kwotę o 0,5% (§ 3 ust. 2 umowy). Jednakże warunkiem podwyższenia wynagrodzenia było wcześniejsze uzgodnienie przez strony, w formie pisemnego aneksu do umowy, zakresu, ceny i terminu wykonania robót dodatkowych (§ 3 ust. 5 umowy). W § 4 ust. 1 umowy strony uzgodniły, że płatność będzie odbywała się w etapach za kolejne fazy robót budowlanych, odebrane przez kierownika budowy i potwierdzone protokołem częściowego odbioru robót, na kwoty nie mniejsze niż 100.000 zł netto. Płatności miały być realizowane przelewem w ciągu 9 dni, licząc od daty złożenia przez wykonawcę faktury w siedzibie zamawiającego.

W § 6 ust. 1 umowy uzgodniono, że jeżeli rozpoczęcie, realizacja lub zakończenie przedmiotu umowy opóźni się z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, jeżeli wykonawca przerwie wykonywanie robót lub zejdzie z budowy, bądź przedmiot budowy będzie wykonywany w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, zamawiający będzie mógł od umowy odstąpić bez potrzeby uprzedniego wyznaczenia terminów dodatkowych. Natomiast w razie stwierdzenia

istnienia usterek zmniejszających wartość lub użyteczność obiektu, zamawiający był zobowiązany zawiadomić o tym wykonawcę, w celu umożliwienia mu ich usunięcia (§ 7 ust. 1 i 3 umowy).

Wykonawca był zobowiązany do zapłaty zamawiającemu kary umownej w wysokości 0,2% wartości umownej z tytułu nieterminowego zakończenia realizacji przedmiotu umowy, liczonej za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu umownego (§ 8 ust. 1 umowy). Ponadto za odstąpienie od umowy strona, z winy której odstąpienie od umowy nastąpiło, była zobowiązana do zapłaty drugiej stronie kary umownej w wysokości 10% wartości umowy (§ 8 ust. 3 umowy).

Pismem z dnia 20 października 2008 r. (doręczonym wykonawcy w dniu 31 października 2008 r.) (...) spółka z o.o. wyznaczyła (...) spółce z o.o. dodatkowy termin wykonania robót do dnia 7 listopada 2008 r., jednocześnie informując, że w przypadku bezskutecznego upływu tego terminu zamawiający powierzy dokończenie robót osobie trzeciej na koszt i ryzyko wykonawcy lub odstąpi od umowy.

Pismem z dnia 22 grudnia 2008 r. (doręczonym wykonawcy w dniu 5 stycznia 2009 r.) (...) spółka z o.o. poinformowała (...) spółkę z o.o., że w związku z: upływem terminu realizacji przedmiotu umowy do dnia 17 października 2008 r., upływem dodatkowego terminu realizacji inwestycji do dnia 7 listopada 2008 r., a nawet upływem wskazanego samodzielnie przez wykonawcę terminu zakończenia robót do dnia 4 grudnia 2008 r., zamawiający naliczył karę umowną (określoną jako „odsetki”) w związku z nieterminowym wykonaniem robót, która na dzień 21 grudnia 2008 r. wyniosła 491.400 zł. Kwota ta została wyliczona w ten sposób, że 65 dni zwłoki pomnożono przez 0,2% wartości przedmiotu umowy, który wynosił 3.780.000 zł. Zamawiający oświadczył, że w związku z powyższym kwoty wynikające z faktur VAT nr (...) zostaną prześięgowane na poczet powyższej kary umownej.

Następnie pismem z dnia 19 stycznia 2009 r. (doręczonym wykonawcy w dniu 20 stycznia 2009 r.) (...) spółka z o.o. oświadczyła (...) spółce z o.o., że odstępuje od umowy o roboty budowlane na podstawie art. 491 § 1 i art. 492 k.c. oraz § 6 ust. 1 tej umowy, z uwagi na upływ dodatkowego terminu zakończenia inwestycji, wyznaczonego przez zamawiającego wykonawcy w piśmie z dnia 20 października 2008 r. Jednocześnie zamawiający poinformował wykonawcę, że na dzień 19 stycznia 2009 r. kara umowna (określona jako „odsetki”) z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy wyniosła 703.080 zł. Kwota ta została wyliczona w ten sposób, że 93 dni zwłoki pomnożono przez 0,2% wartości przedmiotu umowy, który wynosił 3.780.000 zł. Obciążył również (...) spółkę z o.o. karą umowną w kwocie 378.000 zł, tj. w wysokości 10% wartości umowy, z tytułu odstąpienia od umowy z winy wykonawcy. Zamawiający wskazał, że łączna kwota należnych mu kar umownych wynosi 1.081.080 zł i oświadczył, że kwotę 225.527,17 zł, wynikającą z faktur VAT nr (...), potrąca z należnej mu wierzytelności wynikającej z powyższych kar umownych. Ponadto wezwał wykonawcę do zapłaty kar umownych w terminie 14 dni liczonych od daty otrzymania wezwania.

W dniu 23 stycznia 2009 r. został sporządzony protokół z przekazania terenu budowy, podpisany tylko przez reprezentantów (...) spółka z o.o. i inspektora nadzoru inwestorskiego, gdyż reprezentanci wykonawcy nie stawili się. W protokole wskazano, że roboty budowlane nie zostały zakończone, wykonano je częściowo wadliwie i pomimo poinformowania wykonawcy, wady te nie zostały dotychczas usunięte.

Pismem z dnia 1 lutego 2009 r. (doręczonym wykonawcy w dniu 27 lutego 2009 r.) (...) spółka z o.o. złożyła (...) spółce z o.o. oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w wysokości 225.527,17 zł wynikającej z kary umownej w zakresie kwoty 225.527,17 zł, z wierzytelności wykonawcy objętej fakturami VAT nr (...).

W dniu 29 maja 2009 r. (...) spółka z o.o. z siedzibą w W. (jako cedent) zawarła z D. M. (jako cesjonariuszem) umowę przelewu wierzytelności obejmującej wierzytelność cedenta wobec (...) spółki z o.o. wynikającą z umowy o roboty budowlane, potwierdzoną fakturami VAT nr (...), w łącznej kwocie 226.130,59 zł. Następnie pismem z dnia 29 maja 2009 r. (...) spółka z o.o. (jako cedent) zawiadomiła (...) spółkę z o.o. (jako dłużnika) o przelewie wierzytelności.

Pismem z dnia 1 czerwca 2009 r. D. M. wezwał (...) spółkę z o.o. do zapłaty kwoty 226.130,59 zł wraz z ustawowymi odsetkami w terminie 5 dni liczonymi od dnia otrzymania wezwania. Pismem z dnia w dniu 4 czerwca 2009 r. (...) spółka z o.o. poinformowała cesjonariusza, że wierzytelność wykonawcy robót budowlanych wynikająca z faktur VAT

nr (...) wygasła na skutek jej potrącenia z wierzytelności przysługującej zamawiającemu wobec (...) spółki z o.o. z tytułu kar umownych należnych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy.

Wobec niewykonania w całości przedmiotu umowy o roboty budowlane przez (...) spółkę z o.o., zamawiający zlecił wykonanie dalszych prac innym podmiotom.

Biegły sądowy inż. L. T. w swojej opinii wskazał, że w dniu 17 października 2008 r. inspektor nadzoru inwestorskiego dokonał w dziennikach budowy wpisów dokumentujących stan zaawansowania robót w każdym z budynków. Wynika z nich, że żaden z budynków, z wyjątkiem budynku nr (...), nie mógł być uznany za zakończony. Do tego czasu zostało wykonane 68% wszystkich robót, przy czym stan zaawansowania prac w poszczególnych budynkach na dzień 20 października 2008 r. wynosił odpowiednio: budynek nr (...) - 40 %; budynek nr (...) - 40 %; budynek nr (...) - 46,8 %; budynek nr (...) - 47,76 %; budynek nr (...) - 75,90 %; budynek nr (...) - 79,80 %; budynek nr (...) - 77,06 %, budynek nr (...) - 78,06 %; budynek nr (...) - 81,11 %; budynek nr (...) - 81,11 %; budynek nr (...) - 95,07 %; budynek nr (...) - 93,30 %. Natomiast stan zaawansowania prac w poszczególnych budynkach na dzień 12 grudnia 2008 r. wynosił odpowiednio: budynek nr (...) - 84 %; budynek nr (...) - 85,5 %; budynek nr (...) - 94,65 %; budynek nr (...) - 94,65 %; budynek nr (...) - 100 %; budynek nr (...) - 97,83 %; budynek nr (...) - 100 %, budynek nr (...) - 100 %; budynek nr (...) - 100 %; budynek nr (...) - 100 %; budynek nr (...) - 100 %; budynek nr (...) - 100 %.

