

Sygn. akt I AGa 124/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 marca 2020 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku I Wydział Cywilny

w składzie:

| | |
|-----------------|---|
| Przewodniczący: | SSA Małgorzata Idasiak-Grodzińska (spr.) |
| Sędziowie: | SA Przemysław Banasik SO del. Dorota Majerska-Janowska |
| Protokolant: | sekr. sądowy Lazar Nota |

po rozpoznaniu w dniu 10 marca 2020 r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy z powództwa J. N.

przeciwko M. K.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 14 marca 2019 r. sygn. akt IX GC 627/16

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie I (pierwszym) o tyle tylko, że zasądza od kwoty 216 324,47 zł odsetki ustawowe od dnia 14 sierpnia 2013 r. do dnia 31.12. 2015 r. i odsetki ustawowe za opóźnienie od dnia 1.01.2016 r. do dnia zapłaty;

II. oddala apelację pozwanej w pozostałym zakresie;

III. oddala apelację powoda;

IV. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania apelacyjnego.

SSO del. Dorota Majerska-Janowska SSA Małgorzata Idasiak-Grodzińska SSA Przemysław Banasik

Sygn. akt I AGa 124/19

UZASADNIENIE

Powód J. N., pozwem z dnia 12 sierpnia 2016 r. wniósł o zasądzenie na swoją rzecz od pozwanej M. K. kwoty 606.566,79 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 15 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty oraz kosztami procesu.

Wyrokiem z dnia 14 marca 2019 roku Sąd Okręgowy w Gdańsku zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 216.324,47 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 14 sierpnia 2013 roku do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałym zakresie i zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 8.036.63 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

J. N. jest przedsiębiorcą prowadzącym od 1 lutego 1991 r. działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane (...), przy czym w ramach tej działalności zajmuje się przede wszystkim realizacją projektów budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków.

M. K. od 1 września 1994 r. prowadzi działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe (...), a przeważającym przedmiotem działalności są roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych.

J. N., jako generalny wykonawca, zawarł z (...) sp. z o.o. w S., jako inwestorem, umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie budynku mieszkalnego (...) wraz z infrastrukturą w B., gm. P., w skład którego wchodziło 5 klatek schodowych, oznaczonych literami od A do E. Umowa przewidywała wynagrodzenie ryczałtowe, a załącznikiem do niej był m.in. harmonogram rzeczowo-finansowy, wskazujący rozbić wynagrodzenia ryczałtowego na poszczególne pozycje, obejmujące prace do wykonania, a także terminy, w jakich te prace powinny zostać zgodnie z umową wykonane.

Ostatecznie z uwagi na opóźnienia J. N. z wykonaniem prac, (...) sp. z o.o. w S. wypowiedziała mu umowę i umowa ta uległa rozwiązaniu. Jednocześnie brak było zastrzeżeń co do prac wykonanych już przez J. N. do dnia wypowiedzenia umowy, tj. co do robót ziemnych na klatkach ABCDE + wykonania drenażu na klatkach ABC, fundamentów, izolacji, zbrojenia na klatkach ABCD oraz ścian podziemia klatek ABC.

Spółka (...) poszukiwała nowego generalnego wykonawcy w miejsce powoda, a ostatecznie w dniu 7 lutego 2011 r. zawarła umowę z M. K., zlecając jej – za wynagrodzeniem ryczałtowym, wykonanie prac pozostałych do realizacji na inwestycji po zakończeniu prac przez J. N., w związku z wypowiedzeniem mu umowy. Wynagrodzenie ryczałtowe w umowie zawartej z M. K. obejmowało przy tym także te prace, które wykonał dotychczas J. N.. Intencją spółki (...) było przy tym, aby wprowadzić w miejsce J. N. nowego generalnego wykonawcę w taki sposób, by to z nim rozliczyć się za całość wykonanych robót, w tym także za roboty, które na dzień wypowiedzenia umowy wykonał już J. N.. W ten sposób tenże nowy generalny wykonawca, przejmując całość roszczeń za wykonanie robót, miał rozliczyć się ostatecznie z J. N. za te prace, które ten dotychczas już wykonał. Zarówno M. K., jak i J. N. godzili się na taki sposób rozliczenia wykonanych przez tego ostatniego prac.

M. K., po zawarciu umowy ze spółką (...) postanowiła zawrzeć umowę o podwykonawstwo w ramach inwestycji z J. N., a także z firmą (...), prowadzoną przez J. R.. J. N. sam wystąpił przy tym do pozwanej z propozycją wykonywania robót na inwestycji.

W dniu 8 lutego 2011 r. M. K., jako zamawiająca, zawarła z J. N., jako wykonawcą, umowę o wykonanie robót budowlanych. Umowa składała się z samego aktu umowy, jak też z załącznika nr 1 – harmonogramu rzeczowo-finansowego, gdzie to akt umowy miał mieć pierwszeństwo przy ustalaniu treści umowy w przypadku sprzeczności z załącznikiem.

J. N. zobowiązał się dostarczyć zgodnie z warunkami i wymaganiami umowy robocizną, materiały oraz sprzęt i nadzór potrzebny do wykonania robót określonych w umowie, zgodnie z wytycznymi technicznymi zawartymi w otrzymanej dokumentacji oraz obowiązującymi przepisami i polskimi normami. Zgodnie z umową J. N. miał zrealizować prace

określone w załączniku nr 1 do umowy, przy czym załącznik ten obejmował w punktach 1-3 prace, które na dzień zawarcia umowy zostały już przez niego wykonane na inwestycji obejmującej budynek mieszkalny (...) w B., tj. roboty ziemne na klatkach ABCDE + drenaż na klatkach ABC, fundamenty, izolacje, zbrojenie na klatkach ABCD oraz ściany podziemia klatek ABC, gdyż prace te J. N. wykonał w ramach umowy wiążącej go uprzednio ze spółką (...). Okoliczność ta była przy tym przez strony uwzględniona w treści samego załącznika i wpływała na różnicowanie wynagrodzenia.

Strony bowiem w § 3 umowy przewidziały, że wysokość wynagrodzenia za wskazane i wykonane już przez powoda prace zostanie ustalona w uzgodnieniu z pozwaną kosztorysem powykonawczym, natomiast pozostałe prace do wykonania i zlecone przez pozwaną powodowi, tj. strop i schody nad piwnicą klatek ABC, ściany parteru klatek ABC, strop i schody nad parterem klatek ABC, ściany I piętra ABC, strop i schody na I piętrze ABC, ściany II piętra ABC oraz strop i schody nad II piętrze ABC objęte zostaną wynagrodzeniem ryczałtowym, określonym przez strony na kwotę 815.360 zł netto. Strony nie ustalały przy tym między sobą precyzyjnie kwestii kosztorysu obejmującego prace z pozycji 1-3 i zgodnie z wolą stron to J. N., jako wykonawca miał „coś zaproponować”, w oparciu o wskaźniki cen zastosowane przy wycenie ryczałtowej. Wskaźniki te odpowiadały przy tym wskaźnikom, wskazanym przez strony w § 4 ust. 3 umowy, dla robót dodatkowych, gdzie przewidziano tam wycenę przy zastosowaniu stawki roboczogodziny na poziomie 10,50 zł za roboczogodzinę, przyjęciu kosztów pośrednich liczonych od stawki roboczogodziny i ceny sprzętu na poziomie 70 %, kosztów zakupu na poziomie 5 %, liczonych od cen materiałów, a także zysku na poziomie 10 % liczonego od stawki roboczogodziny, cen sprzętu i kosztów pośrednich, przy czym ceny sprzętu i materiałów przyjmowane miały być według średnich cen ORGBUD-SERWIS obowiązujących w okresie realizacji prac.

Wykonane przez J. N. na dzień zawarcia z M. K. umowy prace, wycenione w powyższy sposób, posiadały wartość 550.300,43 zł netto (594.324,47 zł brutto), gdzie w zakresie pozycji 1 załącznika nr 1 do umowy - robót ziemnych na klatkach ABCDE i drenażu klatek ABC – 295.557,71 zł netto, tj. 319.202,33 zł brutto, w zakresie pozycji 2 załącznika nr 1 do umowy - prac odnoszących się do fundamentów, izolacji i zbrojenia klatek ABCD – 148.749,64 zł netto, tj. 160.649,61 zł brutto, a w zakresie pozycji 3 załącznika nr 1 do umowy, tj. prac odnoszących się do ściany podziemia klatek ABC – 105.993,08 zł netto, tj. 114.472,53 zł brutto.

Strony uzgodniły termin wykonania robót objętych umową, od pozycji 4 załącznika nr 1 wzwyż, zgodnie z harmonogramem na dzień 20 kwietnia 2011 r., przy czym harmonogram, zgodnie którym miały być wykonywane prace, określał także terminy dla poszczególnych prac, i tak na wykonanie stropu i schodów nad piwnicą klatek ABC powód miał czas do 15 lutego 2011 r., na wykonania ścian parteru klatek ABC – do 20 lutego 2011 r., na wykonanie stropu i schodów nad parterem klatek ABC – do 28 lutego 2011 r., na wykonanie ścian I piętra klatek ABC – do 10 marca 2011 r., na wykonanie stropu i schodów nad I piętrze klatek ABC – do 14 marca 2011 r., na wykonanie ścian II piętra klatek ABC – do 31 marca 2011 r., a na strop i schody nad II piętrze klatek ABC – do 20 kwietnia 2011 r. Każda z prac objętych ryczałtowym wynagrodzeniem została przy tym wyceniona częstkową kwotą ryczałtową. W załączniku nr 1 wskazano także, w odniesieniu do wykonanych już prac z pozycji 1-3, że zostaną one rozliczone po przedstawieniu przez J. N. kosztorysu i jego uzgodnieniu.

