

*Sygn. akt I ACa 159/14*

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 15 maja 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Władysław Pawlak</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SSA Grzegorz Krężolek (spr.)</b> <b>SSO del. Krzysztof Hejosz</b>
Protokolant:	st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska

po rozpoznaniu w dniu 6 maja 2014 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa **E. O.**

przeciwko (...) **S.A. w K.**

**o zapłatę**

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Gospodarczego w Krakowie

z dnia 28 października 2013 r. sygn. akt IX GC 157/11

**1. zmienia zaskarżony wyrok w punktach I i III w ten sposób, że wymienioną w punkcie I kwotę 182 712,98 zł obniża do sumy 161 762,39 zł (sto sześćdziesiąt jeden tysięcy siedemset sześćdziesiąt dwa złote i 39 groszy), a punktowi III nadaje treść:**

**„zasądza od strony pozwanej (...) S.A. w K. na rzecz powoda E. O. kwotę 10 488 zł (dziesięć tysięcy czterysta osiemdziesiąt osiem złotych) tytułem zwrotu części kosztów procesu”;**

**2. w pozostałym zakresie apelację strony pozwanej oddala;**

**3. zasądza od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 2 376 zł (dwa tysiące trzysta siedemdziesiąt sześć złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania apelacyjnego .**

Sygn. akt : I ACa 159/ 14

## UZASADNIENIE

W. O. w pozwie wniesionym w postępowaniu upominawczym domagał się zasądzenia od (...) SA w K. kwoty łącznej 208 415,61 złotego z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu. Na sumę dochodzonego roszczenia złożyły się : kwota 206 649, 18 zł z tytułu wynagrodzenia za prace budowlane tzw drugiego etapu, przy pomieszczeniach archiwum Szpitala (...) w L. , za które pozwana , jako zamawiający nie zapłaciła, oraz kwota 1 766, 43 złotego należna powodowi z tytułu skapitalizowanych odsetek od nieterminowej zapłaty należności określonej fakturą z dnia 17 stycznia 2011r od daty w której , zgodnie z umową powinna być zapłacona , do dnia 14 lutego 2011r , kiedy wniósł pozew. Domagał również o obciążenia przeciwniczki procesowej kosztami postępowania.

Motywuując zgłoszone żądanie wskazał , że na podstawie umowy o roboty budowlane zawartej przez strony w dniu 19 kwietnia 2010r miał wykonać prace w ramach przebudowy budynku dawnej pralni na archiwum Szpitala (...) w L.. Umowa określała zakres prac, ich podział na poszczególne etapy, a także wynagrodzenie jakie miał otrzymać od zamawiającej oraz terminy płatności. Strony określiły na jakich warunkach będą realizowane i wynagradzane roboty dodatkowe.

Prace podjął w maju 2010r ale od początku współpraca z zamawiającą okazała się trudna. Pozwana wielokrotnie zmieniała koncepcję , wprowadzała nowe rozwiązania techniczne nie przedkładając wymaganej dokumentacji. Także płatności za roboty już zrealizowane następowały z opóźnieniem i to w następstwie ponawianych interwencji wykonawcy. Fakturę za wykonanie pierwszego etapu W. O. wystawił w dniu 4 maja 2010r i należność z niej winna być , zgodnie z umową zapłacona w terminie siedmiu dni. W rzeczywistości pozwana , nie negując zarówno ilości jak i jakości robót, zapłaciła ją częściami . Pierwszą w dniu 1 czerwca a drugą 12 lipca 2010r.

Zakończenie drugiego etapu potwierdził protokół odbioru datowany na 10 września 2010r , który został podpisany ze strony pozwanej przez reprezentującego spółkę na placu budowy Z. O. (1). Dokument ten nie zawierał uwag co do kompletności czy jakości robót. Wystawiona przez powoda faktura , na kwotę 168 007, 46 zł netto /206 649, 18 zł brutto / nie zastała zapłacona przez zamawiającą , która powołując się na problemy płatnicze prosiła by dokument ten anulować, co też wykonawcy uczynił. Dokument ten wystawiał ponownie w dniu 17 stycznia 2011r ale wówczas , w korespondencji z wykonawcą zamawiająca, nie płacąc należności w niej wskazanej podnosiła , że Z. O. nie będąc już wówczas pracownikiem (...) SA nie był uprawniony do podpisywania dokumentu odbioru.

Ostatecznie do ponownego odbioru z udziałem obu stron nigdy nie doszło. Chcąc uzyskać zapłatę za wykonane prace powód w ramach dalszej korespondencji z pozwaną przygotował kosztorys powykonawczy. Zgodnie z tym dokumentem wartość zrealizowanych przez niego robót zamknęła się w kwocie 309 067, 78 złotego. Nie mogąc doprowadzić do skutecznego odbioru z udziałem zamawiającej W. O. zwrócił się do dyrekcji szpitala , który był inwestorem, by powołana komisja potwierdziła zakres zrealizowanych przez niego robót II etapu. W dniu 20 stycznia 2011r takie , komisyjne potwierdzenie miało miejsce. Nie stwierdzono wad jakościowych wykonawstwa powoda .

Ta sytuacja skłoniła go do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy w zakresie prac etapu trzeciego , które miały zakończyć roboty powierzone mu umownie przez zamawiającą.

W toku sporu , po przeprowadzeniu dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa A. M. W. O. rozszerzył podstawę faktyczną dochodzonego roszczenia wskazując, że kwota wskazana w pozwie stanowi nie uiszczone dotąd przez zamawiającą spółkę wynagrodzenie nie tylko za roboty tzw. II etapu ale także inne prace , które wykonał on na rzecz pozwanej , pozostające nierozliczonymi.

Nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu upominawczym w dniu 23 lutego 2011r , Sąd Okręgowy uwzględnił żądanie pozwu w całości.

W sprzeciwie od nakazu, obejmującego jego całość, strona pozwana domagała się oddalenia powództwa oraz obciążenia wykonawcy kosztami procesu.

W swoim stanowisku podnosiła przede wszystkim , że drugi etap prac za który powód żąda wynagrodzenia nigdy nie został formalnie zakończony, nie podpisano bowiem protokołu odbioru robót. Protokołu datowanego na 10 września

2010r spółka (...) nigdy nie otrzymała , a co więcej został on podpisany przez Z. O. , który wówczas nie był już pracownikiem spółki. Stan robót jakie miał wykonać W. O. na ten dzień przeczył temu by prace te były zakończone. Powód kontynuował ich realizację nawet jeszcze w październiku 2010r w zakresie robót budowlano - elektrycznych.

Ponadto podnosiła , że ich części , a to wentylacyjno - klimatyzacyjnych powód nie wykonał w jakimkolwiek zakresie , gdyż roboty te zrealizował podmiot trzeci , spółka z o. o. (...) z S..