Zdaniem biegłego sądowego w trakcie realizacji umowy dzienniki budowy były prowadzone przez (...) spółkę z o.o. nieprawidłowo, albowiem nie odnotowywano w nich istotnych zdarzeń odzwierciedlających pełny przebieg realizacji poszczególnych budynków. Jednakże na podstawie istniejących dowodów możliwe było ustalenie, że częściowo opóźnienie w realizacji robót spowodowane było przyczynami leżącymi po stronie zamawiającego. Wobec nieznacznego stopnia skomplikowania robót objętych umową, zamawiający nie był zobowiązany do przekazania wykonawcy rysunków roboczych konstrukcyjnych. Jednak konieczność wzmocnienia gruntów pod budynkami spowodowała usprawiedliwione opóźnienie w realizacji robót w ilości 15 dni. Ponadto, w związku z zaistnieniem błędów w projekcie konstrukcyjnym, konieczna była zmiana zaprojektowanego stropu. W notatce z dnia 21 stycznia 2008 r. przedstawiciele wykonawcy i projektanci stwierdzili konieczność zamiany stropów, lecz zamawiający nie zatwierdził tej zmiany i wykonawca zwrócił się do niego pismem z dnia 14 lutego 2008 r. o decyzję.

Wobec braku odpowiedzi zamawiającego na powyższe pismo, wykonawca dokonał obliczeń statycznych we własnym zakresie. Jednakże w konsekwencji braku formalnego zatwierdzenia zmian, (...) spółka z o.o. rozpoczęła betonowanie stropów w dopiero marcu 2008 r. i trwało ono do sierpnia 2008 r. Zbrojenie stropu budynku nr (...) nastąpiło 26 marca 2008 r., a betonowanie - 29 marca 2008 r. Zbrojenie stropu budynku nr (...) nastąpiło 16 kwietnia 2008 r., a betonowanie - 17 kwietnia 2008 r. Zbrojenie i betonowanie stropu budynków: nr (...) - nastąpiło 24 kwietnia 2008 r., nr (...) - 30 maja 2008 r., nr (...) - 19 czerwca 2008 r., nr (...) - 12 czerwca 2008 r., nr (...) - 25 lipca 2008 r., nr (...) - 13 sierpnia 2008 r. Jednakże, według opinii biegłego sądowego, w pozostałym zakresie wykonawca realizował roboty w dużych odstępach czasu, nie zachowując ciągłości pracy.

Podstawą ustalenia przez Sąd Okręgowy stanu faktycznego sprawy były dowody z dokumentów, opinia biegłego sądowego i zeznania świadków. Wiarygodność dowodów z dokumentów nie była przez strony kwestionowana, zaś opinia biegłego sądowego została oceniona jako rzetelna, logiczna i zgodna z zasadami doświadczenia życiowego. Sąd pierwszej instancji dał wiarę zeznaniom świadków: P. B., J. S., W. W. i D. W., co do niewykonania przez (...) spółkę z o.o. robót budowlanych w umówionym terminie, albowiem świadkowie ci wskazali, jakie funkcje pełnili na budowie i opisali przebieg procesu budowlanego. Przy tym, ponieważ byli oni obecni na budowie na różnych jej etapach, ich zeznania dotyczyły innych okresów czasu. W pozostałej części Sąd Okręgowy uznał zeznania tych świadków za nieistotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, albowiem: zeznania świadka P. B. nie potwierdziły, ani nie zaprzeczyły pozostałym twierdzeniom stron postępowania; zeznania świadka J. S. w zakresie, w jakim przypisał on winę za napływ wody gruntowo-opadowej w ostatnim budynku, były sprzeczne z dokumentami i opinią biegłego; zeznania świadka W. W. nie pozwalały na precyzyjne określenie opóźnienia wykonawcy w realizacji robót, a ponadto w jego zeznaniach widoczne było zaangażowanie po stronie wykonawcy; zeznania świadka D. W. w pozostałym zakresie nie były precyzyjne.

Sąd Okręgowy uznał, że powództwo nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji między stronami sporna była przede wszystkim kwestia, czy po stronie pozwanego (jako zamawiającego) wobec (...) spółki z o.o. (jako wykonawcy) powstała wierzytelność z tytułu kar umownych, która mogła zostać potrącona z wierzytelności nabytej przez D. M. (jako cesjonariusza) od (...) spółki z o.o. (jako cedenta), a także, czy potrącenie to było skuteczne. Dla oceny powyższej kwestii należało zaś ustalić, czy po stronie wykonawcy doszło do zawinonego opóźnienia w realizacji robót budowlanych, co pozwalałoby zamawiającemu obciążyć go karą umowną na podstawie § 8 ust. 1 i 3 umowy. Ustaleń tych należało dokonać zgodnie z zasadami postępowania dowodowego, określonymi w art. 6 k.c. w związku z art. 3 i art. 232 k.p.c.

W ocenie Sądu pierwszej instancji pozwany (jako zamawiający) skutecznie odstąpił od umowy o roboty budowlane, łączącej go z (...) spółką z o.o. Przy tym, zastrzeżenie przez strony w § 6 ust. 1 umowy „umownego” prawa odstąpienia było nieważne (art. 58 § 1 i 3 k.c.), ponieważ niezgodnie z treścią art. 395 § 1 k.c. strony nie określiły terminu, w ciągu którego możliwe będzie skorzystanie z tego uprawnienia. Jednakże pozwany skutecznie odstąpił od umowy na podstawie art. 491 k.c., który przewiduje „ustawowe” prawo odstąpienia. Ponieważ nastąpiła zwłoka wykonawcy w realizacji robót, pismem z dnia 20 października 2008 r. zamawiający wyznaczył mu dodatkowy termin ich wykonania do dnia 7 listopada 2008 r., zastrzegając, że w przypadku bezskutecznego upływu tego terminu zamawiający powierzy dokończenie robót osobie trzeciej na koszt i ryzyko wykonawcy lub odstąpi od umowy.

Zdaniem Sądu Okręgowego niesłusznie zarzucał powód nieadekwatność powyższego terminu, albowiem obie strony umowy o roboty budowlane były profesjonalistami, a wykonawca zdawał sobie sprawę z niezachowania terminu realizacji przedmiotu umowy i chcąc zachować należytą staranność (art. 355 k.c.), powinien efektywnie przyspieszyć realizację prac. Wobec bezskutecznego upływu dodatkowego terminu wyznaczonego przez zamawiającego, (...) spółka z o.o. pismem z dnia 19 stycznia 2009 r. skutecznie odstąpiła od umowy o roboty budowlane i naliczyła wykonawcy z tego tytułu karę umowną. Jednakże - według Sądu pierwszej instancji - w piśmie tym pozwany nieprawidłowo jako podstawę prawną odstąpienia wskazał art. 491 § 1 k.c., zamiast § 2 tego artykułu, albowiem świadczenia obydwu stron były podzielne i odstąpienie od umowy dotyczyło tylko robót nieodebranych.