Zgodnie z § 10 umowy, J. N. obowiązany był niezwłocznie zawiadomić pisemnie na adres siedziby M. K. o ukończeniu każdego etapu prac określonego w załączniku nr 1 umowy i żądać przeprowadzenia odbioru. Zawiadomienie można było przy tym wysłać na fax lub e-mail (...) M. K. ustalać miała termin odbioru, który przypadać miał nie później niż 3 dni robocze od daty wpływu zawiadomienia o zakończeniu prac. Do każdego odbioru miał zostać sporządzony protokół podpisany przez strony, przy czym ze strony M. K. protokół miał zostać podpisany przez inspektora nadzoru w osobie jej męża – J. K.. Za datę zakończenia prac uważać się miało datę wpływu zawiadomienia o zakończeniu prac do siedziby M. K. pod warunkiem, że odbiór odbyłby się w pierwszym wyznaczonym przez M. K. terminie i zakończyłby się podpisaniem protokołu odbioru prac.

Umowa w § 11 ust. 1 przewidywała możliwość obciążenia J. N. karami umownymi związanymi z nienależytym wykonaniem umowy, m.in. za opóźnienie w zakończeniu całości robót w stosunku do terminu ustalonego w umowie oraz nieusunięcie wad (nie uzupełnienie braków) spisanych w protokole odbioru końcowego w terminie 7 dni roboczych lub wyznaczonym powyżej 7 dni – w wysokości 0,6 % wartości pozycji 7-12 załącznika nr 1 do

umowy, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, jak również za opóźnienie w zakończeniu odrębnego etapu prac wyszczególnionego w załączniku nr 1 do umowy oraz nieusunięcie wad (nieuzupełnienie braków) spisanych w protokole odbioru danego etapu prac w terminie 7 dni roboczych lub wyznaczonym powyżej 7 dni – w wysokości 0,5 % wartości danego etapu prac za każdy dzień opóźnienia.

Zgodnie z § 14 ust. 5 umowy, inspektor nadzoru - J. K. uprawniony był do reprezentowania M. K. we wszystkich sprawach dotyczących budowy.

Również w dniu 8 lutego 2011 r. M. K. zawarła analogiczną jak wyżej umowę z J. R., ustalając w niej wynagrodzenie ryczałtowe na kwotę 1.622.300 zł netto i zlecając wykonanie prac na klatkach D i E budynku (...).

Po zawarciu umowy J. K. oraz J. N. sporządzili protokół odbioru technicznego robót stwierdzający, że roboty z punktu 1-3 załącznika nr 1 do umowy zostały wykonane zgodnie z umową, projektem i zasadami sztuki budowlanej. Przyjęto też, iż w formie zaliczki za te prace J. N. należna będzie kwota 200.000 zł. W protokole przyjęto także, iż J. N. wyrówna płaszczyznę ścian w miejscach występowania trzpieni żelbetowych, poprawi estetykę ogrodzenia, a także osadzi tuleje przejść instalacyjnych w ścianach zewnętrznych na rzędnych docelowych – do dnia 21 lutego 2011 r.

W dniu 18 lutego 2011 r. J. N. wystawił M. K. fakturę VAT nr (...) na kwotę zaliczkową 200.000 zł netto (216.000 zł brutto) z terminem płatności do dnia 11 marca 2011 r., którą M. K. opłaciła w całości przelewem w dniu 21 lutego 2011 r.

W grudniu 2010 r. i lutym 2011 r., z uwagi na bardzo niskie temperatury kierownik budowy wstrzymał prace prowadzone przez J. N., w tym w szczególności roboty ziemne, prace z zakresu ław fundamentowych, izolacji pionowych i poziomych podłóży pod posadzki piwnic oraz montażu papy termozgrzewalnej.

Z uwagi na powyższe J. N., po zawarciu z M. K. umowy, sporządził jednostronny protokół konieczności, w którym wskazał zmieniony termin zakończenia umowy na dzień 31 maja 2011 r., uzasadniając to warunkami atmosferycznymi w których nie można było wykonywać robót.

W piśmie z dnia 8 marca 2011 r. J. N. zwrócił się do M. K., przedstawiając propozycję przyjęcia nowego harmonogramu robót, w celu uzgodnienia nowych terminów ich zakończenia, a także aneksu do umowy. J. N. do pisma załączył po dwa egzemplarze projektu harmonogramu oraz podpisanego przez siebie projektu aneksu do umowy, prosząc o ich podpisanie i odesłanie po jednym egzemplarzu. Projekt aneksu przygotowany przez powoda przewidywał zmianę terminu wykonania całości robót na dzień 21 maja 2011 r., a J. N. uzasadniał tę zmianę wstrzymaniem robót z uwag na bardzo niskie temperatury.

W piśmie nadanym do M. K. w dniu 30 grudnia 2011 r. J. N. ponownie zwrócił się o podpisanie przygotowanego przez niego projektu aneksu do umowy, odwołując się do protokołu konieczności oraz okoliczności wstrzymania prac, przy czym w aneksie jako datę zakończenia całości robót przyjął 31 maja 2011 r.

M. K. mimo otrzymania tychże pism nie zaakceptowała zmian proponowanych przez J. N. co do terminów umownych dla wykonania całości bądź części prac objętych umową, nie odsyłając przesłanych przez J. N. dokumentów i pozostając bierną wobec próśb powoda.

J. N. w trakcie wykonywania prac objętych wynagrodzeniem ryczałtowym przysyłał zgłoszenia do odbioru częściowego prac, na adres e-mail (...) Zgłoszenia takie zawierały w załączniku skan pisma obejmującego wskazanie danego elementu prac, zgłaszanego do odbioru wraz z prośbą o odbiór tego elementu.

W dniu 18 marca 2011 r. J. N. zgłosił w ten sposób do odbioru pozycję 5 załącznika nr 1 do umowy – ściany parteru klatek ABC, a następnie, w dniu 28 marca 2011 r. – strop nad parterem klatek B i C (pozycja nr 6 załącznika nr 1 do umowy). W dniu 8 kwietnia 2011 r. J. N. zgłosił do odbioru ściany I piętra klatek ABC (pozycja 7 załącznika nr 1), w dniu 17 kwietnia 2011 r. – strop nad I piętrzem klatek ABC (pozycja 8 załącznika nr 1), w dniu 11 maja 2011 r. – ściany II piętra klatek ABC (pozycja 9 załącznika nr 1), w dniu 28 maja 2011 – strop nad II piętrzem klatek ABC (pozycja 10 załącznika nr 1). J. N. wystawiał przy tym M. K., w toku realizacji umowy, faktury VAT za wykonanie poszczególnych

prac oznaczonych w załączniku nr 1 do umowy z dnia 8 lutego 2011 r. i ostatecznie M. K. zapłaciła powodowi w ten sposób całość wynagrodzenia ryczałtowego w wysokości 815.360 zł netto.

W piśmie z dnia 25 maja 2011 r., które wpłynęło do J. N. w dniu 3 czerwca 2011 r. M. K. zwróciła się do J. N. z informacją, iż w wyniku przeprowadzonej inwentaryzacji robót J. N. stwierdzono odstępstwa od dokumentacji i niedoróbki, a w związku z rezygnacją z wykonania ceramicznych przewodów wentylacyjnych spowodowaną zmianą na wentylację mechaniczną, M. K. poprosiła o wycenę tych prac w celu potrącenia z wartości umownej. Jednocześnie poinformowała, iż ostateczne rozliczenie nastąpi po protokolarnym odbiorze robót i uporządkowaniu terenu. Odstępstwa od dokumentacji i niedoróbki wspomniane przez M. K. dotyczyły wymiarów okien klatek schodowych w poszczególnych kondygnacjach, wysokości drzwi balkonowych i kondygnacji, jak też wymiaru okna w jednym z mieszkań na I piętrze klatki A oraz wykonania balkonów w klatkach ABC.

Ostatecznie w dniu 31 maja 2011 r. kierownik budowy ustanowiony przez M. K. – J. R. (1), a także J. N. podpisali protokół odbioru całości robót, stwierdzając, że roboty zostały wykonane zgodnie z umową i nie stwierdzono w nich usterek, przy czym w przypadku późniejszego ujawnienia się usterek J. N. zobowiązany był je usunąć niezwłocznie, lecz nie później niż do czasu przejścia robót przez podwykonawcę M. K..

Kierownik budowy złożył oświadczenie, iż konstrukcja budynku mieszkalnego wielorodzinnego nr (...) w zakresie robót od wykopów ABCDE, fundamenty ze stropem nad drugim piętrem klatek ABC i drenażem klatek ABC została wykonana zgodnie z pozwoleniem na budowę, sztuką budowlaną, projektem technicznym i obowiązującymi w polskich normami, a wszystkie wbudowane materiały zostały zastosowane zgodnie z projektem, natomiast teren budowy i wokół prowadzonych robót został uporządkowany.

