

Sygn. akt I ACa 390/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 marca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Małgorzata Gawinek (spr.)
Sędziowie:	SA Mirosława Gołuńska SA Edyta Buczkowska-Żuk
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Waclawik

po rozpoznaniu w dniu 11 marca 2015 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa syndyka masy upadłości M. H.

przeciwko Gminie Miasto S.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie

z dnia 12 marca 2014 r., sygn. akt I C 355/12

**uchyla zaskarżony wyrok w zakresie:**

**- punktu pierwszego, co do oddalenia powództwa o zasądzenie kwoty 189.742,24 zł (sto osiemdziesiąt dziewięć tysięcy siedemset czterdzieści dwa złote i dwadzieścia cztery grosze) wraz z ustawowymi odsetkami,**

**- punktu trzeciego – w całości**

**i w części uchylonej przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Koszalinie, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.**

Edyta Buczkowska-Żuk Małgorzata Gawinek Mirosława Gołuńska

Sygn. akt I ACa 390/14

**UZASADNIENIE** Powód - Syndyk masy upadłości M. H. – Przedsiębiorcy działającego pod firmą Usługi (...) w K. w pozwie złożonym 28 maja 2012 roku przeciwko Gminie i Miastu S. domagał się zasądzenia 257.819,17 zł z odsetkami ustawowymi od kwot: 164.635,99 zł od dnia 27 sierpnia 2011 r.; 18.450,00 zł od dnia 27 sierpnia 2011 r.;

70.607,18 zł od dnia 1 października 2011 r.; 966, 03 zł od dnia 15 lutego 2011 r.; 1.020 zł od dnia 29 marca 2011 r.; 988.75 zł od dnia 30 kwietnia 2011 r.; 326,76 zł od dnia 28 czerwca 2011 r.; 89,99 zł od dnia 28 czerwca 2011 r.; 734,47 zł od dnia 12 lipca 2011 r.

Dochodzone żądania powód wywodzi z dwóch umów o roboty budowlane, zawartych pomiędzy M. H. a pozwaną w dniach 28 grudnia 2010r. i 10 marca 2011 r.. Powód wskazał, że pozwana nie zapłaciła całości wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, a pozew obejmuje sumę kwoty 253.693,17 zł - jako należności ujęte w fakturach VAT nr (...), co do których pozwana odmówiła zapłaty oraz kwoty 4.126 zł stanowiącej podatek VAT należny upadłemu z faktur VAT nr (...), które to faktury zostały zaakceptowane przez pozwaną i zapłacone z uwzględnieniem 22% podatku VAT zamiast 23%. Powód wskazał przy tym na bezskuteczność dokonanego przez pozwaną, pismem z dnia 19 września 2011r., potrącenia, z uwagi na brak podstaw do odstąpienia przez pozwaną od umów, naliczenia kar umownych oraz odszkodowań. Złożył też wniosek o zasądzenie od pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według spisu jaki zostanie złożony na rozprawie, a w razie nie złożenia spisu według norm przepisanych.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda kosztów procesu według norm przepisanych. Przyznała, że strony wiązały ww. umowy, podniosła jednak, że obie umowy nie zostały wykonane wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (niezależnie od jego winy lub jej braku), co stanowiło podstawę do odstąpienia przez pozwaną od zawartych umów i naliczenia kar umownych, które to wyniosły 154.021,58 zł i 143.858,92 zł. Nadto pozwana obciążyła M. H. karą umowną za zwłokę w wykonaniu umowy z 2010 roku, do dnia odstąpienia od umowy - w kwocie 76.724,76 zł oraz kosztami związanymi z wykorzystaniem przez wykonawcę robót energii elektrycznej, wody, odbiór ścieków i naprawy instalacji telefonicznej do czasu zapewnienia przez wykonawcę dostaw mediów we własnym zakresie. Dodatkowo naliczyła wykonawcy odszkodowanie w wysokości 54.821,40 zł z tytułu uszkodzenia instalacji c. o. i wodno- kanalizacyjnej w remontowanym budynku.

Pismem procesowym z 31 października 2012r. strona powodowa cofnęła pozew, co do kwoty 4.591,88 zł. wskazując, że doliczenie jej do wartości roszczenia wynikało z błędu rachunkowego. Wskazała, że ostatecznie dochodzi kwoty 253.227, 29 zł - jako sumy kwoty 249.101, 29 zł ujętej w fakturach VAT nr (...), przy uwzględnieniu korygującej faktury VAT nr (...)(...) oraz kwoty 4.126 zł stanowiącej niedopłatę z tytułu podatku VAT od faktur VAT nr (...).

Wyrokiem z dnia 12 marca 2014 roku Sąd Okręgowy w Koszalinie oddalił powództwo (pkt 1); umorzył postępowanie w zakresie kwoty 4.591,88 zł (pkt 2); zasądził od powoda na rzecz pozwanej z tytułu kosztów procesu 7.503,30 zł (pkt 3); nakazał zwrócić pozwanej niewykorzystaną zaliczkę na koszty opinii biegłego w kwocie 1.696,70 zł (pkt 4).

Zgodnie z ustaleniami Sądu pierwszej instancji M. H., w ramach prowadzonej działalności gospodarczej oraz Gmina Miasto S., były stronami dwóch umów o roboty budowlane zawartych w dniach 28 grudnia 2010 r. i 10 marca 2011 r., w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, a dotyczących odbudowy Gimnazjum (...) po pożarze. Odbyły się w tym zakresie dwa przetargi. Prace w ramach odbudowy szkoły po pożarze podzielono na dwa etapy. Pierwszy obejmował wykonanie stropu nad pierwszym piętrzem i zadaszenie obiektu. Drugi dotyczył wszystkich pozostałych prac zmierzających do odbudowy obiektu. Celem Gminy było otwarcie szkoły na rok szkolny 2011/2012. W umowach tych powód zobowiązał się do wykonania - w zakresie wskazanym w dokumentacji technicznej, kosztorysach ofertowych, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – zadań inwestycyjnych mających na celu odbudowę Gimnazjum (...) w S. po pożarze, za co Gmina zobowiązała się do zapłaty wynagrodzenia. Projekty budowlane były znane M. H., co zostało potwierdzone wypowiedziami zawartymi w § 1 ust. 2 i 5 umów (obiekt i jego stan przyjęte zostały bez zastrzeżeń). W zakresie I etapu, rozpoczęcie robót ustalono na dzień przekazania placu budowy i pozwolenia na budowę, a zakończenie na 15 czerwca 2011r. (§ 2 pkt. 1 umowy).

W przypadku II etapu - rozpoczęcie robót ustalono na dzień przekazania placu budowy i pozwolenia na budowę, a zakończenie na 1 sierpnia 2011r. (§ 2 pkt. 1 umowy).

Strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe., w umowie z 28.12.2010r. obejmującej I etap określiły je jako sumę netto 786.114,31 zł, co przy doliczeniu podatku VAT w wysokości 22 % stanowiło 959.059,46 zł.

W obu przypadkach strony postanowiły w umowie, że obowiązującą formę odszkodowania stanowią kary umowne. Za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy wykonawca zobowiązał się do zapłaty zamawiającemu 0,2% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki. Za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w trakcie odbioru lub w okresie gwarancji za wady – w wysokości 0,3% wynagrodzenia umownego brutto za wykonanie przedmiotu umowy za każdy dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad. Za odstąpienie zamawiającego od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy lub odstąpienie przez wykonawcę z przyczyn niezależnych od zamawiającego strony ustaliły w umowie karę umowną w wysokości 15 % wynagrodzenia umownego brutto (§ 13 pkt. 1 i 2 umów).

Zamawiający zastrzegł sobie w umowach prawo do odszkodowania uzupełniającego przekraczającego wysokość kar umownych, do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody ( § 13 pkt. 5. umów).