Sąd Okręgowy uznał, że do odstąpienia od umowy o roboty budowlane doszło z winy wykonawcy, który dopuścił się zwłoki w realizacji tej umowy, nie wykonując robót w terminie ustalonym w umowie, tj. do dnia 17 października 2008 r., ani w dodatkowym terminie wyznaczonym przez zamawiającego, tj. do dnia 7 listopada 2008 r. Sąd pierwszej instancji podał, że w związku z tym (...) spółka z o.o. naliczyła wykonawcy karę umowną za nieterminowe wykonanie umowy w wysokości 703.080 zł. Do obliczenia tej kary zamawiający przyjął 93 dni kalendarzowych opóźnienia, tj.: 13 dni - od 17 do 31 października, 30 dni - od 1 do 30 listopada 2008 r., 31 dni - od 1 do 31 grudnia 2008 r. i 19 dni - od 1 do 19 stycznia 2009 r.

W ocenie Sądu Okręgowego opóźnienie w ilości 55 dni kalendarzowych, zaistniałe w okresie od 17 października 2008 r. do 12 grudnia 2008 r., należy uznać za usprawiedliwione. Na podstawie opinii biegłego sądowego Sąd pierwszej instancji ustalił, że prace związane z wadliwym posadowieniem fundamentów skutkowały zwiększeniem zakresu robót, co przedłużyło czas wykonania umowy: w budynku nr (...) - o 8 dni, a w budynku nr (...) - o 7 dni. Ponadto konieczność zamiany stropów spowodowała wydłużenie czasu trwania robót o 40 dni. Natomiast pozostałe 53 dni kalendarzowe to czas zwłoki wykonawcy, który stanowił podstawę do obliczenia obciążającej go kary umownej. Jednakże, według Sądu pierwszej instancji, ocena powyższej kwestii wykracza poza ramy przedmiotowego powództwa, z uwagi na podniesiony przez o pozwanego zarzut potrącenia z wierzytelności (...) spółki z o.o. kary umownej w wysokości 378.000 zł z tytułu odstąpienia od umowy z winy wykonawcy. Sąd Okręgowy podkreślił, że począwszy od dnia 13 grudnia 2008 r. opóźnienie wykonawcy nie było usprawiedliwione przyczynami zewnętrznymi, lecz było spowodowane długimi i nieuzasadnionymi przestojami w realizacji prac.

Sąd pierwszej instancji wskazał, że zgodnie z treścią § 8 ust. 3 umowy o roboty budowlane, za odstąpienie od umowy strona, z winy której odstąpienie od umowy nastąpiło, była zobowiązana do zapłaty drugiej stronie kary umownej w wysokości 10% wartości umowy. W ocenie Sądu Okręgowego użyte przez strony pojęcie „winy” należy interpretować

mając na uwadze cel umowy, którym było terminowe jej wykonanie. Dlatego pojęcie to obejmuje zwłokę stron w wykonaniu umowy, o której mowa w art. 476 k.c. Ponieważ począwszy od dnia 13 grudnia 2008 r. wykonawca pozostawał w zwłoce z wykonaniem umowy, uprawniało to zamawiającego do naliczenia mu kary umownej z tego tytułu.

Zdaniem Sądu Okręgowego pozwany prawidłowo obliczył wysokość kary umownej przysługującej mu w związku z odstąpieniem od umowy na kwotę 378.000 zł, stanowiącą 10 % wartości umowy, tj. kwoty 3.780.000 zł. W ocenie Sądu pierwszej instancji treść § 8 ust. 3 umowy została sformułowana w sposób jasny i precyzyjny. Ponadto Sąd Okręgowy nie uwzględnił wniosku powoda o miarkowanie wysokości tej kary. Wyjaśnił, że żądanie takie byłoby zasadne w razie nadmiernego wygórowania kary umownej, bądź nałożenia kary pomimo wykonania zobowiązania. Tymczasem w niniejszej sprawie kara umowna stanowi jedynie 10 % wartość kontraktu, a umowa o roboty budowlane nie została wykonana przez wykonawcę.

Uzupełniając Sąd pierwszej instancji stwierdził, że pozwany był uprawniony do obciążenia wykonawcy także karą umowną w związku z opóźnieniem w realizacji robót. Wskazał, że wprawdzie roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r., sygn. akt III CZP 39/12, OSNC 2013, nr 2, poz. 17), to jednak w przedmiotowej sprawie sytuacja taka nie miała miejsca, ponieważ pozwany złożył oświadczenie o częściowym odstąpieniu od umowy. Tymczasem kara umowna za opóźnienie dotyczy części robót, które zostały wykonane przez (...) spółkę z o.o., a więc nie dotyczyło ich odstąpienie.

Sąd Okręgowy wskazał, że (...) spółka z o.o. w zarzutach od nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym powołała się na fakt dokonania skutecznego potrącenia dochodzonej pozwem wierzytelności z wierzytelności przysługującej jej w stosunku do wykonawcy z tytułu kar umownych. Ponieważ w niniejszej sprawie pozwany udowodnił, że pismem z dnia 19 stycznia 2009 r. złożył (...) spółce z o.o. oświadczenie o potrąceniu wierzytelności, a więc nastąpiło to jeszcze przed zawarciem przez wykonawcę i D. M. umowy przelewu, w dacie zawarcia tej umowy będąca jej przedmiotem wierzytelność nie istniała, albowiem wygasła.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie apelację wniósł powód D. M..

Apelacją powód zaskarżył wyrok w całości, wnosząc o jego zmianę poprzez uwzględnienie powództwa w całości, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Zaskarżonemu wyrokowi powód zarzucił:

I. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na rozstrzygnięcie, tj.:

1) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

a) dokonanie niewłaściwych ustaleń na podstawie materiału dowodowego i jego niewłaściwą ocenę naruszającą zasady prawidłowego i logicznego rozumowania polegające na przyjęciu, że:

- oświadczenie o potrąceniu złożone przez pozwanego jest skuteczne;
- (...) spółka z o.o. do dnia 17 października 2008 r. wykonała 68% wszystkich robót;
- wykonawca robót otrzymał od pozwanego wszelką dokumentację konieczną do wykonania umowy;
- pozwany przed odstąpieniem od umowy skutecznie wyznaczył wykonawcy dodatkowe terminy na wykonanie zobowiązania;

b) zaniechanie wszechstronnej i kompleksowej oceny zgromadzonego materiału, co przejawiało się m.in. pominięciem oceny dowodów powoda wskazujących na:

- wpływ niekorzystnych warunków atmosferycznych na termin oddania obiektu;
- fakt ustanowienia przez pozwanego inspektora nadzoru dopiero w dniu 13 marca 2008 r., co miało istotny wpływ na przebieg wykonywanych robót;
- informowanie pozwanego przez wykonawcę o przyczynach opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy, wnioskach i staraniach wykonawcy o przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy o roboty budowlane;

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

- a) niewskazanie wszystkich dowodów, na których sąd oparł swoje rozstrzygnięcie;
- b) niewłaściwą ocenę dowodu z zeznań świadków i brak oceny wiarygodności poszczególnych dowodów;
- c) niewłaściwą i bezkrytyczną ocenę dowodu z opinii biegłego;
- d) brak wskazania podstawy prawnej orzeczenia;

3) naruszenie art. 493 § 3 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji, gdy pozwany nie dokonał skutecznego potrącenia przed otrzymaniem pozwu;

II. w zakresie prawa materialnego:

1) naruszenie art. 498 k.c. i 499 k.c. w związku z art. 491 § 1 i § 2 k.c., art. 355 k.c. w związku z § 8 ust. 3 umowy o roboty budowlane poprzez przyjęcie, że wierzytelność powoda wygasła przed jej nabyciem od (...) spółki z o.o. poprzez skuteczne jej potrącenie dokonane przez pozwanego z jego wierzytelnością z tytułu kary umownej naliczonej za odstąpienie od umowy;

2) naruszenia art. 60 k.c. w związku z art. 76 k.c. i z treścią umowy poprzez nieuwzględnienie faktu przedłużenia wykonawcy terminu wykonania przedmiotu umowy, w sytuacji, gdy wykonywał on roboty budowlane po dniu 17 października 2008 r. i w sytuacji, gdy umowa nie zastrzegła wprowadzania zmian do niej w formie pisemnej pod rygorem nieważności;

3) naruszenie art. 476 k.c. w związku z § 2 ust. 9 umowy o roboty budowlane w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c., w sytuacji, gdy pozwany nie uiszczył uprzednio wymagalnych wierzytelności;

4) naruszenie art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 65 k.c. i § 8 ust. 3 umowy o roboty budowlane poprzez przyjęcie, że:

a) pozwany może żądać kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy, pomimo niewykazania przez niego winy w postępowaniu wykonawcy;

b) treść umowy o roboty budowlane jednoznacznie wskazywała wysokość kary umownej;

c) 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;

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

a) kara umowna była wygórowana w kontekście wartości robót, które pozostały do wykonania po odstąpieniu od umowy;

b) umowa została wykonana w znacznej części;

c) wykonania znacznej części umowy przez wykonawcę robót bez zwłoki;

d) przyczynienia się przez pozwanego do uchybienia przez wykonawcę terminowi spełnienia jego świadczenia (w związku z art. 362 k.c.).