Pozwana zgłosiła także zarzut potrącenia z wierzytelnością dochodzoną przez powoda wierzytelności własnej z tytułu kary umownej za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy. Określiła , że wierzytelność ta zamyka się w kwocie 268 128 złotych i wynika z faktu , że opróżnienie wykonawcy w realizacji umowy wynosi 252 dni , licząc od dnia 22 czerwca 2010r , kiedy zgodnie z umową powinien wszystkie powierzone mu roboty zakończy Wierzytelność została określona zgodnie z postanowieniem umownym o karze umownej za zwłokę zawartym w § 9 ust. 1.1. a/

Wyrokiem z dnia 28 października 2013r Sąd Okręgowy w Krakowie :

- zasądził od strony pozwanej na rzecz W. O. kwotę 182 712, 98 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 17 lutego 2011r do dnia zapłaty [ pkt I ] ,

W pozostałym zakresie powództwo oddalił [ pkt II ]

Zasądził od spółki (...) na rzecz powoda kwotę 14 977, 88 zł tytułem części kosztów postępowania [ pkt III sentencji wyroku]

Sąd Okręgowy ustalił następujące fakty istotne dla rozstrzygnięcia :

Na podstawie umowy , która strony zawarły w dniu 19 kwietnia 2010r W. O. miał zrealizować roboty w ramach modernizacji pomieszczeń byłej pralni na archiwum Szpitala (...) w L..

Wykonawca przyjął do realizacji roboty wodno - kanalizacyjne , elektryczne , wentylacyjno - klimatyzacyjne oraz budowlane i wykończeniowe. Ustalone przez strony wynagrodzenie , na kwotę brutto 532 357, 02 zł / 436 358, 21 zł netto/ odnosząc się do wyszczególnionych rodzajowo robót , wynosiło netto : za roboty wodno - kanalizacyjne 23 000 zł , za elektryczne 25 000 złotych , za wentylacyjno - klimatyzacyjne 100 000 złotych , a wykończeniowo - budowlane 288 358, 21 zł.

Wynagrodzenie to miało być płacone etapami i tak etap I miał dotyczyć 10 % ogólnej wartości robót wodno - kanalizacyjnych , 30 % elektrycznych , i 40 % robót budowlanych i wykończeniowych. Ogółem wynagrodzenie I etapu zamykało się w kwocie netto 125 143, 29 zł . Etap II obejmował 50 % wynagrodzenia za roboty wodno - kanalizacyjne , 40 % za elektryczne , 60 % za prace wentylacyjno - klimatyzacyjne i 30 % za roboty budowlane i wykończeniowe. Ogółem etap ten obejmował wynagrodzenie netto 168 007, 46 zł. Etap III dotyczył 30 % wynagrodzenia za roboty wodno - kanalizacyjne, 30 % za elektryczne, 40 % za klimatyzacyjno - wentylacyjne i 30 % za budowlane i wykończeniowe. Ogółem etap ten obejmował wynagrodzenie w kwocie 143 207, 46 zł / netto/

Płatność miała następować po upływie 7 dni od daty wystawienia przez wykonawcę faktury. Zgodnie z umową prace miały zostać rozpoczęte w terminie trzech dni od daty podpisania umowy i być zakończone po upływie 60 dni od przekazania wykonawcy placu budowy.

Przedstawicielem zamawiającej spółki był Z. O. (1). Dziennik budowy został wydany dopiero w dniu 20 maja 2010r , a pierwszy w nim zapis jest datowany na 28 maja. 2010r. Roboty traktowane przez strony jako zrealizowane w ramach pierwszego z wyróżnionych przez nie etapów zostały zafakturowane przez powoda w dniu 4 maja 2010r. Należność wskazana w tym dokumencie opiewała na kwotę 152 674,81 zł / brutto / i winna była być zapłacona do 11 maja 2010r. Strona pozwana nie kwestionowała tego , że kwota ta jest wykonawcy należna mimo , że wystawienia faktury nie poprzedzał protokół odbioru prac . Zapłaciła ją jednak z opóźnieniem czyniąc to częściami , w dniach 1 czerwca i 12 lipca 2010r.

Z dalszych ustaleń Sądu Okręgowego wynika, że te prace, które W. O. dawały podstawę do otrzymania wynagrodzenia za II etap ukończył on w sierpniu 2010r. Do ich odbioru doszło w dniu 10 września tego roku. Dokument został podpisany przez wskazanego w umowie reprezentanta pozwanej Z. O. (1), który nie zgłosił uwag i zastrzeżeń tak co do ilości jak i jakości przyjmowanych prac. W tym czasie formalnie Z. O. nie był już pracownikiem pozwanej, umowa o pracę uległa bowiem rozwiązaniu z dniem 1 września 2010r o czym zamawiająca nie poinformowała wykonawcy. Faktycznie jednak nadal Z. O. świadczył pracę, korzystając z samochodu i telefonu służbowego.

Wobec braku akceptacji ze strony spółki (...) dla protokołu odbiorowego z dnia 10 września 2010r powód pismem datowanym na 8 stycznia 2011 r poinformował pozwaną o terminie odbioru prac, który miał się odbyć w dniu 14 stycznia 2011r. Do czynności odbiorowych wówczas nie doszło, a reprezentant zamawiającej zażądał, podczas jego przebiegu, przedłożenia przez wykonawcę atestów i innych dokumentów.

W dniu 17 stycznia 2011r W. O. wystawił fakturę obejmującą należność za II etap na łączną kwotę 206 649, 18 zł brutto, a pozwana odmówiła jej zapłaty negując dokument odbiorowy z 10 września 2010r i wskazując, że kwota wskazana w fakturze jest zawyżona o wartość prac klimatyzacyjno - wentylacyjnych, których powód nie realizował, a ich wykonawcą była spółka (...) z S., wystawiając zamawiającej dwie faktury określające należne jej wynagrodzenie. Pierwszą na sumę 10 894, 60 zł i kolejną na kwotę 115 235, 34 zł. Prace pozwalające na montaż tych instalacji zrealizował powód i zostały one rozliczone w ramach robót ogólnobudowlanych.

Na wniosek powoda skierowany do Szpitala (...) w L. powołał on komisję, która po przeprowadzeniu oględzin wykonanych przez powoda prac, w dniu 20 stycznia 2011r, stwierdziła ich zrealizowanie w zakresie, który odpowiada wynagrodzeniu w II etapie, a przy tym, że prace te zostały wykonane zgodnie z założeniami technicznymi i uzgodnieniami prowadzonymi ze szpitalem jako przyszłym użytkownikiem archiwum. Zaznaczono, że do wykonania pozostały prace odpowiadające III etapowi wynagrodzenia. Wcześniej, bo w dniu 18 stycznia 2011r, powód przygotował kosztorys powykonawczy zrealizowanych ogółem przez siebie robót wynikających z umowy stron. Nie ujął w nim, w jakimkolwiek zakresie prac wentylacyjno - klimatyzacyjnych. Z tego dokumentu wynikało, że wartość całości prac została przez W. O. określona na sumę 309 067, 78 zł / brutto/

Strony nadal prowadziły ze sobą korespondencję m. in. powód skierował do pozwanej wezwanie przesądowe do zapłaty kwoty z faktury wystawionej w dniu 17 stycznia 2011r, a strona pozwana wobec niestawiennictwa powoda na wyznaczony przez nią termin odbioru prac tzw. II etapu, przeprowadziła ten odbiór jednostronnie, w dniu 18 lutego 2011r. Biorący w nim udział przedstawiciel spółki (...). S. oraz biegły F. D., stwierdzili w protokole odbiorowym szereg wad jakimi były dotknięte prace powoda. Brak było w tym dokumencie wskazania, że wady te wynikają z odstępstw od założeń projektowych.