Decyzja zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę w ramach inwestycji odbudowa budynku Gimnazjum (...) w S. po pożarze – I etap wydana została 3 grudnia 2010r. decyzja była ostateczna w dniu przekazania placu budowy. Plac budowy w zakresie realizacja etapu I przekazano M. H. protokolarnie 30 grudnia 2010r., który przystąpił do realizacji robót 14 stycznia 2011 r. Rozpoczęcie prac II etapu formalnie nastąpiło 4 kwietnia 2011 r. po protokolarnym przekazaniu M. H. placu budowy. Zarówno w protokole z 30 grudnia 2010r. jak i w protokole z 4 kwietnia 2011r. M. H. nie wskazywał na przeszkody uniemożliwiające terminowe wykonanie umów. Plac budowy przyjął bez zastrzeżeń.

Zamawiający powołał na inspektora nadzoru inwestorskiego Przedsiębiorstwo (...) spółkę z o.o. w K.. Do końca grudnia 2010r. M. H. wykonywał prace na innych budowach. Po przejściu placu budowy M. H. rozpoczął roboty rozbiórkowe ścian nad pierwszym piętrzem. Wykonawca nie zabezpieczył budynku szkoły przed opadami atmosferycznymi. Na placu budowy było od kilku, do kilkunastu pracowników. Prace prowadzono w godzinach od 7 do 15, maksymalnie do 16.

Na etapie wykonawczym powstała konieczność dokonania pewnych zmian w projekcie. Decyzje w zakresie wymaganych zmian podejmowane były niezwłocznie, podczas narad odbywających się w związku z inwestycją przy udziale stron, inspektora nadzoru budowlanego i kierownika budowy. Wprowadzenia zmian wymagała między innymi instalacja wentylacyjna, termoizolacja i instalacja elektryczna. Wystąpiło również zagadnienie związane z wymianą rodzaju stropów. Wykonawca dążył do zmiany wykonania stropów na tańszą, bez wykorzystania istniejących belek. Zmiana technologii wykonania stropów nad piętrzem nie została zaakceptowana przez pozwaną.

Utrudnieniem w wykonywaniu zleconych prac budowlanych było zawilgocenie ścian budynku szkoły. M. H. wystąpił w tym zakresie o sporządzenie opinii mykologicznej, która potwierdziła zawilgocenie i zagrzybienie ścian budynku szkoły. Nie podjął przy tym do 30 czerwca 2011r. żadnych działań prowadzących do zabezpieczenia budynku przed dalszym zalewaniem na skutek opadów atmosferycznych.

W trakcie realizacji umowy, pismem z 25 stycznia 2011r., M. H. wystąpił o zmianę umowy w zakresie wynagrodzenia umownego określonego kwotą brutto na 959.059,46 zł. Miało to związek z ustawową zmianą stawki podatku VAT z 22% na 23 %. Pozwana nie wyraziła zgody na taką zmianę.

Pozwana 6 kwietnia 2011r. stwierdziła, że niezgodnie z zakresem umownym M. H. zdemontował bez zgody inwestora w 90% instalacje centralnego ogrzewania, kanalizacyjna i wodną w budynku remontowanej szkoły, mimo że instalacje te były sprawne i nie wymagały wymiany. M. H. zaproponował wykonanie nowych instalacji, jako robót dodatkowych, ale pozwana odrzuciła te propozycje i zażądała odbudowy zdemontowanej instalacji, przywrócenia jej do stanu poprzedniego. M. H. nie wykonał żądania w związku z czym pozwana zleciła oszacowanie kosztów odbudowy

wymienionych instalacji. W czasie wykonywania szacunku okazało się, że część zdemontowanych urządzeń została skradziona z placu budowy. Koszt odtworzenia instalacji w stanie sprzed ich demontażu i uszkodzenia ustalono na 54.821,40 zł, o czym pozwana powiadomiła M. H. pismem z 21 lipca 2011r.

Od maja 2011r. pozwana i inspektor nadzoru inwestorskiego stwierdzali opóźnienia w pracach budowlanych realizowanych przez M. H.. Pismami z 10 maja i 24 czerwca 2011r. pozwana potwierdzała nienależyte wykonywanie robót w zakresie terminowości i jakości.

Do marca 2011r. prace na budowie realizowane były, co do zasady, zgodnie z harmonogramem. Potem zaczęły występować u wykonawcy problemy finansowe, uniemożliwiające lub znacznie opóźniające realizacje robót. Były między innymi problemy z przywozem elementów więźby dachowej. Wykonawca zaczął poszukiwać środków na dokończenie budowy. Pismem z 7 kwietnia 2011r. wystąpił do pozwanej o podpisanie dokumentacji factoringowej, umożliwiającej mu odzyskanie płynności finansowej. Początkowo pozwana odmówiła zgody na przelew wierzytelności na warunkach zaproponowanych przez bank mający finansować powoda; ostatecznie 28 kwietnia 2011r. strony wypracowały treść zgody na przelew wierzytelności do umowy factoringu zabezpieczającej ich interesy.

W dniu 8 czerwca 2011r. pozwana zawarła z M. H. aneks do umowy dotyczącej realizacji etapu I, na mocy którego, w związku z przerwami wykonania umowy spowodowanymi koniecznością wykonania robót zamiennych, wydłużono termin jej wykonania do 29 czerwca 2011r.

Pozwana pismem z 20 lipca 2011r. wezwała inspektora nadzoru inwestorskiego do wskazania, czy wykonanie obu umów jest realne w terminie umożliwiającym prowadzenie zajęć szkolnych w odbudowanym budynku w roku szkolnym 2011/2012. Inspektor nadzoru wskazał w piśmie z 22 lipca 2011r. i w i informacjach przekazywanych przez S. J. pełniącego w imieniu spółki (...) funkcje inspektora nadzoru, że dochowanie proponowanych przez pozwaną terminów wykonania robót nie jest realne.

Oświadczeniem z 1 sierpnia 2011r. pozwana odstąpiła od umowy z 10 marca 2011r., przed upływem terminu do wykonania umowy, bowiem powód opóźnił się z wykończeniem robót na tyle, że nie było prawdopodobnym, aby zdołał je ukończyć w czasie umówionym.

Oświadczeniem z 8 sierpnia 2011r., pozwana Gmina odstąpiła od umowy z dnia 28 grudnia 2010r. wobec uchybienia przez powoda dodatkowemu terminowi do wykonania umowy.

Protokołami inwentaryzacyjnymi z 4 i 11 sierpnia 2011 r. podpisanymi przez M. H. i przedstawiciela pozwanej, stwierdzono zakres robót wykonanych przez M. H. do dnia odstąpienia od umów. W oparciu o te protokoły M. H. sporządził kosztorysy powykonawcze i 17 sierpnia 2011r. przedłożył je pozwanej. Według tych kosztorysów wartość robót wykonanych wyniosła 766.299,68 zł.

W ramach I etapu M. H. wykonał prace polegające na demontażu stropów nad piętrem, demontażu sufitów i wypełnienia, rozbiórce ścian zewnętrznych nad piętrem, rozbiórce ścian zewnętrznych i wewnętrznych w auli i części poddasza, rozebraniu kominów, wykonaniu nowych ścian wewnętrznych i zewnętrznych, wykonaniu stropów w systemie „terriva”, wieńców i elementów konstrukcyjnych, stropów nad aulą, spoin na 4 kominach, kominów w części strychowej, murlat, konstrukcji więźby dachowej od wejścia i od łącznika oraz więźby dachowej pod dachówkę z montażem membrany, ułożeniu membrany dachowej, wykonaniu elementów zadaszenia nad aulą. Wartość tych prac wyniosła 548.863,63 netto, a wartość robót niewykonanych przez M. H. - 221.414,12 zł netto.

W ramach II etapu M. H. wykonał prace polegające na zbiciu tynków, zdemontowaniu warstwy stropu wraz z sufitem, wyczyszczeniu i zaimpregnowaniu belek stropowych, rozebraniu podłóg, wykonaniu podkładów betonowych w dwóch pomieszczeniach, iniekcji murów, za wyjątkiem pomieszczeń sanitarnych. Wartość tych prac wyniosła 204.780,53 zł netto., a robót niewykonanych w zakresie tego etapu - 630.024,78 zł netto.

Łącznie za I i II etap wartość robót wykonanych przez M. H. wyniosła 753.644,16 zł netto.

M. H. wystawił dla pozwanej faktury VAT na łączną kwotę 690.586,17 zł, tj: -nr (...) z 14.01..2011r. na kwotę 118.821,59 zł z terminem płatności do 13.01.2011r.