Podczas rozprawy odwoławczej w dniu 14 września 2016 r. pełnomocnik powoda dodatkowo podniósł zarzut naruszenia art. 498 § 1 k.c. poprzez uznanie za skuteczne oświadczenia pozwanego o potrąceniu wierzytelności, podczas gdy wierzytelność z tytułu kar umownych nie była w tym czasie wymagalna.

Pozwany (...) spółka z o.o. z siedzibą w Ł. wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

### **Sąd Apelacyjny zważył:**

Apelacja powoda nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy dokonał w większości prawidłowych ustaleń faktycznych i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Również rozważania prawne Sądu pierwszej instancji są trafne, choć częściowo niekompletne.

Nie są zasadne zarzuty apelacji powoda wskazujące na naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie niewszechstronnej oceny dowodów, a w konsekwencji dokonanie wadliwych ustaleń faktycznych. W przedmiotowej sprawie stan faktyczny został ustalony przez Sąd Okręgowy prawidłowo, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, która wymaga, aby sąd oceniał materiał dowodowy w sposób logiczny, spójny i zgodny z zasadami doświadczenia życiowego. Należy podzielić utrwalony w orzecznictwie pogląd, że do naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. mogłoby dojść tylko wówczas, gdyby skarżący wykazał uchybienie podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów, tj. regułom logicznego myślenia, zasadzie doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2005 r., sygn. akt III CK 314/05, Lex nr 172176). Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo wbrew zasadom doświadczenia życiowego nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo skutkowych, przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 lutego 2007 r., sygn. akt I ACa 1053/06, Lex nr 298433).

Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem może być jedynie przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie, niż ocena sądu (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 kwietnia 2006 r., sygn. akt I ACa 1303/05, Lex nr 214251). Tymczasem powód w apelacji ograniczył się do polemiki z ocenami Sądu pierwszej instancji, nie stawiając im przekonujących zarzutów, mogących stać się podstawą uznania rozumowania Sądu Okręgowego za nielogiczne bądź niezgodne z zasadami doświadczenia życiowego, a przez to wadliwe.

Ponadto wskazać należy, że większość zakwestionowanych przez powoda w apelacji ustaleń Sądu pierwszej instancji została dokonana przez Sąd Okręgowy na podstawie opinii biegłego sądowego inż. L. T. z lipca 2013 r. (k. 756 i nast. akt). W opinii tej biegły sądowy przeanalizował dostępną dokumentację budowy i wskazał, że opóźnienie wykonawcy w wykonaniu umowy o roboty budowlane w okresie od 17 października 2008 r. do 12 grudnia 2008 r. było usprawiedliwione z powodu: napotkania złych gruntów na poziomie posadowienia fundamentów budynków nr (...), co przedłużyło czas realizacji robót odpowiednio o 8 i 7 dni, a także zmiany stropu nad parterem budynków, co przedłużyło czas realizacji robót o 40 dni. Zdaniem biegłego sądowego daje to łącznie 55 dni usprawiedliwionego opóźnienia realizacji budowy, natomiast pozostałe opóźnienie jest zawinione przez wykonawcę.

Wskazać należy, że fachowość i rzetelność tej opinii nie została skutecznie zakwestionowana przez powoda w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji. Wprawdzie w piśmie procesowym z dnia 27 września 2013 r. (k. 813 i nast. akt) powód zarzucił tej opinii niekompletność i wadliwość z uwagi na brak odniesienia się przez biegłego sądowego do „przyczyn zwłoki w wykonaniu robót przez zamawiającego (pозwanego)” i uwzględnienie jedynie tych przyczyn, na które wskazywał pozwany. Jednakże ponieważ zamawiający nie wykonywał robót, trudno mówić o przyczynach zwłoki, na które powołano się w powyższym piśmie procesowym, a ponadto nie jest prawdziwe twierdzenie powoda, że biegły sądowy nie odniósł się do podanych przez niego przyczyn opóźnienia realizacji robót, albowiem w opinii zostały one określone jako nie prowadzące do przedłużenia czasu trwania prac.

W piśmie procesowym z dnia 4 listopada 2013 r. (k. 824 i nast. akt) powód sformułował liczne pytania dotyczące powyższej opinii, do których biegły sądowy inż. L. T. odniósł się w opinii uzupełniającej z lutego 2014 r. (k. 896 i nast. akt). Biegły sądowy skorygował poprzednią opinię wskazując, że ponieważ zmiana stropu nad parterem budynków przedłużyła czas realizacji robót tylko o 39 dni, usprawiedliwione opóźnienie realizacji budowy wyniosło tylko 54 dni. W opinii uzupełniającej biegły sądowy odniósł się do pytań powoda oraz zarzutów stawianych przez niego poprzedniej opinii (m.in. kwestia warunków atmosferycznych, terminu ustanowienia na budowie inspektora nadzoru inwestorskiego, prawidłowości otrzymanej przez wykonawcę dokumentacji technicznej, zakresu realizowanych przez wykonawcę robót). Powód nie złożył do tej opinii jakichkolwiek uwag, ani zarzutów. Podczas rozprawy przed Sądem Okręgowym w dniu 15 września 2014 r. (k. 946 i nast. akt), poprzedzającej wydanie wyroku w przedmiotowej sprawie, powód nie zgłosił dalszych wniosków dowodowych.

W tej sytuacji, zdaniem Sądu Apelacyjnego, podnoszone przez powoda w apelacji zarzuty dotyczące opinii biegłego sądowego, należy uznać za spóźnione. Ponadto są to zarzuty całkowicie nietrafne, albowiem powód uważa, że Sąd pierwszej instancji powinien dokonać ustaleń faktycznych na podstawie jego nieudowodnionych twierdzeń, zamiast na podstawie opinii biegłego sądowego, w sytuacji, gdy ustalenia te wymagały wiadomości specjalnych.

Jednakże, według Sądu odwoławczego, Sąd pierwszej instancji przy ustaleniu stanu faktycznego sprawy niezasadnie pominął wnioski wynikające z opinii uzupełniającej biegłego sądowego inż. L. T., który skorygował swoją poprzednią opinię w ten sposób, iż uznał, że zmiana stropu nad parterem budynków przedłużyła czas realizacji robót o 39 dni, a więc usprawiedliwione opóźnienie realizacji budowy wyniosło 54 dni. W tym zakresie Sąd Apelacyjny koryguje ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji.

Natomiast „ustalenie” przez Sąd Okręgowy, że oświadczenie o potrąceniu złożone przez pozwanego jest skuteczne i pozwany przed odstąpieniem od umowy skutecznie wyznaczył wykonawcy dodatkowe terminy na wykonanie zobowiązania, wbrew twierdzeniom powoda nie są ustaleniami faktycznymi, lecz oceną prawną dokonaną przez Sąd pierwszej instancji. Dlatego zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w tym zakresie należy uznać za wadliwy.

Nietrafny jest również zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. poprzez: niewskazanie wszystkich dowodów, na których Sąd pierwszej instancji oparł swoje rozstrzygnięcie, brak oceny wiarygodności poszczególnych dowodów i brak wskazania podstawy prawnej orzeczenia. Powołany przepis przewiduje, że uzasadnienie wyroku powinno zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a mianowicie: ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. W ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawiera wszystkie powyższe elementy, co powoduje, że wyrok Sądu pierwszej instancji poddaje się kontroli instancyjnej.

