

Sygn. akt I ACa 1724/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 maja 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Anna Kowacz-Braun (spr.)
Sędziowie:	SSA Zbigniew Ducki SSA Regina Kurek
Protokolant:	sekr. sądowy Katarzyna Rogowska

po rozpoznaniu w dniu 16 maja 2017 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w O.

przeciwko (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółce komandytowej w K.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 25 stycznia 2016 r. sygn. akt IX GC 302/14

1. oddala apelację;

2. zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 10 800 zł (dziesięć tysięcy osiemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Zbigniew Ducki SSA Anna Kowacz-Braun SSA Regina Kurek

I ACa 1724/16

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie

z dnia 26 maja 2017 r.

Powód (...) S.A. z siedzibą w O. wniósł o wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym nakazującego pozwanemu (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. zapłacenie na rzecz powoda kwotę 1.792.049,23 zł wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi:

- od kwoty 1.752.516,20 zł od dnia 13 czerwca 2013 r. do dnia zapłaty,

- od kwoty 39.533,03 zł od dnia 6 lipca 2013 r. do dnia zapłaty wraz z kosztami postępowania w tym powiększonymi 3 krotnie co do wynagrodzeniem pełnomocnika procesowego. Stanowisko uzasadniał tym, że dnia 7 maja 2012 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane nr (...) (zmienionej następnie aneksami), na mocy której powód zobowiązał się do wykonania budynku usługowo-dydaktycznego z garażem podziemnym, instalacjami wewnętrznymi i zewnętrznymi, układem drogowym, miejscami parkingowymi i zagospodarowaniem terenu w K. przy ul. (...). Powód wykonał swoje zobowiązanie w terminie. Pomimo wystawienia na rzecz zamawiającego faktur tytułem wynagrodzenia za wykonane prace budowlane i instalacyjne i ich doręczenia, pozwany nie uregulował należności.

Nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 8 sierpnia 2013 roku sąd uwzględnił roszczenie w całości.

W zarzutach pozwany wniósł o uchylenie nakazu zapłaty w całości i oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów postępowania w tym zwiększonego wynagrodzenia pełnomocnika. Wniósł o rozpoznanie sprawy z pominięciem przepisów o postępowaniu nakazowym, albowiem wydanie nakazu zapłaty nastąpiło jedynie w wyniku wprowadzenia Sądu przez stronę powodową w błąd co do szeregu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, a wymienionych szczegółowo w zarzutach. Przedstawił w zarzutach do potrącenia kwotę 432.054,00 zł i kwotę 1.164.332,55 zł.

Wyrokiem z dnia 25 stycznia 2016 roku Sąd Okręgowy w Krakowie: w pkt I utrzymał nakaz zapłaty Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8 sierpnia 2013 r. w mocy w części zasądzającej kwotę 1.752.516,20 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13 czerwca 2013 r. do dnia zapłaty; w pkt II uchylił nakaz zapłaty określony w pkt I w pozostałej części i postępowanie umarza; w pkt III uchylił nakaz zapłaty Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8 sierpnia 2013 r. w części zasądzającej koszty postępowania; w pkt IV zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 46.362,97 zł tytułem kosztów postępowania.

Rozstrzygnięcie wydał Sąd w oparciu o następująco ustalony stan faktyczny:

Dnia 7 maja 2012 r. spółka (...) Spółka z o.o. Spółka komandytowa z siedzibą w K. (...) zawarła ze spółką (...) S.A. z siedzibą w O. (...) umowę o roboty budowlane nr (...), na mocy której Wykonawca zobowiązał się do wykonania budynku usługowo-dydaktycznego (salon samochodowy wraz z serwisem i zapleczem administracyjno – biurowo – dydaktycznym) z garażem podziemnym, instalacjami wewnętrznymi i zewnętrznymi, układem drogowym, miejscami parkingowymi i zagospodarowaniem terenu w K. przy ul. (...)

Strony ustaliły, że Wykonawca otrzyma za wykonanie umowy wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 14.044.805,00 zł netto powiększone o podatek VAT w wysokości obowiązującej w dacie wystawienia faktury (...) umowy), oraz że termin realizacji umowy to 7 października 2012 r., przy czym za termin realizacji strony przyjęły stan inwestycji umożliwiający zgłoszenie do odbioru przez właściwe podmioty, których opinie lub decyzje są potrzebne do złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie.

Na mocy aneksów nr (...) zawartych w dniach 31 sierpnia 2012 r. i 6 listopada 2012 r. strony przesunęły termin realizacji umowy, odpowiednio, do dnia 7 listopada 2012 r. i 23 lutego 2013 r.

Inwestycja była realizowana z kredytu zaciągniętego w (...) Bank S.A. w kwocie 16.500.000,00 zł. Możliwość zapłaty stronie powodowej wynagrodzenia była każdorazowo uzależniona od weryfikacji w Banku kredytującym przedstawionych dokumentów. Strona pozwana dwa razy w miesiącu mogła polecać zapłatę należności, jednakże jedynie w przypadku otrzymania od strony powodowej kompletu dokumentów, w tym protokołu robót podpisanego przez kierownika kontraktu, kierownika budowy i inspektora nadzoru (§(...) ust. (...) umowy) oraz oświadczeń

wszystkich podwykonawców o uregulowaniu ich należności przez stronę powodową (§ (...)ust. (...) oraz ust.(...) umowy).

W § (...) ust. (...) zawartej umowy każda ze stron wskazała swojego przedstawiciela umocowanego do jej reprezentowania. Strona powodowa wskazała I. D. Projektu, który był umocowany do reprezentowania strony powodowej w związku z zawartą umową oraz do składania odpowiednich oświadczeń w jej imieniu. Przedstawicielem strony pozwanej był Z. P., kierownik kontraktu.

Zgodnie z § (...)ust. (...) umowy z dnia 7 maja 2012 r. zapłata wynagrodzenia strony powodowej miała nastąpić na podstawie prawidłowo wystawionych faktur VAT, po faktycznym zaistnieniu podstaw ich wystawienia w formie przelewu bankowego, w terminie 14 dni kalendarzowych od dnia otrzymania przez powoda; w przypadku nieprawidłowo wystawionej faktury (niezgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami lub brakami w wymaganej umową dokumentacji stanowiącej załącznik do faktury) termin płatności zaczyna biec od daty otrzymania przez powoda prawidłowej faktury.

Zgodnie z ust. (...) umowy do każdej faktury wykonawca zobowiązany był dołączyć oświadczenia wszystkich podwykonawców, iż wywiązał się z wszelkich zobowiązań finansowych w odniesieniu do każdego z nich.

Pismami z dnia 17 stycznia 2013 r. pełnomocnik inwestora S. G. (1), stosownie do art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2010 nr 243 poz. 1623) zawiadomił Komendę Miejską Państwowej Straży Pożarnej oraz Powiatową Stację Sanitarno-Epidemiologiczną o zakończeniu prac budowlanych, tj. podmioty, których decyzje były potrzebne do złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie. Dnia 25 stycznia 2013 r. Komendant Miejski Państwowej Straży Pożarnej w K. złożył sprzeciw w sprawie uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu. W uzasadnieniu sprzeciwu wskazał, że przeprowadzenie w pełnym zakresie czynności kontrolo-rozpoznawczych w przedmiotowym obiekcie i dokonanie oceny zgodności jego wykonania z projektem budowlanym i warunkami ochrony przeciwpożarowej jest niemożliwe ze względu na trwające w obiekcie prace budowlano wykończeniowe.

W dniu 8 lutego 2013 r. pełnomocnik inwestora po raz kolejny zawiadomił Komendanta Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w K. o zakończeniu prac budowlanych na inwestycji. W odpowiedzi na zawiadomienie w dniu 28 lutego 2013 r. Komendant ponownie wniósł sprzeciw nie powołując się już jak poprzednio na trwające w obiekcie prace budowlano wykończeniowe, które zostały już wówczas przez powódkę zakończone, ale argumentując, że przeprowadzenie w pełnym zakresie czynności kontrolo-rozpoznawczych w przedmiotowym obiekcie i dokonanie oceny zgodności jego wykonania z projektem budowlanym i warunkami ochrony przeciwpożarowej jest niemożliwe ze względu na braki w dokumentacji projektowej („brak elaboratu dot. warunków ochrony ppoż. w obiekcie, stanowiącego integralną część projektu”). Zapewnienie prawidłowej dokumentacji projektowej obciąża pozwanego. S. G. przedstawił oprócz tego listę jego zdaniem brakujących dokumentów dla Straży, co stało w sprzeczności z decyzją z dnia 28 lutego 2013 r.

W dniu 28 lutego 2013 r. strona powodowa zgłosiła stronie pozwanej budynek do odbioru. Wpis do dziennika budowy został w tym zakresie dokonany 26.02.2013 r. Na tym zgłoszeniu przedstawiciel strony pozwanej, stwierdził brak gotowości budynku do odbioru oraz podał przyczyny braku gotowości. Zarzucił brak dokumentów a to zgodności potwierdzonej przez PSP; brak dokumentów odbioru dźwigu przez UDT; brak instrukcji bezpieczeństwa pożarowego; Nie zakończenie robot pozwalających na zgłoszenie obiektu do odbioru przez właściwe podmioty, których opinie lub decyzje potrzebne są dla złożenia wniosku o pozwolenie na budowę. Przyczyny te zostały także wskazane w mailu z dnia 1 marca 2013 r i piśmie z dnia 11 marca 2013 r., przesłanego m.in. przedstawicielom strony powodowej. Z tym, że podniesiono jeszcze nie zakończenie robot elektrycznych i słaboprądowych; brak uporządkowania terenu; niekompletność dokumentacji geodezyjnej.

W dniu 13 marca 2013 r. pozwany wystąpił do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w K. z wnioskiem o pozwolenie na użytkowanie obiektu i pozwolenie takie uzyskał na mocy decyzji nr (...) z dnia 21 marca 2013 r.

W dniu 25 marca 2013 roku pozwany sporządza „wykaz zasadniczych robót do wykonania przez powoda”.

Od początku kwietnia 2013 r. po powołaniu Komisji Odbioru Końcowego i z udziałem przedstawiciela strony powodowej trwały czynności odbiorowe. W dniu 4 kwietnia 2013 r. Komisja odstąpiła od czynności odbiorowych stwierdzając brak kompletnej dokumentacji powykonawczej, brak kompletu prób, nieusunięcie usterek, wad i niedoróbek. Wprowadzono zapis ,że powód przedłoży do 10 kwietnia 2013 r. dokumentację powykonawczą, niedoróbki, wady, usterki w robotach wewnętrznych usunie do 12 kwietnia 2013 r.; niedoróbki, wady, usterki w dachu do 20 kwietnia 2013 roku, pozostałe wady do 26 kwietnia 2013 r.

W dniu 12 kwietnia 2013 r. sporządzona zostaje kolejna notatka z sytuacji na inwestycji. Stwierdzono ,że powód usunął 65 % usterek ,wad, niedoróbek i braków w robotach wewnętrznych. Pozostałe 35 % zobowiązuje się usunąć do dnia 21 kwietnia 2013 roku.

W dniu 20 kwietnia 2013 r. sporządzono kolejną notatkę w sprawie usuwania wad, usterek,nedoróbek. Zapisano ,że powód usunął tylko część wad, usterek, niedoróbek w robotach wewnętrznych, które wykazano w wykazach z dnia 20.03.2013 r.; 21.03.2013 r.; 05.04.2013 r.; 12.04.2013 r.; 15.04.2013 r.

W kolejnej notatce z dnia 30 kwietnia 2013 r. pozwany wpisał, że nadal trwa usuwanie wad, usterek ,nedoróbek z tym ,że ich liczba była już niewielka.

W dniach od 8 do 20 maja 2014 r. sporządzony został protokół nr (...) odbioru końcowego robót realizowanych w oparciu o umowę o roboty budowlane Nr (...)z dnia 7 maja 2012 r. oraz aneksy nr (...).

Protokół ten nie został opatrzony podpisem przedstawiciela firmy (...) S.A. I. S. (1), albowiem pozwany nie wyraził zgody na uwzględnienie w protokole uwag Wykonawcy - powoda.

Komisja Odbioru Końcowego uznała roboty za odebrane w dniu 20 maja 2013 r. -protokół - str. 5, lit. k, „Odbiór końcowy zakończono w dniu 20 maja 2013 r.”. W ust. 10 protokołu Komisja wskazuje zaś, że „na podstawie przedstawionych dokumentów oraz dokładnej kontroli Komisja uznaje roboty za odebrane[...]”.

W dniu 27 maja 2013 r. zostaje spisany pomiędzy inspektorem nadzoru W. Z. ze strony pozwanej i I. S. przedstawicielem powoda protokół końcowy prac budowlanych i instalacyjnych określający wynagrodzenie za poszczególne roboty łącznie w kwocie 1.518.685,79 zł. Dnia 27 maja 2013 r. powód wystawił na rzecz pozwanego fakturę VAT nr (...) na kwotę 1.828.450,49 zł stanowiącą wynagrodzenie za prace budowlane i instalacyjne budynku zgodne z protokołem końcowym. Faktura została odebrana przez osobę upoważnioną do odbioru faktury w imieniu Zamawiającego w dniu 29 maja 2013 r. i opatrzona pieczęcią firmową pozwanego. Termin płatności faktury minął w dniu 12 czerwca 2013 r., w związku z czym kwota stała się wymagalna w dniu 13 czerwca 2013 r.

Dnia 21 czerwca 2013 r. powód skorygował w/w fakturę VAT nr (...) w ten sposób, że zmienił wartość należnego wynagrodzenia z kwoty 1.828.450,49 zł na kwotę 1.867.983,52 zł, tj. zwiększył o 39.533,03 zł (wartość do zafakturowania określona w protokole końcowym z dnia 27 maja 2013 r. wyniosła 1.518.685,79 zł x 23% podatku VAT = 1.867.983,52 zł). Korekta została odebrana przez osobę upoważnioną do odbioru faktury w imieniu Zamawiającego w dniu 25 czerwca 2013 r. Termin płatności kwoty 39.533,03 zł wynikającej z korekty minął w dniu 5 lipca 2013 r., w związku z czym rzeczona kwota stała się wymagalna w dniu 6 lipca 2013 r.

W dniu 10 czerwca 2013 r. mailem S. G. poinformował powoda, że nie otrzymał żadnego oświadczenia podwykonawcy dlatego potrąci 100% wynagrodzenia z faktury z dn. 27.05.2013 r. tj. 1.486,545,11 zł kwota nieuregulowana na rzecz podwykonawców. W odpowiedzi I. S. podniósł, że podpisanie końcowego rozliczenia z podwykonawcami według wzajemnych z nimi ustaleń nastąpi po podpisaniu protokołu końcowego pomiędzy pozwanym a powodem. I dalej ,że przystąpiono do kompletowania wszystkich oświadczeń. W kolejnych emailach poinformował, że oświadczenia podwykonawców będzie dostarczał na bieżąco ponieważ podwykonawcy zostali rozliczeni i czekają na zapłatę.

Pismem z dnia 1 lipca 2013 r. pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu kar umownych i innych należności oraz wezwał do natychmiastowego usunięcia wad i usterek. I tak :

- na podstawie § (...) ust.(...) pkt.(...)Umowy naliczył powodowi karę umowną w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki w dochowaniu terminu określonego w § (...) ust.(...) Umowy, który zgodnie z aneksem nr (...) do Umowy upłynął w dniu 23 lutego 2013 r., tj. za okres od 24 lutego 2013 r. do 13 marca 2013 r., tj. za 18 dni. Należna z tego tytułu kara umowna wynosi netto 259.232,40 zł, co wynikało z następującego obliczenia: 18 dni x 14.401,80 zł = 259.232,40 zł;

- na podstawie § (...) ust.(...) pkt. (...) Umowy pozwany naliczył powodowi karę umowną w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki w dochowaniu terminu usunięcia wad w przedmiocie Umowy, co stwierdzone zostało notatkami służbowymi nr (...) z dnia 04.04.2013 r., nr (...) z dnia 20.04.2013 r., nr (...) z dnia 30.04.2013 oraz nr (...) z dnia 05.06.2013 r. Nadto nie usunięto w deklarowanym przez powoda terminie do dnia 17 maja 2013 r. usterek, wad, niedoróbek i braków określonych w Załączniku nr (...) w pozycjach(...) do protokołu odbioru końcowego nr (...) z dnia 8-20 maja 2013 r., jak również wystąpiła zwłoka w usunięciu części usterek, wad niedoróbek i braków wyszczególnionych w notatkach służbowych nr (...), (...) i potwierdzonych w notatce nr (...). W związku z powyższym powód uznał, że jest uprawniony do naliczenia kary umownej za 45 dni zwłoki w usunięcia wad w przedmiocie Umowy. Jednocześnie ograniczył należną z tego tytułu karę do 1/3 należności, tj. do kwoty netto 216.027,00 zł, co wynika z następującego obliczenia 45 dni x 14.401,80 zł = 648.081,00 zł: 3 = 216.027,00 zł, i nie będzie żądał kary wyższej, o ile powód zastosuje się w całości do stanowiska pozwanego wyrażonego w niniejszym piśmie. Na podstawie § (...) ust. (...)Umowy oraz art. 498 § 1 i 2 k.c. pozwany dokonał potrącenia opisanej powyżej kary umownej w kwotach: 1) netto 259.232,40 zł; 2) netto 215.027,00 zł; tj. łącznie kwotę 475.259,40 zł z bieżących płatności realizowanych na rzecz powoda, tj. z należnością wynikającą z faktury VAT nr (...) z dnia 2013-05-27, opiewającej na kwotę brutto 1.828.450,49 zł, której termin zapłaty został ustalony przez powoda na dzień 2013-06-10.

W związku z dokonaniem potrąceniem, do zapłaty z tytułu tej faktury pozostało 1.353.191,09 zł brutto, która to kwota zostanie zapłacona po przedstawieniu wszystkich dokumentów wymaganych Umową oraz przepisami kodeksu cywilnego, w tym odpowiednich oświadczeń wszystkich podwykonawców.

W tym samym piśmie pozwany podniósł, że: „Zamawiający stwierdza, że pomimo licznych pism oraz monitów ustnych kierowanych do Wykonawcy celem uzyskania wymaganych Umową oraz przepisami kodeksu cywilnego odpowiednich oświadczeń wszystkich podwykonawców stwierdzających między innymi uregulowaniu w całości ich należności, do dnia 30 czerwca 2013 r. nie zostało przedstawione przez powoda ani jedno oświadczenie podwykonawcy, stanowiące podstawę zapłaty należności wynikającej z faktury VAT nr (...) z dnia 2013-05-27, opiewającej na kwotę brutto 1.828.450,49 zł. W związku z powyższym Zamawiający wstrzymuje się od zapłaty do dnia przedstawienia przez wykonawcę tych oświadczeń”. Do pisma dołączył notę obciążeniową z dnia 1 lipca 2013 roku nr(...)nr(...)

Stanowisko powtórzyła w piśmie z dnia 17 lipca 2013 r.

Pismem z dnia 18 lipca 2013 r., powodowa spółka stwierdziła, że oświadczenia podwykonawców zostały stronie pozwanej w całości i w komplecie przekazane. Wyraziła stanowisko co do przypisanych jej wad w wykonawstwie:

-osadzenie modułów puszek instalacyjnych podłogowych dokonano według wskazań pozwanego;

-niejednorodności kolorystyki elewacji wada wynika z wcześniejszego wykonania płaszczyzny ścian bocznych z pominięciem pasa pomiędzy barierką całoszklaną a bramami z powodu braku rozwiązania mocowania barierki, biuro projektowe kilkakrotnie przesuwalo dostarczenie szczegółu mocowania, --zarysowania drzwi ze stali nierdzewnej, potrącenia zostało już dokonane

-pęknięcia płyt sufitowych - pęknięcia zostaną usunięte w ramach gwarancji jakości lub rękojmi,

-zapewnienie właściwej wilgotności w pomieszczeniach serwerowni - instalacje zostały wykonane zgodnie z projektem technicznym i sztuką budowlaną,

-zapewnienie jednolitości płytek - zamontowane zostały płytki dostarczone wyłącznie przez pozwanego, oczyszczenia lub wymiany zabrudzonych płyt (...) wada została usunięta,

-likwidacji wykwitów i przebarwień kostki brukowej - dostawca kostki firmy (...), oświadczył, że przebarwienia jakie występują są dopuszczalne oraz, że po okresie jednego roku użytkowania kostka powinna posiadać jednolitą barwę i kolor.

Z kolei pozostałe dokonywane przez Państwa zgłoszenia reklamacyjne wad i usterek są rozpatrywane i na bieżąco usuwane.

Z kolei mailem z dnia 22 lipca 2013 r. strona powodowa przekazała stronie pozwanej mailem trzy oświadczenia podwykonawców wymagane umową.

Pismem z dnia 4 sierpnia 2013 r. kierownik kontraktu G. informuje prezesa powodowej spółki, że brakuje oświadczeń podwykonawców. Mailem z dnia 4 sierpnia zostają one przekazane pozwanemu.

W dniu 14 sierpnia 2013 r. pozwany poinformował powoda, że w przypadku przedstawienia przez (...) S.A. brakujących oświadczeń podwykonawców zamykających umowę, strona pozwana ureguluje niesporną część faktury VAT, oczywiście bez jakichkolwiek należności odsetkowych”.

W dniu 2 września 2013 r. członek zarządu strony powodowej M. S. (1) przysłał stronie pozwanej maila, w którym oświadczył, że (...) S.A. uregulowała wszystkie należności podwykonawców zatrudnionych przy budowie salonu samochodowego(...)w K.. W załączeniu przesłał oświadczenia podwykonawców, którym według pozwanego miał zalegać z płatnościami.

Pismem z dnia 17 lipca 2013 r. Wykonawca wezwał Zamawiającego do natychmiastowej zapłaty należności pod rygorem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego. Pozwany do dnia dzisiejszego nie uiszczył na rzecz powoda zaległych kwot.

Pozwana w toku postępowania po raz kolejny złożyła oświadczenia podwykonawców.

Nadto Sąd Okręgowy ustalił, że Komornik Sądowy przy Sądzie Rejonowym wS.w postępowaniu egzekucyjnym z wniosku (...) Sp. z o.o. jednego z podwykonawców realizowanej inwestycji przeciwko stronie powodowej, sygn. akt KM 3541/12, dokonał zajęcia wierzytelności (...) S.A. z umowy stron, która w kwocie ponad 70.000,00 zł, która została przekazana komornikowi.

Zajęcie jednak dotyczyło inwestycji (...)w Ł. a nie spornej inwestycji.

Sąd Okręgowy ustalił, że powód pismem z dnia 29 stycznia 2015 roku cofnął powództwo w zakresie kwoty 39.533,03 zł /faktura korygująca/ i ostatecznie domagał się zapłaty kwoty 1.752.517,00 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13 czerwca 2013 roku do dnia zapłaty.

W ustalonym przez siebie stanie faktycznym, po dokonaniu analizy zebranego w sprawie materiału dowodowego, Sąd Okręgowy uznał powództwo za uzasadnione.

W ocenie Sądu Okręgowego zarzut pozwanego co do braku podstaw do wydania nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym okazał się bezzasadny. W przedmiotowej sprawie zostały spełnione przesłanki z art. 485 § 2a k.p.c. Powód powołał się na umowę i protokół rzeczowo – finansowy określający wysokość należnego mu wynagrodzenia. Oba te dokumenty nie zostały co do swej prawdziwości obalone. Zgodnie z par (...) (...)(...) umowy inspektor nadzoru, działający w imieniu i na rzecz pozwanego pełnił nadzór inwestorski przez potwierdzenie faktycznie wykonanych robót. Przedmiotowy protokół został podpisany przez inspektora nadzoru W. Z.. W. Z. był umocowany do podpisania protokołu z dnia 27 maja 2013 r. i akceptacji przerobu rzeczowo –finansowego. Co znamienne wskazanych tam pozycji rzeczowych czyli zakresu jak i finansowych w zakresie ich wysokości pozwany nigdy nie zakwestionował. Został

on sporządzony po jednostronnym protokole odbioru przez pozwanego całości robót. Komisja Odbioru Końcowego uznała roboty za odebrane w dniu 20 maja 2013 roku. W dniu 11 czerwca 2013 r. został protokół przesłany do S. G., który reprezentował pozwanego zgodnie z umową w celu sprawdzenia poprawności kwot, po skorygowaniu o wartości ustalonej na spotkaniu, a co było związane z jego mailem z dnia 7 czerwca ,że zawiera błędy, których notabene nie wskazał.

Pozwany fakturę przyjął i jej nie zwrócił. Nie kwestionował przywołanej w niej należności do zapłaty. Konsekwentnie jedynie podnosił ,że jest ona nie wymagalna, bo nie otrzymał pełnej listy z oświadczeniami podwykonawców.

Zgodnie z przepisami podatkowymi (§ 5 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 roku w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług; Dz.U. 2008, Nr 212, póź. 1337), podpis nabywcy towaru nie jest koniecznym elementem składowym faktury VAT. Mimo braku takiego wymogu na spornej fakturze był podpis przedstawiciela pozwanego. To ,że była to osoba uprawniona do odbioru faktury wynika choćby z tego ,że dysponowała pieczętką firmową pozwanego. Pozwany podnosił, że osoba która podpisała w imieniu pozwanego fakturę potwierdziła tylko jej odbiór, albowiem zgodnie z zasadami reprezentacji nie była upoważniona do jej zaakceptowania. Jednakże w przedmiotowej sytuacji zdaniem Sądu Okręgowego istnieją pełne podstawy do odwołania się w drodze analogii do zapisów art. 97 k.c.

Poza tym podstawy do wydania nakazu zapłaty wynikały z art. 2. Ustawa o terminach zapłaty w transakcjach handlowych z dnia 12 czerwca 2003 r. (Dz.U. Nr 139, poz. 1323). Powód przedstawił umowę, fakturę i protokół odbioru z dnia 27 maja 2013 roku, który był jedynym wspólnie stworzonym dokumentem określającym wykonane roboty od strony rzeczowo –finansowej.

Sąd Okręgowy wskazał, że w postępowaniu nakazowym zgodnie z art. 493 § 3 k.p.c. zarzut potrącenia może dotyczyć wyłącznie wierzytelności stwierdzonych dokumentami o jakich mowa w art. 485 k.p.c. Tym sam zarzut potrącenia zgłoszony w zarzutach kwoty 432.054,00 zł oraz 1.164.332,55 zł, a także potrącenie, co do którego pozwany złożył oświadczenie w piśmie procesowym z dnia 26 stycznia 2015 r. zdaniem Sądu Okręgowego należy uznać za bezskuteczny, ponieważ pozwany nie przedstawił żadnego z dokumentów wskazanych w art. 485 k.p.c., przy czym bez znaczenia pozostaje kwestia czy w tej sytuacji mamy do czynienia z potrąceniem ustawowym czy umownym.

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. Pozew wraz z nakazem zapłaty został doręczony pozwanemu w dniu 23 sierpnia 2013 roku. W świetle powyższego rozpoznaniu podlega zarzut potrącenia pozwanego złożony w piśmie z dnia 1 lipca 2013 r., które doręczono powodowi w dniu 4 lipca 2013 r.

Przywołanym pismem pozwany na podstawie § (...) ust. (...)pkt. (...)Umowy naliczył powodowi karę umowną w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki w dochowaniu terminu określonego w § (...) ust. (...) Umowy, który zgodnie z aneksem nr (...) do Umowy upłynął w dniu 23 lutego 2013 r., tj. za okres od 24 lutego 2013 roku do 13 marca 2013 roku, tj. za 18 dni. Należna z tego tytułu kara umowna wynosi netto 259.232,40 zł

Co do kar umownych naliczonych na podstawie § (...)ust.(...) pkt.(...) umowy - Sąd Okręgowy wskazał, że powód już znacznie wcześniej, bo w dniu 19 października 2012 r. na naradzie, z której spisano notatkę podpisaną przez prezesa zarządu pozwanego D. Z. zwracał uwagę o brakach w dokumentacji, niezbędnej do wykonania prac wykończeniowych. Niemożność wykonywania prac wykończeniowych wielokrotnie była podnoszona przez powoda na naradach w dalszym okresie.

Zgodnie z § (...)ust. (...)umowy, w wersji zmienionej aneksem nr (...) z dnia 6 listopada 2012 r., strony ustaliły termin realizacji robót na dzień 23 lutego 2012 r., przy czym „za termin realizacji umowy strony przyjęły stan inwestycji umożliwiający zgłoszenie do odbioru przez właściwe podmioty, których opinie lub decyzje potrzebne są do złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie”. Termin był determinowany uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Powód

ten termin dotrzymał. Co więcej termin ten odnoszono do stanu inwestycji, a nie daty dokonywania zgłoszeń. Nie łączono go też wbrew stanowisku pozwanego z odbiorem końcowym. Procedury odbiorowe łączono z zakończeniem danego zakresu robót, a nie z terminem realizacji /par.(...) umowy /.

Co znamienne pismami z dnia 17 stycznia 2013 r. pełnomocnik inwestora S. G. (1) z własnej inicjatywy, stosownie do art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2010 nr 243 poz. 1623) zawiadomił K. Miejską Państwową Straż Pożarną oraz Powiatową Stację Sanitarno-Epidemiologiczną o zakończeniu prac budowlanych, tj. podmioty, których decyzje były potrzebne do złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie to widocznie uznał, że osiągnięto stan określony w par.(...) ust. (...)umowy. Dnia 25 stycznia 2013 r. Komendant Miejski Państwowej Straży Pożarnej w K. złożył sprzeciw w sprawie uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu. W uzasadnieniu sprzeciwu wskazał, że przeprowadzenie w pełnym zakresie czynności kontrolo-rozpoznawczych w przedmiotowym obiekcie i dokonanie oceny zgodności jego wykonania z projektem budowlanym i warunkami ochrony przeciwpożarowej jest niemożliwe ze względu na trwające w obiekcie prace budowlano wykończeniowe czego nikt nie kwestionował.

Ostatecznie powód doprowadził inwestycję do stanu określonego w par.(...) ust. (...) umowy na dzień 23 lutego 2013 r. Przemawia za tym to, że w dniu 8 lutego 2013 r. pełnomocnik inwestora po raz kolejny zawiadomił Komendanta Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w K. o zakończeniu prac budowlanych na inwestycji. W odpowiedzi na zawiadomienie w dniu 28 lutego 2013 r. Komendant ponownie wniósł sprzeciw nie powołując się już jak poprzednio na trwające w obiekcie prace budowlano wykończeniowe, które zostały już wówczas przez powódkę zakończone, ale argumentując, że przeprowadzenie w pełnym zakresie czynności kontrolo-rozpoznawczych w przedmiotowym obiekcie i dokonanie oceny zgodności jego wykonania z projektem budowlanym i warunkami ochrony przeciwpożarowej jest niemożliwe ze względu na braki w dokumentacji projektowej („brak elaboratu dot. warunków ochrony ppoż. w obiekcie, stanowiącego integralną część projektu”). Zapewnienie prawidłowej dokumentacji projektowej obciążało pozwanego.

W dniu 14 lutego 2013 r. skierowano zgłoszenie do Powiatowej Stacji Sanitarno - Epidemiologicznej, zaś w dniu 19.02.2013 r. uzyskano dopuszczenie kotłów gazowych wraz z naczyniem zbiorczym. W dniu 12.02.2013 r. uzyskano dopuszczenie dźwigu osobowego elektrycznego. W dniu 22.02.2013 r. po przeglądzie UDT powstał protokół z wykazem usterek (braków), które nie były ujęte w dokumentacji projektowej. Po otrzymaniu dodatkowego zlecenia od pozwanego powód wykonał dodatkowe zadanie i w dniu 14.03.2013 r. uzyskano dopuszczenie dźwigu hydraulicznego / samochodowego /. W dniu 29.03.2013 r. uzyskano dopuszczenie dźwigu towarowego, którego odbiór uwarunkowany był montażem magazynu (...), którego montaż był w zakresie pozwanego. Okolicznościom tym pozwany w żaden sposób nie zaprzeczył.

Ostatecznie w dniu 13 marca 2013 r. Inwestor wystąpił do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w K. z wnioskiem o pozwolenie na użytkowanie obiektu i pozwolenie takie uzyskał na mocy decyzji nr (...)z dnia 21 marca 2013 r.

W tej sytuacji brak było podstaw, aby na podstawie § (...) ust. (...)pkt(...)umowy naliczył powodowi karę umowną w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki w dochowaniu terminu określonego w § (...) ust. (...) umowy.

Odrębne zagadnienie to zarzut potrącenia zawarty piśmie z dnia 1 lipca 2013 r. związany z tym, że na podstawie § (...) ust.(...) pkt(...)umowy pozwany naliczył powodowi karę umowną w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki w dochowaniu terminu usunięcia wad w przedmiocie umowy. W związku z powyższym powód uznał, że jest uprawniony do naliczenia kary umownej za 45 dni zwłoki w usunięciu wad w przedmiocie Umowy. Jednocześnie ograniczył należną z tego tytułu karę do 1/3 należności, tj. do kwoty netto 216.027,00 zł. Stanowisko pozwanego nie jest jednak przekonywujące. Pozwany nalicza kary umowne za zwłokę w usunięciu wad, a jednocześnie sam stwierdza, że są to „wady i usterek”. Nie dokonuje ich rozgraniczenia. Nie przedstawił w usunięciu, których wad powód pozostawał w zwłoce i przez jaki okres. Jego wyliczenia są nieczytelne i trudno je zidentyfikować z wysokością naliczonych kar. W piśmie z dnia 1 lipca 2013 r. powoływał się na stwierdzenie wad i usterek. Zdaniem Sądu

Okręgowego brak podstaw do obciążenia powoda karą umowną za zwłokę w usunięciu wad, albowiem sam pozwany miał problem, co należałoby zakwalifikować jako wadę, a co jako usterkę czy jak to określa niedoróbkę.

Pozwany podnosił, że ponieważ nie otrzymał kompletu oświadczeń podwykonawców powoda to roszczenie jest nie wymagalne. Jednak zdaniem Sądu Okręgowego wbrew stanowisku pozwanego treść umowy wskazuje na to, że przedłożenie oświadczeń nie stanowiło warunku koniecznego wymagalności wynagrodzenia powódki. Brak oświadczeń podwykonawców nie uprawniał pozwanej do wstrzymania wynagrodzenia, a co najwyżej do potrącenia z jej wynagrodzenia kwoty nieuregulowanej na rzecz określonego podwykonawcy w wysokości niezapłaconej na rzecz tego podwykonawcy części wynagrodzenia. Z kolei według stanu na dzień zamknięcia rozprawy oświadczenia podwykonawców wraz z rozliczeniem ich przez powoda zostały złożone i to wielokrotnie. Tym samym zarzut pozwanego o braku wymagalności należności ze spornej faktury za względu na tą okoliczność nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach w pkt IV orzeczono w myśl zasady zawartej w art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. Na koszty procesu złożyły się koszty zastępstwa procesowego – 7.200,00 zł (na podstawie § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu, Dz. U. nr 163 poz. 1349 ze zm.) wraz z opłatą skarbową za pełnomocnictwo – 17,00 zł, opłata od pozwu oraz koszty postępowania zabezpieczającego.

Strona pozwana wniosła apelację od powyższego wyroku i zaskarżyła go w części utrzymującej w mocy nakaz zapłaty Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8 sierpnia 2013 r., tj. co do kwoty 1 752 516,20 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 13 czerwca 2013 r. do dnia zapłaty (pkt I wyroku). Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciła mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania:

1. art. 485 § 1 pkt 2 k.p.c. oraz art. 485 § 2a k.p.c. poprzez wydanie w niniejszej sprawie nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym, podczas gdy roszczenie dochodzone przez stronę powodową było niewymagalne, co przesądzało o braku podstaw do wydania nakazu zapłaty w rozumieniu art. 486 § 1 k.p.c.;

2. art. 485 § 1 pkt 2 k.p.c. poprzez przyjęcie, że odebrana przez upoważnionego jedynie do odbioru korespondencji pracownika strony pozwanej faktura końcowa VAT nr (...) na kwotę 1.828.450,49 zł stanowi zaakceptowany przez dłużnika rachunek, podczas gdy widniejący na niej podpis i pieczęć firmowa potwierdza jedynie przyjęcie przedmiotowej faktury;

3. art. 485 § 2a k.p.c. poprzez przyjęcie, że protokół końcowy prac budowlanych i instalacyjnych wykonywanych w okresie od 26 kwietnia 2013 r. do 20 maja 2013 r. stanowił dowód spełnienia wzajemnego świadczenia niepieniężnego;

4. art. 486 § 1 i § 2 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie przez Sąd I instancji i wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym, pomimo braku ku temu ustawowych podstaw;

5. art. 493 § 1 oraz § 3 k.p.c. w zw. z art. 485 § 1 pkt 2 k.p.c. w zw. z art. 485 § 2a k.p.c. w zw. z art. 486 § 1 i § 2 k.p.c. polegające na rozpoznaniu sprawy przez Sąd I instancji w postępowaniu nakazowym również po wniesieniu zarzutów od nakazu zapłaty na skutek czego doszło do rażącego pogorszenia sytuacji procesowej strony pozwanej i pozbawienia jej możliwości obrony w rozumieniu art. 379 pkt 5 k.p.c. poprzez nierozpoznanie w całości podniesionego w zarzutach od nakazu zapłaty zarzutu potrącenia;

6. art. 227 k.p.c. w zw. z art. 217 § 1, 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez bezzasadne oddalenie przez Sąd wniosku dowodowego strony pozwanej o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność sposobu, terminu, jakości wykonania robót budowlanych przez stronę powodową oraz przez zatrudnionych podwykonawców, w tym wad, usterek i niedoróbek budynku, podstaw do obniżenia wynagrodzenia strony powodowej oraz podstaw do naliczania kar umownych, podczas gdy dowód ten miał istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy;

7. art. 227 k.p.c. w zw. z art. 217 § 1, 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. w zw. z art. 236 k.p.c. oraz art. 248 k.p.c. poprzez nierozpoznanie wniosku dowodowego strony pozwanej o zobowiązanie przez Sąd strony powodowej do przedstawienia wszystkich umów zawartych przez nią z podwykonawcami oraz dalszymi podwykonawcami, co miało istotne znaczenie dla rozpoznania zarzutu potrącenia i skutkowało pozbawieniem strony pozwanej możliwości obrony jej praw w rozumieniu art. 379 pkt 5 k.p.c.;

8. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów oraz sprzeczność istotnych ustaleń faktycznych Sądu ze zgromadzonym materiałem dowodowym polegającą na bezpodstawnym przyjęciu przez Sąd, że: (a) prace budowlano-wykończeniowe zostały przez powódkę zakończone w dniu 28 lutego 2013 r.; (b) strona powodowa rzekomo dotrzymała terminu realizacji umowy; (c) sprzeciw Komendanta Miejskiego Państwowej Straży Pożarnej z dnia 28 lutego 2013 r. został wniesiony wyłącznie z powodu braku elaboratu dotyczącego warunków ochrony przeciwpożarowej w obiekcie; (d) strona powodowa rzekomo doprowadziła inwestycję do stanu umożliwiającego zgłoszenie do odbioru przez właściwe podmioty na dzień 23 lutego 2013 r.; (e) w dniu 28 lutego 2013 r. jedyną przyczyną braku gotowości inwestycji do odbioru był sprzeciw Państwowej Straży Pożarnej, podczas gdy wówczas pozostawał nadal szereg robót do wykonania przez stronę powodową; (f) brak eleboratu dotyczącego warunków ochrony przeciwpożarowej obciążał stronę pozwaną; (g) o wykonaniu w terminie prac przez powoda świadczy to, że kierownik kontraktu inż. S. G. (1) już w dniu 17 stycznia 2013 r. zgłosił do odbioru obiekt; (h) zeznania W. Z. (2), który twierdzi, że w lutym 2013 r. był już stan umożliwiający zgłoszenie do odbioru zasługują na walor wiarygodności, podczas gdy jawnie przeczą temu zgromadzone w sprawie dowody; (i) strona powodowa dochowała terminu realizacji umowy, a zatem brak było podstaw do naliczenia stronie powodowej przez stronę pozwaną z tego tytułu kar umownych; (j) zeznania świadka D. Z. (2) są niewiarygodne w zakresie w jakim świadek ten podał, że „ostatnia faktura nie została zapłacona, bo brak było oświadczeń podwykonawców powoda, że zostali wypłaceni”; (k) wszystkie oświadczenia podwykonawców zostały przedłożone przez stronę powodową; (l) strona pozwana rzekomo nie przedstawiła w usunięciu których wad strona powodowa pozostawała w zwłoce i przez jaki okres oraz że wyliczenia strony pozwanej są nieczytelne i trudno je zidentyfikować z wysokością naliczonych kar; (m) wady w przedmiocie umowy nie miały żadnego wpływu na walor użytkowy obiektu, gdyż wpływały one jedynie na walor estetyczny; (n) strona pozwana „samodzielnie wyznaczała nierealne terminy” na usunięcie wad w przedmiocie umowy; (o) brak było podstaw do naliczenia przez stronę pozwaną stronie powodowej kar umownych za zwłokę w usuwaniu przez nią wad w przedmiocie umowy; (p) brak było podstaw do naliczenia przez stronę pozwaną stronie powodowej kar umownych za zwłokę w usuwaniu przez nią wad w przedmiocie umowy oraz że kary te są rzekomo rażąco wygórowane; (q) brak było podstaw do naliczenia przez stronę pozwaną stronie powodowej kar umownych za zwłokę w usuwaniu przez nią wad w przedmiocie umowy, albowiem „strona pozwana nie dokonuje rozgraniczenia” wad i usterek, podczas gdy pojęcia te są synonimiczne; (r) brak było podstaw do naliczenia przez stronę pozwaną stronie powodowej kar umownych za zwłokę w usuwaniu przez nią wad w przedmiocie umowy, albowiem strona pozwana nie identyfikowała odrębnych terminów dla ew. wad, usterek czy niedoróbek.

Dalej strona pozwana zarzuciła naruszenia prawa materialnego, tj.:

1. art. 65 § 1 i 2 k.c. poprzez błędną wykładnię oświadczeń woli stron zawartych w umowie z dnia 7 maja 2012 r. skutkującą przyjęciem, że zgodnie z tą umową brak dołączenia przez stronę powodową do faktury VAT nr (...), oświadczeń podwykonawców, iż wszelkie wymagalne zobowiązania finansowe w odniesieniu do każdego z podwykonawców zostały wykonane nie stanowiło warunku koniecznego wymagalności wynagrodzenia powódki;

2. art. 97 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie „w drodze analogii” polegające na przyjęciu, że potwierdzenie odbioru faktury przez osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa stanowi zaakceptowanie rachunku w rozumieniu art. 485 § 1 pkt 2 k.p.c.;

3. art. 498 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 499 k.c. poprzez nieuwzględnienie zarzutu potrącenia kwoty 475.259,40 zł zgłoszonego przez stronę pozwaną w zarzutach od nakazu zapłaty;

4. art. 498 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 499 k.c. poprzez pominięcie (nierozpoznanie) przez Sąd I instancji zarzutu potrącenia kwoty 432.054,00 zł, co skutkowało brakiem rozpoznania istoty sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c.;

5. art. 498 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 499 k.c. poprzez brak jakiegokolwiek odniesienia się i w konsekwencji pominięcie (nierozpoznanie) przez Sąd I instancji zarzutu potrącenia kwoty 1.270.011,54 zł, co skutkowało brakiem rozpoznania istoty sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c.;

6. art. 470 k.c. poprzez zasądzenie ustawowych odsetek od kwoty 1.752.516,20 zł od dnia 20 czerwca 2013 r. do dnia zapłaty, podczas gdy strona pozwana w toku postępowania w dniu 9 września 2013 r. złożyła do depozytu sądowego kwotę w wysokości 1.848.530,89 zł, co wyklucza możliwość zasądzenia odsetek od dochodzonej pozewem kwoty począwszy od dnia 9 września 2013 r.

Strona pozwana wniosła o: (1) rozpoznanie postanowienia Sądu I instancji z dnia 11 września 2016 r. o oddaleniu wniosku strony pozwanej o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na podstawie art. 380 k.p.c.; (2) uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji; ewentualnie o (3) zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uchylenie nakazu zapłaty Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8 sierpnia 2013 r. także w części zasądzonej kwotę 1.752.516,20 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 13 czerwca 2013 r. do dnia zapłaty i oddalenie powództwa w całości; (4) zasądzenie od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kosztów procesu za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych.

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

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja strony pozwanej – (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w K. jako pozbawiona uzasadnionych podstaw podlegała oddaleniu.

Sąd Apelacyjny w całości podzielił ustalenia faktyczne, dokonane w sprawie przez Sąd Okręgowy, czyniąc je jednocześnie podstawą swojego rozstrzygnięcia (art. 382 k.p.c.). Niewątpliwie bowiem, wbrew odmiennym twierdzeniom i zarzutom strony apelującej, Sąd I instancji, w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania dowodowego, ustalił wszystkie istotne dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, które znajdowały pełne odzwierciedlenie w całokształcie zaoferowanego przez strony materiału dowodowego i dopuszczonego w poczet dowodów w toku postępowania. Dokonując zaś oceny tak zebranego materiału dowodowego, Sąd Okręgowy nie naruszył reguł swobodnej oceny dowodów, wyznaczonych treścią przepisu art. 233 § 1 k.p.c., a w szczególności reguł logiki oraz zasad wiedzy i doświadczenia życiowego. W oparciu o tak poczynione ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy dokonał prawidłowej i niezwykle wnikliwej oceny merytorycznej spornego żądania, znajdującej swoje pełne uzasadnienie w przywołanych przez ten Sąd przepisach prawa materialnego, a którą Sąd Apelacyjny w pełni akceptuje.

Dokonując oceny zasadności apelacji strony pozwanej w pierwszej kolejności rozważenia wymagają sformułowane w niej zarzuty, dotyczące naruszenia przepisów postępowania oraz kwestionujące dokonane przez Sąd I instancji ustalenia faktyczne. Wszystkie one w realiach analizowanej sprawy okazały się całkowicie bezzasadnymi.

Przede wszystkim nie doszło do naruszenia, szczególnie akcentowanych w apelacji, art. 485 § 1 pkt 2 k.p.c., art. 485 § 2a k.p.c., art. 486 § 1 i 2 k.p.c. oraz art. 493 § 1 i 3 k.p.c..

Postępowanie nakazowe i upominawcze stanowi odrębny rodzaj postępowania procesowego, charakteryzującego się znacznymi uproszczeniami i przyspieszeniami. Istotą postępowania nakazowego jest to, że na podstawie pozwu i dołączonych do niego dokumentów, wskazanych we właściwych przepisach, sąd wydaje bez rozprawy i wysłuchania pozwanego nakaz zapłaty, w którym poleca pozwanemu spełnienie na rzecz powoda dodatkowego świadczenia. Z charakteru tego odrębnego postępowania wynika, że w zasadzie sąd nie ma możliwości orzekania w nakazie zapłaty poniżej lub ponad żądanie powoda. Z tym wiąże się wymaganie wynikające z treści art. 485 k.p.c., aby okoliczności uzasadniające dochodzone roszczenie były w całości udowodnione dołączonymi do pozwu dokumentami. Kognicja

sądu I instancji jest więc ograniczona i sprowadza się do stwierdzenia istnienia podstaw do wydania nakazu zapłaty przewidzianych w art. 485 k.p.c. Wskazane dokumenty na tyle mają uprawdopodobnić zasadność powództwa, że ustawodawca nakłada na sąd obowiązek wydania nakazu zapłaty (§ 1, 2 i 2a) albo daje sądowi taką możliwość (§ 3). Tak więc wystarczające jest udowodnienie okoliczności uzasadniających żądanie pozwu w granicach wyznaczonych specyfiką dokumentów wymienionych w art. 485 k.p.c. i dołączonych do pozwu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 2006 r., II CSK 229/06, Lex nr 337525). Co więcej przed wydaniem nakazu zapłaty sąd nie bada materialno prawnej podstawy żądania pozwu w taki sposób, jak w zwykłym postępowaniu (por. M. Manowska, Postępowanie nakazowe i upominawcze, Warszawa 2001, s. 49 i nast.).

Podstawę wydania nakazu zapłaty mogą stanowić trzy rodzaje dokumentów prywatnych. Ich cechą charakterystyczną jest wykazanie akceptacji istniejącego zobowiązania dłużnika. Dokumentami tymi są: rachunek zaakceptowany przez dłużnika, wezwanie do zapłaty i pisemne oświadczenie dłużnika o uznaniu długu oraz zaakceptowane przez dłużnika żądanie zapłaty zwrócone przez bank i niezapłacone z powodu braku środków na rachunku bankowym. Cechą charakterystyczną tych dokumentów jest wykazanie w nich akceptacji przez dłużnika istniejącego zobowiązania w czasie, w którym istniał już obowiązek jego spełnienia (art. 485 § 1 pkt 2, 3 i 4 k.p.c.) lub przynajmniej zostało stwierdzone jego istnienie (art. 485 §1 pkt 2 k.p.c.) (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 1992 r., III CZP 56/92, OSNCP 1992, nr 12, poz. 219 z glosą K. Korzana, OSP 1994, z 3, poz. 48). Podkreślić też należy, że faktura jest tylko jednym z powszechnie stosowanych, dokumentów rozliczeniowych. Jej doręczenie umożliwia dłużnikowi podjęcie czynności mających na celu sprawdzenie, czy świadczenie jest zasadne tak co do zasady, jak i wysokości. Umożliwia też podjęcie czynności finansowych zmierzających do spełnienia świadczenia. Zawierając stosowną wzmiankę co do sposobu i czasu zapłaty może pełnić też funkcję wezwania o zapłatę, jaką jest sprecyzowanie obowiązku dłużnika w aspekcie czasu. Zatem, zawierając takie szczególne oświadczenia woli wierzyciela, przekształca zobowiązania pieniężne o charakterze bezterminowym, w zobowiązanie terminowe. Skoro zatem prawo polskie nie wymaga szczególnej formy wezwania, to faktura może być równoznaczna z wezwaniem wówczas, gdy zawiera stosowną wzmiankę co do sposobu i czasu zapłaty. Taka wzmianka jest bowiem niewątpliwie złożonym - przez osobę uprawnioną (co jest szczególnie istotne, gdy chodzi o osobę prawną) – oświadczeniem woli, stanowiącym wezwanie do wykonania zobowiązania pieniężnego. Takie stanowisko godzi bowiem z jednej strony wymóg, iż wezwanie do spełnienia świadczenia stanowi jednostronne oświadczenie woli wierzyciela wyrażające gotowość do przyjęcia świadczenia i z drugiej respektuje fakt, iż kodeks cywilny nie wymaga szczególnej formy wezwania. Zdaniem Sądu Najwyższego (np. wyrok z dnia 16 września 2004 r., IV CK 659/03, Lex nr 146328) wezwanie doręczone w postaci faktur, które wskazują datę zapłaty, spełniają wymogi z art. 455 k.c.

Dodać też należy, że przez rachunek (art. 485 § 1 pkt 2 k.p.c.) należy rozumieć każdy występujący w obrocie dokument rozliczeniowy, w tym także fakturę, stanowiący dowód zobowiązania. Przyjęty rachunek podlega sprawdzeniu przez dłużnika. W wypadku faktury akceptacja następuje na ogół przez podpisanie przez osobę upoważnioną do przyjęcia. Obligatoryjne elementy faktury zawarte są w art. 106 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r., poz. 1054 z późn. zm.). W doktrynie i literaturze przyjmuje się, że uznanie roszczenia wymaga wyraźnego oświadczenia woli lub też innego jednoznacznego zachowania się dłużnika wobec wierzyciela, z którego wynika, że dłużnik uznaje roszczenie za istniejące (por. wyrok SN z dnia 7 marca 2003 r., I CKN 11/01). Za wystarczające uznaje się tzw. uznanie niewłaściwe, stanowiące jedynie oświadczenie wiedzy. Niewątpliwie jednak takie oświadczenie wiedzy, czyli zewnętrznie wyrażone przeświadczenie o istnieniu roszczenia, może wywołać skutek dopiero wówczas, gdy jednoznacznie potwierdza istnienie skonkretyzowanego długu.

W niniejszej sprawie strona powodowa żądanie wydania nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym oparła na dwóch podstawach prawnych a to art. 485 § 1 pkt 2 k.p.c. oraz art. 485 § 2a k.p.c.

Jeśli chodzi o pierwszą z wymienionych podstaw to stwierdzić należy, że faktura VAT nr (...) wystawiona została bez naruszenia zasad określonych w umowie o roboty budowlane nr (...) podpisanej przez strony w dniu 7 maja 2012 r., a następnie aneksowanej. W paragrafie (...) umowy strony określiły wynagrodzenie i warunki płatności. Zgodnie z ust. (...) tego paragrafu zapłata wynagrodzenia wraz z podatkiem VAT miała być dokonywana na podstawie prawidłowo wystawionych faktur, po faktycznym zaistnieniu podstawy do ich wystawienia, w formie przelewu bankowego, w

terminie 14 dni kalendarzowych od daty otrzymania przez zamawiającego. Za datę otrzymania zapłaty przyjmowano dzień obciążenia rachunku bankowego zamawiającego. W przypadku nieprawidłowo wystawionej faktury (niezgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami lub brakami w wymaganej niniejszą umową dokumentacji stanowiącej załącznik do faktury) termin płatności zaczynał biec od daty otrzymania przez zamawiającego prawidłowej faktury. W ustępie(...) §(...) umowy postanowiono, że załącznikiem do każdej faktury będzie protokół wykonanych robót, podpisany przez Kierownika Kontraktu, Kierownika Budowy i Inspektora Nadzoru, w ustępie (...)ustalono, że rozliczenie końcowe robót nastąpi po dostarczeniu dokumentacji powykonawczej wraz z inwentaryzacją wykonanych prac poprzez wystawienie faktury za zakończony i odebrany przez zamawiającego przedmiot umowy tj. na podstawie protokołu odbioru końcowego z potwierdzeniem zakończenia zadania; zaś w ust. (...)tego paragrafu postanowiono, że do każdej wystawionej faktury wykonawca zobowiązany został do dołączenia oświadczeń wszystkich podwykonawców, iż wszelkie wymagalne zobowiązania finansowe w odniesieniu do każdego z podwykonawców zostały wykonane. W razie ich niedołączenia zamawiający mógł potrącić z wynagrodzenia wykonawcy kwotę nieuregulowanej przez niego płatności na rzecz podwykonawców.

Z zacytowanych tu zapisów umowy, w ocenie Sądu Apelacyjnego, wynika, że oświadczenia podwykonawców o których mowa w ustępie(...) §(...) umowy nie stanowiły załącznika do faktury o jakim mowa w ustępie(...)§ (...)umowy. W ustępie (...)tego paragrafu jednoznacznie strony określiły co stanowi załącznik do faktury a ponadto trudno byłoby zaakceptować stanowisko strony pozwanej, że brak oświadczeń podwykonawców jest równoznaczny z nieprawidłowym wystawieniem faktury wszak w ustępie (...) §(...) mowa jest o potrąceniu z należnością na jaką wystawiona została faktura. Ponadto nie można zaakceptować stanowiska strony pozwanej także i z tego względu, że brak oświadczeń podwykonawców wywoływałby podwójny skutek a mianowicie prowadził do rozpoczęcia terminu płatności od daty otrzymania przez zamawiającego prawidłowej faktury oraz do potrącenia z należności na jaką opiewa faktura nieuregulowanej płatności na rzecz podwykonawcy. Taki cel umowy i zgodny zamiar stron w tym przedmiocie nie został wykazany przez stronę pozwaną a ponadto sprzeciwia się temu literalne brzmienie umowy i racjonalne podejście do sensu regulowania płatności w stosunkach gospodarczych.

Dodać też wypada, że oświadczenia podwykonawców były kilkakrotnie złożone w toku postępowania jako powielenie wcześniejszych czynności strony powodowej. Wystarczy wskazać na zestawienie podwykonawców (k. 1500), dokumentację dotyczącą podwykonawców (k. 1509 i nast.), oświadczenia podwykonawców z fakturami i potwierdzeniami przelewów (k. 1214 i nast.) oraz korespondencja mailowa dołączona do zarzutów do nakazu zapłaty. Wydaje się, że prawdziwe „znaczenie” oświadczeń podwykonawców dla strony pozwanej wyjaśnił świadek D. Z. (2) były prezes zarządu komplementariusza, który podał, że nie orientowali się w liczbie podwykonawców strony powodowej w związku z czym pisał do powodowej spółki o przedstawienie listy podwykonawców. Strona powodowa to realizowała, ale nierzetelnie, a G. zgłaszał mu, że widział na budowie firmy, które nie były zgłoszone, później powód zgłaszał ale było to wykonane nierzetelnie. Ostatnia faktura nie została zapłacona bo było brak oświadczeń podwykonawców o ich wypłaceniu, tak ustalono na wewnętrznym spotkaniu bez udziału strony powodowej. Do momentu gdy świadek pracował w firmie (tj. u strony pozwanej) to jest do maja 2014 r. nie spotkał się z roszczeniami podwykonawców i pod podwykonawców. G. miał jakieś tam nieoficjalne informacje i baliśmy się. (zeznania świadka D. Z. (2) k. 1709 rozprawa z dnia 24 sierpnia 2015 r. 00:45:08 – 01:11:18).

Ta „obawa” a nie zapis umowy, jak wcześniej wyjaśniono była powodem nieuregulowania należności wynikającej z przedmiotowej faktury. Zauważyć jednak należy, że strona pozwana na żadnym etapie postępowania nie podała oświadczenia jakich podwykonawców nie zostały złożone, a przecież mieli być widziani przez kierownika budowy S. G. (3) jacyś niezgłoszeni przez stronę powodową podwykonawcy. Jest to sytuacja, w której stawia się stronę powodową w pozycji uniemożliwiającej wykazanie, że wszystkie oświadczenia podwykonawców zostały złożone wszak jak taką okoliczność wykazać w sytuacji gdy każde zestawienie podwykonawców może być uznane za niepełne przez stronę pozwaną bez wskazania oświadczeń od jakich podmiotów brakuje. Do tego zgodnie z § (...)ust. (...) umowy miały być składane oświadczenia dotyczące wymagalnych zobowiązań finansowych powoda wobec podwykonawców co oznacza, że nie wszyscy podwykonawcy, którzy wykonywali roboty objęte daną fakturą mieli składać oświadczenia by dołączyć je do faktury ale ci, których należności były na ten moment wymagalne.

Prowadzi to do wniosku, że faktura wystawiona została prawidłowo i żądanie zapłaty nie było przedwczesne. Co do dołączenia do przedmiotowej faktury protokołu wykonania robót także nie można mieć wątpliwości, a szerzej będzie o tym mowa przy omawianiu drugiej z podstaw do wydania nakazu zapłaty.

Za chybiony uznać też należy zarzut dotyczący nieprawidłowego doręczenia faktury VAT nr (...). Jak wynika z kopii tej faktury (poświadczonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika strony powodowej) w miejscu gdzie podpis powinna złożyć osoba uprawniona do jej odbioru widnieje podpis opatrzony pieczęcią strony pozwanej (faktura k. 61). W tej sytuacji istotne jest to, że strona pozwana przyjęła fakturę i nie zwróciła jej. Faktura jako taka jest tylko rachunkiem wystawionym przez wykonawcę i potwierdzającym wykonanie umowy. Dla tego podlega ona sprawdzeniu przez dłużnika i stąd powody, dla których jest mu dostarczana. Tak więc strona pozwana miała możliwość przeprowadzenia jej weryfikacji. Ważne jest to, że zarówno zakres prac objętych fakturą jak i kwota na jaką faktura VAT nr (...) została wystawiona nie były kwestionowane przez pozwaną (...) spółkę z o.o. spółkę komandytową, a podnoszono jedynie zarzuty innej natury.

Faktura ta została opatrzona podpisem osoby czynnej w lokalu przedsiębiorstwa pozwanego, którą zgodnie z art. 97 k.c. poczytuje się w razie wątpliwości za umocowaną do dokonania czynności prawnych. Do tego faktura opatrzona została pieczęcią firmową strony pozwanej.

Podkreślenia wymaga i to, że przedmiotowa faktura uznana została przez Bank kredytu inwestycję za podstawę do uruchomienia dalszej części kredytu. Nie ma przy tym znaczenia, to że kwota 1 848 530,89 zł została wpłacona jako suma zabezpieczenia do depozytu sądowego (zawiadomienie k.320, postanowienie Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 7 marca 2014 r., k. 1170) bowiem doszło do tego na wniosek strony pozwanej, która nie przedstawiła dowodów na to by Bank kwestionował podstawę do wypłaty dalszej części kredytu. W związku z czym istnieją podstawy do przyjęcia, w oparciu o postawę prezentowaną przez pozwaną (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w toku procesu, poczynawszy od chwili wniesienia zarzutów od nakazu zapłaty do chwili obecnej, że doszło do tego ze względu na zarzuty dotyczące rzekomych wierzycelności strony pozwanej w stosunku do strony powodowej objętych potrąceniami wcześniej opisanymi.

Reasumując – nie doszło w sprawie do naruszenia art. 485 § 1 pkt 2 k.p.c. Strona pozwana nie zakwestionowała bowiem skutecznie faktury VAT nr (...) ani faktu wykonania robót budowlanych, za które wynagrodzenie zostało określone tą fakturą. Nie podważono także tego, że osoba podpisana na fakturze nie miała umocowania do jej akceptacji. Wierzyciel przedstawiający dowód uznania długu nie musi wykazywać w inny sposób istnienia swojej wierzycelności, natomiast to dłużnika obciąża wówczas powinność wykazania, że uznana wierzycelność w rzeczywistości nie istnieje, lub istnieje w mniejszym wymiarze –czego strona pozwana nie wykazała.

W sprawie nie doszło także do naruszenia art. 485 § 2a k.p.c. gdyż do pozwu dołączono umowę łączącą strony oraz dowód spełnienia wzajemnego świadczenia niepieniężnego jakim jest protokół końcowy prac budowlanych i instalacyjnych dotyczący prac wykonanych w okresie od 26 kwietnia 2013 r. do 20 maja 2013 r. podpisany przez inspektora nadzoru W. Z. (3) oraz kierownika budowy – dyrektora projektu I. S. (1) (k. 52 – 60).

W § 11 umowy nr (...) z dnia 7 maja 2012 r. określono nadzór pełniony przez wyznaczonego przez zamawiającego inspektora nadzoru w pełnym zakresie wynikającym z przepisów ustawy Prawo budowlane oraz przepisów wykonawczych (ust. (...))§ (...)). W szczególności inspektor nadzoru miał pełnić nadzór inwestorski między innymi przez potwierdzanie faktycznie wykonanych robót, usunięcie wad (ust.(...) pkt (...) § (...)). Zapis taki jest zgodny z art. 25 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane, który przyznaje inspektorowi nadzoru inwestorskiego uprawnienie do „potwierdzania faktycznie wykonanych robót”. Ponadto zwrócić należy uwagę na zapis z § (...) umowy określający wynagrodzenie i warunki płatności gdzie w ustępie 3 strony ustaliły, że wynagrodzenie będzie płatne raz w miesiącu, proporcjonalnie do zaawansowania wykonanych prac oraz zrealizowanych dostaw materiałów i urządzeń. Podstawą ustalenia wynagrodzenia za roboty miał być ich stan ustalony na ostatni tydzień każdego miesiąca kalendarzowego, na podstawie potwierdzonego przez inspektora nadzoru stanu ich wykonania i przedstawionych

zamawiającemu wykazów materiałów i urządzeń zużytych do realizacji robót wraz z dokumentami wymaganymi przez Prawo bankowe.

Zeznający w charakterze świadka W. Z. (3) – pełniący funkcję inspektora nadzoru podał, że protokół sporządzony w dniu 27 maja 2013 r. obejmujący prace wykonane w okresie od 26 kwietnia 2013 r. do 20 maja 2013 r. (k. 52 – 60) to protokół przerobowy do faktury. Co więcej potwierdził, że protokół sporządzony od dnia 8 maja do 20 maja 2013 r. (k. 283 i nast.) to protokół odbioru końcowego (zeznania świadka W. Z. (3) k. 1710, protokół rozprawy z dnia 24 sierpnia 2015 r. 01:11:36 – 01:41:32).

Z powyższego wynika, że protokół z 27 maja 2013 r. był późniejszy w stosunku do protokołu odbioru końcowego robót realizowanych w oparciu o umowę o roboty budowlane nr (...) z dnia 7 maja 2012 r. oraz aneksu nr (...) (k. 283 i nast.) i obejmuje prace, których wykonanie znalazło potwierdzenie w tym protokole końcowym (odmienne twierdzenie nie zostało wykazane przez stronę pozwaną a nawet taki zarzut się nie pojawił). Wspomniany protokół końcowy sporządzony został przy udziale szeregu osób reprezentujących zamawiającego, wykonawcę oraz inspektorów nadzoru w tym W. Z. (3). Przewodniczącym komisji był S. G. (1), który w ramach inwestycji ze stron pozwanej pełnił funkcję kierownika kontraktu. S. G. (1) podpisał ten protokół co ma znaczenie bowiem brak jest jego podpisu na protokole z dnia 27 maja 2013 r. W tej sytuacji trudno jest przyjąć by nie akceptował protokołu z 27 maja 2013 r., który nie zawierał innego zakresu prac niż protokół końcowy przez niego podpisany. W korespondencji mailowej z dnia 7 czerwca 2013 r. skierowanej do strony powodowej S. G. (1) wskazał, że „protokół zaawansowania prac będący załącznikiem do faktury końcowej zawiera błędy o czym został wcześniej poinformowany pan I. S. (1), który zobowiązał się do ich pilnego usunięcia”. W odpowiedzi I. S. (1) 11 czerwca 2013 r. podał, że „protokół finansowy został skorygowany do wartości ustalonej na spotkaniu (proponując aneksu nr (...)) rozliczeniowym końcowym zakresów prac zamiennych i dodatkowych. W załączeniu przesyłam protokół w celu sprawdzenia poprawności kwot” (wydruk korespondencji mailowej k. 117 – 118). Z powyższego wynika, że usunięte zostały przeszkody do podpisania protokołu z dnia 27 maja 2013 r. przez kierownika kontraktu S. G. (1) i brak tego podpisu w kontekście wcześniejszych ustaleń i uwag nie może być uznany za równoznaczny z brakiem dowodu spełnienia wzajemnego świadczenia niepieniężnego przez stronę powodową. Podkreślić bowiem kolejny raz należy, że strona pozwana nie tylko nie zakwestionowała zakresu prac objętych tą fakturą ale też nie zakwestionowała samej faktury VAT nr (...) – to wszystko prowadzi do wniosku, że w sprawie nie doszło do naruszenia art. 485 § 2a k.p.c..

Skoro istniały podstawy do wydania nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym to nie może być mowy o naruszeniu art. 486 § 1 i 2 k.p.c., a w konsekwencji art. 493 § 1 i 3 k.p.c.

Chybione są też pozostałe zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego bezzasadnymi w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, są zarzuty dotyczące naruszenia przez Sąd I instancji dyspozycji przepisu art. 227 k.p.c. oraz art. 233 § 1 k.p.c.. Wbrew bowiem przekonaniu apelującej strony Sąd Okręgowy w sposób prawidłowy i wystarczający dla ostatecznego rozstrzygnięcia wyjaśnił wszystkie istotne okoliczności faktyczne oraz dokonał w pełni kompleksowej, obszernej i trafnej oceny dowodów zaoferowanych przez strony, które ocenił w sposób mieszczący się w granicach wyznaczonych dyspozycją przepisu art. 233 § 1 k.p.c.. Wskazać przy tym trzeba, iż w istocie w ramach tego zarzutu strona pozwana, prezentując własną subiektywną ocenę materiału dowodowego i wbrew stawianym zarzutom, nie zdołała wykazać, aby dokonując owej oceny Sąd I instancji uchybił i w jaki konkretnie sposób zasadom wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego. Wskazać przy tym trzeba, iż zarzut obraży przepisu art. 233 § 1 k.p.c. nie może polegać jedynie na zaprezentowaniu własnych, korzystniejszych dla skarżącego ustaleń stanu faktycznego, dokonanych na podstawie własnej, korzystniejszej dla niego oceny materiału dowodowego (zob. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2002 r., sygn. akt II CKN 572/99). Jeżeli zatem z określonego materiału dowodowego Sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena Sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, chociażby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. 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, to tylko wtedy przeprowadzona przez Sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (tak SN w wyroku z dnia 27 września 2002 r., sygn. akt II CKN 817/00).

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu Sąd Apelacyjny dokonał jego oceny również przez pryzmat sformułowanych w apelacji zarzutów dotyczących naruszenia prawa materialnego bowiem, z uwagi na sposób ich sformułowania pozostają one ze sobą w ścisłym związku. Jednocześnie wskazać przy tym należy, iż w istocie owe zarzuty stanowią wierne odzwierciedlenie stanowiska pozwanej zawartego w zarzutach od nakazu zapłaty i prezentowanego w toku całego procesu.

Podnosząc zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. strona pozwana w istocie kwestionuje ocenę prawną zgłoszonych przez nią zarzutów potracenia skupiając się głównie na tym, że wadliwie Sąd Okręgowy przyjął, iż umowa wykonana została w terminie i brak było podstaw do naliczania kar umownych z tytułu jej nieterminowego wykonania oraz nieterminowego usunięcia wad. O tym będzie szerzej mowa w dalszej części uzasadnienia.

Niemniej jednak w tym miejscu przypomnieć należy i dodać w oparciu o przeprowadzone w sprawie dowody, że zgodnie z § 4 ust. 3 umowy nr (...) z dnia 7 maja 2012 r. za termin realizacji umowy strony przyjęły stan inwestycji umożliwiający zgłoszenie do odbioru przez właściwe podmioty, których opinie lub decyzje są potrzebne do zgłoszenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie. Z kolei do obowiązków wykonawcy zgodnie z § (...) ust. (...) pkt (...) należało przygotowanie wszystkich niezbędnych dokumentów wraz z dokumentacją powykonawczą dla całego obiektu koniecznych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie, oraz skompletowanie dokumentacji uzyskanej od innych wykonawców. W tym zakresie na wniosek wykonawcy zamawiający miał przekazać wykonawcy dokumentację od innych wykonawców. Z kolei zamawiający w § (...) ust. (...) oświadczył, że posiada niezbędną do realizacji przedmiotu umowy dokumentację stanowiącą załącznik do pozwolenia na budowę dokumentację wykonawczą oraz oświadczył, że dokumentacja ta jest ostateczna, sprawdzona i skoordynowana branżowo. Zamawiający zobowiązał się także do udostępnienia tej dokumentacji wykonawcy oraz innej dokumentacji technicznej będącej w jego posiadaniu niezbędnej do wykonania umowy (§ (...)ust.(...)umowy).

Te zapisy umowy odnieść należy do zeznań świadków. I tak G. P. – inżynier budowy ze strony powodowej Spółki zeznał, że było dużo zmian w trakcie budowy, brak było projektu wykonawczego do wykończeń. Dokumentacja taka nigdy nie powstała w pakiecie tylko ciągle była uzupełniana. Świadek ten potwierdził także, że były firmy pracujące bezpośrednio na zlecenie inwestora (zeznania k. 1470 i e- protokół z rozprawy). Zdjęcia z opisem dotyczące prac wykonawców wprowadzonych przez inwestora złożone zostały do akt sprawy przez stronę powodową (k. 1587 i nast.). Także świadek K. K. – inżynier budowy z ramienia strony powodowej zeznał, że wprowadzano liczne zmiany do projektu co opóźniało termin realizacji. Wprowadzani byli także przez stronę pozwana wykonawcy, którzy niszczyli to co zrobiła powodowa Spółka (zeznania k. 1661, rozprawa z 13 maja 2015 r. 00:26:19 – 00:45:55). Także główny projektant L. K. zeznał, że były wprowadzane zmiany (zeznania k. 1708, rozprawa z dnia 24 sierpnia 2015 r. 00:36:32 – 00:44:35). Z kolei świadek D. Z. (2) potwierdził, że były w ramach realizacji inwestycji firmy zatrudniane bezpośrednio przez stronę pozwaną, a świadek W. Z. (3) – inspektor nadzoru – potwierdził, że były wprowadzane zmiany, które nie były nieistotne i odbijały się na terminowości, a ponadto inwestor wprowadzał swoich wykonawców (zeznania k. 1709 rozprawa z 24 sierpnia 2015 r. 00:45:08, k. 1710 ta sama rozprawa 01:36 – 01:41:32). Podobnie świadek M. S. (2) – dyrektor pionu budownictwa powodowej Spółki zeznał, że były wprowadzane zmiany w dokumentacji architektoniczno budowlanej, a nadto brak było w odpowiednim czasie decyzji inwestora co do niektórych materiałów. Świadek potwierdził też wprowadzanie wykonawców przez samego inwestora i dodał, że protokół z maja 2013 r. nie został podpisany bo stronie powodowej przypisano usterki innych wykonawców. (zeznania k. 1751, rozprawa z 7 grudnia 2015 r., 00:05:17 – 00:55:36). Zeznający za stronę powodową M. T. także wskazał na zmiany wprowadzane przez inwestora (zeznania k. 1754, rozprawa z 7 grudnia 2015 r., 00:05:58 – 01:07:14).

Prawidłowo Sąd Okręgowy ustalił przyczyny zgłoszenia przez Komendanta Miejskiego Straży Pożarnej w K. sprzeciwu w sprawie uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynku usługowo – dydaktycznego (salonu samochodowego wraz z zapleczem administracyjno – biurowym). W stanowisku z dnia 28 lutego 2013 r. podano, że sprzeciw wynika ze stwierdzenia okoliczności, które uniemożliwiły przeprowadzenie w pełnym zakresie czynności kontrolno –

rozpoznawczych w rozpatrywanych obiektach i dokonanie oceny zgodności ich wykonania z projektem budowlanym i warunkami ochrony przeciwpożarowej tj. ze względu na brak w obiekcie kompletnej dokumentacji projektowej (brak elaboratu dotyczącego warunków ochrony ppoż. W obiekcie, stanowiącego integralną część projektu) nie było możliwe przeprowadzenie w pełnym zakresie czynności kontrolno – rozpoznawczych i dokonanie właściwej oceny zgodności wykonania obiektu z projektem budowlanym oraz warunkami ochrony przeciwpożarowej (stanowisko z 28 lutego 2013 r. k. 196).

Z powyższego wynika, że tylko ten brak był powodem zajęcia zaprezentowanego stanowiska przez Państwową Straż Pożarną. Jak wcześniej podano z umowy wiążącej strony to na zamawiającym czyli stronie pozwanej ciążył obowiązek przekazania wykonawcy dokumentacji projektowej i wykonawczej zaś na wykonawcy – stronie powodowej obowiązek przygotowania dokumentacji powykonawczej. W sprzeciwie mowa jest tylko o brakach w dokumentacji projektowej a nie powykonawczej. Potwierdzili to świadkowie G. P. i M. S. (2). Oceny tej nie mogą zmienić sporządzone odrębnie i podpisane przez S. G. (1) uwagi PSP dla zadania – brak dokumentów (k. 197). Uwagi S. G. (1) nie są bowiem tożsame ze stanowiskiem Komendanta Miejskiego Straży Pożarnej w K., który jako uprawniony określił powody, dla których nie wydał w dniu 28 lutego pozwolenia na użytkowanie przedmiotowych obiektów.

Wbrew zarzutom apelacji nie doszło też do naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. przy ocenie zeznań świadków W. Z. (2) i D. Z. (2), do których wcześniej nawiązano w tym w kontekście dotyczącym składania oświadczeń podwykonawców. Jeśli zaś chodzi o usuwanie wad to będzie o tym mowa przy omawianiu zarzutu potrącenia.

W sprawie nie doszło też do naruszenia art. 227 k.p.c. w zw. z art. 217 § 1,2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c.

W toku postępowania dowodowego Sąd może naruszyć przepis art. 227 k.p.c. tylko wtedy, gdy zostanie wykazane, że Sąd przeprowadził dowód na okoliczności niemające istotnego znaczenia w sprawie i ta wadliwość postępowania dowodowego mogła mieć wpływ na wynik sprawy, a także gdy sąd odmówił przeprowadzenia dowodu na fakty mające istotne znaczenie w sprawie, wadliwie oceniając, iż nie mają one takiego charakteru (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2008 r., II PK 47/08, Lex nr 500202; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2001 r., IV CKN 970/00, Lex nr 52753; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2005 r., III CK 548/04, Lex nr 151666). Do sytuacji takiej jednak nie doszło bowiem oddalenie wniosku dowodowego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność sposobu, terminu, jakości wykonanych robót budowlanych przez stronę powodową oraz przez zatrudnionych podwykonawców, w tym wad, usterek i niedoróbek budynku, podstaw do obniżenia wynagrodzenia strony powodowej oraz podstaw do naliczania kar umownych – było uzasadnione i nie prowadziło do naruszenia art. 217 § 2 i 3 k.p.c.

Stosownie do art. 217 § 3 k.p.c. Sąd pominie środki dowodowe, jeżeli okoliczności sporne zostały już dostatecznie wyjaśnione lub jeżeli strona powołuje dowody jedynie dla zwłoki. Przez wyjaśnienie spornych okoliczności rozumieć należy taki stan rzeczy, w którym albo nastąpiło uzgodnienie między stronami spornych dotychczas okoliczności, albo też zostały one wyjaśnione na korzyść strony powołującej dowody. Niedopuszczalne jest pominięcie zaoferowanych środków dowodowych z powołaniem się na wyjaśnienie sprawy, jeżeli ocena dotychczasowych dowodów prowadzi, w przekonaniu sądu, do wniosków niekorzystnych dla strony powołującej dalsze dowody. Oznaczałoby to bowiem pozbawienie jednej ze stron możliwości udowodnienia jej twierdzeń. Sytuacja taka jednak nie zachodzi, gdy teza dowodowa jest nieistotna dla rozstrzygnięcia lub proponowany środek jest nieprzydatny dla jej udowodnienia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 2007 r., IV CSK 41/07, Lex nr 346211).

Z sytuacją taką jak w ostatnim zdaniu powołanego orzeczenia Sądu Najwyższego mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Pamiętać bowiem należy, że w sprawie chodzi o zapłatę za roboty objęte jedną fakturą VAT nr (...) a nie całościowe rozliczenie całej inwestycji. Do tego strona pozwana nigdy nie zgłaszała żądania obniżenia wynagrodzenia, zaś nie do biegłego należy ocena prawna czy istniały podstawy do naliczania kar umownych. Wyraźnie stwierdzić też należy, że dowód z opinii biegłego winien weryfikować twierdzenia stron nie ma zaś być środkiem do konkretyzowania stanowisk stron poprzez wyręczenie ich z tego obowiązku. Ma to znaczenie bowiem jak słusznie uznał Sąd Okręgowy

strona pozwana (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w K. nie sprecyzowała jakie konkretnie wady nie zostały usunięte w terminie i jaki był czasokres opóźnienia w usuwaniu wad tylko zbiorczo wskazywała na wady, usterki i niedoróbki oraz kolejne notatki służbowe. Wbrew stanowisku pozwanej Spółki wady nie są tożsame z usterkami i niedoróbkami. Wystarczy sięgnąć do Słownika języka polskiego by stwierdzić, że wada to min. cecha jakiegos przedmiotu, towaru, systemu itp. powodująca obniżenie jego wartości natomiast usterka to niewielka wada, niedokładność, defekt, a usterka techniczna to wada produkcyjna wyrobu, obniżająca jego walory techniczne (Słownik języka polskiego PWN Warszawa 2006). Jest to ważne bowiem w umowie zastrzeżono kary umowne jedynie za wady w przedmiocie umowy a nie za usterki i niedoróbki (§ (...) ust. (...)pkt (...) umowy). Bez skonkretyzowania przez stronę pozwaną o usunięcie jakich wad chodziło nie było uzasadnionych powodów by dopuszczać w tym zakresie dowód z opinii biegłego z wcześniej podanych przyczyn.

Nie było też naruszeniem art. 227 k.p.c. w zw. z art. 217 § 1, 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. w zw. z art. 236 k.p.c. oraz art. 248 k.p.c. przez nierozpoznanie wniosku o zobowiązanie strony powodowej do przedstawienia wszelkich umów zawartych przez nią z podwykonawcami. Aktualne w tym przedmiocie pozostają wcześniejsze wywoły dotyczące oświadczeń podwykonawców. Jak już podano takie zestawienia znajdują się w aktach sprawy, a bez określenia przez stronę pozwaną jakich podwykonawców jej zdaniem nie wskazano praktycznie nie ma możliwości wykazania listy podwykonawców, która ogólnie nie mogłaby się spotkać z zarzutem, że jest niepełna. W takiej sytuacji należy poprzestać na oświadczeniu strony powodowej, że podała ona wszystkich swoich podwykonawców pracujących przy realizacji przedmiotowej inwestycji.

W sprawie nie doszło też do naruszenia prawa materialnego.

W świetle poczyniony w sprawie ustaleń faktycznych oraz wcześniejszych rozważań nie może być mowy o naruszeniu art. 498 § 1 i 2 k.c. oraz art. 499 k.c.

Podstawą zarzutu potrącenia jest zawsze twierdzenie pozwanego, że dochodzona od niego wierzytelność uległa umorzeniu wskutek potrącenia dokonanego najpóźniej w chwili zgłoszenia zarzutu. Pamiętać jednak należy, że dopóki twierdzenie to nie zostanie wykazane, dopóty pozwany ani sąd nie mogą przyjmować, że retroaktywny skutek potrącenia nastąpił (art. 499 zdanie drugie k.c.). W związku ze zgłoszeniem zarzutu potrącenia sąd z reguły nie ograniczy się do badania samego faktu potrącenia, lecz ze względu na kwestionowanie przez powoda spełnienia przesłanek z art. 498 k.c. zbada zasadność potrącenia.

Powstaje kwestia, czy weryfikacja twierdzeń pozwanego o dokonaniu skutecznego potrącenia przebiegać będzie w ramach podjętej przez niego obrony, czy też akcji dochodzenia przez pozwanego własnego roszczenia. Odnosząc się do tego spornego w doktrynie zagadnienia, należy opowiedzieć się za koncepcją, według której zarzut potrącenia jest środkiem obrony pozwanego, a nie sposobem dochodzenia roszczenia (por. uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6.9.1983 r., IV CR 260/83, OSNCP 1984, nr 4, poz. 59 oraz uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20.11.1987 r., III CZP 69/87, OSNCP 1989, nr 4, poz. 64).

Podjęta przez pozwanego obrona musi odbywać się według reguł przyjętych w prawie procesowym. W postępowaniu nakazowym obrona, którą pozwany podejmuje przez zgłoszenie zarzutu potrącenia w zarzutach od nakazu zapłaty, została ograniczona przez wyeliminowanie potrącenia wierzytelności spornych o wątpliwej podstawie i wysokości. Ustawodawca uznał, że skoro powód żądając wydania nakazu zapłaty musiał udokumentować swoje roszczenie w sposób określony w art. 485 k.p.c., to pozwany, aby zniweczyć wydany nakaz zapłaty, musi również udowodnić swoje wzajemne wierzytelności w sposób przewidziany w tym przepisie (art. 493 § 3 k.p.c.). Takie rozwiązanie nie pozbawia pozwanego możliwości realizowania swoich wzajemnych roszczeń w innym postępowaniu. Twierdzenie pozwanego, że dochodzona od niego wierzytelność uległa umorzeniu wskutek dokonanego potrącenia, nie oznacza, że umorzenie w istocie nastąpiło. Twierdzenie takie, jeśli nie jest bezsporne, podlega – jak już zaznaczono – badaniu przez sąd.

W uchwale z dnia 20 listopada 1987 r., III CZP 69/87, Sąd Najwyższy stwierdził, że nieuwzględnienie zarzutu potrącenia nie stanowi przeszkody w dochodzeniu wierzytelności objętej tym zarzutem w odrębnym postępowaniu.

Tym bardziej nie można doszukiwać się takiej przeszkody w sytuacji, w której sąd – z powodów formalnych – w ogóle zarzutu potrącenia nie zbadał.

Z kolei w uchwale z dnia 13 października 2005 r., III CZP 56/05 Sąd Najwyższy (OSN 2006, nr 7 -8, poz.119) stanął na stanowisku, że przewidziane w art. 493 § 3 k.p.c. wymaganie udowodnienia wiarygodności 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.

To prowadzi do wniosku, że zarzuty potrącenia zgłoszone w toku postępowania przez stronę pozwaną, jako nie udowodnione dokumentami wskazanymi w art. 485 k.p.c. nie były skuteczne i nie wywołały skutku z art. 499 k.c.. Tym samym w odniesieniu do tych zarzutów nie doszło do naruszenia art. 498 § 1 i 2 k.c. oraz art. 499 k.c.

Rozważenia i oceny wymaga natomiast zarzut potrącenia zgłoszony w piśmie z dnia 21 lipca 2013 r. dotyczący kar umownych z tytułu zwłoki w dochowaniu terminu określonego w § (...) ust.(...) umowy nr (...)z dnia 7 maja 2012 r. oraz kar umownych z tytułu zwłoki w dochowaniu terminu usunięcia wad w przedmiocie umowy.

O kwestii dochowania terminu wykonania umowy oraz usuwania wad była już mowa w związku z czym tu wypada przypomnieć, że zgodnie z § 4 ust. 3 umowy o roboty budowlane nr (...)z dnia 7 maja 2012 r. za termin realizacji umowy strony ustaliły stan inwestycji umożliwiający zgłoszenie do odbioru przez właściwe podmioty, których opinie lub decyzje są potrzebne do zgłoszenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie. Zgodnie z aneksem nr (...) do tej umowy termin ten ustalono na dzień 23 lutego 2012 r. Strona pozwana swe twierdzenie o niedochowaniu terminu realizacji umowy uzasadniała tym, że Komendant Miejski Straży Pożarnej w K. w dniu 28 lutego 2013 r. wyraził sprzeciw w sprawie uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynku usługowo – dydaktycznego (salonu samochodowego wraz z zapleczem administracyjno – biurowym). Jednak, jak już zaznaczono powodem sprzeciwu były braki w dokumentacji projektowej, którą obowiązana była dysponować strona pozwana jako inwestor. Uwagi dotyczące braków dokumentacji podpisane przez S. G. (1) nie są tożsame ze stanowiskiem Straży Pożarnej i nie mogą być traktowane jako powód odmowy wydania pozwolenia na użytkowanie obiektu. Na inne przeszkody w uzyskaniu opinii lub decyzji strona pozwana nie wskazywała. Pamiętać przy tym należy, że stan inwestycji umożliwiający zgłoszenie do odbioru nie jest równoznaczny z całkowitym zakończeniem prac w tym prac wykończeniowych często mających jedynie walor estetyczny. To, że inwestycja była w stanie umożliwiającym zgłoszenie jej do odbioru w lutym 2013 r. potwierdził świadek W. Z. (3) pełniący funkcję inspektora robót budowlanych, a więc z racji swych obowiązków osoba w pełni kompetentna do takiej oceny.

Wszystko to prowadzi do wniosku, że strona pozwana nie wykazała by istniały podstawy do naliczania kar umownych w oparciu o § (...) ust.(...) pkt(...) umowy o roboty budowlane nr(...)z dnia 7 maja 2012 r.

Podobnie ocenić należy potrącenie z tytułu kar umownych za zwłokę w usunięciu wad w przedmiocie umowy. Zgodnie z §(...)ust. (...) pkt (...)umowy kary z tego tytułu mogły być naliczane za każdy dzień zwłoki w usuwania wad liczony od daty ustalonego przez strony terminu ich usunięcia.

Strona pozwana naliczając kary umowne z tego tytułu w piśmie z dnia 1 lipca 2013 r. odwołała się do stwierdzonych wad w notatkach służbowych nr (...) z dnia 4 kwietnia 2013 r., nr (...) z dnia 20 kwietnia 2013 r., nr (...) z dnia 30 kwietnia 2013 r. oraz(...)r. z dnia 5 czerwca 2013 r. W pierwszej z tych notatek zapisano, że zauważone wady, usterki i niedoróbki wykonawca zobowiązał się usunąć:

- braki w dokumentacji powykonawczej do dnia 10 kwietnia 2013 r.;
- niedoróbki, wady i usterki w zakresie robót wewnętrznych do dnia 12 kwietnia 2013 r.;
- niedoróbki, wady i usterki w zakresie robót zewnętrznych na elewacji oraz dachu do dnia 20 kwietnia 2013 r.;

- pozostałe niedoróbki, wady i usterki w zakresie robót zewnętrznych do dnia 26 kwietnia 2013 r. wg. zaktualizowanego wykazu usterek, wad i niedoróbek sporządzonego przez inspektorów nadzoru inwestycyjnego do 8 kwietnia 2013 r. (notatka z 4 kwietnia 2013 r. oraz wykaz k. 209 – 213).

W kolejnej notatce nr (...) z dnia 12 kwietnia 2013 r. (niewymienionej w piśmie z dnia 1 lipca 2013 r.) w punkcie 3 zapisano, że wady, usterki, niedoróbki i braki wykonawcy (...) S.A. zobowiązuje się usunąć do 21 kwietnia 2013 r. (termin ostateczny). Jednocześnie wykonawca zadeklarował, że w przypadku nie usunięcia wad, usterek, niedoróbek i braków do 21 kwietnia 2013 r. wyraża zgodę na usunięcie wad po 21 kwietnia 2013 r. przez siły własne zamawiającego na koszt wykonawcy (...) S.A. Zapisano także, że po 21 kwietnia 2013 r. zamawiający nie akceptuje kontynuowania usuwania usterek, wad, niedoróbek i braków z wykazu z dnia 5 kwietnia 2013 r. na obiekcie przez osoby z firmy (...) S.A. i jej podwykonawców aż do uruchomienia działalności przez zamawiającego (notatka z 12 kwietnia 2013 r. k. 214 – 215).

W notatce nr (...) z dnia 20 kwietnia 2013 r. stwierdzono, że (...) S.A. złożył jedynie informację o stanie usuwania wad i usterek na budowie lecz nie zgłosił usunięcia usterek, wad, niedoróbek i braków odbioru jak również nie zwrócił się o wyznaczenie nowego terminu odbioru końcowego. Zamawiający zwrócił uwagę na to, że na dzień 20 kwietnia 2013 r. nie uzyskano kategorii 6 dla instalacji (...) wykonanej przez wykonawcę oraz zamawiający zażądał zapewnienia kolorystyki posadzek ze standardami (...) wykonanej przez wykonawcę. Nadto zamawiający stwierdził, że część ścian wykonanych przez wykonawcę posiada wady trwałe (notatka z 20 kwietnia 2013 r. k. 216 – 217).

W notatce nr (...) z dnia 30 kwietnia 2013 r. komisja stwierdziła, że na ten dzień (...) S.A. między innymi nie usunęła wymienionych usterek, wad, niedoróbek i braków z przeglądów technicznych dla odbioru końcowego (np. nie wyczyszczono studzienki kanalizacji, trwa obniżanie gniazd elektrycznych posadzkowych, nie wykonano przejścia ppoż dla kabli do serwerowni do silnika na parterze, nie wymieniono szyb w drzwiach ppoż na I piętrze, nadal trwają roboty porządkowe wewnątrz budynku itd) (notatka z 30 kwietnia 2013 r. k. 218 – 219).

Z powyższego wynika, że strona pozwana nigdy nie sprecyzowała co uważa za wady, co za usterki a co za niedoróbki i braki choć jak wcześniej pojęcia te nie są tożsame i kryją za sobą różny stopień nieprawidłowości w wykonaniu umowy. Natomiast kary umowne mogły być naliczane wyłącznie za wady i to po upływie terminu ustalonego przez obie strony, a nie narzuconego przez zamawiającego. Strona pozwana nie skorzystała też z uprawnienia do usunięcia wad, usterek, niedoróbek i braków na koszt strony powodowej choć jednocześnie oświadczyła, że nie akceptuje ich usuwania przez stronę powodową po 21 kwietnia 2013 r. aż do uruchomienia swej działalności.

To sprecyzowanie wad było konieczne dla oceny zasadności naliczania kary umownej bowiem samo doświadczenie życiowe daje podstawę do oceny, że wymienione w notatce nr (...) z dnia 30 kwietnia 2013 r. usterki, wady, niedoróbki i braki nie są wszystkie wadami i to wadami dającymi się usunąć a nie np. powodującymi obniżenie wynagrodzenia.

Zaniechanie przez stronę pozwaną udowodnienia jakie wady i przez jaki czas po ustalonym terminie do ich usunięcia nie zostały usunięte powoduje, że nie można uznać by doszło do skutecznego naliczenia kar umownych, a co za tym idzie nie doszło do potrącenia tej kary z wierzytelnością strony powodowej.

Podkreślenia wymaga i to, że wymagalność roszczenia o zapłatę kary umownej za zwłokę w usunięciu wady przedmiotu umowy o roboty budowlane, naliczaną za każdy dzień zwłoki, przypada na każdy kolejny dzień pozostawiania dłużnika w zwłoce, a nie na dzień oddania przedmiotu umowy. Roszczenie o karę umowną za zwłokę wynika z nienależytego wykonania umowy, którym w tym przypadku nie jest oddanie przedmiotu umowy z wadą, jak to ma miejsce w razie roszczeń związanych z samym istnieniem wady (por. wyrok składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 12.2.1991 r., III CRN 500/90, OSNC 1992, nr 7-8, poz. 137), lecz popadnięcie i pozostawianie wykonawcy w zwłoce z usunięciem wady. Z natury rzeczy zwłoka powstaje później niż w chwili oddania przedmiotu umowy. Wymagalność roszczenia nie została w prawie cywilnym zdefiniowana, powszechnie jednak przyjmuje się, że wyraża ona stan, w którym, obiektywnie rzecz ujmując, wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności. Początek wymagalności roszczenia nie daje się formułować w regułę ogólną, ponieważ dla różnych

stosunków prawnych i dla różnych roszczeń może być zróżnicowany. Określa go każdorazowo konkretna wierzytelność oraz treść, charakter lub właściwości zobowiązania, z którego wierzytelność się wywodzi. Wskazał na to Sąd Najwyższy m.in. w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 11.1.2002 r., III CZP 63/01, w której zajął stanowisko nie tylko co do dłuższego niż przewiduje art. 646 k.c. okresu przedawnienia roszczeń z umowy o roboty budowlane, ale także co do możliwości innego niż data oddania robót początku wymagalności roszczeń wynikających z takiej umowy.

Mając powyższe na uwadze kolejny raz podkreślić należy, że do przyjęcia zasadności i wymagalności roszczenia z tytułu kary umownej za nieterminowe usunięcie wad strona pozwana winna wykazać jakie wady i po upływie jakiego ustalonego przez strony terminu nie zostały usunięte. Pozwana nie udowodniła tych okoliczności w związku z czym nieprzyjęcie zarzutu potrącenia zgłoszonego w piśmie z 1 lipca 2013 r. za skuteczny nie doprowadziło do naruszenia art. 498 k.c. i art. 499 k.c.

Nie doszło też do naruszenia tych przepisów poprzez nieuwzględnienie zarzutów potrącenia zgłoszonych w zarzutach od nakazu zapłaty. Wierzytelności zgłoszone do potrącenia przez stronę pozwaną nie zostały bowiem udowodnione dokumentami o których mowa w art. 485 k.p.c. wbrew wymogowi z art. 493 § 3 k.p.c.

Chybiony jest także zarzut naruszenia art. 65 § 1 i 2 k.c. i art. 97 k.c.

O wykładni umowy łączącej strony w zakresie dotyczącym wymogu dołączenia oświadczeń podwykonawców była już mowa i nie ma powodu by powielać wcześniejsze rozważania. Natomiast jeśli chodzi o art. 97 k.c. to przepis ten w interesie bezpieczeństwa obrotu, w celu ochrony uzasadnionego zaufania klientów przyjmuje, że osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności poczytuje się w razie wątpliwości za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa. Celem art. 97 k.c. jest ochrona bezpieczeństwa obrotu a wymogiem nowoczesnej gospodarki jest szybkie podejmowanie czynności. Umożliwia to rozwój urządzeń technicznych. Prawo nie może być barierą biurokratyzującą działalność przedsiębiorstw i paraliżującą ich sprawność. W tym kontekście trzeba widzieć rolę art. 97 k.c.. Przy bieżących transakcjach w ramach zwykłej działalności przedsiębiorstwa nie zawsze można żądać od przedsiębiorcy sprawdzania umocowania osób działających za kontrahenta. Można natomiast oczekiwać nadzoru nad udostępnianiem znajdujących się w lokalu przedsiębiorstwa urządzeń technicznych i pieczętek (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 1998 r., I CKN 517/97). Prowadzi to do wcześniejszego wniosku dotyczącego skutecznego przyjęcia faktury VAT nr (...)przez stronę pozwaną.

W sprawie nie doszło też do naruszenia art. 470 k.c.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 27 lutego 2008 r., III CZP 153/07 (OSNC 2009, nr 3, poz. 37), wskazał że w judykaturze i literaturze rozróżniono depozyt w rozumieniu prawa cywilnego materialnego, składany jako przedmiot świadczenia w celu zwolnienia się z wykonania zobowiązania (art. 467-470 k.c.), i depozyt w znaczeniu procesowym, pojmowany jako sposób zabezpieczenia (zatrzymania) pieniędzy lub rzeczy w ramach postępowania zabezpieczającego i egzekucyjnego oraz na ich cele. Sąd Najwyższy wyjaśnił, że postępowanie unormowane w części pierwszej księgi drugiej kodeksu postępowania cywilnego miało zastosowanie tylko do depozytu pierwszego rodzaju (por. uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 5.12.1986 r., III CZP 62/86, OSNCP 1987, nr 10, poz. 146 oraz postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 17.1.1997 r., II CKU 54/96, OSNC 1997, nr 5, poz. 63, i z dnia 13.8.1976 r., IV PZ 32/76, OSNC 1977, nr 3, poz. 57).

Ustawa wprowadziła do księgi drugiej kodeksu postępowania cywilnego określenie "rachunek depozytowy sądu", które oznacza szczególną formę przechowania, mającego na celu umożliwienie zdeponowania sum w postępowaniu zabezpieczającym i egzekucyjnym z pominięciem postępowania unormowanego w art. 692 i 693¹⁰ k.p.c.

W niniejszej sprawie złożenie kwoty do depozytu wpływało wyłącznie z potrzeb postępowania egzekucyjnego (zabezpieczenia), stanowiąc realizację roszczenia skonkretyzowanego nakazem zapłaty. Działanie strony pozwanej było więc realizacją obowiązku nałożonego nakazem zapłaty i nie należy go postrzegać jako surogat wykonania

zobowiązania w rozumienia prawa materialnego. Tym samym nie doszło do spełnienia świadczenia i nie powstał skutek z art. 470 k.c.

Mając powyższe na uwadze orzeczono na podstawie art. 385 k.p.c. a o kosztach zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu wyrażona w art. 98 k.p.c.

SSA Zbigniew Ducki SSA Anna Kowacz – Braun SSA Regina Kurek