- nr (...) z 24.02.2011 r. na kwotę 125.460 zł z terminem płatności do 27.03.2011 r.

- nr (...) z 29.03.2011 r. na kwotę 121.616,51 zł z terminem płatności do 29.04.2011 r.

- nr (...) z 26.05.2011 r. na kwotę 40.192,00 zł z terminem płatności do 26.06.2011 r.

- nr (...) z 26.05.2011 r. na kwotę 11.069,09 zł z terminem płatności do 26.06.2011 r.

- nr (...) z 9.06.2011 r. na kwotę 90.340,99 zł z terminem płatności do 10.07.2011 r.

- nr (...) z 27.07.2011 r. na kwotę 164.635,99 zł z terminem płatności do 26.08.2011r.

- nr (...) z 27.07.2011r. na kwotę 18.450,00 zł z terminem płatności do 26.08.2011 r.

Z uwagi na fakt, że wartość tych faktur była niższa niż wartość robót wskazanych w sporządzonych później przez M. H. kosztorysach powykonawczych, w dniu 25 sierpnia 2011r. wystawił on fakturę VAT nr (...) na kwotę 70.607,18 zł, z terminem płatności do 30 września 2011 r., która miała uzupełniać poprzednie rachunki do kwoty ujętej w kosztorysach.

Pozwana z tytułu wymienionych faktur zapłaciła wykonawcy 563.778,30 zł netto. Wartość pozostałego do zapłaty dla wykonawcy wynagrodzenia to 189.865,86 zł netto (753.644,16 zł – 563.778,30 zł).

Uwzględniając dodatkowo, że cegła wbudowana przez M. H. należała do strony pozwanej, od wynagrodzenia wykonawcy należało odjąć dodatkowo jej wartość tj. 17.740,07 zł netto. Wynagrodzenie to podlegało dalszemu pomniejszeniu o 12.009,20 zł netto, stanowiące nieponiesiony przez wykonawcę, mimo obowiązku umownego, koszty wywóz gruzu z terenu budowy.

Pismem z 19 września 2011r. pozwana, po analizie przez inspektora nadzoru przedstawionego przez M. H. kosztorysu powykonawczego, uznała do zapłaty na rzecz wykonawcy wynagrodzenie w wysokości:

- 492.536,62 zł netto w ramach realizacji etapu I, na ogólną wartość 959.059,46 zł brutto,

- 204.130,47 netto w ramach realizacji etapu II, na ogólną wartość 1.026.810,52 zł brutto.

W piśmie tym pozwana wyjaśniła, że na poczet należnego wynagrodzenia za wykonanie w części etapu I robót, na podstawie uznanych i przyjętych faktur (...), zapłaciła bezpośrednio wykonawcy, organom egzekwującym dług od M. H. lub w drodze potrącenia 412.601,77 zł netto. Do zapłaty na rzecz wykonawcy z tytułu realizacji etapu I pozostało 79.934,85 zł netto. Z kolei na poczet należnego wynagrodzenia za wykonanie w części II etapu zapłaciła na podstawie uznanych i przyjętych faktur nr (...) bezpośrednio wykonawcy, organom egzekucyjnym lub w drodze potrącenia 151.176,53 zł netto. Do zapłaty na rzecz wykonawcy z tytułu realizacji etapu II pozostało 37.953,94 zł netto.

Pozwana podała w piśmie tym, że na podstawie § 13 ust. 2 pkt. „c” łączących strony umów, obciążyła wykonawcę karami umownymi z tytułu odstąpienia od wymienionych umów, w sumach 154.021,58 zł i 153.858,92 zł. Z kolei na podstawie § 13 ust. 2 pkt „a” umowy dotyczącej etapu I pozwana obciążyła wykonawcę karą umowną z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w sumie 76.724,76 zł, przyjmując 40 dniowy okres opóźnienia. Dalej na podstawie § 13 ust. 5 umowy dot. etapu I pozwana obciążyła wykonawcę odszkodowaniem za zdemastowanie instalacji wodno-kanalizacyjnej i centralnego ogrzewania i dopuszczeniem przez tegoż do kradzieży części urządzeń i elementów instalacji w wysokości 54.821,40 zł, ustalonym na podstawie oszacowania kosztów odtworzenia tych instalacji z uwzględnieniem stopnia zużycia. Jednocześnie na podstawie § 4 ust. 1 umów Gmina obciążyła wykonawcę kosztami

dostarczenia na plac budowy mediów w łącznej wysokości 1.867,48 zł. Wierzytelności Gminy wobec M. H. wyniosły łącznie 412.844,50 zł.

Dokonując rozliczenia wzajemnych wierzytelności wynikających z zawartych z M. H. umów, pozwana Gmina potraciła z należnym wykonawcy wynagrodzeniem (145.003,21 zł) należne jej świadczenia uznając, że wynagrodzenie przysługujące M. H. z tytułu wykonania umów zostało w całości pokryte, a wymagalne zobowiązania M. H. wobec Gminy, na skutek dokonanego potrącenia ulegają pomniejszeniu i wynoszą 267.841,29 zł (412.844,50 zł – 145.003,21 zł), którą wykonawca winien zapłacić do 30 września 2011r.

Ze złożonych przez M. H. faktur, pozwana zaakceptowała należność określoną w fakturze nr (...) z dnia 27 lipca 2011r., nie zapłaciła jednak wykonawcy wskazanej w niej sumy 18.450 zł, gdyż zaliczyła ją na poczet naprawienia szkody poniesionej z tytułu uszkodzenia przez M. H. instalacji wodno-kanalizacyjnej i centralnego ogrzewania. Pozwana nie zaakceptowała faktur (...) i odmówiła ich zapłaty, kwestionując wartość objętych nimi robót.

Faktury (...) pozwana zaakceptowała i wypłaciła z uwzględnieniem 22% stawki podatku VAT, odmawiając zwiększenia tej stawki do 23%.

Postanowieniem z 30 września 2011r. wydanym w sprawie o sygn. VII GUu 11/11 Sąd Rejonowy w Koszalinie zmienił uprzednie postanowienie z 16 września 2011r. o ogłoszeniu upadłości M. H. z możliwością zawarcia układu, na upadłość obejmującą likwidację majątku dłużnika. Na syndyka powołana została B. Z..

Mając na uwadze przedstawione ustalenia faktyczne, Sąd oddalił powództwo wskazując, że przy ustalaniu istotnych okoliczności, wzięto pod uwagę dokumenty przedłożone przez strony oraz że dokumenty te nie były przez żadną ze stron kwestionowane. Nadto istotne okazały się także zeznania świadków K. P., E. D., E. B., C. C., S. J., U. P., K. S., J. A., Z. P. (1), którym Sąd Okręgowy dał wiarę, wskazując że zeznania te, co do faktów mających istotne znaczenie dla wyniku postępowania, w znacznej części korespondowały z pozostałym materiałem dowodowym, subiektywne opinie tych osób – Sąd pominął. W tym kontekście Sąd stwierdził, że nie zasługiwały na wiarę w znacznej mierze zeznania M. H., który bronił w zasadzie właśnie subiektywnego interesu i powiełał argumentację przytoczoną przez stronę powodową, pozostającą w sprzeczności z pozostałym materiałem dowodowym. Podobnie Sąd ocenił zeznania świadków O. O. (1), O. O. (2) i J. P.. Sąd wskazał przy tym, że istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia miały opinie biegłego sądowego z zakresu budownictwa ogólnego R. R., które zdecydowanie przyczyniły się do wyjaśnienia podstawowych kwestii spornych, jakie pojawiły się między stronami w realizacji zawartych umów.

Sąd podał, że pomiędzy stronami bezsporne było zawarcie dwóch umów w trybie przetargu w zakresie odbudowy gimnazjum gminnego po pożarze oraz ich treść, w tym wynagrodzenie. Sąd wskazał przy tym, że strona powodowa, w ramach zgłoszonego roszczenia, domagała się wprawdzie również zapłaty z tytułu różnicy wynikającej ze zmiany stawki podatku VAT z 22 na 23 %, jednak - według Sądu - wobec dokonanych ustaleń, pozostawało to bez znaczenia, dla rozstrzygnięcia w sprawie, nadto Sąd stwierdził brak przesłanek z art. 358<sup>1</sup> §3 kc.

Sąd Okręgowy stwierdzając, że strony wiązały umowy o roboty budowlane, powołując się na przepis art. 656 § 1 kc, wskazał że do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy dotyczące umowy o dzieło. Sąd stwierdził przy tym, że brak współdziałania stron skutkuje opóźnieniem z rozpoczęciem robót, a jednym ze skutków tego stanu rzeczy jest prawo do odstąpienia. W tym kontekście – według Sądu pierwszej instancji - zważyć należało, iż stronom rzeczono procesu inwestycyjnego przysługiwały wzajemne roszczenia. Z jednej strony powód miał prawo żądać zapłaty za zrealizowane prace, jednocześnie jednak, zgodnie z postanowieniami umownymi, pozwanej Gminie przysługiwało prawo naliczenia, w warunkach precyzyjnie określonych w umowach, kar umownych. Sąd po przywołaniu treści art. 635 k.c. wskazał, że podstawę do oceny skuteczności odstąpienia przez pozwaną od umowy ocenić należało, w odniesieniu do prac I etapu, również na gruncie przepisu art. 491 k.c. Sąd zważył przy tym, że wszelkie roszczenia odszkodowawcze mogą dotyczyć przypadków odstąpienia od umowy z przyczyn wywołanych przez drugą stronę (zwłoka w realizacji zobowiązania, wadliwość itp.), natomiast nie powinny mieć miejsca w przypadkach, w których niewykonanie umowy

przez obie strony lub przez którąkolwiek ze stron jest wynikiem okoliczności niezależnych (np. art. 495 k.c.). Zwłoka w rozumieniu art. 491 § 1 k.c., jak również art. 476 k.c., jest kwalifikowanym opóźnieniem i należy ją rozumieć jako opóźnienie zawinione będące następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Co oceniać należy według ogólnych zasad określonych w art. 471-474 k.c.

Sąd wskazał, że pismem z 1 sierpnia 2011r. pozwana wyznaczyła powodowi dodatkowy termin do wykonania umowy dotyczącej I etapu. M. H. po 1 sierpnia 2011r. nie przystąpił do prac.

Następnie Sąd stwierdził, że w świetle opinii biegłego należności powoda, z tytułu reszty zapłaty za wykonane roboty budowlane wynosi 195.342,24 zł brutto. Nadto, że zostało wykazane, że zarówno I etap jak i II, robót wynikających z umów stron, nie zostały wykonane. Oceniając czy niewykonanie tych robót obciąża wykonawcę, Sąd wskazał, że strona powodowa starła się w tym zakresie przerzucić odpowiedzialność na pozwaną. Według Sądu nie znalazło to potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Przeciwnie, złożona do akt obszerna dokumentacja, a nade wszystko zeznania świadków dowodzą, że przekroczenie wykonania terminu prac I etapu, jak również ostateczne niewykonanie całości robót, obciąża wykonawcę. W pierwszej kolejności Sąd wskazał, że w świetle dowodów nie znalazły potwierdzenia zarzuty powoda o wydaniu placu budowy z opóźnieniem. Według Sądu również podnoszone przez stronę powodową zawilgocenie ścian budynku szkoły, nie może stanowić przesłanki uchylającej bądź też pomniejszającej winę M. H. w opóźnieniu realizacji i rozpoczęcia prac, bowiem jako profesjonalista przystępując do przetargu i podpisując umowę, powinien i z pewnością miał świadomość zawodową wynikającą z wiedzy budowlanej, o konieczności zabezpieczenia budynku w celu ochrony ścian i elementów drewnianych w okresie zimowym, przed zawilgoceniem. Budynek szkoły od początku był obiektem zawilgoconym; wyrazem wiedzy wykonawcy o tym było ujęcie w kosztorysie do oferty przetargowej, elementu polegającego na wykonaniu prac osuszających. W ocenie Sądu orzekającego w pierwszej instancji, także argumenty odnoszące się do zmian w projekcie, nie mogły stanowić o uwolnieniu wykonawcy, od odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie przedmiotu łączących strony umów. Sąd wskazał, że strona pozwana nie zaprzeczała, że do realizacji etapu I były wprowadzone zmiany projektowe. Jednak ten czas, który był niezbędny, w związku z wprowadzeniem tych zmian, był przez tę stronę uwzględniony. Zawarty został aneks do umowy i termin do wykonania prac w zakresie etapu I został M. H. wydłużony. Przeszkody dla prowadzenia prac rozbiórkowych – zdaniem Sądu - nie mogły również stanowić warunki atmosferyczne, jako że występowanie w okresie od stycznia do marca niskich temperatur, jest okolicznością dającą się przewidzieć i nie uniemożliwiająca, przy współczesnych technologiach, nawet wykonywania prac betoniarskich. Sąd stwierdził nadto, że M. H. przystąpił do realizacji umów nieprzygotowany pod względem posiadanego sprzętu, zasobów ludzkich i możliwości finansowych w zakresie spoczywającego na nim obowiązku zakupu materiałów koniecznych dla wykonania remontu, co według Sądu wynika z zeznań świadków K. P., E. D., S. J., U. P.. M. H. opóźnił się na tyle z wykonaniem robót, że zasadnie strona pozwana uznała, że nie ma szans nie tylko na terminowe wykonanie robót objętych umowami, lecz w ogóle na dokończenie tych prac. Zdaniem Sądu świadczy o tym chociażby okoliczność, że roboty z I etapu zostały przez niego wykonane w 66%, a z II etapu w 24,5 %. Nadto w sytuacji, kiedy wykonawca przekonał się, że nie zdoła zrealizować obowiązków wynikających z zawartych umów, zaczął występować do pozwanej z licznymi pismami zawierającymi żądania, pretensje, nie mające uzasadnionych podstaw. Dążył bez wystarczających ku temu podstaw, do zmiany technologii wykonywania stropów kierując się, jak należało wnioskować z całokształtu okoliczności sprawy, wyłącznie chęcią obniżenia kosztów wykonywanych tego elementu robót w sytuacji braku środków pieniężnych na kontynuowanie prac. To prowadziło do zasadnego odstąpienia przez pozwaną od umów, z przyczyn zawinionych przez powoda.

W ocenie Sądu Okręgowego, uprawniało to pozwaną – w świetle umów stron i art. 483 § 1 k.c., art. 484 § 1 k.c. oraz art. 471 k.c. - do naliczenia kar umownych zarówno z tytułu odstąpienia od umowy, jak i za zwłokę w wykonaniu I etapu umowy. Wynikało to z niekwestionowanych przez strony postanowień łączących je umów. Znajduje również oparcie w przepisach prawa. Sąd wskazał przy tym, że z uregulowania art. 476 k. c. wynika domniemanie prawne, iż nie dotrzymując terminu, dłużnik pozostaje w zwłoce, czyli niewykonanie zobowiązania w terminie wynika z przyczyn, za które dłużnik odpowiada. Według Sądu wykonawca nie zdołał skutecznie zakwestionować swej odpowiedzialności za szkodę powstałą na skutek samowolnego demontażu instalacji centralnego ogrzewania i wodno-kanalizacyjnej,

w budynku remontowanego Gimnazjum. Zakres tych prac nie był objęty umową stron. Pozwany zdemontował wskazane instalacje jedynie na podstawie ogólnych zastrzeżeń przekazywanych mu przez dyrektora Gimnazjum. Nie mogło to jednak stanowić uzasadnionej podstawy do przedsięwzięcia przez niego prac w tym zakresie. Zgodnie z postanowieniami umów łączących strony (§ 17 pkt 1), zmiana postanowień zawartych umów mogła nastąpić jedynie za zgodą obu stron wyrażoną na piśmie, pod rygorem nieważności, czego wykonawca nie uzyskał. Wysokość szkody, została natomiast ustalona na podstawie kosztorysu sporządzonego na zlecenie pozwanej, czego pozwany nie zdołał skutecznie zakwestionować.

Według Sądu zasadnym było także – w świetle § 4 umów i złożonych przez pozwaną rachunków - obciążenie M. H. kosztami wynikającymi z dostawy mediów na budowę.

Zdaniem Sądu Okręgowego zatem łączna należność strony pozwanej przedstawiona do potrącenia przewyższa kwotę 412.000 zł netto. Podatek VAT wg stawki 22% prowadzi do stosownego jej podwyższenia. Według Sądu skoro biegły wyliczył, że należnością powoda jest suma 195.342,24 zł, to przedstawiona do potrącenia należność, w całości pochłania wynagrodzenie wykonawcy, a zatem następuje umorzenie całości żądania strony powodowej.

Wobec stanowiska strony powodowej Sąd zważył dodatkowo, że przepis art. 484 § 2 k.c. zezwala na obniżenie wysokości kary umownej na żądanie dłużnika, jeżeli zobowiązanie jest w znacznej części wykonane albo gdy kara umowna jest rażąco wygórowana, czyli wówczas, gdy w przekonaniu organu orzekającego istnieje dysproporcja między poniesioną szkodą a wysokością kary umownej. Z uwagi jednak na wynik niniejszej sprawy, a zatem uznania, że doszło do umorzenia wzajemnych należności stron, brak było podstaw do miarkowania naliczonych przez stronę pozwaną kar umownych.

Podsumowując Sąd stwierdził, że jakkolwiek M. H. przysługiwała wierzytelność wobec pozwanej Gminy Miasto K. z tytułu części wynagrodzenia za wykonanie umów wyliczona ostatecznie przez biegłego, tak pozwanej przysługiwała wierzytelność wobec M. H. w postaci kar umownych, szkody związanej ze zniszczeniem instalacji oraz należności za dostarczone wykonawcy media, którą wyliczyła na sumę 412.844,50 zł. Pismem z 19 września 2011 r. pozwana dokonała potrącenia wzajemnych wierzytelności stron, co w świetle art. 499 k.c. oraz art. 498 § 1 k.c., spowodowało odpowiednie umorzenie wzajemnych wierzytelności i stanowiło podstawę oddalenia powództwa.

Sąd stwierdził, że nie dopatrył się podstaw do skorzystania z prerogatywy mu przypisanej w normie z art. 484 § 2 k.c., a prowadzącej do możliwości zmniejszenia kary umownej w sytuacjach przewidzianych w powołanym przepisie, z uwagi na nie wyczerpanie w tej sprawie przesłanek wskazanego unormowania.

O umorzeniu postępowania, co do kwoty 4.591,88 zł Sąd orzekł na podstawie art. 203 kpc oraz art. 355 § 1 kpc, a o kosztach procesu na podstawie art. 98 kpc.

Apelację od tego wyroku wywiódł powód, zaskarżając opisane wyżej orzeczenie

w części oddalającej powództwo do kwoty 189.742,24 zł (pkt1) oraz co do kosztów postępowania (pkt 3). Zaskarżonemu wyrokowi powód zarzucił:

1. sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawmateriału

dowodowego, wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 233 k.p.c. przez dokonanie oceny dowodów w sposób:

- niewszzechstronny, bowiem z pominięciem dokumentów obrazujących przebieg procesu budowlanego, tj. dziennika budowy, pism projektanta J. Ł. do Gminy S., a przede wszystkim protokołów z cotygodniowych narad, z których wynika, że w trakcie procesu budowlanego były wprowadzane z inicjatywy projektanta liczne zmiany projektowe powodujące wydłużenie realizacji robót oraz że wykonawca nie zdemontował instalacji wodno-kanalizacyjnej i centralnego ogrzewania. Jak również z pominięciem pozostałych dowodów potwierdzających stanowisko powoda w procesie, tj. opinii technicznej sporządzonej na zlecenie wykonawcy przez biegłego sądowego J. P. oraz wydruku

z portalu meteorologicznego, wskazującego na występowanie w K. w okresie od 8.02. do 10.03.2011 r. ujemnych temperatur. Uwzględnienie powyższych dowodów mogłoby doprowadzić do zupełnie innych - odmiennych w stosunku do przyjętych przez Sąd - ustaleń, zwłaszcza w zakresie oceny czy niewykonanie robót budowlanych w terminie obciążało wykonawcę oraz czy pozwanej przysługiwała wierzytelność z tytułu rzekomej dewastacji instalacji wodno-kanalizacyjnej i centralnego ogrzewania w budynku Gimnazjum;

- sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego i logiki w odniesieniu do dowodu z zeznań świadków: S. J., U. P., K. S., J. A. oraz Z. P. (1), tj. pracowników lub osób zależnych zawodowo od pozwanej, które zeznawały przeciwko treści protokołów z porad, powtarzając utarte nie podparte w zebranych materiale dowodowym subiektywne opinie na temat przyczyn opóźnień w realizacji robót przez wykonawcę czy też w zakresie rzekomej dewastacji instalacji wodno-kanalizacyjnej i centralnego ogrzewania w budynku Gimnazjum;

2. naruszenie prawa materialnego, tj.:

- art. 483 § 1 k.c. i 494 k.c. poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że dopuszczalne było równoczesne żądanie przez pozwaną kar umownych zastrzeżonych na wypadek zwłoki oraz na wypadek odstąpienia od umowy, podczas gdy roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy.

- art. 415 k.c. w zw. a art. 6 k.c. poprzez ich niezastosowanie i przyjęcie, iż pozwanej przysługiwało w stosunku do wykonawcy roszczenie o naprawienie szkody związanej z rzekomym zniszczeniem instalacji wodnokanalizacyjnej i centralnego ogrzewania, mimo nie wykazania szkody przez pozwaną w tym nie wykazania, że instalacja ta po pożarze Gimnazjum nadal była sprawna.

Powyższe zarzuty zdaniem strony skarżącej uzasadniają wniosek o zmianę wyroku w części zaskarżonej i zasądzenie powództwa do kwoty 189.742,24 zł z odsetkami ustawowymi od 1.10.2011 r. oraz zasądzenie od pozwanej kosztów postępowania za I instancję według norm przepisanych, a także przyznanie powodowi od pozwanej kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

Skarżący podniósł, że treści uzasadnienia wynika, iż orzeczenie zostało wydane po przeprowadzeniu analizy całości materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, który został oceniony w sposób wszechstronny, logiczny oraz zgodny z zasadami doświadczenia życiowego. Zdaniem skarżącego ustalenia poczynione przez Sąd takiej tezie przeczą, jako że powód przedłożył obszerną dokumentację techniczną, sporządzaną na bieżąco przez strony w trakcie realizacji inwestycji, tj. dziennik budowy, pisma projektanta J. Ł. kierowane do pozwanej Gminy, a przede wszystkim protokoły z cotygodniowych porad, w których uczestniczyli przedstawiciele każdej ze stron procesu budowlanego. Z treści protokołów wynika, iż w trakcie realizacji prac wprowadzano szereg zmian projektowych dotyczących wentylacji, termoizolacji, elektryki, a nade wszystko dotyczących zmiany technologii wykonania stropów nad aulą oraz nad parterem. Treść protokołów nie potwierdza ustaleń poczynionych przez Sąd, jakoby to wykonawca M. H. zmierzał do zmiany technologii wykonania stropów na tańszą, co miało wstrzymać realizację robót i spowodować w konsekwencji opóźnienie prac. Wręcz przeciwnie to projektant, pełniący na zlecenie Gminy S. nadzór autorski, wprowadzał zmiany w tym zakresie, a Wykonawca był zobowiązany stosować się do jego zaleceń. Przykładowo skarżący wskazał na zapisy w protokołach nr (...) z 27.04.2011 r. oraz nr 18 z 23.05.2011 r. Zdaniem skarżącego treść protokołów z porad oraz zapisów Dziennika budowy świadczy też o tym, że to nie wykonawca, ale projektant był inicjatorem wykonania ekspertyzy mykologicznej pod kątem zagrzybienia belek stropu nad parterem (zapis z 15.06.2011r.). To projektant w swoim piśmie do Gminy S. z dnia 16.06.2011 r. przekonuje o konieczności wykonania ekspertyzy mykologiczno-budowlanej. Działanie takie spowodowało wstrzymanie robót II etapu (zapis z 16.06.2011 r.). Po uzyskaniu ekspertyzy mykologicznej, w dniu 7.07.2011 r. projektant skierowała do inwestora kolejne pismo, w którym rekomendowała wykonanie stropu przy wykorzystaniu istniejących belek stropowych drewnianych. Skarżący podniósł, że protokoły z cotygodniowych porad uczestników procesu budowlanego, dziennik budowy oraz pisma projektanta J. Ł. kierowane do pozwanej Gminy S., nie zostały w ogóle ocenione przez Sąd przy dokonywaniu ustaleń w sprawie. Sąd nie wskazał

w uzasadnieniu, dlaczego ustalając inicjatywę wykonawcy w zakresie zmian projektowych powodujących opóźnienia w realizacji budowy, oparł się wyłącznie na zeznaniach świadków powołanych przez pozwaną Gminę, natomiast nie dał wiary protokołom z porad, w których uczestniczyły te same osoby, a które jednak - jako sporządzane w trakcie inwestycji - mają większą wartość niż zeznania obarczone subiektywnymi opiniami świadków, składane po niemal dwóch latach od zakończenia prac.

Powód podniósł też, że niekwestionowanym przez strony jest to, że protokoły odzwierciedlały rzeczywisty przebieg porad, a one wskazują po czyjej stronie leżała inicjatywa w dokonywaniu zmian projektowych, a w żadnym z nich nie ma zapisu, że to wykonawca był inicjatorem tych zmian; z ich treści wynika, że zmiany inicjowane były przez projektanta. Powód podkreślił, że świadkowie pozwanej Gminy są więc niewiarygodni oraz że w przeważającej mierze przedstawiali swoje subiektywne opinie i przypuszczenia na temat przyczyn opóźnień w realizacji budowy. Wskazywali, że wykonawca nie miał pieniędzy, nie mając jednak ku takiemu twierdzeniu żadnych podstaw. Podobnie jednoznacznie orzekli, że to Wykonawca zdewastował instalację wodnokanalizacyjną i centralnego ogrzewania - mimo, że nie potrafili nawet stwierdzić, czy po pożarze była ona zdalna do dalszego użytku.

Skarżący podniósł też, że Sąd uznał, iż wydłużenie przez pozwaną terminu wykonania robót I etapu o dwa tygodnie (z 15.06.2011 r. do 29.06.2011 r.) było wystarczające do ukończenia inwestycji, gdyż uwzględniło zmianę technologii wykonania stropu nad aulą (w tym zakresie pozwana nie kwestionowała konieczności wydłużenia robót w związku ze zmianą projektu). Dokonując takich ustaleń Sąd I instancji pominął jednak tę część materiału dowodowego, z której wynikało, iż w trakcie realizacji inwestycji pojawiły się inne - niezależne od wykonawcy - okoliczności, które musiały wpłynąć i wpłynęły na przedłużenie prac. Przy orzekaniu nie uwzględniono zatem opisanej wcześniej kwestii wprowadzenia przez projektanta zmiany stropu nad parterem, co związane było z koniecznością badania stanu istniejących belek drewnianych oraz wykonania ekspertyzy mykologicznej i w największej mierze wpłynęło na wydłużenie procesu inwestycyjnego. Skarżący podniósł też, że Sąd pominął również kwestię konieczności wykonania prac nakazanych przez konserwatora zabytków, takich jak prace konserwatorskie murów (3 tygodnie), prace konserwatorskie elewacji i cegły ściany szczytowej budynku szkoły, a konieczność ich wykonania wynika z protokołów z porad nr (...) z 24.01 i nr (...) z 7.03.2011r. Powód zwrócił też uwagę, na pominięcie przez Sąd także dokumentację (protokoły z porad nr (...) z 21.02.2011r., nr (...) z 7.03.2011r., Dziennik budowy zapisy z 28.02. i 18. 03. 2011 r., wydruki z portalu meteorologicznego), wskazującą na występowanie w K. ujemnych temperatur w okresie od 8.02.2011r. do 10.03.2011r., podnosząc jednocześnie, że powód nie wskazał w jakich dniach, przez jaki czas warunki atmosferyczne mogły wpływać na możliwość wykonywania prac na budowie.

W ocenie strony skarżącej Sąd I instancji dopuścił się także naruszenia szeregu przepisów prawa materialnego.

Pomijając fakt, że w ocenie strony odwołującej się obciążenie wykonawcy karami umownymi z tytułu odstąpienia od umów było nieprawidłowe co do zasady, to uznanie przez Sąd iż obok tych kar, pozwana Gmina mogła domagać się także kar za zwłokę w wykonaniu umowy - stanowi naruszenie prawa materialnego, tj. 483 § 1 k.c. i 494 k.c. Zastrzeżone przez strony kary są karami z tytułu niewykonania zobowiązania (w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy) oraz z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania (w przypadku kary zastrzeżonej na wypadek zwłoki w wykonaniu umowy). Zakresy pojęć: „niewykonanie zobowiązania” oraz „nienależyte wykonanie zobowiązania” nie są tożsame. Konstrukcja kary umownej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania (ściślej, za szkodę powstałą w następstwie nienależytego wykonania zobowiązania), w tym obejmującą opóźnienie lub zwłokę w wykonaniu zobowiązania, zakłada, że dojdzie do wykonania zobowiązania, ale w sposób nienależyty (np. co do terminu), natomiast konstrukcja kary umownej na wypadek niewykonania zobowiązania zakłada, że zobowiązanie nie zostanie wykonane. Sąd rozpoznający sprawę, uznając iż pozwana dokonała skutecznego potrącenia z wierzytelnością powoda kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy oraz z tytułu zwłoki w wykonaniu tej umowy - dopuścił się naruszenia prawa materialnego, tj. art. art. 483 § 1 k.c. i 494 k.c.

W ocenie powoda zaskarżone orzeczenie jest także nieprawidłowe w zakresie, w jakim uznaje istnienie po stronie pozwanej wierzytelności wobec Wykonawcy w wysokości 54.821,40 zł z tytułu dewastacji instalacji wodnokanalizacyjnej i centralnego ogrzewania. Ciężar dowodowy w wykazaniu istnienia tej wierzytelności spoczywał na

pozwanej, tymczasem pozwana ograniczyła się wyłącznie do przedstawienia kosztorysu sporządzonego na jej zlecenie, który przedstawiał zamortyzowaną wartość odkrytej przez wykonawcę instalacji. Pozwana nie przedstawiła natomiast żadnego dowodu na to, by instalacja ta była sprawna po pożarze i by nadawała się do ponownego wykorzystania. A z zeznań świadków powołanych przez pozwaną wynika, że po pożarze nie sprawdzano działania instalacji. Jednocześnie rozproszono tymczasową instalację grzewczą po korytarzach celem wysuszenia obiektów. Tymczasowa instalacja działała w oparciu o ciepłą wodę dostarczaną bezpośrednio z kotła, rozprowadzaną rurami biegnącymi po korytarzach do grzejników zdemontowanych ze ścian spalonego budynku. Jest ona widoczna na zdjęciach znajdujących się w aktach sprawy. W toku procesu powód dążył do wykazania, że instalacja ta została uszkodzona wskutek pożaru i nie nadawała się do ponownego wykorzystania. Świadczyły o tym dołączone do pozwu: opinia techniczna sporządzona na zlecenie wykonawcy przez biegłego sądowego J. P. i fotografie wykonane w dniu przejścia placu budowy. Skarżący podniósł, że Gmina nie tylko nie zarzucała wykonawcy dewastacji urządzeń, ale ustalono, że wykonawca dostarczy kosztorys ofertowy na modernizację odkrytej instalacji. Zarzuty dotyczące rzekomej dewastacji instalacji pozwana postawiła dopiero po otrzymaniu od wykonawcy kosztorysu na modernizację tej instalacji opiewającego na kwotę 157.981,23 zł. Dopiero wtedy, pismem z dnia 6 kwietnia 2011r. pozwana Gmina podniosła, iż instalacja została w 90% zdemontowana bez zgody zamawiającego i kosztorys ofertowy przedstawiony przez wykonawcę nie został przez Gminę przyjęty.