Natomiast zarzut „niewłaściwej i bezkrytycznej oceny dowodu z opinii biegłego” oraz „niewłaściwej oceny dowodu z zeznań świadków” nie koresponduje z treścią art. 328 § 2 k.p.c., albowiem wadliwość oceny dowodów może być zarzucana w ramach art. 233 § 1 k.p.c.

Nie ma racji powód zarzucając Sądowi Okręgowemu naruszenie art. 493 § 3 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji, gdy pozwany nie dokonał skutecznego potrącenia przed otrzymaniem pozwu. Prawidłowo bowiem ustalił Sąd

pierwszej instancji, że pismem z dnia 1 lutego 2009 r. (doręczonym wykonawcy w dniu 27 lutego 2009 r.) (...) spółka z o.o. złożyła (...) spółce z o.o. oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w wysokości 225.527,17 zł wynikającej z kary umownej w zakresie kwoty 225.527,17 zł, z wierzytelności wykonawcy objętej m.in. fakturą VAT nr (...). Tymczasem pozew w niniejszej sprawie wpłynął do Sądu Okręgowego w Warszawie dopiero w dniu 29 grudnia 2009 r. (k. 2 akt), zaś jego odpis został doręczony pozwanemu wraz z nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym w dniu 8 lutego 2010 r. (k. 51 akt).

Wprawdzie powołany w apelacji przepis stanowi, że do potrącenia w piśmie zawierającym zarzuty od nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym mogą być przedstawione tylko wierzytelności udowodnione dokumentami, o których mowa w art. 485 k.p.c. Jednakże w uchwale z dnia 13 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 56/05, OSNC 2006, nr 7-8, poz. 119) Sąd Najwyższy wyjaśnił, 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. Tymczasem w niniejszej sprawie taka właśnie sytuacja miała miejsce, a więc pozwanego nie dotyczyły powyższe ograniczenia możliwości skorzystania z zarzutu potrącenia.

Niezasadne są także podniesione przez powoda w apelacji zarzuty naruszenia prawa materialnego.

Nie ma racji powód zarzucając Sądowi pierwszej instancji naruszenie art. 498 k.c. poprzez uznanie za skuteczne oświadczenia pozwanego o potrąceniu wierzytelności, podczas gdy wierzytelność z tytułu kar umownych nie była w tym czasie wymagalna. Zgodnie z powołanym przepisem gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej.

Pozwany mógł więc skutecznie potrącić wierzytelność z tytułu kar umownych z wierzytelności wykonawcy objętej fakturą VAT nr (...), jeżeli w dacie złożenia oświadczenia o potrąceniu jego wierzytelność była wymagalna. Ponieważ z umowy o roboty budowlane nie wynika termin płatności kar umownych, przyjęć należy, że ma tu zastosowanie art. 455 k.c. Przepis ten stanowi, że jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego jako wezwanie (...) spółki z o.o. do zapłaty kary umownej z tytułu nieterminowego zakończenia realizacji przedmiotu umowy należy traktować pismo (...) spółki z o.o. z dnia 22 grudnia 2008 r., w którym zamawiający naliczył karę umowną (określoną jako „odsetki”) w związku z nieterminowym wykonaniem robót, która na dzień 21 grudnia 2008 r. wyniosła 491.400 zł (k. 64 i nast. akt). Kwota ta została wyliczona w ten sposób, że 65 dni zwłoki pomnożono przez 0,2% wartości przedmiotu umowy, który wynosił 3.780.000 zł. Zamawiający oświadczył, że w związku z powyższym kwoty wynikające z faktur VAT nr (...) zostaną przeksięgowane na poczet powyższej kary umownej.

W piśmie tym wprawdzie nie wskazano precyzyjnie terminu zapłaty kary umownej, jednakże wobec wyrażonej w nim zapowiedzi przeksięgowania należności z tytułu faktur VAT nr (...) na poczet tej kary, termin ten należy uznać za niezwłoczny. Powyższe pismo zostało doręczone wykonawcy w dniu 5 stycznia 2009 r. (k. 66 akt), a więc wierzytelność z tytułu kary umownej związanej z nieterminowym zakończeniem realizacji przedmiotu umowy, należnej za okres do dnia 21 grudnia 2008 r., stała się wymagalna najpóźniej z dniem 12 stycznia 2009 r., tj. po upływie 7 dni od wezwania wykonawcy do zapłaty.

W ocenie Sądu odwoławczego dla oceny skutków powyższego pisma nie ma znaczenia, że użyto w nim nieprecyzyjnego określenia „odsetki” z tytułu nieterminowego zakończenia realizacji przedmiotu umowy. Wykładnia jego treści prowadzi bowiem do wniosku, że obie strony umowy zdawały sobie sprawę z tego, iż zamawiającemu chodzi o karę umowną, o której mowa w § 8 ust. 1 umowy o roboty budowlane. Postanowienie to przewidywało, że wykonawca był zobowiązany do zapłaty zamawiającemu kary umownej w wysokości 0,2% wartości umownej z tytułu nieterminowego zakończenia realizacji przedmiotu umowy, liczonej za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu umownego. Mając

na uwadze podany w piśmie sposób obliczenia „odsetek”, wykonawca nie mógł mieć wątpliwości, że chodzi o karę umowną liczoną za 65 dni zwłoki wykonawcy w realizacji umowy.

Następnie pismem z dnia 19 stycznia 2009 r. (...) spółka z o.o. poinformowała (...) spółkę z o.o., że na dzień 19 stycznia 2009 r. kara umowna (podobnie określona jako „odsetki”) z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy wyniosła 703.080 zł (k. 73 i nast. akt). Wobec odstąpienia od umowy, zamawiający obciążył (...) spółkę z o.o. karą umowną w kwocie 378.000 zł, tj. w wysokości 10% wartości umowy, z tytułu odstąpienia od umowy z winy wykonawcy. Zamawiający w piśmie tym wskazał, że łączna kwota należnych mu kar umownych wynosi 1.081.080 zł i oświadczył, że kwotę 225.527,17 zł, wynikającą z faktur VAT nr (...), potrąca z należnej mu wierzytelności wynikającej z powyższych kar umownych. Ponadto wezwał wykonawcę do zapłaty kar umownych w terminie 14 dni liczonych od daty otrzymania wezwania.

W ocenie Sądu odwoławczego pismo to należy traktować jako wezwanie (...) spółki z o.o. do zapłaty kar umownych z tytułu nieterminowego zakończenia realizacji przedmiotu umowy za dalszy okres, tj. do dnia 19 stycznia 2009 r., a także z tytułu odstąpienia od umowy z winy wykonawcy. Podobnie jak w poprzednim, w piśmie tym nie wskazano precyzyjnie terminu zapłaty obydwu kar umownych, jednakże wobec złożonego w nim oświadczenia zamawiającego o potrąceniu tych kwot z wierzytelności objętych fakturami VAT nr (...), termin ten należy uznać za niezwłoczny. Powyższe pismo zostało doręczone wykonawcy w dniu 20 stycznia 2009 r. (k. 75 akt), a więc wierzytelności z tytułu kary umownej związanej z nieterminowym zakończeniem realizacji przedmiotu umowy, należnej za okres do dnia 19 stycznia 2009 r., a także z tytułu odstąpienia od umowy z winy wykonawcy, stały się wymagalne najpóźniej z dniem 27 stycznia 2009 r., tj. po upływie 7 dni od wezwania wykonawcy do zapłaty.

