

Sygn. akt I ACa 534/16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 listopada 2016 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Danuta Jezierska
Sędziowie:	SA Mirosława Gołuńska (spr.) SO del. Zbigniew Ciechanowicz
Protokolant:	st.sekr.sądowy Magdalena Stachera

po rozpoznaniu w dniu 9 listopada 2016 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa J. Z. (1)

przeciwko S. D.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 14 marca 2016 roku, sygn. akt VIII GC 281/13

I. oddala apelację,

II. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Mirosława Gołuńska Danuta Jezierska Zbigniew Ciechanowicz

Sygn. akt I A Ca 534/16

UZASADNIENIE

Powód J. Z. (1) w pozwie z 14 listopada 2012 roku skierowanym przeciwko S. D. domagał się zasądzenia kwoty 76.260 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 22 października 2011 roku, nadto wnosił o zasądzenia kosztów postępowania. Podał, że był podwykonawcą (...) sp. z o.o. w S., która powierzyła mu wykonanie usług elektrycznych na terenie boiska (...) ,za wynagrodzeniem w kwocie 76.260,00 zł brutto. Powód roboty te na terenie boiska (...) w R. wykonał w lutym 2011 roku, a pozwany podpisał przedstawioną mu fakturę VAT nr (...). Powód wskazał, że w notatce służbowej z dnia 12 kwietnia 2012 roku inspektor nadzoru inwestorskiego prac elektrycznych stwierdził wady w wykonanych przez powoda robotach, które zostały usunięte w kwietniu 2011 roku. Pismem z 6 grudnia 2011 roku pozwany wezwał go

do usunięcia wad powołując się na powyższą notatkę, z tym iż usterki te usunięto osiem miesięcy wcześniej. Według powoda Gmina R. 8 października 2012 roku potwierdziła zrealizowanie inwestycji oraz jej odbiór., bez stwierdzenia jakichkolwiek wad.

W dniu 27 lutego 2013 roku Sąd Okręgowy w Szczecinie wydał w sprawie nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, od którego pozwany złożył sprzeciw.

W sprzeciwie zaskarżył nakaz zapłaty w całości i wniósł o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu według norm przepisanych. Ustosunkowując się do żądań powoda podniósł zarzut potrącenia przeciwstawiając wierzytelności powoda swoją w kwocie 77.616,69 zł z tytułu poniesionych kosztów zastępczego usunięcia wad instalacji elektrycznej nienależycie wykonanej przez powoda. Pozwany zaprzeczył, aby był podwykonawcą firmy (...) sp. z o.o. w S. oraz by wykonywał prace w ramach realizacji inwestycji pod nazwą „Budowa boiska szkolnego przy Szkole Podstawowej Nr (...) w R.”. Wyjaśnił, że sporne prace były wykonywane przez powoda w związku z inwestycją „Wykonanie adaptacji projektu typowego boisk sportowych oraz budowa kompleksu (...) wraz z zapleczem sanitarno- szatniowym w LO w R.”. Według pozwanego po przyjęciu faktury okazało się, że powód wykonał prace wadliwie co stwierdził inspektor nadzoru inwestorskiego prac elektrycznych K. T. w notatkach służbowych z 12 kwietnia oraz 18 maja 2011 roku. Pozwany podkreślił, że wzywał powoda -telefonicznie i pisemnie - do usunięcia wad. Powód jednak wad nie usunął. Starostwo Powiatowe w W. pismem z 28 listopada 2011 roku wezwało pozwanego do natychmiastowego usunięcia wad. Pozwany wezwał więc powoda do usunięcia wad z zastrzeżeniem, że w razie nie usunięcia wad w terminie 7 dni zleci usunięcie wad firmie trzeciej na koszt powoda. Powód pomimo tego wad nie usunął, a pozwany z tytułu zastępczego usunięcia wad zapłacił 77.616,69 zł.

Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem 14 marca 2016 roku :

zasądził od pozwanego S. D. na rzecz powoda J. Z. (1) kwotę 76.260 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 22 października 2011 roku (pkt I.) oraz ustalił, że pozwany jako przegrywający spór jest zobowiązany do zwrotu powodowi całości kosztów procesu, pozostawiając szczegółowe ich wyliczenie referendarzowi sądowemu (pkt II.).

Orzeczenie takiej treści Sąd pierwszej instancji oparł na następujących ustaleniach : J. Z. (1) prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Instalatorstwo Elektryczne J. Z. (1). Przedmiotem działalności gospodarczej S. D. , prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) D. S., jest wykonywanie robót budowlanych. S. D. na terenie Gminy R. był wykonawcą prac budowlanych związanych z realizacją inwestycji pod nazwą „Wykonanie adaptacji projektu typowego boisk sportowych oraz budowa kompleksu (...) wraz z zapleczem sanitarno - szatniowym w LO w R.”. Prace budowlane zleciło Starostwo Powiatowe w W., po rozstrzygnięciu postępowania przetargowego. Umowa została w dniu 5 sierpnia 2010 roku. Strony ustaliły, że termin zakończenia robót objęty przedmiotem umowy nastąpi nie później niż 4 miesiące, licząc od dnia protokolarnego przekazania terenu robót wykonawcy. Ustalono, że wykonawca może powierzyć wykonanie części robót podwykonawcom z tym, że umowa taka powinna być zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Załącznikiem do umowy był m.in. przedmiar robót zawierający też opis prac elektrycznych. Roboty objęte powyższą umową inwestor odebrał w dniu 13 grudnia 2010 roku z uwagami zawartymi w notatce sporządzonej w tym samym dniu. Roboty elektryczne na ten dzień nie były wykonane. Pozwany ich wykonanie powierzył dopiero na podstawie ustnej umowy powodowi. Strony uzgodniły za nie wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 76.260,00 zł. Pozwany nie przekazał powodowi projektu wykonania instalacji elektrycznej.

Prace elektryczne objęte umową stron wykonywali z ramienia powoda jego syn P. Z. (1) i B. H. . Prace rozpoczęto w styczniu 2011 roku. B. H. i P. Z. (1) wykonali wszystkie roboty z wyłączeniem podłączenia do rozdzielni zasilającej. Dostarczenie kontenera, w którym miała być umieszczona rozdzielnia, należało do pozwanego. Kable do kontenera podłączał powód z racji posiadanych uprawnień do wykonywania tego typu prac elektrycznych. Miało to miejsce na przełomie kwietnia, maja 2011 roku, po dostarczeniu kontenera z rozdzielnią zasilającą boiska.

Pozwany odebrał prace wykonane przez powoda z tym, że strony nie spisały protokołu odbioru robót. W dniu 1 marca 2011 roku powód wystawił fakturę Nr (...) na kwotę 76.260 zł. W jej tytule wskazano, że dotyczy usług elektrycznych

na terenie gminy W. i R., określono 21- dniowy termin zapłaty, faktura została podpisana przez obie strony umowy , a więc również przez S. D.. We wrześniu 2011 roku powód przesłał fakturę pozwanemu.

W dniu 12 kwietnia 2011 roku K. T. sporządził notatkę służbową, w której wskazał, że stwierdził usterki:

1. zamiast kabla YKY 4x10 użyto kabla KY4x10,
2. zamiast bednarki OC 25x4 użyto pręta OC 8 mm,
3. trasa kabla nie została zagęszczona,
4. oporowość uziemienia słupów 23Ω powinno być: $R \text{ zmierz} \times K_{1,2} < 10 \Omega$,
5. brak zagęszczenia gruntu przy słupach oświetleniowych,
6. brak rozdzielni zasilającej boiska,
7. kable zasilające ułożone są niewłaściwie:
 - brak podsypki z piachu żółtego,
 - brak folii ostrzegawczej,
 - brak oznaczników na kablu,
 - brak zapasów kabla.

W dniu 18 maja 2011 roku K. T. sporządził notatkę służbową, gdzie wskazał, że usterki wymienione w notatce z 12 kwietnia 2011 roku ,poza numerem 6 , nie zostały usunięte. Zainstalowano rozdzielnię zasilającą boiska w obudowie metalowej. W związku z tym należy wykonać uziemienie rozdzielni i metalowych kontenerów boiska tak, by oporowość uziemienia była mniejsza niż 10 omów.

W dniu 27 maja 2011 roku otwarto boisko (...) przy Liceum ogólnokształcącym w R.. Pismem z dnia 26 września 2011 roku powód wezwał pozwanego do zapłaty 76.260 zł. z faktury nr (...), wezwanie ponowił w dniu 22 listopada 2011 roku . W dniu 28 listopada 2011 roku Starostwo Powiatowe w W. wezwało S. D. pisemnie do natychmiastowego usunięcia wad stwierdzonych w notatkach z dnia 12 kwietnia i 18 maja 2011 roku pod rygorem zlecenia usunięcia wad osobie trzeciej na koszt wykonawcy. Pismem z 6 grudnia 2011 roku pozwany z kolei wezwał powoda do usunięcia wad i usterek w wykonanych pracach elektrycznych stwierdzonych przez inspektora nadzoru inwestorskiego, wymienił przy tym wszystkie wady z notatki z dnia 12 kwietnia 2011 roku. Zaznaczył, że jeżeli wady nie zostaną usunięte przez w terminie 7 dni od daty otrzymania pisma ich usunięcie zleci osobie trzeciej na koszt powoda. Starostwo Powiatowe w W. ponowiło do pozwanego wezwanie o usunięcie wad. Powód kwestionował zasadność zarzutów co do jakości wykonanych robót. Notatkę inspektora nadzoru otrzymał przed podłączeniem rozdzielni zasilającej boiska. Powód stał na stanowisku, że kabel o którym mowa w notatce, a który zdaniem inspektora nie został zastosowany, nie istnieje na rynku. Odmówił wykonania prac naprawczych informując pozwanego, że : trasa kabla została zagęszczona, słupy są proste ,teren wokół słupów został zagęszczony a ilość dostarczonego kabla odpowiednia.

W dniu 13 lutego 2012 roku pozwany i przedstawiciele Starostwa Powiatowego w W. ustalili harmonogram działań w sprawie usunięcia usterek podanych w notatce służbowej z 12 kwietnia 2011 roku. 16 marca 2012 roku S. D. zawarł umowę z I. S. ,jej przedmiotem było wykonanie wszelkich robót elektrycznych związanych z naprawą usterek wymienionych w notatce służbowej z 12 kwietnia 2011 roku, z wyłączeniem pkt 6. Załącznikiem nr 1 do umowy była notatka służbowa, kosztorys robót do wykonania stanowił załącznik nr 2 .Kosztorys określono na kwotę 63.103,04 zł. I. S. wystawił dwie faktury. Pierwsza ,z dnia 1 czerwca 2012 roku , wystawiona została na kwotę 36.900 zł. Pozwany zapłacił całość w dniu wystawienia faktury. Druga faktura, datowana na 29 czerwca 2012 roku , wystawiona na kwotę 40.716,69 zł. ,została przez pozwanego zapłacona w dniu 29 czerwca 2012 roku. I. S. zgłosił pozwanemu

zakończenie prac objętych umową i notatką z 12 kwietnia 2011 roku w dniu 25 kwietnia 2012 roku. W tym samym dniu S. D. skierował do Starostwa Powiatowego w W. gotowość do odbioru poreklamacyjnego. Protokół odbioru robót elektrycznych spisany pomiędzy S. D. a I. S. nosi datę 21 maja 2012 roku.

Pismem z dnia 18 marca 2013 roku S. D. oświadczył, że potrąca wierzytelność w łącznej kwocie 77.616,69 zł przysługującą mu wobec powoda z tytułu poniesionych kosztów zastępczego usunięcia wad instalacji elektrycznej z wierzytelnością w kwocie 76.260,00 zł jaką J. Z. (1) ma wobec niego z tytułu wykonania prac elektrycznych. Podała, że w wyniku potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej, co oznacza, że J. Z. (1) pozostaje do zapłaty kwota 1.356,69 zł brutto.

Kabel o parametrach YK 4x10 mm⁽²⁾ nie istnieje w programie produkcyjnym polskich fabryk. Na budowie boiska powód zastosował kabel YKY. Do uziemienia lamp ulicznych można stosować stal poziomą o przekroju 50 mm⁽²⁾. Zastosowanie bednarki nie było konieczne a zastosowanie do uziemienia słupów drutu (pręta) OC o średnicy 8 mm było optymalne. W trakcie układania chodnika wykonawca powinien dokonać zagęszczenia warstwy piasku (najczęściej w postaci chudego betonu) pod płytami chodnika. Zarzut dotyczy braku zagęszczenia trasy kabla dotyczy prac związanych z układaniem chodnika. Oporowość uziomu 24 Ω jest odpowiednia a przyłączenie do otokowego uziemienia z drutu ocynkowanego o średnicy $\phi=8$ wszystkich masztów lamp spełnia wymagania norm w zakresie uziemienia lamp. Słupy lamp nie były zagłębiane w ziemi, były przykręcane do fundamentów betonowych, gdzie zagęszczenia dokonano przy układaniu chodnika. Wykonanie rozdzielni nie było przedmiotem umowy między powodem, a pozwanym. Kosztorys wykonany przez I. S. zawierał prace nie wymienione w notatce z dnia 12 kwietnia 2011 roku oraz takie, których wykonanie nie było konieczne dla prawidłowego wykonania przedmiotu robót elektrycznych.

Po tak poczynionych ustaleniach faktycznych, po dokonaniu ich kwalifikacji prawnej Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, że powództwo jest uzasadnione w całości. Przed przystąpieniem do rozważać prawnych Sąd porządkując niejako stan sprawy zaznaczył, że błędne były dane zawarte w pozwie, po pierwsze by pozwany był podwykonawcą spółki (...), a po drugie by umowa stron dotyczyła też prac elektrycznym przy szkole podstawowej nr (...) w R.. Spółka (...) została bowiem wyłoniona jako wykonawca zadania o nazwie „Budowa boiska szkolnego przy Szkole Podstawowej Nr (...) w R.”. Między stronami było niesporne to, że S. D. został wyłoniony jako generalny wykonawca, w następstwie przetargu zorganizowanego przez Starostwo Powiatowe w W., na zrealizowanie zadania o nazwie „Wykonanie adaptacji projektu typowego boisk sportowych oraz budowa kompleksu „(...) wraz z zapleczem sanitarno-szatniowym w LO w R.” oraz to, że w ramach tej inwestycji pozwany wykonanie robót elektrycznych, na podstawie ustnej umowy, powierzył właśnie powodowi.

Następnie Sąd wyszczególnił dowody na podstawie których ustalił stan faktyczny rozpoznawanej sprawy. Podał, że uczynił to na podstawie dokumentów złożonych przez strony, w tym: 1. podpisanej przez obie strony faktury VAT, 2. wezwań powoda do zapłaty wynagrodzenia, 3. pism pozwanego zawierających zgłoszenie wad i wzywających powoda do ich usunięcia. Zaznaczył przy tym, iż strony nie kwestionowały wiarygodności tych dowodów, a Sąd nie powziął wątpliwości co do ich prawdziwości. Ponadto podstawę ustaleń stanowiły: notatka inspektora nadzoru inwestorskiego K. T. z dnia 12 kwietnia 2011 roku, umowa pozwanego z I. S., w tym stanowiący integralną jej część kosztorys. Sąd zaznaczył, że wymienione w notatce, a następnie w pismach kierowanych przez pozwanego do powoda wady podlegały weryfikacji w oparciu o wnioski zawarte w opinii biegłego sądowego z którego Sąd w sprawie dopuścił dowód. Podobnie kosztorys prac naprawczych I. S. podlegał ocenie po zasięgnięciu opinii osoby posiadającej wiadomości specjalne. Sąd oparł się w konsekwencji ustalając stan sprawy na opinii biegłego sądowego Z. R.. Podzielając jej wnioski Sąd uznał za niewiarygodne zeznania zarówno K. T. jako świadka, jak i zeznania pozwanego, co do jakości wykonanych przez powoda prac. Do tego opinia biegłego podważyła tezę pozwanego, że prace I. S. pokrywały się ze zleconymi powodowi i ich wykonanie było niezbędne dla uznania prac elektrycznych za prawidłowo wykonane. Sąd opinię biegłego sądowego Z. R. ocenił jako spójną podkreślając, że jej wnioski zostały logicznie uzasadnione i stanowiły odpowiedź na zawarte w zleceniu sporządzenia opinii pytania. Sąd podkreślił, że w ustnej uzupełniającej opinii złożonej na rozprawie biegły odniósł się do zastrzeżeń zgłoszonych przez pozwanego, a

swoje stanowisko obszernie uzasadnił, z uwzględnieniem zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Co do pozostałych dowodów osobowych - za wiarygodne w przeważającej części uznał Sąd zeznania świadków P. Z. (1) i B. H. oraz zeznania powoda, jako spójne i korespondujące z sobą wzajemnie. Dotyczy to kwestii związanych z przebiegiem wykonywanych przez powoda prac, brakiem uwag pozwanego i jego przedstawicieli w trakcie realizowania robót co do sposobu wykonania umowy i jakości prac. Pewne nieścisłości w zeznaniach, jak np. udział w pracach M. K. Sad usprawiedliwił upływem czasu od wykonania robót oraz wykonywaniem znacznej ilości podobnych inwestycji przez wymienione osoby w krótkim okresie czasu.

Przy czym zeznania M. K. niewiele wniosły do sprawy, zasadniczo ograniczył się on do skontaktowania stron. Potwierdził, że organizatorem przetargu było Starostwo Powiatowe w W., nie znał jednak szczegółów dotyczących zawartej umowy oraz realizowanej inwestycji. On sam swoje prace zakończył jeszcze przed rozpoczęciem robót przez powoda.

Przechodząc do kwalifikacji prawnej sprawy Sąd ocenił, że powód domagał się zapłaty wynagrodzenia za roboty elektryczne wykonane na podstawie ustnej umowy łączącej go z pozwanym S. D.. Strony zawarły ustną umowę, do której zastosowanie ma art. 647 i nast. k.c. Umowa o roboty budowlane ma charakter konsensualny, odpłatny i jest umową rezultatu. Zgodnie z treścią art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Świadczeniem wzajemnym inwestora jest wynagrodzenie wykonawcy, które musi być dokładnie ustalone w umowie albo jako wynagrodzenie ryczałtowe, w postaci z góry ustalonej kwoty, albo wynagrodzenie kosztorysowe, przez wskazanie podstaw i reguł jego ustalenia, którego wysokość zostanie obliczona po ukończeniu robót, według ustalonych w umowie zasad.

Przenosząc powyższe do sprawy Sąd przyjął, że strony ustaliły, iż pozwany zapłaci powodowi jako wykonawcy wynagrodzenie określone kwotowo, na podstawie wystawionej faktury. Niesporne jest to, że w lutym 2011 roku powód wystawił obciążającą pozwanego fakturę VAT obejmującą kwotę umówionego wynagrodzenia oraz to, że faktura została przyjęta przez pozwanego i zaakceptowana, czego wyrazem był jego podpis na fakturze. Z zeznań powoda wynika, że zakres prac objętych umową został wykonany do końca lutego 2011 roku z wyłączeniem podłączenia kabli do kontenera, w którym umiejscowiona jest rozdzielnia zasilająca boisko. Powód wyjaśnił, że w momencie zakończenia prac, z końcem lutego 2011 roku, nie było jeszcze na terenie inwestycji kontenera, co umożliwiło zakończenie wszystkich robót. Prace związane z przyłączeniem kabli do rozdzielni zostały zakończone na przełomie kwietnia i maja 2011 roku, po dostarczeniu przez pozwanego kontenera z rozdzielnią zasilającą boisko. Powód zeznał, że wówczas on sam udał się na teren inwestycji i dokonał podłączenia kabli do rozdzielni zasilającej.

Według Sądu zgromadzone w sprawie dowody uzasadniają twierdzenia powoda, że wykonał on wszystkie prace objęte obowiązkiem umownym. Powód już tylko dysponując podpisaną przez pozwanego fakturą wykazał, że wykonał swój obowiązek oddania przedmiotu umowy, co uprawnia go do domagania się od pozwanego wynagrodzenia objętego umową. Pozwany odmawiając zapłaty umówionego wynagrodzenia twierdził, że wskutek nienależytego wykonania umowy przez powoda poniósł szkodę w wysokości przenoszącej żądane od niego wynagrodzenie. Szkodą pozwanego ma być wynagrodzenie, które zapłacił I. S. - wykonawcy zastępczemu robót elektrycznych na boisku. Według pozwanego zakres prac powierzonych S. obejmował jedynie niezbędne do usunięcia wad stwierdzonych w pracach wykonanych przez powoda.

Z treści sprzeciwu pozwanego od wydanego w sprawie nakazu zapłaty wynika, że podnosząc zarzut nienależytego wykonania zobowiązania przez powoda i składając w tym zakresie zarzut potrącenia pozwany oparł swoją wiarygodność do powoda na art. 471 k.c. Przepis ten stanowi, że dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Oznacza to, w

oparciu o art. 6 k.c. ,ze to na pozwanym spoczywał obowiązek wykazania, że prace objęte obowiązkiem umownym zostały wykonane przez powoda wadliwie, zaś roboty zawarte w kosztorysie sporządzonym przez I. S. były pracami koniecznymi do usunięcia tych wad. Pozwany winien więc udowodnić nienależyte wywiązanie się przez powoda z zobowiązania oraz powstanie szkody pozostającej w adekwatnym związku przyczynowym z działaniami powoda . Co do potrącenia - Sąd przypomniał ,że zgodnie z art. 498 §1 k.c. wynika ,że gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Sąd przypomniał następnie ,że od potrącenia jako czynności materialnoprawnej należy odróżnić trzeba zarzut potrącenia będący czynnością procesową. Oświadczenie o potrąceniu, o którym mowa w art. 499 k.c., jest czynnością materialnoprawną powodującą - w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 498 § 1 k.c. - odpowiednie umorzenie wzajemnych wierzytelności. Zarzut potrącenia jest czynnością procesową, polegającą na żądaniu oddalenia powództwa w całości lub w części z powołaniem się na okoliczność, że roszczenie objęte żądaniem pozwu wygasło wskutek potrącenia. Oświadczenie o potrąceniu stanowi zatem materialnoprawną podstawę zarzutu potrącenia. Do dokonania potrącenia może dojść zarówno w ramach postępowania sądowego, jak i poza nim; w trakcie postępowania sądowego uprawniony może połączyć złożenie oświadczenia woli o potrąceniu z podniesieniem zarzutu potrącenia. Podniesienie zarzutu potrącenia jest tym samym równoznaczne ze złożeniem oświadczenia o potrąceniu, jeżeli oświadczenie takie nie zostało złożone wcześniej. Przenosząc powyższe do sprawy Sąd powtórzył, że pozwany w sprzeciwie od nakazu zapłaty powołał się na oświadczenie o potrąceniu, które zostało złożone przez niego w dniu 18 marca 2013 roku, tj. po dacie doręczeniu odpisu pozwu w dniu 5 marca 2013 roku.

Powód po wezwaniu go przez pozwanego na wykonania prac naprawczych zajmował niezmiennie stanowisko, że umowa została wykonana należyście, a wady wymienione w notatce służbowej z dnia 12 kwietnia 2011 roku przez inspektora nadzoru inwestorskiego nie wystąpiły. W piśmie przygotowawczym z 18 lipca 2013 roku powód ustosunkował się szczegółowo do każdej z wad wyszczególnionej we wskazanej notatce i uznał zarzuty pozwanego, co do jakości wykonanych przez siebie robót za niesłuszne . Dla ustalenia czy wady zawarte w notatce z dnia 12 kwietnia 2011 roku były wadami istotnymi uniemożliwiającymi użytkowanie obiektu, jaki był koszt ich usunięcia i czy prace wykonanie przez I. S. i ujęte w kosztorysie ofertowym (załącznik do umowy z dnia 16 marca 2012 roku) dotyczyły prac naprawczych ujętych w notatce z dnia 12 kwietnia 2011 roku Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego .

Pierwszy biegły z którego Sąd przeprowadził dowód - W. S. - podał , że na obecnym etapie sprawy nie jest możliwe ustalenie zakresu i poprawności prac wykonanych przez powoda. Biegły nie był też w stanie odnieść się do prac naprawczych wykonanych przez I. S.. Sąd dopuścił więc dowód z opinii nowego biegłego. Biegły Z. R. w sposób wyczerpujący odpowiedział na pytania zadane w postanowieniu dowodowym z dnia 1 października 2015 roku. Po pierwsze biegły odniósł się szczegółowo do wszystkich „wad”, które zostały wymienione w notatce służbowej inspektora nadzoru inwestorskiego z dnia 12 kwietnia 2011 roku. Odpowiadając na pytanie, czy wady wymienione w notatce z dnia 12 kwietnia 2011 roku były wadami istotnymi biegły podważył w ogóle istnienie wad w wykonanych robotach. Oceniał, że 90 % wymienionych w notatce wad w ogóle nie wystąpiło, zaś jeżeli jakieś wady wystąpiły to nie były to wady zagrażające życiu i zdrowiu.

Po drugie biegły stwierdził liczne nieprawidłowości w kosztorysie z dnia 16 marca 2012 roku. Dla Sądu były szczególnie istotne ustalenia biegłego co do tego , że kosztorys ten został tylko częściowo oparty na notatce z dnia 12 kwietnia 2011 roku. Obejmował on bowiem również prace, które w ogóle nie dotyczyły robót wykonywanych przez powoda, jak np. montaż i demontaż paneli ogrodzeniowych. W toku ustnego wyjaśnienia opinii na rozprawie biegły R. odniósł się do dokumentacji fotograficznej, która została załączona do sprzeciwu od nakazu zapłaty. Biegły ocenił , że nie dotyczy ona prac powierzonych powodowi, nie przedstawia też prac podejmowanych w celu naprawy prac wykonanych przez powoda. W konsekwencji ,opierając się na opinii biegłego ,Sąd przyjął , że pozwany nie wykazał by „wady” wymienione w notatce służbowej z dnia 12 kwietnia 2011 roku w ogóle wystąpiły w robotach elektrycznych wykonanych przez powoda .Podobnie jak nie zdołał udowodnić, że prace wykonywane przez I. S. pozostawały w związku z pracami powierzonymi powodowi i stanowiły roboty naprawcze do tych prac. Sąd jednocześnie szerzej uzasadnił dlatego oparł

się na treści i wnioskach biegłego Z. R. .Po pierwsze podkreślił profesjonalizm biegłego posiadającego wiadomości specjalnej , po drugie wskazał ,że opinia była pełna. Biegły przy tym zasadnie zwrócił uwagę na to ,że proces nadzoru nad wykonywanymi przez powoda pracami od początku przebiegał nienależycie oraz na to ,że pozwany nie przekazał powodowi żadnej dokumentacji technicznej obejmującej zakres prac elektrycznych na przedmiotowym obiekcie, nie ustalono - harmonogramu robót, kwestii zgłaszania przez wykonawcę prac ulegających zakryciu, nie sporządzono w ogóle protokołu odbioru robót. Brak odpowiedniego nadzoru na budowie oraz dokumentacji związanej z odbiorem robót zakrytych spowodowały trudności dowodowe. Obowiązek wykazania istnienia wierzytelności w stosunku do powoda w zakresie kwoty zgłoszonej do potrącenia spoczywał na pozwanym, czemu ten nie sprostał, co już tylko czyniło zgłoszony w procesie zarzut potrącenia nieuzasadnionym.

Mając to wszystko na uwadze Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda umówione przez strony wynagrodzenia w kwocie 76.260,00 zł. Od kwoty tej należne były powodowi odsetki ustawowe za opóźnienie zasądzone od dnia wskazanego w wyroku. Faktura nr (...) została wystawiona przez powoda w marcu 2011 roku, z 21- dniowym od doręczenia terminem zapłaty. Skoro fakturę pozwanemu doręczono 30 września 2011 roku to pozwany był w opóźnienie od 22 października 2011 roku (art. 481 k.c.) .

O kosztach procesu Sąd orzekł zgodnie z jego wynikiem , pozostawiając szczegółowe wyczenie referendarzowi sądowemu (98 §1 k.p.c., 108 §1 k.p.c.)

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie wniósł pozwany zaskarżając powyższe orzeczenie w całości. Zaskarżonemu wyrokowi pozwany zarzucił :

1. naruszenie przepisów postępowania tj. art. 214 § 1 k.p.c. poprzez nie odroczenie przez Sąd pierwszej instancji rozprawy w dniu 2 kwietnia 2014r. mimo nieprawidłowości w doręczeniu wezwania dla pozwanego na w/w rozprawę, które skutkowało niezawiadomieniem pozwanego o terminie powyższej rozprawy , co w konsekwencji stanowi uchybienie procesowe skutkujące nieważnością postępowania z powodu pozbawienia pozwanego możliwości obrony swoich praw - art. 379 pkt 5 k.p.c.;

2. naruszenie przepisów postępowania tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez uznanie przez Sąd pierwszej instancji w całości za wiarygodne zeznania świadków strony powodowej (P. Z. (1) - syna powoda oraz B. H.) oraz zeznaniom samego powoda, co do jakości prac wykonanych przez powoda, podczas z zeznania w/w osób pozostają w sprzeczności z pozostałym materiałem zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, w szczególności z pisemnymi wezwaniami pochodzącymi od Starostwa Powiatowego w W. do usunięcia wad w robotach elektrycznych, z których jednoznacznie wynika, iż roboty elektryczne zostały wykonane wadliwie, co uniemożliwiło użytkowanie obiektu boiska, co stanowi przekroczenie granic zasady swobodnej oceny dowodów oraz jest sprzeczne z doświadczeniem życiowym i regułami logicznego myślenia;

3. naruszenie przepisów postępowania tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez uznanie przez Sąd pierwszej instancji za niewiarygodne zeznania świadka K. T. oraz zeznania pozwanego, co do jakości prac wykonanych przez powoda, podczas gdy zeznania w/w osób są zgodne z pozostałym zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, w szczególności z pisemnymi wezwaniami pochodzącymi od Starostwa Powiatowego w W. do usunięcia wad w robotach elektrycznych, z których jednoznacznie wynika, iż roboty elektryczne zostały wykonane wadliwie, co uniemożliwiło użytkowanie obiektu boiska, co stanowi przekroczenie granic zasady swobodnej oceny dowodów oraz jest sprzeczne z doświadczeniem życiowym i regułami logicznego myślenia;

4. naruszenie przepisów postępowania tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez uznanie przez Sąd pierwszej instancji, że pozwany nie wykazał „wady" w pracach wykonanych przez powoda oraz, że pozwany nie zdołał udowodnić, że prace wykonane przez I. S. pozostawały w związku z pracami powierzonymi powodowi i stanowiły roboty naprawcze, podczas gdy ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że prace wykonane przez powoda zostały wykonane wadliwie, co uniemożliwiło użytkowanie obiektu boiska, oraz wymagało prac naprawczych wykonanych

przez I. S., co stanowi przekroczenie granic zasady swobodnej oceny dowodów oraz jest sprzeczne z doświadczeniem życiowym i regułami logicznego myślenia;

5. naruszenie przepisów postępowania tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez uznanie przez Sąd pierwszej instancji za wiarygodną w całości opinię biegłego Z. R., podczas gdy opinia w/w biegłego nie może zostać uznana za wiarygodną, gdyż biegły nie uczestnicząc w ogóle w nadzorze budowy przedmiotowego boiska sportowego, jak również nigdy nie wizytując na w/w boisku, nie mógł jednoznacznie stwierdzić, że wady wskazane w notatkach służbowych oraz w pismach pochodzącymi od Starostwa Powiatowego w W. w ogóle nie zaistniały, a co za tym idzie nie było potrzeby wykonywania prac naprawczych przez I. S., co stanowi przekroczenie granic zasady swobodnej oceny dowodów oraz jest sprzeczne z doświadczeniem życiowym i regułami logicznego myślenia;

6. naruszenie przepisów postępowania tj. art. 217 § 3 k.p.c. poprzez oddalenie przez Sąd pierwszej instancji zgłoszonego przez stronę pozwaną na rozprawie w dniu 29 lutego 2016r. wniosku dowodowego o powołanie nowego biegłego, podczas gdy opinia biegłego Z. R., była opinią nierzetelną i niewiarygodną.

W konsekwencji tak skonstruowanych zarzutów, szerzej uzasadnionych, pozwany wnosił o stwierdzenie nieważności całości postępowania przed Sądem pierwszej instancji w oparciu o art. 379 pkt 5 k.p.c. i w konsekwencji uchylenie zaskarżonego wyroku z przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania za obie instancje według norm przepisanych. W razie nieuwzględnienia zarzutu nieważności postępowania apelujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy budowlanego o specjalności inżynierskiej elektrycznej oraz kosztorysowania w budownictwie robót budowlanych i instalacyjnych elektrycznych w celu sporządzenia pisemnej opinii, po czym dokładnie określił na jakie okoliczności taka opinia miałaby zostać przeprowadzona. W ewentualnym wniosku apelacyjnym pozwany wnosił, by po przeprowadzeniu wnioskowanego w apelacji postępowania dowodowego, Sąd Odwoławczy zmienił zaskarżony wyrok poprzez oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda kosztów postępowania za obie instancje.

Powód w odpowiedzi na apelację pozwanego wniósł o jej oddalenie, jako pozbawionej zasadności, wnosząc jednocześnie o zasądzenie od powoda kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje :

apelacja pozwanego okazała się nieuzasadniona i jako taka podlegała oddaleniu.

W obecnie obowiązującym systemie apelacji sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia bierze z urzędu pod uwagę jedynie nieważność postępowania (zob. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, której nadano moc zasady prawnej). Sąd drugiej instancji będąc sądem merytorycznym rozstrzyga na podstawie całokształtu zgromadzonego w sprawie materiału procesowego stosując właściwe prawo materialne. Nie może przeto w tej sytuacji poprzestać tylko na ustosunkowaniu się do zarzutów strony skarżącej, lecz musi - niezależnie od ich treści - dokonać ponownych własnych ustaleń, a następnie dokonać ich kwalifikacji prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2015 r. III CSK 203/14, LEX nr 1678964). Apelujący w niniejszej sprawie pozwany zarzucał nieważność postępowania przed Sądem pierwszej instancji, czego Sąd odwoławczy ostatecznie, o czym mowa będzie niżej, nie stwierdził. Sąd drugiej instancji w sytuacji, gdy nie uzupełnia postępowania dowodowego ani, po rozważeniu zarzutów apelacyjnych, nie znajduje podstaw do zakwestionowania oceny dowodów i ustaleń faktycznych orzeczenia pierwszoinstancyjnego, może te ustalenia przyjąć za podstawę faktyczną swojego orzeczenia. Przyjmuje się bowiem, że gdy sąd odwoławczy uznaje ustalenia faktyczne i oceny prawne sądu pierwszej instancji za trafne, wywiązanie się z przewidzianego w art. 328 § 2 k.p.c. obowiązku wskazania w uzasadnieniu orzeczenia podstaw rozstrzygnięcia może nastąpić przez oświadczenie o akceptacji ustaleń faktycznych, a nawet ocen prawnych sądu pierwszej instancji (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2015 r., V CSK 270/14, LEX nr 1682218). Uwzględniając powyższe Sąd Apelacyjny stwierdza, że Sąd pierwszej instancji w sposób prawidłowy przeprowadził postępowanie dowodowe w sprawie i na podstawie jego wyników, po dokonaniu oceny wszystkich dowodów istotnych

dla ustalenia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia , poczynił trafne ustalenia faktyczne. Ustalenia te jako prawidłowe Sąd Odwoławczy czyni częścią własnego uzasadnienia, bez ich ponownego szczegółowego ich przytaczania . Dodać w tym miejscu trzeba ,że apelujący części tych ustaleń , za wyjątkiem faktów przywołanych w apelacji, nie kwestionował. W ocenie Sąd Apelacyjny Sąd Okręgowy , wbrew zarzutom apelacji , w sposób właściwy ocenił zebrany materiał dowodowy , z poszanowaniem wymogów stawianych przez art. 233§ 1 k.p.c. przeprowadził też dowody niezbędne dla ustalenia koniecznej w sprawie dla merytorycznego orzekania podstawy faktycznej . Sąd Apelacyjny za prawidłową uznała również kwalifikację prawną sprawy przedstawioną przez Sąd pierwszej instancji .

Pozwany w apelacji sformułował kilka zarzutów naruszenia prawa procesowego , w tym zarzucił nieważność postępowania i do tego zarzutu , z uwagi na jego skutki w razie jego podzielenia , należało się odnieść w pierwszej kolejności. W pierwszym zarzucie apelacyjnym pozwany zarzucił Sądowi pierwszej instancji naruszenie art. 214 § 1 k.p.c. poprzez nie odroczenie rozprawy z dnia 2 kwietnia 2014r. , pomimo nieprawidłowości w doręczeniu stronie wezwania. Powyższe uchybienie prowadzące do niezawiadomienia o terminie stanowiło uchybienie procesowe skutkujące nieważnością postępowania z przyczyny pozbawienia strony możliwości obrony swoich praw - art. 379 pkt 5 k.p.c. W ocenie Sądu Apelacyjnego tak skonstruowany zarzut nie okazał się ostatecznie uzasadniony .Już tylko dla porządku Sąd zaznacza ,że na termin wskazanej rozprawy pozwany nie był wzywany lecz jedynie był o niej zawiadomiony (k.98). Zasadniczym przepisem dotyczącym nieważności postępowania jest art. 379 k.p.c. Ma on przede wszystkim znaczenie dla sposobu postępowania sądu pierwszej instancji , do tego postępowania bowiem się odnosi. Określając uchybienia procesowe , które sprawiają , że postępowanie dotknięte jest nieważnością , ustawodawca miał niewątpliwie na względzie ich duży ciężar gatunkowy. Sąd drugiej instancji działając z inspiracji skarżącego lub też z urzędu stwierdzonej nieważności postępowania nie może nie uwzględnić. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 378 §1 k.p.c. sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę w granicach apelacji , w granicach zaskarżenia bierze jednak zawsze pod uwagę z urzędu nieważność postępowania. Kierując się celem zachowania odpowiedniego standardu procesowego orzeczenia sądowego , ustawodawca przyjął w konsekwencji ,że uchybienia procesowe skutkujące nieważnością postępowania powinny być przez sąd drugiej instancji uwzględniane też z urzędu. Bez znaczenia przy tym jest czy między nieważnością postępowania, a wynikiem sprawy istnieje związek przyczynowy. Skarżący takiego związku w każdym razie nie musi wykazywać, a sąd drugiej instancji ustalać. Wpływ nieważności na treść orzeczenia stanowi zatem ustawowe założenie mające charakter domniemania ustawowego , które nie może być obalone .Mamy tu więc do czynienia z tzw. autonomią skutków nieważności (por. System prawa procesowego cywilnego .Środki zaskarżenia pod. red. Jacka Gudowskiego,III cz. 1 ,LexisNexsis s. 210). Jedną z przesłanek nieważności postępowania jest pozbawienie strony możliwości obrony swych praw o czym stanowi przepis art. 379 pkt 5 k.p.c.. Polega to na tym ,że z powodu wadliwych czynności procesowych sądu lub strony przeciwnej strona nie mogła brać i nie brała udziału nie tylko w toku całego postępowania ,ale także w jego istotnej części , przy czym chodzi o całkowite faktyczne pozbawienie możliwości obrony. Tak więc oceniając czy doszło do pozbawienia strony możliwości działania , trzeba w pierwszej kolejności rozważyć, czy nastąpiło naruszenie przepisów procesowych , następnie ustalić czy uchybienie to wpłynęło na możliwość strony działania w postępowaniu, w końcu zaś ocenić czy pomimo zaistnienia tych okoliczności strona mogła bronić swoich praw w procesie. Dopiero w razie spełnienia wszystkich opisanych powyżej przesłanek trzeba przyjąć ,że strona została pozbawiona możliwości działania . Taki tok rozumowania jest przedstawiony w szeregu orzeczeń Sądu Najwyższego , jak i sądów powszechnych przyjmujących , że dopiero w takiej konkretnej sytuacji strona została pozbawiona możliwości działania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2015 r. , II CSK 443/14, Lex nr 1730599 i przywołane w jego uzasadnieniu orzecznictwo).

Po tych uwagach dotyczących wyłożenia art. 379 pkt 5 k.p.c., powracając do apelacji , dla ustalenia okoliczności istotnych w płaszczyźnie oceny czy postępowania przed sądem pierwszej instancji było dotknięte nieważnością , zasadne jest zwrócenie uwagi na czas trwania postępowania w niniejszej sprawie , przebieg procesu oraz sposób funkcjonowania przed sądem pierwszej instancji pozwanego. I tak pozew w sprawie został złożony 15 listopada 2012 r. ,postępowanie przed Sądem pierwszej instancji trwało ponad 3 lata . W tym czasie wyznaczono 7 rozpraw przed Sądem Okręgowym , nadto jednego świadka oraz samego pozwanego przesłuchano w drodze pomocy prawnej przed Sądem Rejonowym w Wołominie . Od czerwca 2014 r. pozwany był reprezentowany przez profesjonalnych pełnomocników procesowych (początkowo w osobie adwokata i radcy prawnego ,k. 162). Poczynając od rozprawy

przed sądem wyznaczonym w dniu 13 czerwca 2014 r. pełnomocnik procesowy pozwanego uczestniczył w każdym posiedzeniu, sam pozwany był obecny na ostatnim, przed zamknięciem rozprawy. Oznacza to, że strona pozwana miała możliwość zapoznania się z aktami sprawy, w tym wnoszenie o ponowne przesłuchanie świadków słuchanych na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2014 r., o co jednak nigdy, również na etapie apelacji, nie wносиła. Pozwany nie zgłosił też w trybie art. 162 k.p.c. zarzutu co do naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisów procesowych w toku procedowania na rozprawie z 2 kwietnia 2014 r. Powód wnosił o przesłuchanie świadków B. H. oraz P. Z. (1) już w pozwie, który - co jest niekwestionowane - został skutecznie doręczony pozwanemu. Nadto, co istotne, pozwanemu pozew z załącznikami oraz nakaz zapłaty doręczono skutecznie na obecnie kwestionowany adres z pozwu, bez dopisania -miejscowości D., a pomimo tego przesyłka została podjęta (por. potwierdzenie odbioru na k. 32). Stąd też nie można pomijać uwag powoda zawartych w odpowiedzi na apelację pozwanego w pkt ad. 1 pisma (k.401-v).

Niewątpliwie stosownie do treści art. 214 § 1 k.p.c. rozprawa ulega odroczeniu, jeżeli sąd stwierdzi nieprawidłowość w doręczeniu wezwania, albo jeżeli nieobecność strony jest wywołana nadzwyczajnym wydarzeniem lub inną przeszkodą, której nie można przewyżyć. W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy uznał zawiadomienie pozwanego o terminie rozprawy z 2 kwietnia 2014 r. za prawidłowe (doręczenie przez awizo - art. 139 k.p.c.). Kwestionowana rozprawa miała miejsce na początku procesu, pierwszą - z dnia 15 stycznia 2014 r. - Sąd odroczył z uwagi na nieprawidłowości w zawiadomieniu o tym terminie pozwanego, była to przeto w istocie pierwsza z szeregu rozpraw w przedmiotowej sprawie. Po niej, co wyżej szczegółowo opisano, było wyznaczone jeszcze kilka terminów, o których strona pozwana wiedziała i w których to posiedzeniach uczestniczyła. Zgodnie z dominującym w judykaturze zapatrywaniem prowadzenie rozprawy po której wydano wyrok, mimo złożenia uzasadnionego wniosku o odroczenie rozprawy, czy też zaistnienia nieprawidłowości w zawiadomieniu o niej, prowadzi do nieważności postępowania - art. 379 pkt 5 k.p.c. (por. orzeczenia Sądu Najwyższego - wyrok z dnia 10 maja 1974 r. II CR 155/74 OSP 1975/3/66; z dnia 10 lipca 2002 r. II CKN 822/00 LEX nr 55519; uzasadnienie wyroku z dnia 10 maja 2000 r., III CKN 416/98, OSNC 2000, Nr 12, poz. 220; orzeczenie z dnia 10 stycznia 2001 r., I CKN 999/98, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2015 r. IV CSK 101/15, LEX nr 1770891 czy też przywołany wyżej wyrok z 25 marca 2015 r.). A contrario - nie odroczenie jednej rozprawy, pomimo nawet nieprawidłowego zawiadomienia o niej jednej ze stron procesu, na początku procesu, który następnie przy aktywnym udziale tej strony toczył się przez kilka lat, nie uprawnia do wniosku, że strona ta została pozbawiona możliwości obrony swych praw w stopniu skutkującym nieważnością postępowania. W ocenie Sądu Apelacyjnego zaistniałe uchybienie nie wpłynęło na możliwość działania strony pozwanej w niniejszym procesie, pozwany mógł skutecznie bronić swoich praw w toku dalszego postępowania. Dodać trzeba, że podnoszone obecnie przez pozwanego uchybienie przez Sąd Okręgowy procedurze powinno zresztą być zgłoszone wcześniej, by mogło być następnie skutecznie, po raz pierwszy, podnoszone na etapie apelacji (art. 162 k.p.c.). W konsekwencji Sąd Apelacyjny nie podzielił zarzutu pozwanego o nieważności postępowania przed Sądem Okręgowym. Uzasadnia to przejście do oceny pozostałych zarzutów apelacyjnych.

Zawsze, przed kwalifikacją prawną sprawy, Sąd Odwoławczy musi skontrolować poprawność ustalenia stanu faktycznego. Tak jest też w tej sprawie. Przepis art. 382 k.p.c. stanowi, że sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału dowodowego zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Skarżący kwestionując stan faktyczny sprawy wskazał w apelacji na oddalenie przez Sąd Okręgowy dowodu z biegłego, którego to dowodu Sąd Odwoławczy, pomimo zawartego w apelacji w tym zakresie wniosku, ostatecznie też nie przeprowadził. Uzasadnienie takiej decyzji dowodowej zostanie podane w dalszej części uzasadnienia. W tej sytuacji, o czym wyżej już była mowa, konstruując ostatecznie stan faktyczny sprawy Sąd drugiej instancji opierał się wyłącznie na materiale dowodowym zgromadzonym przed sądem pierwszej instancji. Zasadność zarzutów procesowych dotyczących oceny dowodów, a w konsekwencji ustalenia stanu faktycznego sprawy będącego podstawą wydanego rozstrzygnięcia, mogła w postępowaniu apelacyjnym zostać potwierdzona lub też nie jedynie poprzez przesłedzenie sposobu procedowania oraz rozumowania sądu pierwszej instancji i ustalenie czy było ono logiczne, a ocena dowodów pełna i prawidłowa.

Pozwany zarzucił w pkt 5 apelacji Sądowi Okręgowemu naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 233 § 1 k.p.c. przez uznanie za wiarygodną w całości opinię biegłego Z. R., gdy opinia ta w ocenie skarżącego za taką nie mogła być uznana

ponieważ biegły, po pierwsze nie uczestniczył w nadzorze budowy przedmiotowego boiska sportowego, po drugie - nie będąc nigdy na tym boisku nie mógł jednoznacznie stwierdzić, że wady wskazane w notatkach służbowych oraz w pismach pochodzących od Starostwa Powiatowego w W. w ogóle nie zaistniały, a co za tym idzie, że nie było potrzeby wykonywania prac naprawczych przez I. S.. Pozwany zarzucił, że podzielenie opinii biegłego przez Sad Okręgowy stanowiło przekroczenie granic zasady swobodnej oceny dowodów oraz było sprzeczne z doświadczeniem życiowym i regułami logicznego myślenia.

Sąd pierwszej instancji dopuścił dowód z opinii biegłego zakresu elektryki Z. R. postanowieniem z dnia 1 października 2015 r. określając przedmiot opinii (był to zresztą w tej sprawie już drugi dowód z biegłego sądowego - elektryka). Biegły R. sporządził pisemną opinię w której udzielił odpowiedzi na zadane mu pytania. Wskazał przy tym, że opierał się na materiale dowodowym zgromadzonym w aktach niniejszej sprawy, nadto uzyskał określone dane - od użytkownika boiska tj. liceum w R., inwestora robót budowlanych - Starostwa Powiatowego w W. oraz o powoda. Z protokołu przekazanego przez Starostwo Powiatowe wynika, że już 13 grudnia 2010 r. nastąpił odbiór przez inwestora od generalnego wykonawcy robót zleconych umowa z 5 sierpnia 2010 r.(k.302). 2-osobowa komisja ze strony inwestora wносиła o odbiór robót stwierdzając, że zostały wykonane w terminie i nie ma zastrzeżeń co do ich jakości. W tej samej dacie została sporządzona notatka służbowa w której zapisano, że instalacja elektryczna boiska została źle wykonana i jest do ponownego wykonania (303).Starostwo Powiatowe, podobnie jak użytkownik boiska (...), nie posiadali dokumentów ani informacji o dokonanych pomiarach wykonanych robot elektrycznych, tj. pomiarów instalacji oświetleniowej i uziemiającej słupów (k.311 i k 313 . Z informacji samego dyrektora liceum wynika, że kompleks sportowy (...) został otwarty w dniu 27 maja 2011 r. (k.314).Powyższe wynika też z informacji prasowych (por. 315 a i 316) . W sprawie jest niesporne, że strony niniejszego zawarły umowę ustną (w rozmowie telefonicznej), powód nie otrzymał żadnej dokumentacji, projektu technicznego. Pozwany przekazał mu jedynie w formie mailowej mapkę boiska (k. 304-305). Pozwany w toku przesłuchania w sposób bardzo ogólny przedstawił sposób wykonywania robót przez powoda, stwierdził jedynie, że inspektor nadzoru miała do wykonywania robót zastrzeżenia. Przyznał, że prace zostały przez powoda zakończone, nie miał przy tym wiedzy czy inspektor nadzoru dokonał ich odbioru. Nie skomentował w żaden sposób dlaczego on sam podpisał, bez jakichkolwiek uwag, fakturę wystawioną przez powoda. Zeznania powoda co do przebiegu prac oraz późniejszej odmowy zapłaty przez pozwanego były bardziej szczegółowe. Powód podał, że pozwany nie przekazał mu żadnej dokumentacji, w tym projektu wykonawczego, określił jedynie ogólnie zakres robót. Powód przyznał, że to on dostarczył materiały zużyte do wykonania instalacji, pozwany nie negował nigdy ich jakości. W tym miejscu zasadne jest dodanie, że biegły ustalił, iż na wbudowany przez powoda kabel posiadał stosowny atest (k.313 i k. 315). Powód zeznał, że pozwany, choć bez protokołu, ale dokonał fizycznie wykonanych odbioru robót. Dokładanie proces wykonywania robót opisali świadkowie je realizujący tj. P. Z. (1) oraz B. H. .Opisywali oni w swoich zeznaniach co i z jakich materiałów realizowali w toku prac na boisku (...). W ten sposób odnieśli się do zapisów w notatce z 12 kwietnia 2011r. Biegły R. w sporządzonej pisemnej opinii, po uzyskaniu dodatkowych dokumentów, z których zresztą Sąd Okręgowy dopuścił dowód w sprawie, dostrzegł, iż roboty odebrane jeszcze w 2010 r. -wbrew treści protokołu odbioru -nie były przez generalnego wykonawcę w całości wykonane, a mianowicie roboty elektryczne nie zostały wykonane w żadnym zakresie choć w notatce z 13 grudnia 2010 r. podano ich wadliwe wykonanie. Protokołu odbioru z 13 grudnia 2010 r. nie podpisywał inspektor nadzoru w zakresie robót elektrycznych pan T., który podpisał natomiast notatkę służbową z dnia 13 grudnia 2010 r. Świadek K. T. zeznał, że nie znał treści umowy zawartej przez powoda i pozwanego, nie znał jej zakresu i warunków. Świadek ten zeznał, że podpisywał obie notatki służbowe, z kwietnia i z maja 2011 r. Trzeba się zgodzić z biegłym, aczkolwiek nie było to przedmiotem jego opinii i nie jest on specjalistą z zakresu badania pisma, że podpisy inspektora nadzoru inwestorskiego pana T. zamieszczone na notatkach z 2011 i na notatce z 2010 r. zdecydowanie różnią się. Nie uprawnia to oczywiście do wniosku, że podpisy te nie pochodzą od tej samej osoby. Możliwa jest już jednak ocena tego czy zastrzeżenia zawarte w notatce z 12 kwietnia 2011 r. merytorycznie były uzasadnione. Powód zeznał, że inspektor nadzoru inwestorskiego, a był nim właśnie pan T., nie kontrolował w żadnym zakresie realizowanych przez niego robót, w tym też tych zanikowych. Inspektor nadzoru przesłuchany w charakterze świadka nie twierdził, że było inaczej. Biegły R. w sporządzonej opinii odniósł się do zeznań świadka T. pod kątem ich zgodności z prawem budowlanym oraz braku uczestniczenia w procesie budowlanym realizowanym przez powoda, w zakresie przekazania placu budowy, ustalenia harmonogramu prac, ich odbioru oraz przekazania przez wykonawcę stosownych

dokumentów. W takim zakresie był niewątpliwie uprawniony do wykorzystania powyższego dowodu dla udzielenia odpowiedzi na pytania Sądu. Biegły w sporządzonej opinii, dysponując dodatkowymi dokumentami, po kolei odniósł się do uwag zawartych w notatce służbowej z 12 kwietnia 2011r., przytoczył na poparcie części swoich wniosków stosowne normy. Szeroko wypowiedział się co do kwestii użycia właściwego kabla. Postawił stanowcze wnioski o braku wad wskazywanych w rzeczowej notatce (najmniej w 90 %). Odniósł się też do prac naprawczych oraz kosztorysu w związku z tym stworzonego. Biegły złożył w sprawie również ustną opinię uzupełniającą. Potwierdził, że powód do robót użył właściwego kabla, a odnosząc się do zdjęć przedłożonych przez pozwanego podtrzymał twierdzenia, że kabel zapasowy był odpowiedniej długości. Podobnie podtrzymał wnioski o dokonaniu przez powoda właściwego zagęszczenia trasy kabla. Powiązał to z wykonanym następnie chodnikiem. Zwrócił uwagę, że gdy uroczyście dokonywano odbioru boiska (...) w maju 2011 r. to lampy stały prosto, uwidocznione jest to jednoznacznie na zdjęciach publikowanych w prasie. Biegły odniósł się do kwestii uziemienia. Szeroko omówił i zakwestionował, podając dlaczego, kosztorys sporządzony dla robót naprawczych przez S., w tym odniósł się szeroko do kwestii wymiany kabla, słupów. Biegły zeznał, że przy sporządzaniu opinii kontakt telefoniczny nawiązał z dwiema stronami procesu, z tym że pozwany zasadniczo nie chciał udzielać żadnych informacji (prawie nie chciał rozmawiać). Biegły potwierdził, że z akt sprawy nie wynika w żaden sposób by powodowi pozwany przekazał jakiegokolwiek dokumentację, w tym przedmiar. Powód opierał się w konsekwencji jedynie na mapce z naniesionymi lampami, realizując roboty kierował się posiadaniem doświadczenia zawodowego w zakresie tego takich robót. W praktyce bowiem podobne roboty elektryczne powód wykonał na kilkudziesięciu boiskach sportowych. Co do biegłego sądowego Z. R., lat 73, z zawodu inż. elektryk - on sam przed Sądem podkreślił, że ma bardzo duże doświadczenie zawodowe, bo kilkudziesięcioletnie. Od 1984 r. pełni na budowach funkcję inspektora nadzoru, jest rzeczoznawcą. Sporządzając opinie w sprawie opierał się na aktach sprawy, na dokumentach, na terenie boiska nie był, nie dokonywała przeto oględzin terenu budowy.

Sąd pierwszej instancji oddalił wniosek pozwanego o dowód z kolejnego biegłego. W tym miejscu zasadne jest zauważenie, że opinia biegłego tak jak inne dowody podlega ocenie przy zastosowaniu art. 233 § 1 k.p.c., chociaż na podstawie właściwych jedynie dla jej przedmiotu kryteriów zgodności z zasadami logiki i wiedzy powszechnej, poziomu wiedzy biegłego, podstaw teoretycznych opinii, sposobu motywowania i stopnia stanowczości wyrażonych w niej wniosków (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2013 r. IV CSK 135/13, LEX nr 1405234). W ocenie Sądu Apelacyjnego biegły, który sporządził pisemną opinię powinien być wezwany zawsze na rozprawę jeżeli którakolwiek ze stron strona ma do niego pytania czy zgłasza zastrzeżenia do wydanej opinii. Taki tryb postępowania, realizujący zasady bezpośredniości i kontrydiktoryjności, pozwala stronom i sądowi na zadanie biegłemu pytań w kwestiach wynikłych na tle pisemnej opinii. Takie procedowanie służy usunięciu wątpliwości, mogących powstać u osób niedysponujących wiedzą fachową z danej dziedziny wiedzy i usunięciu wynikających z jej treści niejasności i sprzeczności. Tak też w rozpoznawanej sprawie postąpił Sąd pierwszej instancji żądając od biegłego ustosunkowania się do sporządzonej pisemnej opinii oraz udzielenia odpowiedzi na pytania, w tym pozwanego. Uwzględniając powyższe Sąd Apelacyjny po pierwsze stwierdza, że ocena opinii sporządzonej w niniejszej sprawie przez Sąd pierwszej instancji jest prawidłowa. Dodać trzeba, że opinia pisemna jest bardzo wnikliwa, dokładana, obszerna, pełna, a przy tym logiczna i jako taka przekonująca. Po drugie w opinii uzupełniającej biegły pottrzymał w pełni treść i wnioski opinii pisemnej, w tym odniósł się do uwag pozwanego, udzielił odpowiedzi na wszystkie pytania. Potwierdził, jako osoba mająca właściwe przygotowanie zawodowe i dużą praktyczną wiedzę, że roboty wykonane przez powoda zostały niewadliwie. Omówił znaczenie dla opinii zdjęć przedłożonych przez pozwaną do akt sprawy. Sąd Apelacyjny w konsekwencji uznał, że złożona w sprawie opinia biegłego zasługuje, wbrew zarzutom powoda, na pełną akceptację jako oparta na aktach sprawy, w tym na dokumentacji niezwykle dokładnie przeanalizowanej, z uwzględnieniem dat poszczególnych dokumentów, w tym notatek służbowych, logicznej, profesjonalnej, dająca odpowiedź na wszystkie pytania wymagające wiedzy specjalistycznej, jednoznacznej w swych wnioskach, sporządzonej przez osobę o dużej wiedzy fachowej. Biegły przedstawił podstawy swojej opinii i jej wniosków. W tym miejscu zasadne jest przypomnienie, że przy ocenie opinii biegłych sąd nie może zająć stanowiska odmiennego, niż wyrażone w tej opinii, na podstawie własnej oceny stanu faktycznego. Odmienne ustalenie w tej mierze może być dokonane tylko na podstawie opinii innych biegłych, jeżeli ich opinia jest bardziej przekonująca oraz wszechstronnie przedstawia kwestię nasuwającą wątpliwości w sprawie (zob.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia

13 października 1987 r. II URN 228/87 ,PiZS 1988/7/62 czy wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 lipca 2010 r. II CSK 119/10, LEX nr 603161). Uwzględniając i podzielając takie stanowisko co do opinii biegłego Sąd Apelacyjny stwierdza ,że nie widział potrzeby dopuszczania dowodu z opinii kolejnego biegłego , akceptuje bowiem i podziela w pełni ustalenia i wnioski zawarte w opinii już sporządzonej . Pełnomocnik pozwanego wniósł o dopuszczenie dowodu z innego biegłego, na te samo co poprzednio okoliczności (por. protokół ostatniej rozprawy). Zarzucał ,że biegły nie dokonał wizji lokalnej , co skutkowało tym ,iż nie ustalił rodzaju gruntu pod kablem. Biegły ustalił ,że roboty wykonane przez powoda nie miały wad, w tej sytuacji nie było konieczności uzupełniania opinii, w szczególności pod kątem określenia kosztów usunięcia wad i usterek. Nie jest możliwe ustalenie kosztu usunięcia wad , gdy nie stwierdzono ich wystąpienia . Z kolei wizja w terenie, po 5 -latach od wykonania prac , dodatkowo w sytuacji , gdy pozwany zlecił pomiotowi trzeciemu roboty naprawcze , które miały zniweczyć te wykonane przez powoda, niczego do sprawy by nie mogła wnieść. W takiej sytuacji , przy braku zaoferowania jakichkolwiek nowych dokumentów związanych z wykonywaną umową, Sąd Apelacyjny uznał ,że wniosek pozwanego o dowód z nowego biegłego jest bezprzedmiotowy. Formułując taki wniosek pozwany w istocie wyrażał jedynie swoje niezadowolenie z poprzedniej opinii , skutecznie natomiast nie podważył jej zasadności. W konsekwencji Sąd Apelacyjny uznał za chybione zarzuty z pkt 5 i 6 apelacji pozwanego. O ile pozwany miał rację ,że biegły nie był uprawniony wypowiadać się co do autentyczności podpisów złożonych na okazanych mu dokumentach , o czym mowa była już wyżej , to ostatecznie tych wniosków Sąd nie brał pod uwagę konstruując stan faktyczny rozpoznawanej sprawy. Biegły nie miał też w przedmiocie zlecenia zbierania dokumentów zgromadzonych w procesie budowlanym , uczynił to jednak w określonym zakresie , a Sąd z części dokumentów w ten sposób pozyskanych dopuścił dowód, czego strony nie kwestionowały w trybie art. 162 k.p.c. W ten sposób była możliwość uzupełnienia podstawy faktycznej o istotne fakty co do przebiegu procesu budowy boiska (...) dla liceum w R.. Ostatecznie nieprawidłowości jakich dopuścił się w tej części biegły zostały sanowane decyzjami dowodowymi Sądu. O ile biegły posunął się zbyt daleko w prowadzeniu „dochodzenia „ dla ustalenia czy inspektor nadzoru inwestorskiego z zakresu robót elektrycznych posiadał wymagane uprawnienia to już jednak był uprawniony dla oceny czy uwagi jego autorstwa zawarte w poszczególnych notatkach służbowych z 2011r. były , zważywszy na konieczną wiedzę specjalistyczną , merytoryczne i uzasadnione. Co do wykonywania nadzoru - zaprzeczył temu powód w swoich zeznaniach , pozwany nie twierdził by taki nadzór był realizowany. Świadek T. , o czym mowa była już wyżej , w tej kwestii się nie wypowiedział .

Co do przesłuchania stron - strony procesowe, obok swej zasadniczej funkcji w postępowaniu cywilnym, mogą w określonych przypadkach (posiłkowo) odgrywać rolę źródła dowodu w sferze dowodowej. Bezpośrednie oddziaływanie za pomocą swego stanowiska w przedmiocie faktów na przekonanie sędziego możliwe jest wyłącznie w fazie przesłuchania stron. Z tym ,iż zgodnie z art. 299 k.p.c. przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron dopuszczalne jest wyjątkowo, gdy w świetle oceny sądu, opartej na całokształcie okoliczności sprawy, brak jest w ogóle innych środków dowodowych albo gdy istniejące okazały się niewystarczające do wyjaśnienia okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy . Sąd pierwszej instancji dopuścił w sprawie dowód z przesłuchania stron, o zeznaniach powoda i pozwanego , o stopniu ich szczegółowości była mowa już wyżej. Już tylko to pozwala na wniosek ,że zeznania powoda są bardziej przekonujące , jako pełne i przedstawiające dokładanie ustalenia i uzgodnienia czynione z pozwanym oraz przebieg procesu budowlanego . Nie polega na prawdzie zarzut apelacyjny ,że powód nie był obecny na placu budowy w wystarczającym zakresie. Nie można w tym miejscu pomijać tego ,że postęp robót, prace zanikowe powinny być kontrolowane przez inspektora nadzoru inwestorskiego. Kwestia pomylenia w pozwie przez powoda miejsca inwestycji została wyjaśniona , odniósł się do tej kwestii już Sąd pierwszej instancji. Powyższe nie dowodzi automatycznie braku profesjonalizmu w wykonaniu przyjętych robót elektrycznych. Nie bez znaczenia jest dla oceny wiarygodności powoda fakt zaakceptowania przez pozwanego wystawionej mu faktury VAT poprzez jej podpisanie. Powód wiarygodnie przy tym wyjaśnił zwłokę w terminowym następnym przekazaniu faktury pozwanemu . Pozwany w apelacji w żaden sposób nie odniósł się tej okoliczności . Niesporne jest przy tym ,że dopiero w kilka miesięcy po przesłaniu mu przez powoda rzeczony faktury oraz po wezwaniu z 22 listopada 2011 r. o jej zapłatę (k.14) , po raz pierwszy pozwany pismem z dnia 6 grudnia 2011 roku zwrócił się do powoda o usunięcie wad wykonanej instalacji (k.15). Powód zaprzeczył by takie wezwania otrzymał w jakiegokolwiek formie wcześniej, a pozwany nie wykazał dowodowo by to w rzeczywistości zrobił.

Wobec kwestionowania oceny zeznań świadków zasadne w tym miejscu jest przypomnienie ,że przepis art. 233 § 1 k.p.c. stanowiący wyraz zasady swobodnej oceny dowodów, określa granice tej swobody i wskazuje w jaki sposób Sąd powinien ją realizować. Wynika z niego między innymi, że Sąd ma obowiązek wyprowadzenia z zebranego w sprawie materiału dowodowego wniosków prawidłowych logicznie, że może oprzeć swoje przekonanie jedynie na dowodach prawidłowo przeprowadzonych i na podstawie wszechstronnego rozważenia całego zebranego materiału dowodowego oraz że musi dokonać selekcji zebranego materiału, ocenić moc dowodową poszczególnych dowodów i dać prawidłowy wyraz wynikom tego wyboru i oceny (por. : wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2005 r.III CK 3/05, LEX nr 180925). Tak więc skuteczne postawienie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wymaga podania , które zasady oceny dowodów zostały naruszone przy ocenie wskazanych dowodów i w jaki sposób oraz jaki miało to wpływ na rozstrzygnięcie sprawy. Pozwany kwestionując ocenę zeznań świadków : P. Z. (1) , B. H. i K. T. oraz samych zeznań samych stron przez Sąd pierwszej instancji zarzucał zasadniczo ,że danie wiary powodowi i wskazanym przez niego świadkom, a odmówienie przymiotu wiarygodności pozwanemu i świadkowi T. stanowi przekroczenie reguł swobodnej oceny dowodów oraz jest sprzeczne z doświadczeniem życiowym i regułami logicznego myślenia bo nie uwzględnia treści pisemnego wezwania ze Starostwa Powiatowego w W. do usunięcia wad w robotach elektrycznych. W ocenie pozwanego już treść tego pisma dowodzi ,że prace zostały wykonane wadliwie co uniemożliwiało użytkowanie obiektu boiska.W tym miejscu trzeba więc zwrócić uwagę na to ,że wezwanie ze strony Starostwa Powiatowego o usunięcie wad opierało się wyłącznie na notatkach służbowych z kwietnia i z maja 2011 r. ,których zasadność została zakwestionowana przez biegłego sądowego z przedmiotowej sprawie (por. pismo na k. 62). Już tylko to pozwala na wniosek , że pozwany skutecznie nie zakwestionował poprawności oceny opisanych wyżej dowodów osobowych. Ocena zeznań stron i świadków po części została już wyżej omówiona. Wbrew zarzutom powoda brak podstaw by ocenę dowodów zaprezentowaną przez Sąd pierwszej instancji zakwestionować, jest ona logiczna, zeznania powoda oraz wskazanych przez niego świadków są spójne , wzajemnie się uzupełniają ,są stosunkowo szczegółowe w opisie wykonywanych prac i jako takie wiarygodne . Mając więc na uwadze rozważania teoretyczne co do rozumienia art. 233 § 1 k.p.c. powyżej przytoczone , Sąd Odwoławczy stwierdza ,że pozwany skutecznie nie wykazał by Sąd pierwszej instancji uchybił regułom oceny dowodów, w tym osobowych. Ocena Sądu Okręgowego jest pełna, logiczna, wiarygodna życiowo i jaka taka zasługuje na podzielenie. Apelujący w każdym nie wykazał , że wersja zdarzeń przez niego wskazywana wynikająca z odmiennej oceny dowodów jest tą właściwą, a skoro tak to zarzut błędnej oceny dowodów okazał się nieuzasadniony. Zarzuty sprowadzają się do prezentowania przez apelującego, własnej, konkurencyjnej wersji stanu faktycznego, opartej na odmiennej, korzystnej dla pozwanego ocenie materiału dowodowego.W sprawie nie można też pomijać , że zakres obowiązków powoda wobec inwestora , nawet w zakresie robót elektrycznych , nie przekładał się na treść umowy podwykonawczej łączącej pozwanego z powodem. Co istotne pozwany nie kwestionował przy tym w żadnym zakresie w apelacji treści umowy łączącej go z powodem , w tym również rodzaju i wysokości umówionego wynagrodzenia , w zakresie przedstawionym przez powoda. Nie odniósł się również do wniosków biegłego sądowego ,że zakres notatki służbowej nie pokrywał się z robotami zleconymi „naprawczo” panu S. ,że wykonywał on roboty , których uprzednio w ogóle nie zlecono powodowi. Pozwany nie zakwestionował chronologii czynności przy wykonywaniu inwestycji w R., do kwestii ewentualnie wykopanych materiałów w żaden sposób się nie odniósł . Pozwany nie wykazał twierdzeń by boisko (...) nie było użytkowane w 2011 r. , co innego wprost wynika z informacji dyrektora liceum w R. , jak i z faktu uroczystego otwarcia (...) już w maju 2011 roku.

Strony procesu niewątpliwie łączyła umowa o roboty budowlane (art. 647 k.c. i dalsze) . W umowie tej świadczenie wykonawcy określone zostało jako oddanie obiektu budowlanego, stanowiącego całość dającą się wyodrębnić co najmniej pod względem technicznym lub technologicznym , wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Na świadczenia inwestora składają się powinności niepieniężne, w tym m.in. odebranie obiektu oraz powinność pieniężna polegająca na zapłacie umówionego wynagrodzenia. Obowiązki i uprawnienia inwestora określają przepisy - art. 18 , art. 32 ust.1 pkt 2 , art. 41 ust. 4,42 ust. 1, art. 52, art. 54-57 i art. 60 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r., Nr 243,poz. 1623 ze zm.). Odbiór obiektu jako rezultatu prac budowlanych wykonawcy stanowi w określonej sytuacji obowiązek inwestora. Obowiązek odbioru odnosi się do obiektu wykonanego co do zasady zgodnie z zobowiązaniem i zaoferowanego inwestorowi. Zgodność tą należy ocenić biorąc pod uwagę treść zawartej umowy , elementy dopełniające stosunek prawny z mocy ustawy (art. 56

k.c.), a także ogólne kryteria prawidłowego wykonania umowy (art. 354 k.c.). Inwestor powinien dokonać odbioru niezwłocznie po oddaniu (zaofiarowaniu) obiektu przez wykonawcę, chyba że dłuższy termin wynika z umowy lub spowodowany jest złożonym charakterem przedmiotu odbioru. Inwestor może odmówić odbioru obiektu dotkniętego wadą istotną, tj. czyniącym go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie, co skutkuje brakiem wymagalności roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie. Bezasadna odmowa zapłaty wykonawcy wynagrodzenia stanowi zwłokę inwestora (art. 486 §1 k.c.), takie zachowanie wierzyciela stanowi też naruszenie art. 354 §2 k.c. Ze względu na ramowy charakter umowy o roboty budowlane brak w niej wprost przepisów określających dokładniej powinność odbioru, podobnie brak normy wyrażnie wiążącej czynności odbioru obiektu z wymagalnością roszczenia wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia. Przyjmuje się tu więc stosowanie per analogiam zasad wypracowanych w tym zakresie dla umowy o dzieło. Zgodnie z art. 647 i art. 648 § 2 k.c. zakres zobowiązań wykonawcy i roszczeń inwestora w umowie o roboty budowlane określa się za pomocą projektu budowlanego. Wykonawca, jak wynika wprost z art. 647 k.c., zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem, który to projekt w myśl art. 648 §2 k.c. jest częścią umowy. Ponadto w umowie o roboty budowlane wzajemne zobowiązania i roszczenia wykonawcy i inwestora określa się przez odwołanie do wiedzy technicznej (art. 647 k.c.). Prawo budowlane wymaga by projektowanie i budowanie obiektów budowlanych było zgodne z zasadami wiedzy technicznej (art. 5 ust. 1 pr.bud.), co osiągnie się m.in. poprzez staranne wykonanie obiektu budowlanego zgodnie z projektem (zob. Prawo budowlane - komentarz pod red. A.Despot-Mladanowicza i innych, LexisNexis, Warszawa 2012 r., s. 140-142). Jedynie w sytuacji gdy przedmiot umowy będzie mógł być zakwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania zaistnieją podstawy do odmowy odbioru (odmowy sporządzenia protokołu). Już tylko dla pełnego przedstawienia prawa materialnego mającego w ustalonym stanie faktycznym zastosowanie Sąd Odwoławczy wskazuje, że ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U.2014.827) weszła w życie w dniu 25.12.2014 r. Artykuł 51 kreuje normę intertemporalną dalszego działania przepisów dotychczasowych do umów zawartych przed 25 grudnia 2014 r., tj. przed datą wejścia w życie ustawy o prawach konsumenta. W sprawie miałyby zastosowanie do rękopisów za wady robót budowlanych art. 637 k.c. - w powiązaniu z art. 638 k.c. i art. 656 k.c.. Zgodnie z treścią § 1 art. 637 k.c. jeżeli dzieło miało wady, zamawiający mógł żądać ich usunięcia, wyznaczając w tym celu przyjmującemu zamówienie odpowiedni termin, z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu nie przyjmie naprawy. Przyjmujący mógł odmówić naprawy, gdyby wymagała nadmiernych kosztów. Z paragraf 2 wynika natomiast, że gdy wady usunąć się nie dały albo gdy z okoliczności wynikało, że przyjmujący zamówienie nie zdoła ich usunąć w odpowiednim czasie, zamawiający mógł od umowy odstąpić, jeżeli wady były istotne; gdy zaś wady nie były istotne, zamawiający mógł żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. To samo dotyczyło sytuacji, gdy przyjmujący zamówienie nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. W pozostałym zakresie odpowiednie zastosowanie znajdowały przepisy o rękopisach przy sprzedaży.

Przenosząc powyższe uwagi do rozpoznawanej sprawy należy stwierdzić, że jest niesporne, iż strony tego procesu łączyła umowa o roboty budowlane mająca charakter ustnej. Powyższe oczywiście nie ma znaczenia dla jej ważności skoro przewidziana w art. 648§1 k.c. forma pisemna jest zastrzeżona jedynie dla celów dowodowych (ad probationem). Niesporne w sprawie jest też to, że strony nie określiły żadnych części składowych umowy w postaci - dokumentacji projektowej, przedmiarów, kosztorysu, określenia rodzaju materiałów wymaganych dla wykonania robót. Niesporne jest też i to, że nie sporządzono protokołu odbioru robót, powyższe - co wynika z uwag poczynionych wyżej -nie jest jednak warunkiem niezbędnym dla wymagalności roszczenia wykonawcy o zapłatę należnego mu z umowy wynagrodzenia. W sprawie jest przy tym ustalone, że pozwany zaakceptował fakturę VAT wystawioną przez pozwanego jeszcze w marcu 2011 roku i swojego stanowiska w tym zakresie nigdy nie zmienił.

Faktura VAT jest dokumentem prywatnym, tak więc stosownie do art. 245 k.p.c. stanowi dowód tego, że osoba która ją podpisała złożyła zawarte w niej oświadczenie (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2016 r. II CZ 83/16, LEX nr 2095938). Tak więc stwierdzenie wiarygodności pismem w rozumieniu art. 514 k.c. może nastąpić w wyniku wystawienia przez wierzyciela faktury potwierdzającego wykonanie zobowiązania i akceptowanego przez dłużnika (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2005 r. III CZP 40/05, OSNC 2006/5/84). Doręczenie

dłużnikowi dokumentu rozliczeniowego (faktury) jest wezwaniem go do spełnienia świadczenia pieniężnego wówczas, gdy zawarto w nim stosowną wzmiankę co do sposobu i czasu zapłaty (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 1992 r. III CZP 56/92 OSNC 1992/12/219).

Pozwany podpisując fakturę nr (...) potwierdził i zaakceptował sposób wykonania przez powoda umówionych robót elektrycznych, w tym ich odbiór, jak i ich niewadliwość. Niesporne jest przy tym, że kwestionując roszczenie powoda pozwany nie odwoływał się do przepisów o rękojmi za roboty budowlane. Przedprocesowo nie skorzystał też z uprawnień z tytułu rękojmi wyżej omówionych (odstąpienie od umowy czy obniżenie ustalonego wynagrodzenia).

Składając oświadczenie o potrąceniu, a następnie zgłaszając z tego tytułu obronny zarzut procesowy w stosunku do roszczenia powoda, pozwany wskazywał jako podstawę przysługującej mu wierzytelności art. 471 k.c. Powodowi zarzucał bowiem, że ten umowę wykonał wadliwie czyli innymi słowy nie wykonał jej należycie. W reżimie odpowiedzialności kontraktowej na poszkodowanym spoczywa, tak jak to przyjął prawidłowo Sąd pierwszej instancji, zgodnie z art. 6 k.c., obowiązek udowodnienia nienależytego wykonania zobowiązania (lub jego niewykonania), powstania szkody (także co do wysokości) oraz związku przyczynowego między nieprawidłowym działaniem dłużnika a szkodą przypisaną pozwanemu. Pozwany zgłaszając do potrącenia wierzytelność z tytułu szkody jakiej miał doznać wskutek nienależytego wykonania umowy łączącej go z powodem nie wykazał już pierwszej z trzech opisanych wyżej przesłanek. Oznacza to, że skoro pozwany nie sprostał obowiązkowi udowodnienia nienależytego wykonania prac elektrycznych to i nie wykazał zasadności kwoty zgłoszonej do potrącenia.

Podsumowując : w ocenie Sądu Odwoławczego zarzuty zawarte w apelacji pozwanego nie zasługiwały na podzielenie. Sąd pierwszej instancji przeprowadził należycie postępowanie dowodowe w sprawie, a zebrane w wystarczającym zakresie dowody ocenił należycie, z poszanowaniem reguł wynikających z art. 233§1 k.p.c. Dokonał też właściwej kwalifikacji prawnej niewadliwie ustalonego stanu faktycznego. Roszczenie powoda, w sytuacji gdy pozwany nigdy nie kwestionował wysokości umówionego z nim wynagrodzenia ryczałtowego oraz faktu otrzymania faktury - VAT z wezwaniem do jej uregulowania, należało ocenić jako uzasadnione i, z uwzględnieniem treści art. 455 k.c., wymagalne.

W konsekwencji apelacja pozwanego podlegała, w oparciu o art. 385 k.p.c., oddaleniu jako pozbawiona zasadności.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Odwoławczy orzekł zgodnie z jego wynikiem, w oparciu o art. 98 §1 i §3 w zw. z art. 99 k.p.c. i art. 108§2 k.p.c., z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U.2015.1804) - § 2 .6) i § 10 u.1 pkt 2 oraz § 21. Na koszty poniesione przez powoda składało się wynagrodzenie jego pełnomocnika procesowego w osobie radcy prawnego.

Mirosława Gołuńska Danuta Jezierska Zbigniew Ciechanowicz