W piśmie datowanym na 28 lutego 2011r spółka (...) poinformowała powoda o dokonaniu odbioru w dniu 18 lutego 2011r i wzywając do zakończenia prac oraz zapłaty kary umownej za opóźnienie w kwocie 268 128 złotych

W sytuacji braku odpowiedzi zamawiającej na kolejne pismo wykonawcy wzywające do zapłaty należnego wynagrodzenia z faktury z dnia 17 stycznia 2011r, W. O. złożył, datowane na 11 marca 2011r oświadczenie o odstąpieniu od umowy zawartej przez strony, w tej części, która dotyczyła robót dotąd przez niego nie zrealizowanych.

W oparciu o przeprowadzoną w toku postępowania rozpoznawczego opinie biegłego z zakresu budownictwa mgr inż A. M. Sąd Okręgowy ponadto ustalił, że roboty realizowane w ramach umowy nie były podzielone na etapy rzeczowe. Strony wprowadziły natomiast etapy zapłaty za prace w układzie procentowym w stosunku do stopnia zaawansowania robót. Powód wykonał znaczną część prac powierzonych mu umową z 19 kwietnia 2010r. Brak wykonania dotyczy nieznaczącej części prac wykończeniowych oraz [ w całości ] robót klimatyzacyjno - wentylacyjnych.

Te które obejmowały prace malarskie oraz związane z lokalizacją okiem powód wykonał inaczej niż stanowiła umowa, ale odstępstwo to wynikało z uzgodnień z przyszłym użytkownikiem archiwum - Szpitalem (...). Część prac, w odniesieniu do odbiorników wodno - kanalizacyjnych wykonał sam Szpital.

Z dalszych ustaleń wynika , że przygotowany przez powoda kosztorys powykonawczy zawiera usterki polegające na zaliczeniu do niego prac , które nie mogą być zidentyfikowane w pomieszczeniach archiwum, a także na zawyżeniu zakresu robót i nieuprawnionym zwiększeniu skali kosztów pośrednich z umownych 68 % do 70 %.

Niektóre z robót dotknięte są wadami , a koszt ich usunięcia zamyka się w kwocie 4370 zwiększonej o podatek od towarów i usług.

Wynagrodzenie jakie jest powodowi należne za prace rzeczywiście wykonane na podstawie umowy stron - przy wyeliminowaniu wartości tych , które są zrealizowane wadliwie zamyka się w kwocie 335 387 , 97 zł brutto.

W rozważaniach prawnych uznając , że umowa jaka strony zawarły , jest umowa o roboty budowlane , Sad I instancji wskazał , iż nie przewidywała ona , że zakres rzeczowy będzie podzielony na etapy. Pod tym pojęciem strony rozumiały przyjęty dla umownie określonego etapu I , II i III , stopień procentowego zaawansowania robót w odniesieniu do określonego kwotowo wynagrodzenia. Wskazując , że wynagrodzenie należne wykonawcy zostało ustalone jako ryczałtowe , ocenił , że tak ustalone etapy płatności wprowadziły „ małe ryczałty „ , podstawą do zapłaty których były częściowe odbiory robót przeprowadzanie których strony przewidziały , traktując jako potwierdzenie , zakończenia prac , danego etapu zawansowania robót . Suma tych „ małych ryczałtów „ miała składać się na sumę końcową należnego W. O. wynagrodzenia.

Z dalszej części stanowiska prawnego Sadu I instancji wynika , że roszczenie powoda może obejmować jedynie żądanie zapłaty za prace w ramach II etapu.

Jako nieskuteczne bowiem w świetle mającego w sprawie zastosowanie art. 479 [ 4] §2 kpc , uznał Sad rozszerzenie przez powoda w toku sporu podstawy faktycznej żądania poprzez wskazanie , iż dochodzona pozwem kwota obejmuje należność nie tylko za te prace ale również inne wykonane na rzecz zamawiającej.

Jego zdaniem dokumentem odbiorowym prac II etapu był ten podpisany przez powoda i reprezentanta pozwanej Z. O. w dniu 10 września 2010r .Nie podzielił przy tym stanowiska spółki (...) , że była to osoba nie mogąca reprezentować zamawiającej już tylko z tego powodu , że pozwana nie informowała wykonawcy , że Z. O. przestał być jej pracownikiem , wcześniej aniżeli na etapie sporu o zapłatę, nie negując tych uprawnień po stronie przedstawiciela , który rolę taką miał potwierdzoną w umowie stron. Nawet , jak wskazuje Sąd, gdyby przyjąć , że upewnien do podpisania protokołu osoba ta nie miała jego datę należy wiązać ze zgłoszeniem robót wyczerpujących stopień zaawansowania prac za które było należne wynagrodzenie określone jako II etap. Zatem zamawiająca winna przystąpić do ich odbioru czego nie uczyniła , wskazując na coraz to inne przeszkody by tego nie uczynić , a tym samym nie świadczyć W. O. wynagrodzenia , które jest przedmiotem sporu.

Kolejną część rozważań poświęcił Sąd wysokości wynagrodzenia należnego powodowi. Zwracając uwagę na to , że przy ustalonym w umowie jako ryczałtowe wynagrodzeniu , sporządzanie przez W. O. kosztorysu powykonawczego nie było jego obowiązkiem , a co więcej nie mógł on decydować o określeniu wysokości świadczenia zamawiającej. Tym nie mniej w sytuacji faktycznej jaka miała miejsce pomiędzy stronami , gdzie wzajemne zaufanie i niezbędna w procesie inwestycyjnym współpraca nie miała miejsca , przynajmniej od pewnego etapu wzajemnych relacji kontrahentów , a strony nie przewidziały przygotowywania kosztorysów prac wykonanych tak , by stopień zawansowania odpowiadał przyjętym etapom wynagrodzenia, przygotowany przez W. O. kosztorys jest jedynym dokumentem pozwalającym określić rodzaj i ilość rzeczywiście zrealizowanych dla zamawiającej prac. Dokument ten , w tej sytuacji, pozostaje punktem wyjścia dla określenia wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia , a jego rzeczywisty rozmiar został określony w opinii biegłego za zakresu budownictwa A. M. , który jako metodę opiniodawczą przyjął weryfikację poprawności tego dokumentu.

Przy przyjęciu , że po nie uwzględnieniu tych prac , które dotknięte były wadami obciążającymi wykonawcę należne powodowi wynagrodzenie zamyka się w kwocie brutto 335 387, 79 zł. Obejmuje ono wartość tych wszystkich robót , które W. O. wykonał na rzecz pozwanej w ramach tzw I i II etapu . Zatem , zdaniem Sądu, po odliczeniu tej jego

części, która objęta była fakturą z dnia 4 maja 2010r, a które spółka (...) ostatecznie zapłaciła, powód może zasadnie domagać się od byłej kontrahentki kwoty 182 712, 98 zł. i taką też zasądził na jego rzecz, oddalając powództwo w pozostałym zakresie.

Zdaniem Sądu na roszczenie powoda nie może mieć żądanego wpływu zarzut potrącenia jakim pozwana broniła się w procesie. Oto bowiem pozwana nie wykazała, że przysługuje jej wobec wykonawcy wierzytelność wzajemna z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy.

Formułując taki wniosek w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na, że pozwana dla wykazania dysponowania wierzytelności z tego tytułu zaoferowała jedynie dowód z umowy stron, w której przewidziana została możliwość naliczenia kary umownej, z pisma strony pozwanej z daty 28 lutego 2011r określającego wysokość samej wierzytelności oraz jej źródła oraz dowód z zeznań osób wchodzących w skład zarządu spółki (...).

Powód wskazał, że powód zaprzeczał zasadności zarzutu w szczególności eksponując to, że nie jest odpowiedzialny za powstanie okoliczności, które decydując o zaistniałym opóźnieniu, obciążają wyłącznie spółkę z K.. Zasadniczym powodem dla którego wykonawca wytrzymywał się z kontynuacją robót było nie uzyskiwanie we właściwym czasie zapłaty za prace już zrealizowane.

To stanowisko W. O. Sąd I instancji uznał za trafne wskazując po pierwsze, że w istocie formalny odbiór prac tzw drugiego etapu nie nastąpił do chwili obecnej, co może obciążać tylko zamawiającą skoro powód co najmniej zgłosił prace jako zakończone. Przesłuchani członkowie zarządu spółki (...) sami przy tym nie byli w stanie określić czy czynności odbiorowe nastąpiły oraz jakie były przyczyny opóźnień w realizowanych robotach. Dlatego wiązanie kary umownej z faktem kwalifikowanego opóźnienia wykonawcy nie jest zasadne. Co więcej zdaniem Sądu W. O. miał dostateczną podstawę do tego by powstrzymać się z robotami w sytuacji braku terminowej realizacji przez zamawiającą świadczenia wzajemnego, zapłaty za wykonane prace.

Oddalając roszczenie powoda o zapłatę sumy skapitalizowanych odsetek Sąd I instancji uznał je za niezasadne w sytuacji gdy dokument faktury wystawionej przez wykonawcę w dniu 17 stycznia 2011r z której nie terminową zapłatą powód wiązał jego źródło, nie został uznany za podstawę uwzględnionej części żądania pozwu. Sąd ocenił, że początkowy termin naliczenia odsetek należy wiązać z datą wniesienia pozwu czyli 17 lutego 2011r.

Podstawą rozstrzygnięcia o kosztach procesu była norma art. 100 kpc i wynikający z niej zakres w jakim powód wykazał roszczenie i skala w jakiej pozwana się przed nim obroniła.

Apelację od tego wyroku złożyła tylko strona pozwana i kwestionując go w zakresie w jakim Sąd I instancji powództwo uwzględnił oraz rozstrzygnął o kosztach procesu, obciążając ich częścią apelująca. [ pkt I i III sentencji], domagała się jego zmiany poprzez oddalenie żądania W. O. w całości oraz zasądzenia na rzecz spółki (...) kosztów postępowania za obydwie instancje.

Jako wniosek ewentualny sformułowała żądanie uchylenia orzeczenia z dnia 28 października 2013r w zaskarżonym zakresie i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Środek odwoławczy został oparty na następujących zarzutach :

A/ naruszenia norm procesowych w sposób mający wpływ na wynik sprawy ;

a/ art. 321 §1 kpc wobec wydania orzeczenia uwzględniającego roszczenie powoda także w części, która nie była przedmiotem jego żądania. Naruszenie tego przepisu miało nastąpić wobec objęcia przez Sąd orzeczeniem uwzględniającym roszczenie wynagrodzenia za roboty inne aniżeli te objęte drugim etapem,

b/ art. 479 [ 4] §2 kpc w zw z art. 9 ustawy z dnia 16 września 2011r O zmianie ustawy kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, który miał być zrealizowany, poprzez objęcie uwzględnioną części roszczenia wynagrodzenia za inne prace aniżeli te, które strony ujęły jako stanowiące II etap,

c/ art. 233 §1 kpc w zw z art. 232 i 227 kpc kpc poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów i w jej następstwie nietrafne uznanie , że powód w toku sporu wykazał przedstawionymi dowodami, że należne jest mu wynagrodzenie w kwocie ostatecznie określonej przez Sąd na sumę 182 712, 98 złotego., oraz to , że nie wykonanie obowiązków umownych w terminie nie wynikało z przyczyn , które zawinił.

Zarzut ten miał zostać , zdaniem apelującej, zrealizowany także poprzez nie uwzględnienie istotnej części relacji świadków , których personalia zostały przez nią wskazane , opinii biegłego , a także zeznań stron sporu a z których wynikało nie tylko to , że rzeczywistego zakresu robót zrealizowanych w II etapie przez powoda nie da się określić , ale także to , iż były one wadliwe, a nadto w jakim czasie zostały rozpoczęte i dlaczego nie zostały zrealizowane w ustalonym umownie terminie i co zdecydowało o odstąpieniu przez W. O. od umowy w części obejmującej zakres prac dotąd nie zrealizowanych,

d/ art. 233 §1 kpc w zw z art. 278 §1 kpc jako konsekwencji oparcia ustaleń i oceny prawnej roszczenia powoda na wnioskach opinii biegłego z zakresu budownictwa mimo ,że obejmowała ona określenie wartości wszystkich robót jakie powód na rzecz zamawiającej wykonał bez ograniczenia ich do II etapu.

e/art. 233§1 kpc w zw z art. 65 kc wobec nietrafnej interpretacji umowy zawartej przez strony i niezasadnego przyjęcia , że roboty powierzone wykonawcy nie były podzielone na etapy rzeczowe, a jedynie na te dotyczące wynagrodzenia związanego z określonym stopniem zaawansowania robót.

f/ 231 kpc wobec nietrafnego przyjęcia , w oparciu o wadliwe zastosowanie domniemań faktycznych, że pozwana nakłaniała wykonawcę do spowalniania prac, gdyż inna , prowadzona przez (...) równocześnie inwestycja -na terenie W. była dla niej istotniejsza,

g/ art. 212 kpc jako konsekwencji prowadzenia postępowania dowodowego mającego na celu weryfikację okoliczności , które pomiędzy stronami były niesporne , dotyczące podziału prac na etapy rzeczowe i wynagrodzenia,

h/ art. 244 kpc w zw z art. 252 kpc wobec niezasadnej odnowy wiarygodności dokumentu urzędowego jakim jest dziennik budowy,

i/ art. 328 i 328 §2 kpc wobec niewyjaśnienia podstawy prawnej podjętego rozstrzygnięcia w tym znaczenia dla roszczeń powoda faktu odstąpienia od umowy przez wykonawcę , przy powołaniu się na stan faktyczny , który nie dotyczył stron sporu,

B/ Błędu w poczynionych przez Sąd I instancji ustaleniach faktycznych, a a przejawem realizacji tej wady , zdaniem apelującej były :

- niewłaściwe wyliczenie wynagrodzenia należnego powodowi ,
- nietrafne uznanie , że roboty tzw. II etapu W. O. rzeczywiście wykonał ,
- nieuzasadnione uznanie , że dokumentem odbiorowym prac tego etapu był dokument datowany na 10 września 2010r,
- nie mającym uzasadnienia ustaleniu , że wykonawca nie zawinił nie wykonania prac , które były źródłem sporu w umówionym terminie, oraz
- ustaleniu , że strony łączyła umowa zawarta w dniu 19 kwietnia 2010r mimo , że wykonawca od niej odstąpił .

C/ naruszenia prawa materialnego poprzez błędną jego wykładnię lub niezastosowanie :

- art. 65 kc w następstwie uznania , wobec przeprowadzenia nietrafnej interpretacji zapisów umownych , że wynagrodzenie za prace II etapu winno być przyznane w kwocie , która określił Sąd I instancji , błędne uznanie , że

umówione prace nie były podzielone na etapy o charakterze rzeczowym, Z. O. był osobą upoważnioną do odbierania prac od wykonawcy imieniem pozwanej, a kara umowna nie była pozwanej należna w przypadku zwłoki wykonawcy w terminowym zrealizowaniu prac,

- art. 483, 484 oraz 476 kc jako konsekwencji przyjęcia , że nie zostały po stronie spółki (...) spełnione przesłanki do naliczenia powodowi kary umownej za zwłokę w terminowym wykonaniu zobowiązania ,

- art. 6 kc w zw z art. 484 §1 , 476 i 471 kc wobec wyrażenia przez Sąd I instancji nietrafnego stanowiska prawnego zgodnie z którym to podmiot powołujący się na wiarygodność z tytułu kary umownej z racji niewłaściwego wykonania zobowiązania przez kontrahenta obciążony jest obowiązkiem dowiedzenia tego , że ta nieprawidłowość nastąpiła z przyczyn zawinionych przez drugą stronę.,

- art. 498 kc wobec sformułowania niezasadnego wniosku , iż pozwanej nie przysługuje wobec W. O. wiarygodność wzajemna z tytułu kary umownej , którą może ona skutecznie zgłosić do potrącenia ,

- art. 38 kc oraz 104 w zw z 96 kc jako konsekwencji uznania przez Sąd Okręgowy I , iż Z. O. (1) mógł skutecznie dokonać odbioru prac II etapu ze skutkiem dla zamawiającej,

- art. 494 kc w następstwie jego nie uwzględnienia przy ocenie roszczenia zgłoszonego w pozwie,

- art. 491kc i 493 kc i uznania , że wykonawca odstąpił od umowy jedynie w nie zrealizowanej części robót , a także , art. 6 kc wobec uznania , że W. O. wykazał zasadność roszczenia w części uwzględnionej przez Sąd i przyjęcia , że to (...) ma dowodzić przyczyn niewykonania zobowiązania drugiej strony w terminie.

Odpowiadając na apelację pozwany domagał się jej oddalenia jako pozbawionej usprawiedliwionych podstaw . Wniósł również o przyznanie na swoją rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

### ***Rozpoznając apelację Sąd Apelacyjny rozważył :***

Środek odwoławczy strony pozwanej jest częściowo uzasadniony prowadząc do zreformowania orzeczenia objętego kontrolą instancyjną w sposób wskazany w pkt. 1 sentencji wyroku Sądu II instancji.

Ocenę jego trafności rozpocząć należy od uwagi wstępnej , iż z uwagi na datę wniesienia pozwu / 17 lutego 2011r / postępowanie rozpoznawcze było prowadzone według przepisów o postępowaniu w sprawach gospodarczych przed zmianami , które weszły w życie z dniem 3 maja 2012 r na podstawie ustawy z dnia 16 września 2011r O zmianie ustawy kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw [ DzU z 2011r Nr 233 poz. 1381] . Stosowanie przepisów poprzednio obowiązujących wynika z art. 9 tego aktu prawnego.

Powód występując z roszczeniem o zapłatę nie uiszczonego wynagrodzenia za wykonane prace, w podstawie faktycznej powództwa wyraźnie wskazał , że kwota dochodzona pozwem stanowi należność za roboty jakie zrealizował w ramach tzw. drugiego etapu, których wykonanie doprowadziło do takiego ich zaawansowania , które dawało podstawę do zasadnego ubiegania się przez niego o wynagrodzenie , którego spółka (...) nie zapłaciła w jakimkolwiek zakresie.

Następnie w toku sporu zmienił tę podstawę wskazując , iż suma której się domaga jest wynagrodzeniem nie tylko za te roboty ale także inne , które w ramach stosunku obligacyjnego nawiązanego przez strony na podstawie umowy z dnia 19 kwietnia 2010r wykonał na rzecz zamawiającej.

Tego rodzaju zmiana po myśli znajdującego w sprawie zastosowanie art. 479 [4] §2 kpc , w brzmieniu doniosłym dla rozstrzygnięcia była niedopuszczalna.

Trafnie w taki sposób ocenił ją Sąd I instancji tym nie mniej nie owyciągnął z niej właściwych konkluzji istotnych dla rozstrzygnięcia skoro , w pełni aprobując wnioski opinii biegłego z zakresu budownictwa A. M. / k. 535- 544 , k. 696 – 699 , k. 744-745 akt/ zaliczył do tych prac za które należne jest W. O. wynagrodzenie także te które , obejmując wykonanie instalacji przeciwpożarowej i alarmowej nie przynależały do tych , określonych w umowie stron



i do których nie nawiązywał określony przez nie tzw. II etap. To , że prace te nie przynależały rodzajowo do tych , które oznaczyły strony w umowie potwierdził na rozprawie apelacyjnej wykonawca wskazując , iż miały one charakter robót dodatkowych. //por. k.892 v akt/

Skoro tak to należy uznać za trafny zarzut apelacyjny naruszenia przez Sąd I instancji zarówno art. 321 §1 kpc jak i 479 [ 4] §2 kpc w brzmieniu istotnym dla rozstrzygnięcia.

Jego podzielenie skutkuje ograniczeniem należnego W. O. wynagrodzenia , które ustalił w swoim opracowaniu ekspert [ 335 387,79 zł brutto] , o kwotę łączną 20 780, 26 zł [ 17033 zł + podatek od towarów i usług według skali 23 %.]

W tym kontekście nie można uznać za zasadne zapatrywania strony pozwanej wyrażonego w motywach apelacji o tym , że stawka tego podatku gdy chodzi o prace rzeczywiście wykonane przez powoda na rzecz zamawiającej winna wynosić , w odniesieniu do prac o zapłatę za które toczył się spór , nie 23 % a 22 %. Jej wysokość zmieniła się , ulegając podwyższeniu począwszy od dnia 1 stycznia 2011r, Zatem skoro ostatecznie powód zdecydował się na ich zafakturowanie z dniem 17 stycznia tego roku to przyjęta przezeń stawka podatku musiała odpowiadać stawce wówczas obowiązującej. Według tego założenia określił wynagrodzenie wykonawcy biegły i to stanowisko należy podzielić.

Chybiony jest zarzut naruszenia art. 328 i 328 §2 kpc.

Zgodnie z ukształtowanym i mogącym być uznawanym za utrwalone stanowiskiem Sądu Najwyższego przyjętym na tle wykładni art. 328 §2 kpc zarzut ten jest tylko wówczas trafny jeżeli pisemne motywy orzeczenia poddanego kontroli instancyjnej są w takim stopniu , gdy chodzi o ich wewnętrzną konstrukcję wadliwe , że uniemożliwia to na ich podstawie przeprowadzenie instancyjnej kontroli tak uzasadnionego orzeczenia. Innymi słowy zarzut ten można podzielić jedynie gdy uzasadnienie orzeczenia jest tak zbudowane , że nie sposób w oparciu o nie stwierdzić czy prawo materialne i procesowe zostało przez Sąd niższej instancji prawidłowo zastosowane . Tego rodzaju zasadniczych , prowadzących do opisanego skutku wad uzasadnienie kontrolowanego wyroku nie zawiera wobec czego zarzut ten należy odeprzeć , podobnie jak ten dotyczący naruszenia art. 328 kpc w sposób opisany przez stronę apelującą, a przy tym zauważy , ż. brak jest podstaw by twierdzić , iż Sąd Okręgowy oparł swoje rozstrzygnięcie na stanie faktycznym , który nie dotyczy stron postępowania.

Z jednym wyjątkiem - o którym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia - nie można uznać za zasadne tych wszystkich zarzutów procesowych , które oparte są na negacji sposobu w jaki Sąd I instancji dokonał oceny zgromadzonych w sprawie dowodów.

Bliższa analiza motywów jakimi spółka (...) posłużyła się by zarzuty te uzasadnić, pozwala uznać , że sprowadzają się one do przeciwstawienia przeprowadzonej ocenie i wnioskom z niej wynikającym dla poczynionych przez Sąd ustaleń , oceny własnej , zdaniem apelującej właściwej i odpowiadającej rzeczywistemu stanowi rzeczy. Tego rodzaju motywacja nie jest wystarczająca dla uznania tych zarzutów za trafne. Stanowi ona bowiem jedynie dowolną polemikę tak z samą oceną jak i konstatacjami faktycznymi na niej opartymi w miejsce rzeczowego podważania tej oceny i wykazywania , w odniesieniu do konkretnych [zindywidualizowanych] dowodów , dlaczego przyjęta przez Sąd ich ocena nie da się pogodzić z zasadami logicznego rozumowania i [ lub] regułami doświadczenia życiowego.

Trzeba przy tym zauważyć dodatkowo , że biorąc pod rozwagę to , że swobodna ocena dowodów stanowi jeden z podstawowych elementów składających się na jurysdykcyjną kompetencję Sądu , który dowody te bezpośrednio przeprowadza , nawet taka sytuacja w której fakty przedstawione przez stronę także można wywieść z przeprowadzonych dowodów , chociaż są one odmienne od tych , które Sąd uczynił podstawą rozstrzygnięcia to i tak nie podważa to poprawności przeprowadzonej przez Sąd oceny o ile tylko mieści się ona w granicach wyznaczonych przez normę art. 233 §1 kpc, nie wykraczając poza wskazane tam kryteria tej oceny.

Wskazane wyżej zastrzeżenie dotyczy sposobu w jaki ocenił Sąd I instancji dokument w postaci dziennika budowy / k. 15-19 akt/ Nietrafnie został on uznany przez za niewiarygodny, a przy tym motywy rozstrzygnięcia, mimo ich obszerności nie dostarczają wystarczających argumentów za taką oceną , szczególnie , że jak trafnie zauważa apelująca ,

ma on na podstawie przepisów ustawy Prawo budowlane charakter dokumentu urzędowego z którym wiązać się, nie obalone w toku sporu przez powoda domniemania wynikające z brzmienia art. 244 §1 kpc.

Treść zapisów uczynionych w tym dokumencie przez kierownika budowy, potwierdza, że prace, które realizował W. O. w ramach umowy zawartej przez strony [elektryczne, budowlane i wykończeniowe, w tym malarskie, przynależące także do tzw. II etapu] były wykonywane jeszcze we wrześniu 2010r, a zakończono je w dacie 11 października tego roku.

Wobec nie podjęcia przez wykonawcę prac, które strony przewidziały w etapie trzecim należy przyjąć, że dopiero po tym dniu zostały one definitywnie zakończone. Sam powód decydując się na zgłoszenie robót w ramach II etapu do odbioru poprzez wyznaczenie terminu czynności odbiorowych pismem datowanym na 8 stycznia 2011r na dzień 14 stycznia tego roku / dowód pismo powoda k. 95 akt/ sam uznawał, że roboty te nie zostały ukończone, jak ustalał Sąd I Instancji już na koniec sierpnia 2010r.

Z tej przyczyny wadliwe jest także ustalenie Sądu I instancji, że roboty za które powód domaga się wynagrodzenia zrealizował do końca sierpnia 2010r i że już, [nawet przy przyjęciu, że pozbawionym doniosłości dla rozstrzygnięcia jest fakt podpisania protokołu odbioru z 10 września 2010r z udziałem Z. O. (1)], w tym dniu skutecznie zgłosił te prace do odbioru przez zamawiającą.

Korygując zatem te konstatację faktyczną Sąd II instancji ustala, że roboty, które powód wykonał doprowadzając do takiego ich zaawansowania, które uprawniały do domagania się wynagrodzenia za tzw II etap zostały przezeń zrealizowane do 11 października 2010r / dowód : dziennik budowy k. 19 akt/

W uwzględnieniu wskazanej wyżej zmiany, pozostałe okoliczności, które Sąd I instancji uczynił podstawą zaskarżonego wyroku jako prawidłowe Sąd Apelacyjny uznaje za własne.

Z zarzutem naruszenia art. 233 §1 kpc ściśle wiązał się kolejny zarzut środka odwoławczego, a to błędu w poczynionych ustaleniach. W jego ramach zamawiająca spółka negowała sposób wyliczenia należnego powodowi wynagrodzenia, to że doszło do skutecznego odbioru prac II etapu w dniu 10 września 2010r nawet, że strony były związane umową.

Zarzut ten jednak gdy wziąć pod uwagę argumenty jakie pozwana powołała by go uzasadnić nie może być uznany za usprawiedliwiony dlatego, że w ocenie Sądu II instancji nie ma charakteru samodzielnego w istocie bowiem jest albo to powtórzeniem zarzutu dotyczącego oceny zgromadzonych w sprawie dowodów w tym oparcia ich na opracowaniu eksperckim biegłego z zakresu budownictwa oraz ustalenia dotyczącego faktu zakończenia prac II etapu i ich odbioru w dniu 10 września 2010r, które było już przedmiotem oceny albo też służy wzmocnieniu argumentacji mającej przemawiać za trafnością zarzutów naruszenia prawa materialnego, także wyrodku odwoławczym postawionych.

Przechodząc do oceny tych zarzutów pierwszej kolejności należy odeprzeć te, które w powołaniu się na normę art. 65 kc negują dokonaną przez Sąd wykładnię tych postanowień umowy, które mówiły o podziale na etapy, zdaniem spółki (...) dotycząc rzeczowego podziału robót, a nie tylko etapów w ramach których wykonawca miał prawo ubiegać się o kolejne części oznaczonego ryczałtowo wynagrodzenia.

Wbrew stanowisku zamawiającej trafna jest ocena Sądu I instancji oparta także na analizie dokonanej przez biegłego, autora opinii w sprawie, zgodnie z którą żadne z postanowień umownych nie wskazuje, iż, tego rodzaju podział o charakterze rzeczowym został przez kontrahentów przewidziany. Określiły one jakie rodzajowo prace zostają wykonawcy powierzone oraz jaka część wynagrodzenia określonego na sumę łączną 532 357, 02zł / brutto/ będzie mu - oznaczona w procentach sumy generalnej jako etap I, II lub III - należna, po ich doprowadzeniu przez powoda do odpowiedniego stopnia zaawansowania, wyczerpując tym samym wartości poszczególnych robót w danym etapie.

Temu właśnie, potwierdzeniu stopnia zaawansowania prac, wyczerpujących wartościowo dany etap gdy chodzi o wynagrodzenie uprawniając W. O. do wystawienia faktury /przejściowej / obejmującej przywidzianą przez strony część wynagrodzenia, miały służyć odbiory częściowe, realizowane w trakcie trwania umowy.

Nie są natomiast doniosłe dla oceny roszczenia powoda pozostałe argumenty jakie powołała strona pozwana by uzasadnić niewłaściwe zastosowanie przez Sąd I instancji tej normy.

Z ustaleń faktycznych sprawy wynika , że pozwany ukończył wykonywanie prac wodno - kanalizacyjnych , elektrycznych oraz budowlanych oraz większość prac wykończeniowych jakie przyjął na siebie podpisując umowę ze stroną pozwaną. Jedynymi rodzajowo pracami , których rzeczywiście nie zrealizował były roboty klimatyzacyjno - wentylacyjne , które wykonała na rzecz zamawiającej spółka (...) z S. .

Za prace , które rzeczywiście wykonał należy się mu wynagrodzenie. Punktem wyjścia do określenia ich rzeczywistego rozmiaru , którego pochodną miało być jego wyliczenie , był przygotowany przez wykonawcy , mimo braku takiego obowiązku umownego , kosztorys powykonawczy , który następnie podlegał weryfikacji przez biegłego , pozostając jednak , jak stwierdził opiniujący, jedyną możliwą podstawą oznaczenia co i w jakim zakresie zostało przez W. O. wykonane w ramach umowy. Przy przyjęciu takiej podstawy określenia tego wynagrodzenia traci na znaczeniu to w jakim charakterze występował na placu budowy Z. O. (1) oraz jakie znaczenie należy nadać dokumentowi odbiorowemu z 10 września 2010r., których złą kwalifikację podnosi w ramach omawianego zarzutu strona pozwana.

To że upatruje ona jego realizacji także w wadliwej interpretacji przez Sąd postanowienia umownego dotyczącego kary umownej za zwłokę z w terminowym zakończeniu prac jest o tyle mało zrozumiałe , że jak wynika z pisemnych motywów orzeczenia Sąd Okresowy odmówił zasadności zarzutowi potrącenia albowiem uznał , że strona pozwana nie wykazała aby dysponowała wiarygodnością wzajemną wobec pretensji W. O. zgłoszonej w pozwie. W szczególności nie istnienie tej wiarygodności wynika stąd , że zdaniem Sądu I instancji opóźnienie w wykonaniu robót nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy. .

Taka zatem niezbyt jasna argumentacja nie może stanowić podstawy do uwzględnienia tego zarzutu.

Pozostałe zarzuty prawno - materialne związane są z zarzutem potrącenia, którym pozwana broniła się przed roszczeniem powoda.

Ocena zatem , że zarzut ten nie może odnieść zamierzonego skutku skutkuje także uznaniem ich za nietrafne.

W pierwszej kolejności i dla uporządkowania dalszej części wyводу wskazać należy , że mająca w sprawie zastosowanie norma art. 479 [ 14] §4 kpc nakazuje by formułując taki zarzut w toku postępowania strona wykazała istnienie i wysokość wiarygodności własnej , którą obejmuje formułowanym zarzutem, dokumentami.

Wprowadzenie tego przepisu miało na celu przyspieszenie postępowania w sprawach gospodarczych i wyeliminowanie sytuacji w której ustalanie istnienia oraz rozmiaru wiarygodności wzajemnej miałyby się wiązać z odrębnie prowadzonym , długim postępowaniem dowodowym z wykorzystaniem wszystkich przewidzianych przez ustawę procesową rodzajów źródeł dowodowych w tym w szczególności dowodów z zeznań świadków , przesłuchania stron czy sięganiem po opinie biegłego. Ograniczenie nie było przy tym sprzeczne z uprawnieniami gwarancyjnymi strony biernej sporu , która miała otwartą drogę by w drodze odrębnego procesu tej wiarygodności od dłużnika dochodzić.

Wskazany zapis ustawowy ma tę konsekwencję , że w zakresie dowodzenia zasadności tego zarzutu ustawodawca wykluczył możliwość sięgania po inne dowody aniżeli dokumenty.

/ por. bliżej w tej materii stanowiska Sądu Najwyższego wyrażone w judykatach z 7 maja 2004r , sygn. I CK 666/03 oraz z dnia 13 października 2005r , sygn. IIICZP 56/05 /

Te uwagi natury wstępnej prowadzą , w odniesieniu do stanu faktycznego rozstrzyganej sprawy , do odpowiedzi na pytanie czy zarzut potrącenia postawiony przez stronę pozwaną , w zakresie dowodzenia był czy też nie był objęty opisanymi ograniczeniami.

Odpowiedź nie była tym bardziej doniosła gdy zważyć ,że spółka (...) dowodząc istnienia wiarygodności własnej odwoływała się do treści pisma J. wystosowała do wykonawcy , przed wszczęciem procesu , w dacie 28 lutego 2011r / k.

121 akt / w którym zobowiązuje go do zapłaty na swoją rzecz kwoty 268 128 złotych z tytułu kary umownej za zwłokę w wykonaniu przezeń przedmiotu umowy, ze wskazaniem podstawy umownej jej naliczenia wraz z oznaczeniem okresu, jej zdaniem zawinionego opóźnienia.

Gdyby bowiem przyjmować że zawarte w tym piśmie, wcześniejszym aniżeli data doręczenia odpisu pozwu w rozstrzyganej sprawie, oświadczenie było skuteczne, prowadząc do wywołania skutku materialno prawnego wynikającego z normy art. 498 §2 kc to wówczas Sąd musiałby je w sporze stron uwzględnić niezależnie od ograniczeń dowodowych o jakich była mowa wyżej, dotyczących jedynie sytuacji sformułowania zarzutu potrącenia w ramach procesu.

Odwołując się do podzielanego przez Sąd II instancji stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego, w powołanych jedynie dla przykładu, judykatach z 4 listopada 1963, sygn. I CR 857/59, publ. Nowe Prawo z 1964 nr 12 oraz z 18 kwietnia 2000, sygn. III CKN 720/98, powołanego za zbiorem Lex nr 51368 zgodnie z którym zarzut potrącenia, będąc formą dochodzenia roszczenia, dla swojej skuteczności wymaga by zawierał nie tylko wyraźne określenie własnej wierzytelności z oznaczeniem jej źródła i rozmiaru ilościowego ale także określenie w analogiczny sposób tej pretensji dłużnika wzajemnego z którą potrącenie ma nastąpić oraz wskazywać na wyrażoną w sposób jednoznaczny wolę potrącenia i wywołania skutku w postaci umorzenia wzajemnych wierzytelności do wysokości niższej z nich.

Analiza treści pisma spółki (...) z daty 28 lutego 2011r nie pozwala na przyjęcie, że zawiera ono oświadczenie zamawiającej, które mogłoby, spełniając kumulatywnie wszystkie wskazane wyżej cechy, być potraktowane jako prowadzące do potrącenia i wywołania skutku materialno prawnego określonego we wskazanym wyżej przepisie kodeksu cywilnego. Jest to wykluczone dlatego, że po pierwsze nie określa ono rodzaju oraz wysokości wierzytelności H. O. z którą potrącenie miałyby nastąpić jak również jego treść nie wyraża w sposób jednoznaczny woli potrącenia.

Skoro tak to koniecznym jest przeprowadzenie oceny skuteczności tego zarzutu jaki strona pozwana sformułowała w sprzeczności od nakazu zapłaty, wskazując, że jest to zarzut obejmujący jej wierzytelność wzajemną z tytułu kary umownej za zwłokę w nie terminowym wykonaniu przez powoda przedmiotu umowy z dnia 19 kwietnia 2010r, należnej jej w oparciu o §9 ust. 1.1 pkt a/, w wysokości 268 128 złotych.

Zarzut ten został uznany przez Sąd I instancji za nieskuteczny z przyczyn wskazanych w motywach zaskarżonego wyroku, która to ocena jest podważana w apelacji, a którą można sprowadzić do następujących podstaw:

- dowody za pomocą których strona pozwana wykazywała jej istnienie, źródło i wysokość to zeznania członków zarządu spółki, oraz dokumenty w postaci treści samej umowy oraz pisma z dnia 28 lutego 2011r [ o którym była już mowa ], tylko bowiem te dowody wyraźnie wskazała w treści sprzeciwu dla potwierdzenia zasadności stawianego zarzutu. / k. 82-83 akt/

Dowody te są niewystarczające dla wykazania istnienia wierzytelności wzajemnej, szczególnie, że powód konsekwentnie w toku sporu zaprzeczał jej istnieniu.

To, że roboty nie zostały wykonane przez niego w terminie było spowodowane okolicznościami za które nie odpowiada, co wyklucza możliwość skutecznego naliczenia przez zamawiającą kary umownej określonej w powołanym wyżej zapisie umowy.

Wbrew odmiennemu zapatrywaniu apelującej wyrażonej w ocenianych zarzutach naruszenia prawa materialnego ocena ta jest w ostatecznym wyniku trafna, chociaż odmowa uznania zarzutu potrącenia za zasadny winna być oparta i wynikać z daniem Sadu Apelacyjnego z innych przyczyn.

Jak już wskazano wyżej przed wszczęciem procesu strona pozwana nie złożyła skutecznie prawno materialnego zarzutu potrącenia własnej wierzytelności z tytułu kary umownej wobec zwłoki powoda w wykonaniu przedmiotu umowy.

Formułując ten zarzut w sprzeciwie od nakazu zapłaty pełnomocnik spółki (...) złożył go jedynie jako procesowy, w ramach sporu sądowego z powodem.

By jednak móc skutecznie doprowadzić do skutku umorzenia wzajemnych z byłym kontrahentem wierzytelności musiał połączyć go z zarzutem o charakterze materialno prawnym czego nie mógł uczynić bez wyraźnego upoważnienia wynikającego jednoznacznie z treści pełnomocnictwa udzielonego mu przez stronę pozwaną.

Zgodnie bowiem z normami art. 91 i 92 kpc zakres umocowania wynikającego z udzielenia pełnomocnictwa procesowego nie daje kompetencji takiemu pełnomocnikowi do składania za reprezentowaną stronę i ze skutkiem dla niej świadczeń o charakterze materialno prawnym za wyjątkiem tych, które wyraźnie są przez przepis art. 91 kpc przewidziane jak zawarcie ugody czy zrzeczenie się roszczenia o ile nie zostały w akcie pełnomocnictwa wyłączone.

Analiza treści dokumentu pełnomocnictwa procesowego udzielonego w rozstrzyganej sprawie przez spółkę (...) radcom prawnym i adwokatowi / k. 84 akt / jednoznacznie wskazuje, że takiego uprawnienia po stronie reprezentantów brak. Brzmienie pełnomocnictwa nie tylko wyraźnie go nie formułuje, co w ocenie Sądu Apelacyjnego winno, dla jego skuteczności mieć miejsce, wskazując w sposób nie budzący wątpliwości, że dotyczy ono zindywidualizowanych wierzytelności wzajemnych stron procesu ale nawet przy bardzo liberalnej i szerokiej wykładni zawartych w nim sformułowań odnoszących się do jego zakresu nie daje ono dostatecznych podstaw do uznania, że zakresem umocowania objęte zostało uprawnienie do składania przez nich oświadczenia materialno prawnego o potrąceniu.

Wobec tego skoro takie oświadczenie nie mogło być przez nich skutecznie złożone tracą znaczenie dla rozstrzygnięcia te wszystkie argumenty za pomocą których, także uzasadniając zarzuty naruszenia prawa materialnego, spółka z K. starała się wykazywać termin w jakim wykonawca prace ukończył, oraz, że zawinił przekroczenie tego jaki umowa przewidywała na ich zakończenie.

Wobec wyrażonej tu oceny zarzutu potrącenia jako bezprzedmiotowe należy ocenić zarzuty dotyczące skutków oświadczenia powoda o odstąpieniu od umowy z daty 19 marca 2011r / k. 194 akt/ Trzeba jedynie dla porządku wskazać, że gdyby uznawać trafność argumentacji apelującej nie mogłaby ona upatrywać ze względu na niweczące dla stosunku obligacyjnego ze skutkiem wstecznym oświadczenia o odstąpieniu, źródła wierzytelności wzajemnej w tym, że przedmiot umowy nie został zrealizowany przez W. O. w terminie, w sposób zawiniony na którą to przyczynę jej powstania - jako jedyną - w sporze się powoływała.

Z podanych wyżej przyczyn, w ocenie Sądu II instancji wykonawca zasadnie dochodził od zamawiającej wynagrodzenia za prace tzw II etapu w wymiarze 161 262, 39 złotego złotych stanowiącym różnicę pomiędzy wartością wszystkich zrealizowanych faktycznie, a przy tym niewadliwie prac, a kwotą, którą dotąd pozwana mu zapłaciła realizując fakturę z 4 maja 2010r.

[ 335 387, 79 zł – 20 780,26 zł - wartość prac określona w przyjętej za podstawę ustaleń opinii biegłego A. M., pomniejszona o wartość robót obejmujących instalacje przeciwpożarową i alarmową ] – 152 674, 81 zł stanowiącą należność z faktury zapłaconej przez pozwaną ]

Suma ta jest należna powodowi z odsetkami od dnia wniesienia pozwu, // por k .67 akt /, której jako początkowego terminu ich naliczenia pozwana w apelacji nie negowała.

Ograniczenie wysokości kwoty należnej powodowi, w zakresie żądania głównego w ramach orzeczenia reformatoryjnego spowodowała także konieczność korekty rozstrzygnięcia zakresie kosztów procesu. Zmienił się bowiem zakres w jakim powód wykazał swoje roszczenie oraz w jakim pozwana skutecznie się przed nim obroniła.

Ta wzajemna proporcja ukształtowała się na poziomie odpowiednio 88 % i 12 %.

Ta proporcja odniesiona , przy zastosowaniu art. 100 kpc do rozmiaru kosztów celowych , które strony poniosły w procesie i po ich wzajemnym potrąceniu uprawnia W. O. do zwrotu na jego rzecz przez przeciwniczkę procesową kwoty 10 488 złotych.

Z podanych wyżej przyczyn Sąd Apelacyjny orzekł jak w pkt 1 sentencji wyroku na podstawie art. 386 §1 kpc.

W pozostałym zakresie apelacja jako niezasadna została oddalona w oparciu o art. 385 kpc.

Konsekwencją takiego rozstrzygnięcia było także rozliczenie pomiędzy stronami kosztów postępowania apelacyjnego , dokonane na podstawie art. 100 kpc w zw z art. 108 § 1 i 391 §1 kpc także uwzględniając stopień w jakim środek odwoławczy spójki m (...) okazał się zasadny i w jakim powód skutecznie podważył jego trafność.