W ocenie Sądu Apelacyjnego dla oceny skutków także tego pisma nie ma znaczenia, że użyto w nim nieprecyzyjnego określenia „odsetki” z tytułu nieterminowego zakończenia realizacji przedmiotu umowy. Wykładnia jego treści prowadzi bowiem do wniosku, że obie strony umowy zdawały sobie sprawę z tego, iż zamawiającemu chodzi o karę umowną, o której mowa w § 8 ust. 1 umowy o roboty budowlane. Postanowienie to przewidywało, że wykonawca był zobowiązany do zapłaty zamawiającemu kary umownej w wysokości 0,2% wartości umownej z tytułu nieterminowego zakończenia realizacji przedmiotu umowy, liczonej za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu umownego (§ 8 ust. 1 umowy). Mając na uwadze podany w piśmie sposób obliczenia „odsetek”, wykonawca nie mógł mieć wątpliwości, że chodzi o karę umowną liczoną za 93 dni zwłoki wykonawcy w realizacji umowy. Ponadto za odstąpienie od umowy strona, z winy której odstąpienie od umowy nastąpiło, była zobowiązana do zapłaty drugiej stronie kary umownej w wysokości 10% wartości umowy (§ 8 ust. 3 umowy). Jednakże w wypadku tej kary umownej zamawiający w piśmie użył prawidłowego określenia.

Sąd Okręgowy wskazał w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że pismem z dnia 1 lutego 2009 r. (doręczonym wykonawcy w dniu 27 lutego 2009 r.) (...) spółka z o.o. złożyła (...) spółce z o.o. oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w wysokości 225.527,17 zł wynikającej z kary umownej w zakresie kwoty 225.527,17 zł, z wierzytelności wykonawcy objętej fakturami VAT nr (...) (k. 67, 68 i 70 akt). Zarówno nota księgowa, jak i oświadczenie woli o potrąceniu, zostały podpisane przez prezesa zarządu (...) spółki z o.o. S. W., upoważnionego do jej jednoosobowej reprezentacji. Oznacza to, że potrącenie dotyczyło wierzytelności zamawiającego, które były wymagalne w dacie złożenia oświadczenia w tym przedmiocie, skoro uprzednio wykonawca został wezwany do niezwłocznej zapłaty powyższych kwot. Pomimo, że zapłata miała nastąpić przez wzajemną kompensatę wierzytelności, należy uznać, iż pisma zamawiającego adresowane do wykonawcy spowodowały skutek w postaci postawienia jego wierzytelności w stan wymagalności.

Nietrafny jest zarzut naruszenia art. 498 k.c. i 499 k.c. w związku z art. 491 § 1 i 2 k.c. oraz art. 355 k.c. w związku z § 8 ust. 3 umowy o roboty budowlane poprzez przyjęcie, że wierzytelność powoda wygasła przed jej nabyciem od (...) spółki z o.o. poprzez skuteczne jej potrącenie dokonane przez pozwanego z jego wierzytelnością z tytułu kary umownej naliczonej za odstąpienie od umowy. Powód podnosił w apelacji, że podstawą prawną odstąpienia przez zamawiającego od umowy był art. 491 § 1 k.c., jednakże jego oświadczenie w tym przedmiocie było nieskuteczne, albowiem w dniu 20 października 2008 r., tj. w chwili wyznaczenia (...) spółce z o.o. dodatkowego terminu na zakończenie prac, nie istniał stan zwłoki wykonawcy w realizacji umowy o roboty budowlane.

Zgodnie z treścią art. 491 § 1 k.c. jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Może również bądź bez wyznaczenia terminu dodatkowego, bądź też po jego bezskutecznym upływie żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki. Natomiast § 2 powyższego artykułu stanowi, 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 niespełnionego świadczenia. Strona ta może także odstąpić od umowy w całości, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce.

W przedmiotowej sprawie pismem z dnia 19 stycznia 2009 r. (doręczonym wykonawcy w dniu 20 stycznia 2009 r.) (...) spółka z o.o. oświadczyła (...) spółce z o.o., że w związku z bezskutecznym upływem dodatkowego terminu wyznaczonego przez zamawiającego wykonawcy w piśmie z dnia 20 października 2008 r. oraz samowolnym opuszczeniem przez wykonawcę terenu budowy w dniu 19 stycznia 2009 r., na podstawie art. 491 § 1 i art. 492 k.c. oraz § 6 ust. 1 umowy, odstępuje od umowy o roboty budowlane w części obejmującej roboty nieodebrane do dnia 19 stycznia 2009 r. ze skutkiem natychmiastowym, tj. z dniem doręczenia pisma wykonawcy (k. 73 i 75 akt).

Uprzednio w piśmie z dnia 20 października 2008 r. (doręczonym wykonawcy w dniu 31 października 2008 r.) (...) spółka z o.o. wyznaczyła (...) spółce z o.o. dodatkowy termin wykonania robót do dnia 7 listopada 2008 r., jednocześnie informując, że w przypadku bezskutecznego upływu tego terminu zamawiający powierzy dokończenie robót osobie trzeciej na koszt i ryzyko wykonawcy lub odstąpi od umowy. Wprawdzie ma rację twierdząc, że pismo to zostało doręczone wykonawcy w okresie, kiedy nie był on jeszcze w zwłoce z wykonaniem zobowiązania, albowiem z opinii uzupełniającej biegłego sądowego inż. L. T. wynika, że stan zawinionego opóźnienia (a więc zwłoki) wykonawcy rozpoczął się dnia 12 grudnia 2008 r. Jednakże, w ocenie Sądu Apelacyjnego, pomimo tego oświadczenie pozwanego o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane było skuteczne. W piśmiennictwie wskazuje się bowiem trafnie na prawną dopuszczalność odstąpienia od umowy bez uprzedniego wyznaczenia drugiej stronie dodatkowego terminu, w sytuacji, gdy kontrahent jednoznacznie odmówił wykonania umowy (por. A. Olejniczak w: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, komentarz do art. 491 k.c., Lex el. 2014.).

W przedmiotowej sprawie pozwany udowodnił, że (...) spółka z o.o. samowolnie opuściła teren budowy w dniu 19 stycznia 2009 r. Oznacza to, że zachowanie wykonawcy wskazywało na odmowę dalszego wykonywania umowy o roboty budowlane, co upoważniało zamawiającego do odstąpienia od umowy w części obejmującej roboty nieodebrane do dnia 19 stycznia 2009 r., bez uprzedniego wyznaczenia wykonawcy dodatkowego terminu. Taką właśnie przyczynę odstąpienia od umowy wskazał zamawiający w piśmie z dnia 19 stycznia 2009 r.

Podstawą prawną częściowego odstąpienia przez zamawiającego od umowy o roboty budowlane był art. 491 § 2 w związku z § 1 k.c., albowiem świadczenia obydwu stron umowy były podzielne. Powód w apelacji zakwestionował podzielny charakter świadczenia wykonawcy. W judykaturze wyrażono trafny pogląd, że zgodnie z treścią art. 379 § 2 k.c. świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości. Zatem podział na świadczenia podzielne i niepodzielne następuje według kryterium właściwości przedmiotu świadczenia. Stosując z kolei kryterium przedmiotu, którego dotyczy świadczenie, wyróżnia się świadczenia oznaczone co do tożsamości i świadczenia oznaczone co do gatunku. Przy zastosowaniu kryterium właściwości przedmiotu świadczenia, ocena możliwości częściowego spełnienia świadczenia bez istotnej zmiany przedmiotu świadczenia powinna uwzględniać właściwości fizyczne przedmiotu świadczenia, natomiast przy ocenie możliwości częściowego spełnienia świadczenia bez istotnej zmiany wartości świadczenia należy uwzględnić wynikający z treści zobowiązania cel świadczenia i interes wierzyciela.

W orzecznictwie wskazano, że świadczenie wykonawcy wynikające z umowy o roboty budowlane jest świadczeniem oznaczonym co do tożsamości, albowiem jest wykonywane na konkretne zamówienie, na podstawie przedstawionego przez inwestora projektu i w celu zaspokojenia oznaczonych potrzeb. Nie ma więc dostatecznych podstaw do przyjęcia,

że częściowe spełnienie świadczenia, którego przedmiot jest oznaczony co do tożsamości, może odbyć się bez istotnej zmiany przedmiotu świadczenia lub wartości świadczenia. Taki oznaczony co do tożsamości obiekt, z uwagi na jego właściwości fizyczne, może być podzielony na części, jednakże ich wydzielenie spowoduje istotną zmianę zarówno przedmiotu świadczenia, jak i wartości świadczenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2013 r., sygn. akt V CSK 260/12, OSNC-ZD 2014, nr 3, poz. 49).

W powołanym orzeczeniu wskazano również, że podzielny charakteru świadczenia nie można też wywodzić z przewidzianej w art. 654 k.c. instytucji odbiorów częściowych. Przepis ten nie posługuje się bowiem pojęciem odbioru oznaczającym pokwitowanie, lecz odwołuje się do obowiązków inwestora przyjmowania wykonanych robót częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia”. Przepis ten reguluje więc zagadnienie finansowania robót w toku i nie chodzi w nim odbiór kwitujący wykonawcę z odpowiedniej części robót ze skutkiem wygaśnięcia w tej części zobowiązania.

Jednakże powyższe zapatrywanie nie jest w judykaturze jedyne, a ponadto - zdaniem Sądu Apelacyjnego - ocena podzielności świadczenia wykonawcy w umowach o roboty budowlane powinna podlegać indywidualnej ocenie w każdym rozpatrywanym przypadku, mając na względzie przedmiot umowy oraz treść jej postanowień. W przedmiotowej sprawie Sąd odwoławczy uważa, że istnieją podstawy do uznania świadczenia wykonawcy za podzielne, skoro tak postrzegali je zamawiający, odstępując od umowy jedynie częściowo.

Powód w apelacji podniósł również zarzut, że pismo z dnia 20 października 2008 r., w którym pozwany wyznaczył wykonawcy dodatkowy termin wykonania prac, zostało podpisane przez pełnomocników A. W. i M. W., których umocowanie do działania w imieniu zamawiającego nie zostało wykazane. Jednakże, zdaniem Sądu Apelacyjnego, kwestia ta nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, skoro pismo to zostało doręczone wykonawcy w okresie, kiedy nie był on jeszcze w zwłoce z wykonaniem zobowiązania, a więc nie spełniało wymogu przewidzianego w art. 491 § 1 k.c. Z tej samej przyczyny nieistotny jest zarzut nieadekwatności dodatkowego terminu wyznaczonego wykonawcy w tym piśmie, a także braku jego „ostatecznego” charakteru.

Nietrafny jest zarzut naruszenia art. 60 k.c. w związku z art. 76 k.c. i z treścią umowy poprzez nieuwzględnienie faktu przedłużenia wykonawcy terminu wykonania przedmiotu umowy, w sytuacji, gdy wykonywał on roboty budowlane po dniu 17 października 2008 r., zaś umowa nie zastrzegała wprowadzania zmian do niej w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Powód bowiem nie udowodnił, aby rzeczywiście strony umowy o roboty budowlane złożyły zgodne oświadczenia woli, choćby w sposób dorozumiany, co do przedłużenia realizacji umowy poza termin dodatkowy wyznaczony wykonawcy przez zamawiającego w piśmie z dnia 20 października 2008 r., tj. do dnia 7 listopada 2008 r. Sam fakt pozostawania przez (...) spółkę z o.o. na placu budowy i dalszego wykonywania prac nie świadczy o zgodzie zamawiającego na przedłużenie terminu realizacji umowy, a jedynie o umożliwieniu jej wykonania zobowiązania po upływie umówionego terminu. Z pisma (...) spółki z o.o. z dnia 22 grudnia 2008 r. wynika, że na spotkaniu wykonawca zobowiązał się do zakończenia prac do dnia 4 grudnia 2008 r. i nie dotrzymał także tego terminu. Z pisma tego nie wynika, aby był to termin uzgodniony przez strony, lecz, że był to termin jednostronnie wskazany przez (...) spółkę z o.o. jako prognozowany czas zakończenia prac.

W szczególności niezasadne są twierdzenia powoda, że na skutek akceptacji przez zamawiającego dalszego dokonywania robót przez wykonawcę, *per facta concludentia* doszło do przesunięcia terminu wykonania umowy co najmniej do dnia 12 grudnia 2008 r., przez co wydłużeniu miałyby ulec również 54 dniowy okres niezawinionego przez wykonawcę opóźnienia w wykonaniu robót. Jest to rozumowanie nielogiczne i sprzeczne ze zgromadzonym materiałem dowodowym. Rozumowanie takie prowadziłoby do konkluzji, że nie byłoby możliwe dalsze wykonywanie robót przez wykonawców po upływie umownego terminu ich zakończenia, skoro akceptacja tego stanu zawsze prowadziłaby do zmiany terminu zakończenia prac ustalonego w umowie. Niecelowe byłoby wówczas ustanawianie kar umownych za opóźnienie lub zwłokę w realizacji robót, skoro przesłanki ich naliczenia nigdy nie następowałyby. Ponadto powód nie wyjaśnił, dlaczego termin wykonania prac ten miałyby ulec przedłużeniu do dnia 12 grudnia 2008 r., skoro w tym czasie nie miały miejsca jakiegokolwiek zachowania stron umowy o roboty budowlane, które mogłyby prowadzić do modyfikacji treści umowy.

Ma natomiast rację powód twierdząc w apelacji, że pozwany nie wyznaczył wykonawcy dodatkowego terminu realizacji robót do dnia 4 grudnia 2008 r., albowiem z treści pisma zamawiającego z dnia 22 grudnia 2008 r. wynika jedynie, że termin ten wskazała sama (...) spółka z o.o. jako deklarowany przez nią termin zakończenia robót, co zostało przyjęte do wiadomości przez pozwanego, jednakże nie doprowadziło do zmiany treści umowy o roboty budowlane. Powyższa okoliczność nie przemawia więc za uwzględnieniem argumentacji powoda co do zasadności jego roszczenia.

Nietrafny jest zarzut naruszenia art. 476 k.c. w związku z § 2 ust. 9 umowy o roboty budowlane w związku z art. 353<sup>1</sup> k.c., w sytuacji, gdy pozwany nie uścił uprzednio wymagalnych wierzytelności. Powód wyjaśnił, że zgodnie z treścią § 2 ust. 9 umowy o roboty budowlane, w przypadku opóźnienia w zapłacie przyjętej faktury przekraczającego 14 dni roboczych, wykonawcy przysługuje prawo przesunięcia terminu zakończenia realizacji przedmiotu budowy o taką ilość dni, o jaką zamawiający opóźnił się z zapłatą. Ponieważ pozwany przyjął fakturę VAT nr (...) i jej dotychczas nie zapłacił, zdaniem powoda po stronie zamawiającego nie powstało roszczenie o zapłatę kar umownych. Jednakże powód nie dostrzega, że wierzytelność objęta fakturą VAT nr (...) uległa umorzeniu na skutek oświadczenia zamawiającego z dnia 1 lutego 2009 r. o potrąceniu, przy czym skuteczność tego oświadczenia potwierdził Sąd Apelacyjny w W. w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 kwietnia 2016 r., wydanego w sprawie o sygn. akt VI ACa 1008/14. To samo oświadczenie o potrąceniu dotyczyło bowiem wierzytelności wykonawcy wynikających z faktur VAT o nr (...).

Nie ma racji powód zarzucając naruszenie art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 65 k.c. i § 8 ust. 3 umowy o roboty budowlane poprzez przyjęcie, że: pozwany może żądać kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy, pomimo niewykazania przez niego winy w postępowaniu wykonawcy; treść umowy o roboty budowlane jednoznacznie wskazywała wysokość kary umownej; 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.

Z § 8 ust. 1 umowy o roboty budowlane wynika, że wykonawca był zobowiązany do zapłaty zamawiającemu kary umownej w wysokości 0,2% wartości umownej z tytułu nieterminowego zakończenia realizacji przedmiotu umowy, liczonej za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu umownego. Treść tego postanowienia jest niespójna, albowiem jako przesłankę nałożenia kary umownej wskazuje „nieterminowego zakończenia realizacji przedmiotu umowy”, jednak jej wysokość uzależnia od ilości „dni zwłoki” w stosunku do terminu umownego. W tej sytuacji trafnie przyjął Sąd Okręgowy, że strony wprowadziły karę umowną za zwłokę, a nie za zwykłe opóźnienie. Natomiast § 8 ust. 3 umowy przewiduje, że za odstąpienie od umowy strona, z winy której odstąpienie od umowy nastąpiło, była zobowiązana do zapłaty drugiej stronie kary umownej w wysokości 10% wartości umowy. Kara umowna związana z odstąpieniem od umowy wyraźnie nawiązuje więc do pojęcia winy, jako przesłanki jej nałożenia na stronę.

W ocenie Sądu Apelacyjnego Sąd pierwszej instancji prawidłowo zinterpretował pojęcie winy i w odpowiednim zakresie przypisał ją wykonawcy. Mając bowiem na uwadze treść opinii uzupełniającej biegłego sądowego, poczynwszy od dnia 12 grudnia 2008 r. opóźnienie wykonawcy nie było usprawiedliwione przyczynami zewnętrznymi, lecz było spowodowane długimi i nieuzasadnionymi przestojami w realizacji prac. Pomimo zaś spoczywającego na powodzie ciężarze dowodu (art. 6 k.c.), nie udowodnił on, że wykonując roboty budowlane wykonawca zachował należyta staranność wymaganą od podmiotu profesjonalnie zajmującego się budową (art. 355 k.c.) i pomimo podjęcia wszelkich dostępnych działań, nie był w stanie do dnia 12 grudnia 2008 r. zakończyć realizacji robót. Tymczasem niezachowanie należytej staranności w powyższym zakresie jest równoznaczne z winą wykonawcy braku terminowego zakończenia realizacji przedmiotu umowy.

Zgodnie z treścią art. 476 k.c. dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Z powołanego przepisu wynika, że (...) spółka z o.o. dopuściła się zwłoki nie wykonując swojego świadczenia w terminie, w sytuacji gdy nie zostało udowodnione, że opóźnienie było skutkiem okoliczności, za które nie ponosiła odpowiedzialności. Ponieważ powód zdołał udowodnić jedynie, że wykonawca nie ponosił odpowiedzialności za

opóźnienie trwające do dnia 12 grudnia 2008 r., należy uznać, że opóźnienie począwszy od 13 grudnia 2008 r. obciążało wykonawcę i oznacza, iż w tym okresie był on w zwłóce.

Dlatego, zdaniem Sądu Apelacyjnego, zostały spełnione przesłanki obciążenia wykonawcy karami umownymi: w związku z nieterminowym zakończeniem umowy - za okres od dnia 13 grudnia 2008 r. (według opinii biegłego sądowego od tego dnia wykonawca był w zwłóce) do dnia 19 stycznia 2009 r. (w tym dniu wykonawca samowolnie opuścił teren budowy i zlecniodawca złożył oświadczenie o częściowym odstąpieniu od umowy), a także z związku z zawinionym przez wykonawcę odstąpieniem od umowy. Kara pieniężna związana z nieterminowym zakończeniem umowy należała się pozwanemu za 39 dni kalendarzowych, przy czym powinna ona zostać obliczona mnożąc 39 dni zwłoki przez 0,2% wartości przedmiotu umowy, który wynosił 3.780.000 zł. Kara ta wynosiła więc 294.840 zł. Natomiast kara związana z zawinionym przez wykonawcę odstąpieniem od umowy wynosiła 378.000 zł, albowiem stanowiła 10% wartości przedmiotu umowy. Łączna kwota kar umownych należnych pozwanemu wynosiła 672.840 zł.

Nie ma racji powód zarzucając w apelacji, że treść § 8 ust. 1 i 3 umowy o roboty budowlane jest niejasna, a tym samym nieprecyzyjne są przesłanki obliczenia kar umownych. Wprawdzie w ust. 1 tego paragrafu użyto określenia „0,2 % wartości umownej”, a w ust. 3 określenia „10 % wartości umowy”, lecz bezsprzecznie strony w obydwu tych wypadkach miały na myśli określoną w § 3 ust. 1 umowy wysokość wynagrodzenia ryczałtowego należnego za wykonawcy za realizację umowy, albowiem w umowie tej żadna inna wartość nie występuje. Wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy zostało wskazane w umowie jako kwota 3.780.000 zł netto i na podstawie tej właśnie kwoty zamawiający obliczył wysokość kar umownych. Wbrew twierdzeniu powoda, kar umownych określonych w § 8 ust. 1 i 3 umowy, nie można więc traktować jako nie zastrzeżonych.

Ponadto nie ma racji powód zarzucając niezastosowanie art. 484 § 2 k.c. w sytuacji, gdy: kara umowna była wygórowana w kontekście wartości robót, które pozostały do wykonania po odstąpieniu od umowy; umowa została wykonana w znacznej części; wykonanie znacznej części umowy przez wykonawcę nastąpiło bez zwłoki; miało miejsce przyczynienie się pozwanego do uchybienia przez wykonawcę terminowi spełnienia jego świadczenia (art. 362 k.c.). Jednakże w uzasadnieniu apelacji powód nie wyjaśnił, której z kar umownych dotyczą powyższe zarzuty. Ponadto zarzut wygórowania kary umownej jest niewystarczający do miarkowania kary umownej, albowiem art. 484 § 2 k.c. jako przesłankę obniżenia kary przewiduje jej rażące wygórowanie. Tymczasem, w ocenie Sądu Apelacyjnego, żadna z nałożonych na wykonawcę kar pieniężnych nie była rażąco wygórowana. Kara w wysokości 0,2% wartości przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki w przedmiotowej sprawie odpowiada kwocie 7.560 zł dziennie i jest to stawka stosowana powszechnie w umowach o roboty budowlane. Również kara w wysokości 10 % wartości przedmiotu umowy w wypadku odstąpienia od umowy, jest stawką powszechnie stosowaną w obrocie gospodarczym.

Alternatywną przesłanką obniżenia kary umownej jest wykonanie przez dłużnika zobowiązania w znacznej części. Mając na uwadze zarówno karę umowną związaną z nieterminowym zakończeniem umowy, jak i karę umowną związaną z częściowym odstąpieniem od umowy, wskazać należy, że powód nie tylko nie udowodnił, jaka była wartość wykonanych oraz niewykonanych robót w dacie wystąpienia zwłoki wykonawcy (tj. w dniu 13 grudnia 2008 r.) i w dacie częściowego odstąpienia od umowy (tj. w dniu 19 stycznia 2009 r.), lecz nawet nie wskazał, w jakim zakresie kary te - jego zdaniem - powinny ulec obniżeniu. Natomiast przewidziana w art. 362 k.c. konstrukcja prawna przyczynienia się poszkodowanego do powstania lub zwiększenia szkody, nie ma zastosowania do instytucji kary umownej.

W konsekwencji wskazać należy, że (...) spółka z o.o. złożyła (...) spółce z o.o. skuteczne oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w wysokości 225.527,17 zł wynikającej z kar umownych w zakresie kwoty 225.527,17 zł, z wierzytelności wykonawcy objętej m.in. fakturą VAT nr (...), co spowodowało umorzenie wierzytelności objętej powyższą fakturą w zakresie całej kwoty 111.965 zł. Ponieważ potrącenie zostało dokonane oświadczeniem zawartym w piśmie pozwanego z dnia 1 lutego 2009 r., doręczonym wykonawcy w dniu 27 lutego 2009 r., doszło do wygaśnięcia dochodzonej pozewm wierzytelności jeszcze przed zawarciem przez (...) spółkę z o.o. i D. M. umowy przelewu. Ponieważ w dacie zawarcia umowy przelewu, tj. w dniu 29 maja 2009 r., przedmiotowa wierzytelność nie istniała, nie doszło również do jej przeniesienia na rzecz powoda. Dlatego Sąd Okręgowy prawidłowo oddalił powództwo.

Podstawą orzeczenia Sądu Apelacyjnego był art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na zasadzie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c.