W piśmie z dnia 9 grudnia 2011 r. J. N. zwrócił się do M. K., przesyłając sporządzone przez siebie kosztorysy wraz z obmiarami na roboty budowlane z pozycji 1-3 załącznika nr 1 do umowy, z żądaniem zapłaty w terminie umownym kwot z nich wynikających, tj. w sumie 970.629,41 zł netto, na którą to kwotę składało się: 149.769,36 zł netto jako koszty urządzenia placu budowy i makroniwelacji, 800.389,21 zł netto za wykopy, podkłady fundamenty i ściany piwnic klatek ABCDE, a także 20.470,84 zł netto za drenaż opaskowy.

Pismo to zostało przez M. K. odebrane w dniu 10 grudnia 2011 r., a w piśmie z dnia 12 grudnia 2011 r. M. K. w oparciu o § 11 ust. 1 lit. b umowy z dnia 8 lutego 2011 r. wezwała J. N. do zapłaty w terminie 14 dni kary umownej w wysokości 200.576 zł tytułem przekroczenia terminu wykonania umowy o 41 dni, w stosunku do przewidzianego umową terminu – 20 kwietnia 2011 r., za faktyczny termin zakończenia przyjmując dzień 31 maja 2011 r., w którym dokonano ostatecznego odbioru prac. Pismo to wpłynęło do J. N. w dniu 20 grudnia 2011 r. i tego samego dnia J. N. pisemnie odpowiedział, iż nie przekroczył terminu umownego, gdyż zgodnie z protokołem konieczności i protokołem odbioru końcowego roboty zostały wykonane terminowo. J. N. odmówił zapłaty twierdząc, że kary umowne zostały naliczone bezpodstawnie. Pismo J. N. zostało odebrane w dniu 22 grudnia 2011 r.

W międzyczasie, z uwagi na opóźnienia w realizacji robót w stosunku do terminu umownego przewidzianego w umowie zawartej między M. K. a (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w S., M. K. zobowiązała się – w zamian, za rezygnację przez (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w S. z żądania zapłaty kar umownych za opóźnienie, do realizacji robót dodatkowych, wycenionych przez M. K. i (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w S. na kwotę 256.100 zł, obejmujących wykonanie dodatkowego parkingu i przebudowę przy budynku (...) oraz przebudowę chodnika, dopłatę za żaluzję na kanałach wentylacyjnych ponad dachem, montaż dodatkowych 2 szt. lamp, zmianę technologii wykonania instalacji c.o. i c.w., wzmocnienie filarków słupów oraz przebudowę murku oporowego przy klatce E i wymianę gruntu przy klatkach D i E.

W dniu 6 stycznia 2012 r. J. N. wystawił M. K. fakturę VAT nr (...), jako fakturę częściową za wykonanie pozycji 1-3 załącznika nr 1 do umowy, na kwotę 150.000 zł netto (162.000 zł brutto). Podstawą wystawienia faktury był protokół odbioru technicznego z dnia 31 grudnia 2011 r., w którym wskazano jedynie wysokość zaliczki za prace z pozycji 1-3 załącznika nr 1 do umowy, w kwocie 150.000 zł.

M. K. opłaciła w całości zaliczkę z faktury (...) w ten sposób, że w dniu 25 stycznia 2012 r. przelała na konto J. N. kwotę 72.000 zł, w dniu 13 lutego 2012 r. – kwotę 40.000 zł, w dniu 22 lutego 2012 r. – kwotę 30.000 zł, w dniu 16 marca 2012 r. – kwotę 20.000 zł.

W międzyczasie, pismem z dnia 29 lutego 2012 r. pracownik J. N. – K. T. wezwał M. K. do zapłaty na rzecz J. N. kwoty 628.629,41 zł netto, obejmującej kwotę 970.629,41 zł z poprzedniego wezwania do zapłaty, skorygowaną o kwoty opłacone już przez M. K. z tytułu wykonania pozycji 1-3 załącznika nr 1 do umowy, a wskazane w wystawionych przez J. N. fakturach nr (...) z 18 lutego 2011 r. i (...) z 6 stycznia 2012 r. J. N. wyznaczył M. K. na zapłatę termin 7 dni od dnia otrzymania przez nią wezwania do zapłaty. Wezwanie zostało przez M. K. odebrane w dniu 12 marca 2012 r.

Z uwagi na brak zapłaty, wnioskiem z dnia 18 kwietnia 2013 r., nadanym w dniu 25 kwietnia 2013 r. do Sądu Rejonowego w Gdyni, pełnomocnik J. N. r. pr. P. G. zwrócił się o zavezwanie M. K. do próby ugodowej w celu dochodzenia roszczeń J. N. o zapłatę kwoty 695.815,79 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 15 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty.

Posiedzenie pojednawcze w sprawie VI GCo 369/13 z wniosku J. N. przed Sądem Rejonowym w Gdyni odbyło się w dniu 13 sierpnia 2013 r. lecz nie zakończyło się zawarciem ugody.

Po wniesieniu przez J. N. w dniu 12 sierpnia 2016 r. powództwa przed Sąd Okręgowy w Gdańsku o zapłatę za wykonanie pozycji 1-3 załącznika nr 1 do umowy kwoty 606.566,79 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 15 stycznia 2012 r. do dnia zapłaty oraz wydaniu przez ten Sąd nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym na tę kwotę i doręczeniu go M. K. w dniu 23 sierpnia 2016 r. wraz z odpisem pozwu i załącznikami, M. K. w piśmie z dnia 5 września 2016 r., nadanym do J. N. w dniu 6 września 2016 r. oświadczyła temu ostatniemu, iż z ostrożności procesowej dokonuje kompensaty wynagrodzenia J. N. z umowy z dnia 8 lutego 2011 r. z przysługującymi M. K. względem niego roszczeniami o zapłatę kary umownej w wysokości 234.705 zł, z tytułu opóźnień w wykonaniu poszczególnych etapów robót w stosunku do terminów ich wykonania wskazanych w załączniku nr 1 do umowy na podstawie § 11 ust. 1 lit. c umowy, jak też z tytułu opóźnień w wykonaniu całości umowy na podstawie § 11 ust. 1 lit. b umowy. Jednocześnie z tej pierwszej podstawy M. K. żądała kwoty 125.274 zł, natomiast z drugiej – kwoty 109.431 zł za 38-dniowe opóźnienie w udzieleniu kaucji gwarancyjnej przez J. N..

W odpowiedzi, w piśmie z dnia 22 września 2016 r., doręczonym M. K. w dniu 28 września 2016 r., J. N. oświadczył, iż nie uznaje kompensaty, jako że wiarygodność M. K. z tytułu kar umownych nie istnieje, a nawet gdyby istniała, to byłaby przedawniona. J. N. podkreślił także, że nigdy wcześniej nie otrzymał od pozwanej informacji o naliczeniu kary umownej w oparciu o § 11 ust. 1 lit. c umowy.

Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne w przedmiotowej sprawie poczynił m.in. w oparciu o przedłożone przez strony dokumenty prywatne, stanowiące dowód tego, że osoby, które je podpisały, złożyły oświadczenia w nich zawarte (art. 245 k.p.c.), a także inne dokumenty w rozumieniu art. 243¹ k.p.c. W szczególności w tym zakresie Sądowi posłużyły umowy zawarte między powodem a pozwaną, a także między pozwaną a inwestorem spornej inwestycji wraz z załącznikami, korespondencję dotyczącą inwestycji, dokumentacja konstrukcyjna budynku, jak też pozostała dokumentacja dotycząca tejże inwestycji, która posłużyła następnie do czynienia ustaleń w oparciu o wiedzę specjalistyczną, jak również faktury, co do których bezspornym było, że pozwana zapłaciła powodowi należności z niej wynikające.

Strony nie kwestionowały wskazanych wyżej dokumentów co do ich autentyczności, a Sąd także z urzędu nie znalazł podstaw do tego, by takiej autentyczności im odmówić, tak więc oparł się na tychże dokumentach w całości dokonując ustaleń faktycznych.

Jednocześnie przedstawiane przez strony kosztorysy i jednostronne wyliczenia, w tym obmiary (k.45-100,152, 159, 248, 270-285) Sąd mógł potraktować jedynie jako wyraz stanowiska danych stron i uściślenie tego stanowiska, gdzie wyliczenia tam wskazane podlegać mogły następnie weryfikacji w toku postępowania w oparciu o zebrany

w sprawie materiał dowodowy. Kosztorysy te i jednostronne wyliczenia stron, świadczyły bowiem jedynie o tym, że zdaniem danej strony należało przyjąć takie czy inne założenia, współczynniki i ceny. Sąd nie mógł bowiem, stwierdzając istnienie danej okoliczności – w tym przypadku wydatków poniesionych przez powoda, oprzeć się jedynie na jego jednostronnych oświadczeniach. Ponadto w żaden sposób o poniesieniu przez powoda wydatków nie stanowiła korespondencja e-mail, w ramach której kieruje on zapytania choćby o cenę wynajmu ogrodzenia budowlanego (k. 57), jako że nie dowodzi ona, iż rzeczywiście poniósł takiego najmu dokonał akurat za tę cenę, i że uiszczył zapłatę z tego tytułu. Z uwagi na powyższe Sąd pominął również wskazaną korespondencję e-mail.

Sąd pominął przy tym faktury przedkładane przez pozwaną na okoliczność ceny robót ziemnych i zakupu materiałów budowlanych poniesionej przez pozwaną (k.155-158,432,439-454), ponieważ dokumenty te nie miały dla rozstrzygnięcia znaczenia, w szczególności zaś dla skosztorysowania robót wykonanych przez powoda i ceny użytych przez niego materiałów, gdzie to, iż określone koszty poniosła pozwana nie oznacza, że koszty tożsame wystąpią w przypadku powoda. Szczegółowo do tychże dokumentów odnosił się biegły powołany w sprawie w swoich opiniach uzupełniających, gdzie dokumenty te były przez pozwaną powoływane właśnie po to, by wpłynąć na treść jego opinii, a Sąd w pełni podzielił stanowisko biegłego co do przydatności tychże dokumentów dla wyceny prac powoda i tym samym – dla rozstrzygnięcia sprawy. W sposób oczywisty, skoro na pominięcie zasługiwały wskazane wyżej faktury – Sąd pominął także zdjęcia, mające dowodzić, że faktury obejmują koszty rzeczywiście wykonywanych robót (k. 433-438).

Dokumenty przedkładane przez strony w reakcji na opinie biegłego sądowego sporządzającego opinię w sprawie (jak wyżej oraz k.420-431, 559, 601-602) Sąd analizował wespół z tą opinią, jako że opinia taka stanowiła samodzielny dowód, weryfikowalny w oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy co do przyjętych przez biegłego założeń. Z uwagi na powyższe, dokumenty takie nie stanowiły samodzielnej podstawy do dokonywania ustaleń faktycznych, w szczególności też dlatego, że dla dokonywania ustaleń w zakresie okoliczności, na które dokumenty te były przedkładane wymagało posiadania wiedzy specjalistycznej. Jednocześnie, analogicznie jak wyżej, za jedynie jednostronne oświadczenia należało traktować te dokumenty, które stanowiły wyliczenia stron (w przypadku pozwanej były to wyliczenia J. K., jej męża, który zajmował się sporną inwestycją), tak więc oświadczenia takie nie miały w istocie dla Sądu wartości samodzielnych dowodów i ewentualnie twierdzenia nimi objęte mogły podlegać weryfikacji w oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy. Biegły w sposób szczegółowy w swoich opiniach uzupełniających odnosił się do kwestii, na które strony przedkładały wskazane wyżej dokumenty i Sąd oceniał w odniesieniu do tych dokumentów stanowisko biegłego, w oparciu o zasady doświadczenia życiowego, logicznego rozumowania i wiedzy powszechnej.

Sąd a quo oparł się ponadto na zeznaniach świadków J. K., B. S., J. R. (1), Z. P., K. T. i J. G., a także na dowodzie z przesłuchania strony, z ograniczeniem do strony powodowej wobec braku wniosku pozwanej o jej przesłuchanie i zgody na przesłuchanie powoda. Oceniając stopień wiarygodności zeznań świadków oraz to, czy mogą stanowić podstawę dokonywania ustaleń faktycznych Sąd brał przede wszystkim pod uwagę jako kryterium wewnętrzną niesprzeczność zeznań, jak też ich wzajemną zgodność oraz to, czy korespondowały one w swej treści z pozostałym materiałem dowodowym zebrany w sprawie. Sąd baczył także na to, że każdy ze świadków zapamiętał zdarzenia, na okoliczność których zeznawał, z własnej perspektywy i ślady pamięciowe zależne były od tego, w jaki sposób uczestniczył w tych zdarzeniach, a także od cech osobistych świadków, jak w szczególności trwałość pamięci, gdzie w tym ostatnim przypadku oceniając, czy to, iż świadek nie pamięta danej okoliczności świadczy o tym, iż zapomniał o jej istnieniu, czy też, że nie miała ona miejsca, Sąd brał pod uwagę, czy świadek pamięta inne okoliczności szczegółowe dotyczące sprawy. Sąd brał pod uwagę wając powyższe, że drobne różnice w zeznaniach świadków wynikać mogą właśnie ze wskazanych okoliczności i nie stanowią jeszcze w żaden sposób o zeznawaniu przez nich nieprawdy. Ostatecznie znakomita większość zeznań świadków nie dała Sądowi przesłanek do uznania ich za niewiarygodne. Tyczyło się to w szczególności zeznań B. S., J. R. (1), Z. P. i K. T., które korespondowały ze sobą i wzajemnie się uzupełniały, częściowo korespondując i uzupełniając się także z treścią zeznań J. K. i J. G.. Także zeznania powoda nie pozostawały, jak wskazał Sąd a quo, w żadnej sprzeczności z pozostałymi zeznaniami, przy czym ta ich część która zawierała twierdzenie, iż J. K. prowadził firmę, która obok powoda była podwykonawcą pozwanej na budowie nie

znajdowała potwierdzenia w treści umowy, zawartej przez pozwaną z tymże drugim podwykonawcą – (...), gdyż w treści tej umowy wskazali jako „właściciela” inną niż J. K. osobę.

Jednocześnie Sąd nie dał wiary zeznaniom J. K. i J. G. w zakresie, w jakim odnosili się do rzekomo niewykonanego przez powoda zakresu prac. Ta część ich zeznań nie znajdowała bowiem potwierdzenia w zeznaniach innych świadków, a ponadto ostatecznie w treści dokumentu prywatnego świadkowie Ci wraz z powodem uzgodnili zakres wykonanych przez tego ostatniego prac w trakcie dokonywania oględzin spornego obiektu. Sąd odmówił także wiary zeznaniom J. K. w zakresie, w jakim twierdził on, iż to powód przygotowywał umowę z dnia 8 lutego 2011 r. Okoliczność taka nie wynikała z zeznań żadnej innej ze słuchanych w sprawie osób, ani też treści korespondencji przedprocesowej, natomiast J. K. – co oczywiste – był zainteresowany korzystnym dla M. K. rozstrzygnięciem sprawy, z uwagi na to, iż jest to jego małżonka.

W dalszej kolejności Sąd dopuścił i przeprowadził także dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa ogólnego – A. S., na okoliczność wyceny rzeczywistej ilości i wartości robót budowlanych wykonanych przez powoda na rzecz pozwanej. Sporządzając swoją opinię biegły dokonał oględzin nieruchomości, na której prowadzone były sporne między stronami prace, w czasie których strony zgodnie uzgodniły zakres prac wykonanych rzeczywiście przez powoda, a biegły obmiary robót przyjął w oparciu o dostępną mu dokumentację, przyjmując ceny robocizny jako ceny dla prac dodatkowych określonych w umowie, a ceny materiałów i sprzętu z cennika Orgbud z IV kwartału 2010 r., tj. okresu, w jakim powód wykonywał prace z punktu 1-3 załącznika nr 1 do umowy z dnia 8 lutego 2011 r., przedstawiające ceny, które obowiązywały w tamtym okresie, niezależnie od tego, że poszczególni wykonawcy mogą negocjować niższe ceny z dostawcami.

Biegły szczegółowo odnosił się przy tym w swoich opiniach uzupełniających do zarzutów stron, korygując swoje stanowisko tam, gdzie okoliczności sprawy uzasadniały uznanie, że biegły przyjął błędne założenia. Jednocześnie większość uwag stron opierało się na twierdzeniach, które nie znajdowały pokrycia w zebranych w sprawie materiale dowodowym, mogącym służyć do ustalenia zakresu rzeczywiście wykonanych przez powoda prac, i zastosowanych materiałów oraz sprzętu, gdzie część zarzutów do opinii opierało się na negowaniu założeń biegłego (tam, gdzie brak było materiału dowodowego), przyjętych w oparciu o jego doświadczenie zawodowe i wiedzę specjalistyczną, gdzie zarzuty takie z uwagi na swój przedmiot wymagałyby posiadania wiedzy specjalistycznej, gdzie strony wiedzy takiej nie posiadały, lub też musiałyby mieć oparcie w materiale dowodowym, którego w sprawie brakowało. W judykaturze bowiem nie budzi przy tym wątpliwości, że opinia biegłego nie może być weryfikowana, zwłaszcza dyskwalifikowana, bez posłużenia się specjalistyczną wiedzą[por. np. wyrok SA w Łodzi z dnia 15 września 2015 r., sygn. I ACa 340/15].

Ponadto nie sposób było podzielić argumentacji pozwanej, że biegły nie ustalił rzeczywistej wartości prac, gdyż nie odnosił się do tego, ile powód faktycznie wykonał, z użyciem konkretnego sprzętu i konkretnych materiałów w określonym przedziale czasowym i ilościowym, podczas gdy materiał dowodowy w sprawie nie pozwolił na takie precyzyjne określenie tychże okoliczności. Pozwana argumentowała, że wszelkie braki dowodowe powinny być brane pod uwagę na jej korzyść, jednakże ostatecznie w toku oględzin przedstawiciel pozwanej, który zajmował się w jej imieniu sporną inwestycją – J. K., a także J. G. oraz powód uzgodnili, jaki zakres prac rzeczywiście powód wykonał prawidłowo, bezspornym było, że ostatecznie prace powoda zostały odebrane w całości, a inspektor nadzoru ze strony inwestora w toku swoich zeznań twierdził, że poza terminowością do prac powoda inwestor nie miał żadnych zastrzeżeń.

Tak więc jedynymi zastrzeżeniami były te, podnoszone przez pozwaną w toku postępowania, potwierdzone jedynie przez powiązanego z pozwaną J. K., jej męża, a także J. G., który także był z nimi powiązany jako podwykonawca pozwanej i współpracownik J. K., gdzie zeznania tych osób w zakresie rzekomych uchybień powoda Sąd uznał za niewiarygodne. Jednocześnie biegły opierał się na dostępnej w sprawie dokumentacji, w tym projekcie konstrukcyjnym budynku (vide: oświadczenie z protokołu oględzin, k. 324), a także dokumentacji architektonicznej, a Sąd nie miał podstaw by uznać, że wskazany materiał dowodowy, w oparciu o który biegły przygotowywał opinię jest niewiarygodny. Ponadto – co nie budzi wątpliwości – biegły przygotowując opinię bazuje na dostępnym sądowi materiale i jakiegokolwiek jego braki obciążają strony, jako że to one obowiązane są do przedstawiania dowodów

(art. 3 k.p.c., art. 232 k.p.c.). Jeżeli zatem w oparciu o dostępny w sprawie materiał dowodowy można było ustalić określony zakres prac powoda, a jednocześnie zeznania świadków częściowo dostarczały informacji o tym, jaki sprzęt znajdował się na budowie i co powód wykonał w ramach organizacji budowy, to brak było podstaw by uznać wyliczenia biegłego opierające się na tych informacjach za niewiarygodne. Ponadto, biegły dokonywał wyceny także w oparciu o swoje doświadczenie zawodowe, przyjmując jako podstawę obliczeń – w szczególności tam, gdzie brak było materiału dowodowego - rodzaj sprzętu oraz ilość pracy, które w jego ocenie były najbardziej efektywne w warunkach budowy, gdzie pozwana zarzucała przecież kosztorysom powoda właśnie zastosowanie współczynników rzekomo odnoszących się do zmniejszonej efektywności i zwiększonych kosztów. Biegły tymczasem stosował podczas wyceny zasady ekonomii procesu budowlanego, a Sąd a quo ostatecznie uznał, że opinia jest logiczna, kategoryczna oraz poprawna w świetle doświadczenia życiowego i wiedzy powszechnej.

Jak wskazał Sąd a quo opinia biegłego zgodnie z art. 278 k.p.c. służy stworzeniu sądowi możliwość prawidłowej oceny materiału procesowego w wypadkach, kiedy ocena ta wymaga wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 278 k.p.c. Zadaniem biegłego zasadniczo nie jest więc poszukiwanie dowodów i okoliczności mających uzasadnić argumentację stron procesu, lecz dokonanie oceny przedstawionego materiału z perspektywy posiadanej wiedzy naukowej technicznej lub branżowej i przedstawienie sądowi danych (wniosków) umożliwiających poczynienie właściwych ustaleń faktycznych i właściwą ocenę prawną znaczenia zdarzeń z których strony wywodzą swoje racje [por. np. wyrok SA w Szczecinie z dnia 16 listopada 2016 r., sygn. I ACa 384/16]. Skoro zatem w ocenie biegłego, opartej na wiedzy specjalistycznej i doświadczeniu życiowym, a także materiale dowodowym dostępnym w sprawie prawdopodobnym było, że powód użył określonego sprzętu w przyjętym przez biegłego zakresie i koszty z tego wynikłe były takie, jak biegły wskazał w sporządzonym kosztorysie, to biorąc pod uwagę to, że pozwanej nie udało się wykazać, iż założenia biegłego były błędne, Sąd przyjął założenia biegłego za najbardziej prawdopodobne, a samą opinię – za w pełni wiarygodną, opartą – tam gdzie brakowało materiału dowodowego - na doświadczeniu zawodowym biegłego w budownictwie i zasadach sztuki budowlanej. Sąd nie mógł przy tym, z uwagi na to, że sprawa wymagała wiedzy specjalistycznej, rozstrzygać wbrew opinii biegłego [por. np. wyrok SA w Katowicach z dnia 3 marca 2016 r., sygn. III AUa 983/15; wyrok SN z dnia 3 września 2009 r., sygn. III UK 30/09; wyrok SA w Szczecinie z dnia 20 czerwca 2017 r., sygn. III AUa 645/16].

Ostatecznie, uwzględniając korektę stanowiącą odpowiedź na zarzuty stron w uzasadnionym zakresie, biegły oszacował wartość prac wykonanych przez powoda i objętych punktami 1-3 załącznika nr 1 do umowy (roboty ziemne w klatkach ABCDE + drenaż klatek ABC, fundamenty, izolacje i zbrojenie klatek ABCD oraz ściany podziemia klatek ABC budynku objętego inwestycją) na kwotę:

- w zakresie robót ziemnych na klatkach ABCDE i drenażu klatek ABC – 336.904,25 zł netto tj. 363.856,59 zł brutto, przy czym biegły zaznaczył, że w przypadku uwzględnienia w wyliczeniach sposobu wykonania prac wskazywanego przez biegłego, wynikającego z ekonomiki ich wykonywania wartość prac wykonanych przez powoda w tym zakresie wynosiłaby 295.557,71 zł netto, tj. 319.202,33 zł brutto.

- w zakresie prac odnoszących się do fundamentów, izolacji i zbrojenia klatek ABCD – 148.749,64 zł netto, tj. 160.649,61 zł brutto,

- w zakresie prac odnoszących się do ściany podziemia klatek ABC – 105.993,08 zł netto, tj. 114.472,53 zł brutto.

W oparciu o wskazaną opinię Sąd Okręgowy przyjął ostatecznie, że wartość ta wynosiła 550.300,43 zł netto, tj. 594.324,47 zł brutto, jako że zasadnie biegły dokonywał korekty wartości robót wykonanych przez powoda o założenie, że wartość ta powinna uwzględniać ekonomikę wykonywania robót tego typu, tj. wykorzystanie urządzeń i sposobów realizacji robót najbardziej ekonomicznych w warunkach wykonywania prac. Co należy mieć na uwadze – biegły miał za zadanie wycenić prace, tj. dokonać oceny ich wartości, natomiast brak było materiału dowodowego pozwalającego precyzyjnie określić to, w jaki sposób i z użyciem jakiego konkretnie sprzętu powód wykonywał w rzeczywistości poszczególne prace. Z uwagi na to, że biegły opinię swoją sporządza w oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy, do którego dostarczania obowiązane są strony postępowania, a zebrany w sprawie materiał nie pozwalał na ustalenie,

czy powód rzeczywiście wykorzystywał sprzęt wskazywany przez niego w kosztorysach, czy też wykonywał prace w zakresie, który nie został przez biegłego uwzględniony, gdzie jednocześnie oczywistym było, że powód wykonał w powyżej wskazanym zakresie prace objęte załącznikiem nr 1-3 do umowy z 8 lutego 2011 r. i wykonany zakres został przez strony potwierdzony w trakcie sporządzania opinii – braki dowodowe musiały być przez biegłego niwelowane w oparciu o jego wiedzę i doświadczenie zawodowe, które to uzasadniają przyjęcie założeń, że powód wykonywał prace w sposób maksymalnie ekonomiczny, gdyż taki sposób wykonywania prac jest właściwy dla przedsiębiorców wykonujących prace jak te, wykonane przez powoda. Jednocześnie opinia biegłego stanowi samodzielny dowód w sprawie, tak więc skoro biegły w sposób logiczny i przekonujący uzasadnił przyjęte przez siebie założenia i sposób wyceny prac wykonanych przez powoda, to taki dowód jest wystarczający, że wartość tych prac wynosiła tyle, ile wskazał na to biegły.

Pozwany nie kwestionował wyliczeń biegłego, za wyjątkiem wyliczeń w zakresie robót ziemnych na klatkach ABCDE i drenażu klatek ABC wskazując, że niezasadnie biegły uwzględnił koszt ściągnięcia humusu i koszt geodety, gdyż koszty te są kosztami przygotowania i rozebrania placu budowy, a pozwany zgodnie z umową nie miał pokrywać takich kosztów. Sąd wziął jednak pod uwagę, że koszty te były konieczne dla realizacji prac, które powód wykonywał do czasu przejęcia głównego wykonawstwa przez pozwaną, tj. trzeba było je ponieść, aby realizować roboty zlecone przez (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w S., a które to roboty zostały ostatecznie objęte pozycjami 1-3 załącznika nr 1 do umowy zawartej przez powoda z pozwaną w dniu 8 lutego 2011 r. Skoro natomiast biegły uznał w oparciu o swoją wiedzę specjalistyczną i doświadczenie zawodowe, że wycenione wyżej prace stanowią część prac objętych umową (pozycji 1-3), a prace zostały w załączniku opisane w sposób tak ogólny, że nie sposób było wykluczyć, iż rzeczywiście te elementy, wskazane wyżej przez biegłego zawarte są w pozycjach 1-3 załącznika nr 1 do umowy, to przyjmując należało, że kwestionowany przez pozwaną zakres, uwzględniony przez biegłego, niezależnie od tego, czy rzeczywiście stanowił urządzenie placu budowy, mieścił się w zakresie pozycji 1-3 załącznika nr 1, na co sam biegły wprost wskazywał. Jednocześnie Sąd zważył, że pozostałe koszty przygotowania placu budowy czy makroniwelacji, które nie wchodziły w zakres prac objętych punktami 1-3 załącznika nr 1 do umowy i nie dotyczyły bezpośrednio objętych tymi pozycjami prac, mogłyby być przedmiotem roszczenia powoda o zwrot przez pozwaną tychże kosztów z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, jako że pozwana niewątpliwie zaoszczędziła te koszty, przy realizacji całości umowy. Nie mogłyby jednak być podstawą roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia koszty tych prac, jakie powód wykonał bezpośrednio w związku z realizacją robót z pozycji 1-3 załącznika nr 1 do umowy, a które to właśnie prace zostały przez biegłego sądowego uwzględnione.

Powód, kwestionując wyliczenia biegłego, podobnie jak dotychczas zarzucał zastosowanie niewłaściwych stawek, żądając uwzględnienia wyższych, a także wchodził w polemikę z opinią odnosząc się do okoliczności, które wymagały wiedzy specjalistycznej, przy czym powód swoich zarzutów nie oparł choćby na żadnej prywatnej opinii specjalisty z dziedziny, w jakiej specjalistą był biegły A. S.. Brak było zatem – jak już była o tym mowa wyżej – podstaw do uwzględniania zarzutów, zwłaszcza, że powód nie wykazywał żadnych uchybień biegłego, które możliwe były do stwierdzenia w oparciu o wiedzę powszechną, doświadczenie życiowe i zasady logiki. Powód twierdził ponadto, iż opinia biegłego nie uwzględnia wszystkich wykonanych przez powoda prac, jednakże z dowodów zebranych w aktach sprawy nie wynikało w żaden sposób, by biegły jakiegokolwiek prace pominął. W ocenie Sądu zastrzeżenia powoda były niezasadne, i sprowadzały się do polemiki z opinią w istocie w takich jej zakresach, w jakich powód nie był zadowolony z wysnuwanych przez biegłego wniosków. Podkreślił Sąd a quo, że samo niezadowolenie strony z wydanej przez biegłego sądowego opinii nie może w żaden sposób wpływać na związanie Sądu opinią, czy być przesłanką do sięgnięcia po dowód z dalszych opinii biegłego [por. wyrok SA w Katowicach z dnia 10 grudnia 2014 r., sygn. I ACA 803/14].

Na rozprawie w dniu 28 lutego 2019 r. Sąd a quo w oparciu o art. 217 § 2 i 3 k.p.c. oddalił wniosek powoda o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z umowy z dnia 20 września 2010 r. o wykonanie robót budowlanych, zawartej między pozwaną a (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w S. (k.729-733), który to wniosek powód zgłosił w piśmie z dnia 14 lutego 2019 r. (data stempla pocztowego – k.735), twierdząc, że wszedł w posiadanie dokumentu tydzień przed wniesieniem tego pisma. Jednocześnie powód zaznaczał, iż dokument otrzymał od

pracownika (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S., a jako okoliczności, na które zgłasza ten dokument jako dowód, wskazywał na stosunek prac zleconych przez inwestora i ich wartości między umową zawartą z inwestorem z pozwaną, a umową zawartą przez pozwaną z powodem, przy czym okoliczność ta nie miała w ocenie Sądu żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Pozwana i inwestor mieli pełną swobodę kontraktowania i to, iż przyjmowali ceny odmienne, aniżeli te, jakie powód ustalił z inwestorem w uprzednio zawartej z nim umowie, a także, to że powód z pozwaną przyjęli w umowie wynagrodzenie za poszczególne prace pozostałe do wykonania niższe aniżeli wynagrodzenie, które otrzymać miała od inwestora za ich wykonanie pozwana nie ma żadnego wpływu na zasadność roszczeń powoda o zapłatę wynagrodzenia za prace wykonane przed zawarciem przez pozwaną umowy z inwestorem. Sąd zważył ponadto, że powód mógł być w trybie art. 248 § 1 k.p.c. zażądać przedłożenia przez (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w S. umowy, obecnie powoływanej przez powoda jako dowód, na wcześniejszym etapie postępowania, jak też powód nie wykazał w żaden sposób, by uprzednio w ogóle czynił starania, by umowę tę uzyskać we własnym zakresie, a taka bierność powoda nie znajdowała żadnego uzasadnienia dla niezastosowania prekluzji dowodowej przewidzianej przez ustawodawcę w art. 217 § 2 k.p.c.

Po wszechstronnej analizie zebranego w sprawie materiału dowodowego, przy uwzględnieniu jego oceny, opisanej wyżej, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że roszczenie powoda zasługuje na uwzględnienie w części.

1)W ocenie Sądu a quo kwestie opóźnień powoda w wykonywaniu prac, jak też przyczyn tych opóźnień w kontekście tego, czy były one przez powoda zawinione, czy też nie, dla rozstrzygnięcia sprawy były ostatecznie całkowicie bezprzedmiotowe. Choć strona pozwana podnosiła w toku postępowania, że naliczyła powodowi kary umowne za opóźnienie w zakończeniu całości prac w stosunku do terminu ustalonego w umowie oraz za opóźnienie w zakończeniu odrębnego etapu prac wyszczególnionego w harmonogramie prac stanowiącym załącznik do umowy i że kary te mogły się sumować i ostatecznie wyniosły 234.705 zł oraz podniosła pozwana zarzut potrącenia tychże kar umownych z wierzytelnością powoda, a powód uznał kary umowne w zakresie kwoty 89.249 zł, uwzględnivszy tę kwotę w szacowaniu wysokości swojego roszczenia, to jednak uznać należało, że zarówno potrącenie dokonane przez pozwaną jak i uznanie przez powoda zasadności kar umownych do kwoty 89.249 zł było nieskuteczne, z uwagi na to, że strony w umowie nieskutecznie zastrzegły samą karę umowną.

Jak wynika z § 11 ust. 1 umowy o wykonywanie robót budowlanych z dnia 8 lutego 2011 r., zawartej między powodem, jako wykonawcą i pozwaną, jako zamawiającą, powód mógł być obciążony karami umownymi związanymi z nienależytym wykonaniem umowy m.in.:

- za opóźnienie w zakończeniu całości robót w stosunku do terminu ustalonego w § 2 pkt 1 umowy oraz nieusunięcie wad (nie uzupełnienie braków) spisanych w protokole odbioru końcowego w terminie 7 dni roboczych lub wyznaczonym powyżej 7 dni, w wysokości 0,6 % za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia od wartości elementów pozycji od 7 do 12 prac określonych w załączniku nr 1 do umowy (§ 7 ust. 1 lit. b umowy stron),

- za opóźnienie w zakończeniu odrębnego etapu prac wyszczególnionego w harmonogramie w załączniku nr 1 umowy oraz za nieusunięcie wad (nie uzupełnienie braków) spisanych w protokole odbioru danego etapu prac w terminie 7 dni roboczych lub wyznaczonym powyżej 7 dni, w wysokości 0,5 % wartości danego etapu prac za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia (§ 7 ust. 1 lit. c umowy).

Z kolei art. 483 § 1 k.c. stanowi, że można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna), natomiast art. 484 § 1 k.c. – że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Jednocześnie art. 473 k.c., z uwagi na to, że przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej są określane przez przyzmat ogólnych zasad kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, pozwala na obciążenie strony umowy karą umowną także w przypadku wystąpienia zdarzeń przez nią niezawinionych, tak więc również w przypadku opóźnienia, jak to było w umowie łączącej strony [por. np. wyrok SA w Białymstoku z dnia 18 maja 2017 r., sygn. I ACa 231/17; wyrok SA w

Gdańsku z dnia 18 października 2016 r., sygn. I ACa 266/16; wyrok SA w Łodzi z dnia 27 grudnia 2012 r., sygn. I ACa 945/12; wyrok SA w Białymstoku z dnia 19 kwietnia 2013 r., sygn. I ACa 90/13].

Niemniej jednak, wobec tego, że art. 483 § 1 k.c. i 484 § 1 k.c. wprost stanowią, że kara umowna należy się wierzycielowi „w określonej kwocie”, czy „w zastrzeżonej wysokości”, w orzecznictwie i doktrynie nie budzi wątpliwości, że zastrzeżenie określonej sumy powinno być jednoznacznie, gdzie strony mogą odwołać się do konkretnej kwoty, mogą wskazać sposób jej wyliczenia, jednakże zawsze musi to być kwota znana obu stronom. [por. wyrok SA w Białymstoku z dnia 21 września 2017 r., sygn. I ACa 40/17; wyrok SN z dnia 2 czerwca 2016 r., sygn. I CSK 506/15]. Tymczasem, jak wynika z przytoczonych wyżej postanowień § 11 ust. 1 lit. b i c, postanowienia te w istocie uzależniały wysokość kar umownych, ustalonych jako procent od poszczególnych elementów prac, czy ich etapów, jedynie od ilości dni opóźnienia powoda w zakończeniu całości prac w stosunku do terminu umownego oraz zakończeniu odrębnego etapu prac w stosunku do przewidzianego terminu ich zakończenia (te przypadki były objęte sporem). Jednocześnie strony w żaden sposób nie określiły, do kiedy taka kara może być naliczana, czy też do jakiej ostatecznie wysokości można by ją naliczać, tak więc obiektywnie rzecz biorąc żadna ze stron nie mogła w chwili zawierania umowy wiedzieć, ile wyniesie wysokość kary umownej, gdyż jej wysokość zależała od zdarzenia przyszłego i niepewnego, jakim było opóźnienie w wykonaniu całości prac lub opóźnienie w wykonaniu poszczególnych ich etapów, gdzie niewiadomym było, ile takie opóźnienia mogłyby wynieść.

Z uwagi na powyższe w zasadzie kara umowna mogłaby osiągać nieograniczoną wysokość, jeżeli tylko w pracach powoda występowały dalsze opóźnienia, co w sposób oczywisty stało w sprzeczności z art. 483 § 1 k.c. oraz art. 484 § 1 k.c. i musiało prowadzić do uznania, że zastrzeżenie kar umownych poczynione w § 11 ust. 1 lit a i b, jako nieważne na mocy art. 58 § 1 k.c., było nieskuteczne i nie rodziło żadnych skutków między stronami nawet w przypadku zaistnienia zdarzeń przewidzianych w tych zastrzeżeniach.

W związku z powyższym całkowicie bezprzedmiotowa była także argumentacja stron odnosząca się do tego, czy i w jakiej wysokości pozwana poniosła szkodę w wyniku opóźnień, które jej zdaniem wynikały z winy powoda oraz do ewentualnej wymagalności roszczeń pozwanej z tytułu kar umownych, czy też ich przedawnienia, a także argumentacja powoda przemawiająca za miarkowaniem tych kar, skoro bowiem kara umowna została zastrzeżona w sposób nieskuteczny, tj. sprzeczny z art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 1 k.c., to w sposób oczywisty po stronie pozwanej nie powstawało roszczenie, które miało wynikać z postanowień § 11 ust. 1 lit. b i c umowy stron, a zatem nieskuteczne było także potrącenie tych roszczeń z roszczeniami powoda, jako że zgodnie z art. 498 k.c. do potrącenia może dojść jedynie wówczas, gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, 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. Z uwagi zatem na to, że po stronie pozwanej nie powstało roszczenie o zapłatę kar umownych, pozwana nie mogła go skutecznie potrącić z roszczeniem powoda o zapłatę, objęte pozwem, co z kolei w sposób oczywisty czyniło bezzasadnym podniesiony przez nią zarzut potrącenia. Zarzut potrącenia jest bowiem 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 [por. wyrok SA w Łodzi z dnia 7 maja 2015 r., sygn. I ACa 1666/14]. Oświadczenie o potrąceniu stanowi zatem materialnoprawną podstawę zarzutu potrącenia, a jeżeli okazało się nieskuteczne, to w sposób oczywisty implikuje to nieskuteczność samego zarzutu potrącenia podniesionego przez stronę w toku postępowania.

Na marginesie niejako wskazać tylko można, że za niedopuszczalne należałoby uznać jednoczesne zastosowanie § 11 ust. 1 lit b i c umowy, w oparciu o które pozwana chciała jednocześnie naliczyć powodowi kary umowne za opóźnienie w zakończeniu całości robót i opóźnienia w zakończeniu poszczególnych ich etapów. Oczywistym jest bowiem, że na całość robót składają się poszczególne etapy, zatem jednoczesne obciążenia z obu tych tytułów stanowiłoby w istocie dwukrotne obciążenie powoda karą umowną za ten sam przypadek „niewykonania lub nienależytego wykonania umowy”, gdzie art. 484 § 1 k.c. wprost stanowi, że kara umowna należy się w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej „na ten wypadek” wysokości, gdzie zwrot „na ten wypadek” wprost odnosi się do konkretnego przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Skoro zatem w istocie zarówno § 11 ust. 1 lit b, jak i lit. c odnoszą się do tego samego przypadku, tj. nieterminowości wykonywania prac, to oczywistym

jest, że rozwarstwianie nieterminowości również na poszczególne etapy robót prowadziłyby do skutków sprzecznych z celem art. 484 § 1 k.c. i stałoby w sprzeczności z samą istotą kary umownej, której funkcja represyjna odnosi się przecież do konkretnych przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, jak również z zasadami współzycia społecznego, gdzie zasadą ogólnie przyjmowaną od dawna w społeczeństwie jest przecież, że nie można karać dwa razy za to samo, a do tego w istocie sprowadzało się zastosowanie przez pozwaną kumulatywnie art. 484 § 1 k.c. w zw. z §11 lit. b i c umowy.

Z uwagi na powyższe nawet gdyby uznać kary umowne z § 11 ust. 1 lit b i c umowy za skutecznie zastrzeżone, to ich kumulatywne zastosowanie stałoby w sprzeczności ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa i z zasadami współzycia społecznego i z uwagi to, na zasadzie art. 5 k.c. należałoby odmówić ochrony prawnej roszczeniom pozwanej w tym zakresie. Pozwana powinna bowiem się zatem zdecydować, z którego postanowienia chciałaby zrobić użytek, gdzie biorąc pod uwagę tę okoliczność, że pozwana nie naliczała powodowi kar umownych za opóźnienia w poszczególnych etapach w czasie realizacji umowy, a dokonała tego dopiero po dacie jej realizacji, uznać należałoby, że na ochronę prawną zasługiwałoby ewentualnie (przy założeniu, że zostały one skutecznie zastrzeżone) żądanie zapłaty kary umownej oparte na § 11 ust. 1 lit b umowy, jako kary za opóźnienie w realizacji całości umowy, wyższej aniżeli ta, przewidziana za opóźnienie w realizacji poszczególnego etapu i ewentualnie, w przypadku uznania, iż takie roszczenie pozwanej przysługuje, można by badać skuteczność jej zarzutu potrącenia w odniesieniu do roszczenia o zapłatę kary umownej w powyższym zakresie, przy czym – z uwagi na nieskuteczne zastrzeżenie kar umownych – odnoszenie się przez Sąd do powyższego byłoby całkowicie bezprzedmiotowe.

Dalej na marginesie jedynie Sąd a quo wskazał, że w tym konkretnym, rozpoznawanym przypadku nie zgadza się z prezentowaną przez pozwaną koncepcją, że kary umowne za opóźnienie w wykonaniu robót ze swej istoty stają się wymagalne po każdym dniu opóźnienia w wysokości wynikającej z umowy, a nie dopiero po wezwaniu do ich zapłaty przez osobę uprawnioną do naliczania tych kar. Pozwana w tym zakresie powołała się na tezę zawartą w wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 17 stycznia 2017 r., sygn. V ACa 255/16, całkowicie pomijając jednak, że w rozpoznawanym przypadku, w § 11 ust. 1 umowy z dnia 8 lutego 2011 r. strony zastrzegły, że „wykonawca może być obciążony karami umownymi związanymi z nienależytym wykonaniem umowy”, nie zaś np., że „wykonawca w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania zapłaci ...”. Powyższe w sposób oczywisty uniemożliwia uznanie, że kary mogłyby być wymagalne za każdy dzień opóźnienia, skoro ich naliczenie w wypadku zaistnienia umownych ku temu przesłanek, co wynika wprost ze sformułowania zawartego w § 11 ust. 1 umowy, uzależnione było od woli pozwanej, a zatem dla skuteczności powstania roszczeń o zapłatę kar umownych, a co za tym idzie – wymagalności roszczeń z tytułu tych kar – koniecznym było, aby pozwana skutecznie złożyła powodowi oświadczenie woli o odpowiedniej treści, w oparciu o które powziąłby świadomość, że pozwana żąda zapłaty kar umownych.

Z uwagi na powyższe w przedmiotowej sprawie znalazłaby zastosowanie zasada wyrażana w judykaturze, którą podzielił również Sąd A quo, że dla uznania roszczeń o zapłatę kary umownej za wymagalne koniecznym jest skuteczne wezwanie dłużnika do ich zapłaty [por. np. wyrok SA w Warszawie z dnia 14 kwietnia 2016 r., sygn. I ACa 960/15; wyrok SA w Katowicach z dnia 28 maja 2015 r., sygn. V ACa 847/14].

2) Wobec tego, że zastrzeżenie kary umownej zawartej w umowie było bezskuteczne i pozwanej ostatecznie nie przysługiwały roszczenia o zapłatę kar umownych, które starała się potrącić z wierzytelnością powoda objętą pozwem, przedmiotem sporu, mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, wobec braku znaczenia wskazywanych już wyżej okoliczności było to, jakie wynagrodzenie ostatecznie należało się powodowi za wykonywane prace.

Zaznaczył Sąd a quo, że ostatecznie w toku postępowania strony przyznawały, iż powód: a) wykonał całość prac objętych pozycjami 1-3 załącznika nr 1 do umowy z 8.02.2011 r., co do których zgodnie z § 3 ust. 1 lit. b umowy strony miały ustalić wysokość wynagrodzenia w uzgodnionym między sobą kosztorysie powykonawczym,

b) wykonał całość prac objętych punktami 4-11 załącznika nr 1 do umowy, za którego wykonanie strony przewidziały w § 3 ust. 1 umowy cenę ryczałtową w wysokości 815.360 zł, a które to ryczałtowe wynagrodzenie nie było jednak objęte powództwem.

Roszczenie powoda objęło ostatecznie zapłatę za wykonanie prac uwzględnionych w pozycjach 1-3 załącznika nr 1 do umowy, gdzie w załączniku tym wskazano, że prace te zostały w już wykonane i obejmowały roboty ziemne w klatkach ABCDE + drenaż klatek ABC, fundamenty, izolacje i zbrojenie klatek ABCD oraz ściany podziemia klatek ABC budynku objętego inwestycją. Strony pozostawały poza sporem co do tego, że powód wykonał te prace jako uprzedni generalny wykonawca inwestora spółka (...), a ostatecznie – wobec rozwiązania z nim umowy przez inwestora – generalnym wykonawcą stała się pozwana, natomiast powód – jej podwykonawcą. Umowa zawarta przez nią z powodem objęła wskazane wyżej prace, a zgodnie z zeznaniami świadków J. K. (męża pozwanej), B. S. (inspektora nadzoru ze strony inwestora) oraz K. T., jak też powoda, pozwana miała powodowi zapłacić za wykonane przez niego dotychczas prace, przejmując generalne wykonawstwo i takie też rozliczenie objęte było wolą inwestora i zostało uzgodnione trójstronnie między nim, a powodem i pozwaną.

Pozwana podnosiła przy tym w toku postępowania, że powód nieprawidłowo wykonał roboty ziemne w klatkach D i E, objęte punktem pierwszym załącznika nr 1 do umowy, w związku z czym pozwana musiała na polecenie inwestora dokonywać poprawek poprzez wymianę gruntu. Jednocześnie pozwana nie wywodziła z tego tytułu żadnych roszczeń jak tylko twierdzenia o faktycznym zakresie wykonanych przez powoda prac mające wpłynąć na ich wycenę, a świadkowie zeznający w sprawie nie byli zgodni co do faktycznie wykonanego przez powoda zakresu prac, gdzie J. K. – mąż pozwanej który reprezentował ją na budowie twierdził, że powód nie wykonał drenażu przy klatce B i C oraz nie do końca wykonał wykop w klatkach D i E, gdzie wykop powoda okazał się za wąski, natomiast B. S., inspektor nadzoru ze strony inwestora, nie potrafił sobie przypomnieć, by powód nie wykonał danego zakresu prac twierdząc jednocześnie, że poza terminowością nie było zastrzeżeń do prac powoda.

Również kierownik budowy – początkowo ze strony powoda, a następnie pozwanej - J. R. (1) nie wskazywał na to, by powód nie wykonał jakichś konkretnych zakresów prac, twierdząc, że był zatrudniony u powoda do momentu, aż ten ostatni skończył stan surowy, przy tym zmiana zatrudnienia nastąpiła właśnie po zawarciu przez inwestora umowy z pozwaną, jako generalnym wykonawcą, a także przez pozwaną z powodem, jako jej podwykonawcą. Jednocześnie świadek Z. P. twierdził, że powód wykonał wykopy w całości, wraz z drenażem i makroniwelacją, a wykonanie przez powoda prac potwierdzał także K. T.. Zeznania J. K. potwierdzały przy tym jedynie zeznania J. G., podwykonawcy i pomocnika pozwanej, w związku z czym, mając na uwadze zeznania pozostałych świadków, w tym całkowicie niezwiązanego z żadną ze stron B. S., Sąd nie mógł uznać za wiarygodnych zeznań J. K. i J. G. w sposób pozwalający na dokonywanie na ich podstawie ustaleń faktycznych tym bardziej, że okoliczności przez nich wskazywanych nie potwierdzały także żadne dokumenty zebrane w aktach sprawy, tym protokół odbioru (k. 39) podpisany przez kierownika budowy, w którym stwierdzono wykonanie bez wad całości robót objętych umową do 31 maja 2011 r., a także oświadczenie kierownika budowy (k. 40) o zgodności wykonania prac objętych załącznikiem nr 1 do umowy, poz. 1-3 zgodnie z pozwoleniem na budowę, sztuką budowlaną, projektem technicznym i obowiązującymi polskimi normami, jak również zastosowanie prawidłowych materiałów.

Jednocześnie świadkowie zgodnie wskazywali na to, że powód zapewnił baraki, przyłącza elektryczne, zasilanie w wodę, żurawie, dźwig, wykonał drogę wewnętrzną na potrzeby dojazdu na budowę.

Wobec tego, że jedynym dowodem na rzekome niepełne lub wadliwe wykonanie prac przez powoda były wyłącznie zeznania J. G. i J. K. uznać należało, że pozwanej nie udało się wykazać, jakoby powód rzeczywiście nie wykonał czy też nienależycie wykonał część prac z pozycji 1-3 załącznika nr 1 do umowy, co miało mieć wpływ na ich ostateczną wycenę. Jak przy tym słusznie zauważa się w orzecznictwie - strony są dysponentem procesu, a w konsekwencji to one powinny zgłaszać wnioski dowodowe dla poparcia faktów, z których chcą wywodzić skutki prawne. Strona chcąca skutecznie zarzucić nienależyte wykonanie robót budowlanych przez kontrahenta powinna zgłosić wniosek dowodowy o sporządzenie opinii przez biegłego sądowego, który mógłby się wypowiedzieć co do ewentualnego stopnia i zakresu stwierdzonych przez tę stronę nieprawidłowości [por. wyrok SA w Łodzi z dnia 25 września 2014 r., sygn. I ACA 431/14]. Pozwana nie wносиła o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność tego, jakie prace nie zostały przez powoda wykonane z zakresu objętego pozycjami 1-3 załącznika nr 1 do umowy, lub też które z tych prac zostały wykonane wadliwie, a niewątpliwie okoliczność nienależytego wykonania robót z pozycji 1-3 załącznika nr 1 do umowy,

dla jej stwierdzenia, wymagała wiedzy specjalistycznej i niewystarczające były tu częściowo niezgodne między sobą zeznania świadków. Skoro zatem pozwana zaniechała wniosku w tym zakresie, to nie sposób było uznać jej twierdzeń za udowodnionych tym bardziej, że ostatecznie, w trakcie wykonywania przez biegłego opinii i dokonywania w tym celu oględzin, powód oraz J. K. i J. G. (protokół z oględzin – k. 324) uzgodnili, że powód wykonał prawidłowo m.in. wykopy, a także drenaż od połowy budynku B do narożnika budynku A, od strony klatek oraz szczyt budynku A, co stało się podstawą do dokonywania ustaleń wartości prac powoda przez biegłego, a Sąd nie miał podstaw do uznania, że zakres ten nie odpowiada rzeczywistości, skoro tak oświadczyły osoby, zeznające uprzednio jako świadkowie i uczestniczące w spornej budowie i tak wynikało z dokumentacji konstrukcyjnej, na której opierał się biegły.

Jednocześnie Sąd a quo uznał za zupełnie niezasadne zarzuty pozwanej, jakoby nie posiadała ona legitymacji biernej w przedmiotowej sprawie oraz że w istocie między nią a inwestorem miało dojść do przejęcia długu, które było nieskuteczne z uwagi na niezachowanie formy pisemnej zastrzeżonej przez ustawę pod rygorem nieważności.

W ocenie Sądu w istocie treść umowy zawartej przez inwestora z pozwaną w dniu 7 lutego 2011 r. (k. 252 i n.) oraz przez pozwaną z powodem w dniu 8 lutego 2011 r. (k. 11 i n.), jak też zeznania świadków, odnoszące się do wzajemnych rozliczeń inwestora, pozwanej i powoda za prace wykonane przez tego ostatniego do czasu zawarcia przez inwestora umowy z pozwaną, a także woli wskazanych wyżej podmiotów co do wzajemnych rozliczeń w żaden sposób nie mogą świadczyć o tym, że intencją, stojącą za umowami było przejęcie długu inwestora względem powoda przez pozwaną.

Zgodnie z art. 519 § 1 i 2 k.c. osoba trzecia może wstąpić na miejsce dłużnika, który zostaje z długu zwolniony (przejęcie długu) i przejęcie to może nastąpić przez umowę między wierzycielem a osobą trzecią za zgodą dłużnika, gdzie oświadczenie dłużnika może być złożone którejkolwiek ze stron, albo też przez umowę między dłużnikiem a osobą trzecią za zgodą wierzyciela, gdzie oświadczenie wierzyciela może być złożone którejkolwiek ze stron.

W żadnej z umów – czy to zawartej przez inwestora z pozwaną, czy to przez pozwaną z powodem brak jest jakichkolwiek postanowień co do tego, że pozwana przejmuje dług inwestora względem powoda, a wierzyciel wyraża na to zgodę. Brak też w aktach sprawy jakichkolwiek dokumentów obejmujących takie oświadczenia, z czego pozwana wywodziła (bezpośrednio przed zamknięciem rozprawy, w pisemnym załączniku do protokołu, po wyrażeniu już stanowiska przez stronę powodową), że skoro umowa stron w tym zakresie nie miała formy pisemnej, a w istocie chodziło im, zdaniem pozwanej, o przejęcie długu, to umowa taka była nieważna z uwagi na treść art. 522 k.c., zgodnie z którym umowa o przejęcie długu powinna być pod nieważnością zawarta na piśmie, przy czym to samo dotyczy zgody wierzyciela na przejęcie długu. