

Sygn. akt I ACa 395/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 września 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Anna Kowacz-Braun
Sędziowie:	SSA Teresa Rak (spr.) SSA Zbigniew Ducki
Protokolant:	sekr.sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 12 września 2016 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa R. K.

przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w K.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 21 grudnia 2015 r. sygn. akt IX GC 215/12

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 10.800 zł (dziesięć tysięcy osiemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

SSA Zbigniew Ducki SSA Anna Kowacz-Braun SSA Teresa Rak

Sygn. akt I ACa 395/16

UZASADNIENIE

Powód R. K. domagał się od strony pozwanej (...) S.A. z siedzibą w K. zasądzenia kwoty 326.864,42 zł wraz z ustawowymi odsetkami i kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Strona pozwana (...) S. A. z siedzibą w K. wnosila o oddalenie powództwa i zasądzenia od powoda na rzecz strony pozwanej kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Krakowie oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz strony pozwanej kwotę 8.611,53 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Rozstrzygnięcie wydał w oparciu o następująco ustalony stan faktyczny sprawy:

Stronę pozwaną (...) S. A. z siedzibą w K., jako zamawiającego – generalnego wykonawcę, łączyła z powodem R. K. (liderem konsorcjum) i L. K. - działającymi w konsorcjum - umowa z dnia 18 sierpnia 2010 r. o podwykonawstwo robót budowlanych. W toku realizacji prac, z przyczyn nieujawnionych przez strony doszło do przerwania prac prowadzonych przez L. K. i zejścia jej pracowników z budowy, co zasadniczo, negatywnie wpłynęło na postępy prac. Powód kontynuował prace w ramach podpisanej umowy, ale z niewystarczającą liczbą pracowników. Zamówienie pozwanego dotyczyło tynków zewnętrznych na trzech elewacjach, budynku przy ul. (...) w K. sprecyzowanych co do zakresu robót w umowie. Strony ustaliły terminy rozpoczęcia robót na dzień 23 sierpnia 2010 r., a terminy zakończenia robót na zamówionych elewacjach wschodniej, zachodniej i południowej na dzień 10 listopada 2010 r. Wynagrodzenie (§ (...)) podwykonawcy za prawidłowo wykonane i odebrane przez zamawiającego roboty miało zostać ustalone obmiarem powykonawczym i umownymi cenami jednostkowymi, wskazanymi w umowie (§(...)). Strony określiły szacunkową wartość wynagrodzenia całkowitego netto na 350.000 zł (§(...)). Zapłata wynagrodzenia (§(...)) miała następować za prawidłowo wykonane i odebrane kolejne miesięczne zakresy robót. Podstawą do wystawienia faktury częściowej (§ (...)) miały być protokoły odbioru miesięcznego zakresu robót podpisane przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego, zamawiającego lub Kierownika Budowy, z załączonym obmiarem powykonawczym sporządzonym przez podwykonawcę, zatwierdzonym przez kierownika budowy. Na poczet kaucji gwarancyjnej należytego wykonania robót, z faktur częściowych, zamawiający potrącał 10% kwoty netto (§ (...))z której połowa, czyli 5% została miała zwrócona podwykonawcy w 30 dni od daty podpisania protokołu odbioru końcowego robót stanowiących przedmiot umowy. Zobowiązania zamawiającego obejmowały m.in. (§(...)) przekazywanie podwykonawcy kolejnych frontów robót w sposób płynny, tak aby uniknąć przestojów podwykonawcy, (§ (...)) zapewnienie rusztowań na elewacji wschodniej, zachodniej i południowej, za wyjątkiem rusztowania na fragmencie elewacji wschodniej opisanego bliżej w umowie, oraz zapewnienie siatki zabezpieczającej i dostawę parapetów zewnętrznych, do zamontowania przez podwykonawcę. Procedura odbiorów robót (§(...)) nakładała na podwykonawcę obowiązek zgłaszania do odbioru prawidłowo wykonanych miesięcznych zakresów robót oraz całości robót wchodzących w zakres przedmiotu umowy (po usunięciu wszystkich ewentualnych wad i usterek), nie później niż w następnym dniu roboczym po zakończeniu danych robót przez podwykonawcę. Zamawiający, po otrzymaniu stosownego zgłoszenia od podwykonawcy, miał dokonywać odbiorów miesięcznych zakresów robót oraz odbioru końcowego (§ (...))Odbiory prawidłowo wykonanych miesięcznych zakresów robót miały być dokonywane w terminie 2 dni roboczych, liczonych od dnia zgłoszenia gotowości do odbioru (§ (...))W przypadku odbioru z usterkami, wszystkie usterki muszą zostać usunięte, przed zgłoszeniem do odbioru kolejnego miesięcznego zakresu robót, pod rygorem odmowy przystąpienia do odbioru zgłoszonych robót (§ (...)). Ustalono warunki odbioru końcowego (§ (...)), a to : a) usunięcie wszystkich wad istotnych i usterek, stwierdzonych w trakcie kolejnych odbiorów miesięcznych zakresów robót, b) przekazanie zamawiającemu kompletów atestów, certyfikatów, aprobat, zezwoleń deklaracji zgodności lub innych równorzędnych dokumentów dla wszystkich materiałów użytych przez podwykonawcę. Wśród kar umownych strony ustaliły (§ (...)) karę za zwłokę w wykonaniu każdej z trzech elewacji w wysokości 0,5% szacunkowej wartości wynagrodzenia całkowitego netto określonego w § (...)za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu ustalonego w §(...) Powód przystąpił do realizacji prac w dniu 20 sierpnia 2010 r. i zaczął od montażu rusztowań (dziennik budowy). Powód nie zgłaszał pisemnie wykonanych prac, nie dokonywał zgłoszeń kolejnych etapów realizowanych prac, w efekcie brak jest wpisów w dzienniku budowy. Powód nie zgłaszał w trakcie narad koordynacyjnych problemów z koordynacją prac na budowie, a w szczególności braku frontu robót. Bezspornie począwszy od dnia 24 listopada 2010 r. ani pozwany ani jego przedstawiciel nie zgłaszał się na narady koordynacyjne, pomimo takiego obowiązku umownego. Strony dokonały czynności odbiorów częściowych, stwierdzonych w protokołach z 30.09.2010 r. za miesiąc IX/2010 r., 29 października 2010 r. za miesiąc (...). Powód wystawił, w ślad za protokołami, faktury VAT na kwoty odpowiednio 174.711,91 zł i 218.521,29 zł. Pozwany wypłacił należności pomniejszone o 10% zgodnie z umową. Pozwany ocenił jako ostateczne zgłoszenie gotowości powoda do odbioru z dnia 30 kwietnia 2011 r. pomimo, że nie zawierało kompletu wymaganych umową załączników. Z uwagi na usuwanie wad, spór co do ostatecznej wysokości należności dla podwykonawcy i

trwające rozmowy zmierzające do ugody, protokół odbioru końcowego podpisano dopiero 12 lipca 2011 r. Powód zakwestionował do protokołu termin dokonania odbioru (k. 138 b), którego oczekiwał „9 maja 2011r., 15 dni roboczych po zgłoszeniu do odbioru...”. Sąd ustalił, że powód dopiero 30 kwietnia 2011 r. zgłosił gotowość do odbioru końcowego.