Powód wskazał przy tym, że kwestionuje zaskarżony wyrok w części oddalającej powództwo do kwoty 189.742,24 zł, na którą składają się wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy, obliczonego przez biegłego sądowego R. R. (195.342,24 zł), pomniejszona o wartość rur miedzianych, które zostały skradzione z placu budowy, po skutku tynków przez wykonawcę (5.600 zł). Wartość skradzionych rur została oszacowana przez Policję na kwotę 5.600 zł, co wynika z zeznań świadka M. H. złożonych podczas rozprawy w dniu 4.01.2013r. Wartość skradzionych rur nie została zakwestionowana przez pozwaną.

Według powoda od powyższej kwoty powodowi należą się odsetki ustawowe od dnia 1 października 2011r. (termin wymagalności ostatniej z faktur wystawionych przez wykonawcę na rzecz pozwanej).

Pozwana wniosła o oddalenie apelacji powoda i zasądzenie na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

### **Sąd Apelacyjny, zważył, co następuje:**

Apelacja powoda doprowadziła do uchylenia wyroku w zaskarżonej części i w zakresie uchylonym do przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi orzekającemu w pierwszej instancji. Kontrola zainicjowana apelacją strony powodowej wykazała bowiem, że zaskarżone rozstrzygnięcie zostało wydane bez rozpoznania istoty sprawy, z uwagi na dwie zasadnicze kwestie, dodać przy tym należy, że każda z nich stanowi samoistną podstawę do przyjęcia, iż istota sporu w tym postępowaniu nie została przez Sąd Okręgowy rozpoznana.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że prawidłowe rozstrzygnięcie każdej sprawy uzależnione jest od spełnienia przez Sąd meriti dwóch naczelných obowiązków procesowych, tj. przeprowadzenia postępowania dowodowego w sposób określony przepisami procesowymi oraz dokonania wszechstronnej oceny całokształtu okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej. Rozstrzygnięcie to winno również znajdować oparcie w adekwatnych przepisach prawa materialnego, które to przepisy determinują krąg istotnych w sprawie faktów. Zakres rozpoznania sprawy przez sąd drugiej instancji wyznaczają granice apelacji, przy czym sąd nie jest związany przedstawionymi w apelacji zarzutami naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego, z wyjątkiem kwestii stanowiących o nieważności postępowania, które winien uwzględnić z urzędu (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, Lex 341125). Mając na uwadze powyższą regułę oraz zakres zaskarżenia i podniesionych w apelacji zarzutów, w niniejszym postępowaniu Sąd Apelacyjny był zobowiązany do weryfikacji, po pierwsze, tego, czy postępowanie dowodowe zostało przeprowadzone w sposób prawidłowy, odpowiednio do zakresu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia, po drugie, czy dokonane ustalenia faktyczne są uzasadnione w świetle zebranego materiału dowodowego i czy nie zachodzi potrzeba ich korekty,

uzupełnienia lub dalszej weryfikacji, a po trzecie, czy Sąd Okręgowy dokonał właściwej subsumcji ustalonego stanu faktycznego do przepisów prawa materialnego, decydujących o istnieniu żądania powoda, bądź czy dokonana w tym zakresie analiza z uwagi na zakres postępowania dowodowego i poczynionych ustaleń nie jest przedwczesna. Analiza sprawy wykazała, że w części wyszczególnionych wyżej płaszczyzn kontroli instancyjnej wystąpiły istotne uchybienia, które skutkowały nierozpoznanem istoty sprawy.

Dodać przy tym należy, że zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem, nierozpoznanie istoty sprawy oznacza zaniechanie przez sąd pierwszej instancji zbadania materialnej podstawy żądania pozwu albo pominięcie merytorycznych zarzutów pozwanego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 września 1998 r., II CKN 897/97, OSNC z 2000 r. z. 1, poz. 22, wyrok tego Sądu z dnia 17 listopada 1999 r., III CKN 450/98, OSNC z 2000 r. z. 5, poz. 97 oraz wyrok tego Sądu z dnia 13 lutego 2014 r., II PK 129/13, LEX nr 1441272). Przepis art. 386 § 4 kpc stanowi natomiast, że w razie nierozpoznania przez sąd pierwszej instancji istoty sprawy, sąd odwoławczy może uchylić zaskarżony wyrok i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania. Treścią normy prawnej zawartej w tym przepisie jest upoważnienie do wydania przez sąd odwoławczy orzeczenia kasatoryjnego w określonych sytuacjach procesowych, jako wyjątku od zasady orzekania co do meritum sporu w tym postępowaniu. Jego brzmienie wskazuje jednocześnie na to, że nie zachodzi obowiązek prowadzenia przez sąd drugiej instancji postępowania zmierzającego do wyjaśnienia rzeczywistej treści stosunków faktycznych i prawnych w sytuacji, gdy sąd pierwszej instancji zaniechał rozważenia poddanych przez strony pod osąd żądań i twierdzeń, jak również, gdy nie dokonał oceny przeprowadzonych dowodów i pominął mogące mieć wpływ na rozstrzygnięcie meritum sporu dowody zawnioskowane przez strony dla ustalenia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Konieczne staje się wówczas wydanie orzeczenia przewidzianego w art. 386 § 4 kpc, ponieważ ocena po raz pierwszy poddanych przez strony pod osąd żądań i zarzutów oraz twierdzeń i dowodów zgłoszonych na ich poparcie, a następnie wydanie orzeczenia co do istoty sporu, ograniczyłyby merytoryczne rozpoznanie sprawy do jednej instancji. Podkreśli przy tym należy, że merytoryczny charakter postępowania odwoławczego, nie oznacza że sąd drugiej instancji pełni taką samą rolę, jak sąd orzekający w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, mimo że postępowanie apelacyjne jest postępowaniem merytorycznym, to nie można pomijać, że przede wszystkim ma charakter kontrolny. Rozstrzygnięcie zatem po raz pierwszy określonych kwestii przez sąd apelacyjny, prowadzi do pozbawienia stron możliwości zgłoszenia ewentualnych zarzutów dopuszczalnych tylko w ramach zaskarżenia w toku postępowania dwuinstancyjnego.

W tym procesie po stronie powodowej występuje Syndyk masy upadłości, dochodząc wierzytelności upadłego przedsiębiorcy, stanowiącej część wynagrodzenia z tytułu umowy o roboty budowlane. Strona pozwana nie kwestionując faktu, że części wynagrodzenia nie zapłaciła, wskazała że posiada w stosunku do upadłego wierzytelności, których wartość przewyższa dochodzoną w tej sprawie kwotę oraz że skutek dokonanego przez nią przed procesem potrącenia, wierzytelność powoda została umorzona.

Przy takim stanie sprawy Sąd Okręgowy ustalił wysokość wierzytelności powoda z tytułu części nieuregulowanego przez pozwaną wynagrodzenia, która to na obecnym etapie postępowania nie jest sporna pomiędzy stronami, jednakże powództwo oddalił uznając skuteczność podniesionego przez pozwaną w tym procesie zarzutu potrącenia w świetle przepisów art. 498 kc i 499 kc.

Choć prawidłowo Sąd pierwszej instancji uznał za kluczowe dla rozstrzygnięcia w tej sprawie kwestie istnienia wierzytelności powoda i skuteczności dokonanego przez pozwaną potrącenia, to oceny zgłoszonego przez pozwaną zarzutu potrącenia dokonał z pominięciem właściwych przepisów prawa materialnego, nie czyniąc tym samym istotnych dla rozstrzygnięcia w sprawie ustaleń faktycznych pozwalających na rozstrzygnięcie, czy w sprawie ziszczyły się przesłanki skutecznego potrącenia. Nadto, niezależnie od tej kwestii – co słusznie podnosi skarżący – ustalając, czy powód zdołał wykazać podnoszone przez siebie okoliczności, mogące stanowić o nie ponoszeniu przez niego odpowiedzialności za opóźnienia w realizacji umów, bądź też odnoszące się do uzgodnień między stronami, co do - nie objętych pierwotnymi umowami stron - instalacji centralnego ogrzewania oraz wodno-kanalizacyjnej, a także co do stanu tych instalacji przed demontażem, Sąd pominął dokumentację powstałą w trakcie procesu inwestycyjnego, w

szczególności protokoły z narad, dziennik budowy, korespondencję stron oraz pisma projektanta sprawującego nadzór autorski.

Przedstawione uchybienia doprowadziły do wydania przez Sąd pierwszej instancji wyroku bez rozpoznania istoty sprawy.

Zważywszy, że w niniejszym procesie po stronie powodowej występuje Syndyk dochodząc wierzytelności wchodzącej w skład masy upadłości, której strona pozwana przeciwstawia do potrącenia swoje wierzytelności, wskazać należy, że - co szeroko wyjaśnił Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 23 stycznia 2007 r. (III CZP 125/06, zachowującej aktualność w zmienionym stanie prawnym) - potrącenie jest instytucją prawa materialnego, która pozwala na samodzielne, paraegzekucyjne zaspokojenie wierzytelności w drodze jej umorzenia z wzajemną wierzytelnością dłużnika. Skorzystanie z potrącenia przekłada się zwykle na procesowy zarzut potrącenia, którego istotą stanowi żądanie uwzględnienia materialnoprawnych zmian stanu zobowiązań między stronami, jaki nastąpił w wyniku złożonego oświadczenia o potrąceniu (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2007 r., III CZP 58/07, OSNC 2008/5/44). Zgodnie bowiem z regulacją zawartą w art. 499 k.c. potrącenie dokonuje się przez złożenie oświadczenia woli drugiej stronie. W postępowaniu upadłościowym możliwość dokonania potrącenia nie została wyłączona. Ustawodawca dokonał jednak modyfikacji wymagań, jakie spełnić muszą potrącane wierzytelności i wprowadził granicę czasową skorzystania z prawa potrącenia. Zmiany dotyczące potrąceń dokonywanych w czasie trwania postępowania upadłościowego obejmującego likwidację majątku upadłego ujęte zostały w art. 93 - 96 p.u.n. i stanowią przepisy szczególne, o których mówi art. 505 pkt 4 k.c. Oznacza to, że w wypadku dokonania potrącenia wbrew zasadom wynikającym z omawianych przepisów nie następuje skutek w postaci umorzenia wierzytelności. Przepisy prawa upadłościowego i naprawczego nie wprowadzają natomiast odmiennych reguł co do sposobu dokonania potrącenia. Art. 96 p.u.n. wskazuje jedynie, że wierzyciel, który chce skorzystać z prawa potrącenia, składa o tym oświadczenie nie później niż przy zgłoszeniu wierzytelności. Z kolei art. 245 ust. 1 pkt 5 i 6 p.u.n. nakazuje umieszczenie na liście wierzytelności w osobnej rubryce danych, czy wierzycielowi przysługuje prawo potrącenia oraz odrębnie informacji o stanie postępowania sądowego lub administracyjnego w sprawie zgłoszonej wierzytelności, jej zabezpieczenia lub prawa potrącenia. Z powołanych norm wynika zatem jedynie obowiązek złożenia przez wierzyciela oświadczenia o potrąceniu w określonym przedziale czasowym oraz obowiązek przeprowadzenia przez sędziego - komisarza oceny istnienia podstaw do skutecznego potrącenia. Przychylić się przy tym należy do poglądu wyrażonego przez Sąd Najwyższy w wyrokach tego Sądu z dnia 17 stycznia 2007 r. (II CSK 315/06, Lex nr 503235) oraz z dnia 13 stycznia 2006 r. (III CK 360/05, nie publ. Lex nr 176078), wydanych wprawdzie w realiach prawa upadłościowego z 1934 r., jednak nadal aktualnych z uwagi na zachowanie w nowej regulacji tożsamyh zasad rządzących dopuszczalnością potrącenia, unormowań dotyczących terminu, sposobu zgłaszania oświadczenia oraz jego ujmowania na liście wierzytelności. Zgodnie z tym poglądem, skutek potrącenia następuje z chwilą złożenia drugiej stronie (w tym wypadku syndykowi reprezentującemu upadłego) oświadczenia o skorzystaniu z tego prawa pod warunkiem, że spełnione zostały wymagania umożliwiające potrącenie. Czynności sędziego - komisarza (ewentualnie sądu) związane z badaniem wierzytelności, dopuszczalności jej potrącenia z wierzytelnością wzajemną i ustalaniem listy wierzytelności stanowią jedynie kontrolę, czy skutek potrącenia rzeczywiście nastąpił, podobnie jak to ma miejsce w wypadku zgłoszenia w postępowaniu sądowym zarzutu potrącenia na zasadach ogólnych. W obydwu wypadkach różny jest tylko wynik tego badania. O ile bowiem nieuwzględnienie zarzutu potrącenia w procesie powoduje prawomocne stwierdzenie braku skutku w postaci umorzenia wierzytelności, o tyle odmowa uwzględnienia wierzytelności i jej potrącenia z wzajemną wierzytelnością upadłego w postępowaniu upadłościowym nie stwarza powagi rzeczy osądzonej, co oznacza, że przyjęta ocena może być zakwestionowana w innym postępowaniu. Takim postępowaniem będzie proces z powództwa syndyka o zapłatę wierzytelności upadłego, której dotyczyło oświadczenie o potrąceniu. Nie ma zatem przeszkód, aby w tym postępowaniu wierzyciel, któremu odmówiono skorzystania z prawa potrącenia w postępowaniu upadłościowym, podjął obronę opartą na twierdzeniu, że oświadczenie, jakie złożył w postępowaniu upadłościowym, było jednak skuteczne i doprowadziło do umorzenia obydwu wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej. Taka wykładnia nie prowadzi do konsekwencji sprzecznych z celem postępowania upadłościowego, ponieważ zarzut może być uwzględniony jedynie wówczas, gdy zachodziły przesłanki dopuszczające potrącenie w tym postępowaniu. Gwarantuje to zachowanie jednolitych zasad

traktowania wierzycieli w zakresie korzystania z przywileju, za jaki uznaje się prawo potrącenia realizowane przez wierzyciela upadłego (por. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2013 r. IV CSK 327/12; LEX nr 1318440).

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy zatem w pierwszej kolejności poczyni ustalenia i zbada skuteczność zgłoszonego przez powoda zarzutu potrącenia również w kontekście przepisów ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361 ze zm.), w szczególności przepisów art. 93 – 96 tej ustawy, mając na uwadze przedstawione wyżej stanowisko. Pozytywne przysądzenie dla strony pozwanej tej kwestii obliżować będzie Sąd do poczynienia ustaleń, co do przebiegu współpracy stron, w zakresie wskazanych wyżej faktów podnoszonych przez stronę powodową, przy uwzględnieniu całokształtu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym w szczególności zapisów złożonej do akt dokumentacji powstałej w trakcie procesu inwestycyjnego.

Dodać też trzeba, że o ile Sąd uzna zasadność zgłaszanych przez pozwanego do potrącenia należności, to oceniając skuteczność tego zarzutu winien - poza przedstawionymi wyżej wskazaniem – mieć na uwadze, że skuteczność potrącenia w sytuacji, w której potrącający ma kilka wierzytelności potrącalnych z jedną lub kilkoma wierzytelnościami drugiej strony, wymaga dokładnego wskazania, których wierzytelności potrącenie dotyczy. W przeciwnym wypadku oświadczenie będzie bezskuteczne z powodu niedostatecznego wyrażenia zamiaru wywołania skutków potrącenia (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2014 r., I CSK 263/13; LEX nr 1523428).

Z przedstawionych przyczyn, na podstawie art. 386 § 4 kpc oraz art. 108 § 2 kpc, Sąd Apelacyjny uchylił zaskarżony wyrok w zakresie punktu pierwszego, co do oddalenia powództwa o zasądzenie kwoty 189.742,24 zł wraz z ustawowymi odsetkami oraz punktu trzeciego, zawierającego rozstrzygnięcie o kosztach procesu – w całości i w części uchylonej przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Koszalinie, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Edyta Buczkowska-Żuk Małgorzata Gawinek Mirosława Gołuńska