Powyższe ustalenia faktyczne Sąd poczynił w oparciu o zeznania świadków i stron. W zakresie czynności potrącenia Sąd dokonał ustaleń w oparciu o dokumenty. Powód już przy pozwie przedstawił odpis oświadczenia pełnomocnika pozwanego skierowanego, do powoda, datowanego na 6.02.2012r. o potrąceniu kary umownej za zwłokę - według ustaleń Sądu należnej do kwoty 714.000zł - z należnościami wskazanymi obecnie w żądaniach A i C pozwu. Powód karę wyliczył za 171 dni zwłoki (zasadne za 136 dni) wg algorytmu wskazanego w umowie. Oświadczenie to stanowiło potwierdzenie i rozszerzenie zakresu oświadczenia zarządu pozwanego skierowanego do powoda w piśmie z daty 2.09.2011r. (k. 40) Potwierdzenie czynności pełnomocnika powoda zarząd pozwanego podtrzymał w pełnomocnictwie datowanym na 5.02.2012 k. 238.

Dokonując oceny prawnej Sąd Okręgowy wskazał, że w przedmiotowej sprawie zachodzą przesłanki materialne do potrącenia wierzytelności, zgodnie z art. 498 § 1 k.c. Pozwany uzasadnił je także powstaniem szkody. Analiza dowodów wskazuje, że pozwany był uprawniony, w świetle umowy do naliczenia powodowi kary umownej. Zgodnie z postanowieniami umowy, kara umowna mogła zostać naliczona w przypadku zwłoki w oddaniu robót. Powód wskazał przyczyny, omówione w ustaleniach faktycznych, które w jego ocenie wywołały opóźnienie. W ocenie Sądu argumentacja powoda dotycząca niezasadności naliczenia kary umownej nie zasługiwała na uwzględnienie. W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego okazało się, że powód ponosi winę za opóźnienia. Świadczenie relacjonowało braki pracowników powoda. Biegła wskazała na ponadprzeciętną liczbę wad w realizowanych pracach. Wady te wydłużyły cykle pracy z winy powoda. Biegła przekonywująco wywiodła, uwzględniając okoliczności wskazywane przez powoda jako powodujące opóźnienie, usprawiedliwiały je w wymiarze 30 dni roboczych. Ostatecznie jako datę końcową bieglej wskazała 10 – 15 grudnia 2010 r. trafnie wskazując, iż wszelkie dalsze zamówienia albo poprawki byłyby pracami dodatkowymi. Ich inwentaryzacja wymagałaby bieżącego dokumentowania prac powoda i uzgodnień z pozwanym. Powód nie przedstawił tu wystarczających dowodów. W konsekwencji nie udało się bliżej powiązać poszczególnych przeszkód mających usprawiedliwiać opóźnienia z terminami początkowymi i końcowymi poszczególnych prac, pomimo pogłębionej analizy dowodów. Powód nie dokumentował zgodnie z umową kolejnych etapów prac, a przez to pozbawił się możliwości wykazania, które opóźnienia były niezawinione. Istotnym jest, iż strony wskazywały w istocie na punktowe kolizje prac na elewacji (tak też je oceniła biegła), co nie uzasadniło prowadzenia wielomiesięcznych prac powoda po umówionym terminie. Na tle zeznań świadków i opinii biegłej, należało ustalić znikomy wpływ na termin realizacji przedmiotowych prac powoda, kolizji z pracami innych podwykonawców. Powód do przerwy zimowej - ok 10 grudnia - nie ukończył ok 10% zasadniczych prac, a w ukończonych nie usunął wad. To stanowi podstawę do przyjęcia zwłoki w realizowanych pracach powoda. Wszelkie poprawki wykonywane po umówionym terminie – po innych podwykonawcach - powód miałby prawo traktować jako roboty dodatkowe, gdyby zrealizował i zgłosił do odbiorów wcześniej roboty zasadnicze. Powód sam przyznał w zeznaniach, że prace zgłosił do odbioru końcowego dopiero 30 kwietnia 2011 r. Dla ustalenia rozmiaru kary umownej pozostaje istotną kwestia zgłaszania gotowości do odbioru końcowego. Termin końcowy z umowy był przewidziany na 10 listopada 2010 r. Pozwany też wskazuje, iż powód prace zgłosił do odbioru 30 kwietnia 2011r. Wcześniejsze zgłoszenia prac nie dotyczyły odbioru końcowego, bo trwały nadal prace. Zatem zgłoszenia powoda dotyczyły odbiorów częściowych. Pozwanemu zatem, zgodnie z umową przysługiwała kara umowna w rozmiarze 714.000zł zł. W ocenie Sądu nawet gdyby przyjąć zaistnienie podstaw do miarkowania kary umownej, z kwoty naliczonej na 714.000zł to w realiach sprawy nie w rozmiarze pozwalającym na uwzględnienie żądania powoda. Nawet mając na względzie wyliczenie kwoty kary, wg. interpretacji umowy przez powoda, to pozostawała ona w rozmiarze 291.000 zł. Kwota ta dalej pozostaje w wysokości przenoszącej kwoty skutecznie potrącone z żądaniem odnośnie wynagrodzenia i kaucji gwarancyjnej, przy uwzględnieniu nadto potrąconych dalszych roszczeń odszkodowawczych pozwanego. W przypadku wierzytelności objętej kaucją gwarancyjną to kwota ta została skutecznie potrącona z karą umowną. Pozwany skutecznie powołał się na umorzenie wierzytelności, na skutek oświadczenia o potrąceniu z 6 lutego 2012 r. w oparciu o pełnomocnictwo z k.238, nadto oświadczenia ponowione w odpowiedzi na pozew. Za pozbawione podstaw faktycznych i prawnych uznał Sąd Okręgowy żądanie wynagrodzenia

z tytułu prac dodatkowych. Potwierdziła to biegła w powoływanej już opinii. Z zeznań świadków wynikało, iż to brak zabezpieczenia przez powoda realizowanych pierwotnie prac spowodował konieczność naprawy już położonego tynku. Zatem oczywistym było żądanie pozwanego naprawy w tym zakresie. Pozbawione podstaw jest twierdzenie powoda, że realizował prace w tym zakresie jako prace dodatkowe. Zatem roszczenie o wynagrodzenie w tym zakresie nie istnieje. Mając powyższe na uwadze należało uznać, że brak było podstaw uzasadniających roszczenia powoda o zapłatę przez stronę pozwaną jakiegokolwiek kwoty.

Apelację od wyroku złożył powód zaskarżając go w całości i zarzucając mu:

1. naruszenie przepisów postępowania mające istoty wpływ na wynik postępowania, a to:

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie ustaleń faktycznych w sposób sprzeczny z zebrany w sprawie materiałem dowodowym i ustalenie, że powód powinien był wykonać swoje prace najpóźniej do dnia 15 grudnia 2010 r., natomiast zmycie części już wykonanych prac było wynikiem zaniechań powoda w sytuacji, gdy zebrany materiał dowodowy w postaci dowodów z dokumentów i zeznań okoliczności tych nie potwierdzają,

- art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. przez dokonanie błędnej oceny dowodu z opinii biegłego i oparcie na tym dowodzie ustaleń faktycznych w sytuacji, gdy opinia ta jest niepełna, niewiarygodna i pozostaje w sprzeczności z innymi dowodami uznanymi za wiarygodne,

- art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. oraz art. 278 § 1 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego,

- art. 494¹⁴ § 4 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia 3 maja 2012 r. poprzez oddalenie powództwa w oparciu o zarzut potrącenia zgłoszony dopiero na etapie toczącego się postępowania w sytuacji, gdy roszczenia pozwanego objęte oświadczeniem o potrąceniu nie zostało udowodnione dokumentami,

2. naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest:

- art. 498 § 1 i 2 oraz art. 499 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwany w sposób skuteczny potrącił roszczenie o zapłatę kary umownej oraz roszczenia odszkodowawcze z roszczeniami powoda,

- art. 104 k.c. poprzez przyjęcie, że jednostronnie złożone bez właściwego pełnomocnictwa oświadczenie o potrąceniu może zostać następnie konwalidowane poprzez potwierdzenie takiego oświadczenia,

- art. 484 § 2 k.c. przez zaniechanie zmiarkowania naliczonej kary umownej, mimo iż jest ona rażąco wygórowana, zaś powód wykonał swoje świadczenie w całości.

Na tej podstawie apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości przez uwzględnienie powództwa zgodnie z żądaniem pozwu ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przepisanych.

Odpowiedź na apelację złożyła strona pozwana wnosząc o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Po rozpoznaniu apelacji Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów naruszenia prawa procesowego dotyczących ustaleń faktycznych i oceny dowodów. Dopiero bowiem prawidłowo ustalony stan faktyczny poprzedzony niewadliwą oceną dowodów może stanowić podstawę do zastosowania prawa materialnego.

Zarzutów tych Sąd Apelacyjny nie podziela.

Nie znajduje uzasadnienia zarzut wadliwej oceny dowodów. Sąd Okręgowy dokonał wszechstronnej analizy zebranych dowodów, nie naruszając zasad logiki i doświadczenia życiowego. Nie naruszył więc Sąd zasad oceny swobodnej. Zarzut naruszenia art. 233 kpc nie może więc zostać uwzględniony. Skuteczne postawienie takiego zarzutu wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest wystarczające natomiast przekonanie strony o innej niż przyjął Sąd doniosłości poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (tak np. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 6 listopada 1998 r. II CKN 4/98 – niepublikowane).

Należy zwrócić uwagę, że Sąd pierwszej instancji odniósł się do przeprowadzonych dowodów, tak do dokumentów jak i dowodów osobowych, wskazując które dowody uznaje za wiarygodne, a którym wiary nie daje i z jakiej przyczyny. Wskazać trzeba, że sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału zachodzi tylko wtedy, gdy powstaje dysharmonia pomiędzy materiałem zgromadzonym w sprawie, a konkluzją, do jakiej dochodzi sąd na jego podstawie. Jeżeli natomiast sąd z określonego materiału dowodowego wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać. W sytuacji gdy na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego powód forsował wersję wydarzeń pozostającą w sprzeczności z tą przedstawianą przez pozwaną, to sąd według swobodnego uznania decyduje, którą spośród prawdopodobnych wersji uznaje za prawdziwą. Wiarygodność i moc poszczególnych dowodów nie podlega klasyfikacji parametrycznej, stąd przekonanie uczestników postępowania może być odmienne od przekonania składu orzekającego. Rozwiązanie pozornej sprzeczności istnienia dwóch usprawiedliwionych sądów (mniemań) tkwi w ustawowym przyznaniu kompetencji składowi orzekającemu ustalenia według swobodnego uznania, którą spośród prawdopodobnych wersji uznaje za prawdziwą.

Naruszenia art. 233 kpc pozwany upatrywał w tym, że sprzecznie z materiałem dowodowym Sąd ustalił, że powód winien był prace wykonać najpóźniej do połowy grudnia 2010 roku oraz, że zmycie elewacji było wynikiem zaniedbań powoda, czego materiał dowodowy nie potwierdza. Zarzucił też pozwany, że Sąd błędnie ocenił dowód z opinii biegłego i oparł na niej swoje ustalenia, chociaż opinia jest niepełna i niewiarygodna.

Sąd Apelacyjny po dokładnej analizie przeprowadzonych dowodów doszedł do przekonania, że stan faktyczny ustalony został prawidłowo, a postępowanie dowodowe przeprowadzone zostało w zakresie wyczerpującym i wystarczającym do rozstrzygnięcia sprawy. Materiał dowodowy Sąd ocenił wszechstronnie, z zachowaniem reguł określonych w art. 233 § 1 k.p.c. Jasno i zrozumiale wyjaśnił Sąd też podstawę prawną rozstrzygnięcia. Z tych przyczyn Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne i ocenę dowodów dokonane przez Sąd I instancji, a zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, a dodatkowo uzupełnione przez kolejną opinię biegłej K. C. na rozprawie apelacyjnej (opinia ta służyła weryfikacji ustaleń poczynionych przez Sąd I instancji, ale nie zawierała nowych informacji ani wniosków, dlatego nie było potrzeby dokonywania na jej podstawie nowych ustaleń faktycznych). Opinia biegłej jest jasna, pełna i nie zawiera sprzeczności. Wnioski z niej wynikające są kategoryczne i konsekwentne. Nie budzą wątpliwości Sądu i Sąd je podziela. Biegła wyczerpująco i zrozumiale wyjaśniła wszystkie kwestie i konsekwentnie podtrzymała wnioski opinii. Nie można zgodzić się z zarzutami apelującego kierowanymi pod adresem opinii biegłej K. C., ponieważ nie przedstawia on rzeczowych argumentów pozwalających na jej podważenie, a jedynie polemizuje z opinią oraz jej oceną dokonaną przez Sąd I instancji. Biegła sporządziła wszystkie swoje opinie w sposób prawidłowy, opierając się na zebranych w sprawie dowodach, wskazała analizę przebiegu prac na terenie budowy przy ul. (...) w K., przedstawiła konkretne i rzeczowe odpowiedzi na zadane jej pytania, ustosunkowywała się także do zarzutów strony powodowej.

Sam fakt, że biegła nie zmieniła swoich kategorycznych wniosków po dokonaniu analizy dowodów osobowych, lecz nadal je podtrzymywała wcale nie świadczy o tym, że jej opinia jest nieprawidłowa. Skarżący nie przedstawia w tym zakresie racjonalnych argumentów, a jedynie wskazuje, że jego ocena wskazanej kwestii jest odmienna. Jednocześnie nie powołuje się na błędy logiczne w rozumowaniu Sądu I instancji, a tylko przedstawia własną polemiczną ocenę stanu faktycznego, korzystną dla powoda. Dywagacje skarżącego na temat niechęci biegłej do zmiany pierwotnego

stanowiska i upartego podtrzymywania przez nią błędnych wniosków są zupełnie dowolne i nie poparte żadnymi dowodami, a już na pewno nie wskazaniem doświadczenia życiowego. Konsekwencją biegłej jest jej zaleta, a nie wada i świadczy o tym, że od samego początku biegła rzetelnie opracowała opinię.

Należy zwrócić uwagę na różnice pomiędzy poszczególnymi dowodami w postaci zeznań świadków, dowodów z dokumentów oraz dowodu z opinii biegłego. Rolą świadków jest relacjonowanie zaobserwowanych przez nich zdarzeń i przedstawienie ich przebiegu, dlatego ich opinie i oceny nie mają znaczenia. Liczy się przedstawienie przez nich faktów. Dowody z dokumentów pozwalają na ustalenie tego, co zostało w nich urzędowo poświadczane oraz kto złożył oświadczenie zawarte w dokumencie. Opinia biegłego jest sporządzona w sytuacjach wymagających wiadomości specjalnych i opiera się częściowo na wskazanych wyżej dowodach, a częściowo na wiedzy biegłego. Biegły dokonuje analizy zdarzeń istotnych z punktu widzenia rozstrzygnięcia sprawy i na tej podstawie przedstawia swoje wnioski.

Z uwagi na powyższe brak jest również podstaw do uznania za uzasadniony zarzutu skarżącego dotyczącego obrazy art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. oraz art. 278 § 1 k.p.c., albowiem z uwagi na kompletność i wyczerpujący charakter opinii sporządzonych w sprawie nie było podstaw, by powoływać kolejnego biegłego. Prowadziłoby to jedynie do nieuzasadnionego przedłużania postępowania.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących skuteczności złożonego przez stronę pozwaną zarzutu potrącenia wskazać należy, że w aktach sprawy zalega oświadczenie z dnia 6 lutego 2012 roku, w którym pozwany przedstawia własną wiarygodność z tytułu kary umownej z tytułu prac wykonanych z opóźnieniem do potrącenia z wiarygodnością powoda. W jego treści znajduje się wyraźne odwołanie do pełnomocnictwa składanego w imieniu strony pozwanej, a udzielonego w dniu 5 lutego 2012 roku. Pełnomocnictwo to datowane na dzień 5 lutego 2012 roku załączone zostało do odpowiedzi na pozew.

Prawdziwości tego dokumentu powód skutecznie nie zakwestionował. Zdaniem powoda pozwany nie mógł skutecznie dokonać potrącenia. Z uwagi na przepis art. 474¹⁴ kpc w brzmieniu obowiązującym do maja 2012 roku nie mógł tego uczynić w toku trwającego postępowania, zaś oświadczenie złożone przed procesem również nie mogło odnieść skutku ponieważ złożył je pełnomocnik nie mający umocowania do dokonania czynności materialno prawnej. Twierdził też, że pełnomocnictwo z dnia 5 lutego 2012 roku jest antydatowane. Nie przedstawił powód na tę okoliczność żadnych dowodów, zatem podnoszone twierdzenia przedstawiają tylko domysły powoda, co z pewnością nie jest wystarczające. Dokument pełnomocnictwa z dnia 5 lutego 2012 roku i pisemne oświadczenie o potrąceniu z dnia 6 lutego 2012 roku istnieją, zostały podpisane przez uprawnione osoby, autentyczność podpisów nie została zakwestionowana. Zatem prawdziwość dokumentów nie została skutecznie zakwestionowana. Należy wobec tego stwierdzić, że pełnomocnictwo udzielone zostało prawidłowo i doszło również do skutecznego potrącenia roszczeń strony pozwanej z roszczeniami powoda, a zatem nie doszło do naruszenia przepisu art. 104 k.c. ani przepisu art. 479¹⁴ § 4 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia 3 maja 2012 r., z którego wynikało, że do potrącenia w toku postępowania mogą być przedstawione tylko wiarygodności udowodnione dokumentami. Przepis ten nie odnosił się bowiem do potrąceń dokonywanych przed wszczęciem procesu, a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Powód w oczywisty sposób opóźnił się z wykonywaniem swoich prac, mimo że miał możliwość, by wykonać je w terminie. Termin wykonania prac mijał 10 listopada, prace zaś zostały zgłoszone do odbioru pod koniec kwietnia roku następnego.

Zawierając umowę powód miał świadomość terminu wykonania prac i możliwość realnej oceny czy terminu tego jest w stanie dochować. Należy uznać, że skoro umowę na takich warunkach zawarł to uważał, że jest w stanie w ustalonym terminie prace wykonać.

Sąd pierwszej instancji przyjął na podstawie opinii biegłej, że prace można było wykonać terminowo i Sąd Apelacyjny pogląd ten akceptuje. Zwrócić jednak należy uwagę, że przy tak ustalonym terminie (10 listopada) brak było jakiegokolwiek marginesu na nieprzewidziane sytuacje i wymagana była określona liczba pracowników, którzy wykonywali by prace przez 12 godzin. Wtedy wykonanie robót w terminie było możliwe.

Z opinii biegłej K. C. wynika, że właśnie z uwagi na takie nieprzewidziane trudności typu niesprzyjające warunki atmosferyczne, kolizje z pracami wykonywanymi przez innych wykonawców powód powinien był zakończyć prace najdalej do około 10 – 15 grudnia i takie opóźnienie nie byłoby przez niego zawinione. W tym też terminie powinno było dojść do naprawy usterek, powtórnej realizacji tynku na elewacjach, z których tynk został zmyty oraz uwzględnienia przerw technologicznych. Ewentualne uzupełnienia po dokonaniu innych prac nie uniemożliwiały wykonania tych prac. Uzupełnień można było dokonać później, np. w ramach prac dodatkowych, Nie miałyby to wpływu na ocenę wykonania całości prac przez powoda.

Podziela Sąd Apelacyjny stanowisko Sądu Okręgowego, że powodowi nie przysługuje roszczenie o zapłatę kwoty 137.548,80 zł, za prace, które powód określił jako dodatkowe, a polegające na powtórnym wykonaniu wcześniej już zrealizowanych prac na elewacji zachodniej i wschodniej wskazanych w fakturze VAT nr (...). Zmycie elewacji przez deszcz nastąpiło bowiem w sytuacji braku należytego zabezpieczenia przez powoda wykonanych tynków, w stopniu adekwatnym do panujących warunków atmosferycznych. Z technologicznego punktu widzenia prowadzenie prac elewacyjnych w sezonie jesienno – zimowym jest obciążone pewnym ryzykiem i nie jest zalecane, ale przy użyciu odpowiednich środków zabezpieczających jest możliwe. Podnoszony przez pozwanego, jako przyczyna zmycia elewacji, brak obróbek blacharskich w istocie nie miał decydującego znaczenia jako że elewacja została zmyta z całej ściany, a nie tylko w miejscu które te obróbki mogłyby stanowić osłonę. Ewidentnie świadczy to więc o braku należytego zabezpieczenia, które technologicznie jest możliwe i jest stosowane. Fakt uszkodzenia tynku nie zwalniał powoda z obowiązku wykonania umowy, a zatem z obowiązku naprawy uszkodzeń lub ponownego położenia tynku na elewacji.

Powód cały czas starał się wykazać, że niektórych prac nie mógł wykonać dopóki nie zostały wykonane inne prace przez innych wykonawców. Innymi słowy, że z wykonaniem swoich prac musiał się wstrzymać do czasu wykonania innych prac. Oczywiście mogło być i było tak, że powód po wykonaniu prac przez innych wykonawców (np. zamontowaniu balustrad) musiałby coś uzupełnić czy poprawić, nie dlatego że sam wykonał prace wadliwie, ale z tego względu, że ktoś w elewację zaingerował i wykonując swoje prace ją uszkodził. Były to jednak poprawki i uzupełnienia w zasadzie punktowe. Winien był więc powód swoje prace wykonać i zgłosić je do odbioru. Wykonanie uzupełnień po terminie nie mogłoby wówczas być potraktowane jako jego przekroczenie.

Biorąc pod uwagę zakres przekroczenia przez powoda terminu wykonania prac Sąd Okręgowy należną karę umowną określił na kwotę 714.000 zł. Z kolei wierzytelność powoda wynosiła 170.940,24 zł tytułem wynagrodzenia oraz 18.375,38 zł tytułem podlegającej zwrotowi kaucji gwarancyjnej. Zatem wierzytelność z tytułu kary umownej jest znacznie wyższa od wierzytelności powoda (ponad 3,7 razy większa). Oznacza to, że nawet bardzo znaczne miarkowanie kary (np. o 70%) nie mogłoby doprowadzić do uwzględnienia powództwa w niewielkiej nawet części, bowiem w dalszym ciągu wierzytelność pozwanego przewyższałaby wierzytelność powoda.

Nie dopuścił się zatem Sąd Okręgowy naruszenia art. 484 § 2 kc.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny na zasadzie art. 385 k.p.c. oddalił apelację.

O kosztach postępowania Sąd Apelacyjny orzekł na zasadzie art. 98 § 1 k.p.c. zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu i zasądził od powoda jako strony przegrywającej na rzecz strony pozwanej kwotę 10.800 zł na zasadzie § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1804).

SSA Zbigniew Ducki SSA Anna Kowacz – Braun SSA Teresa Rak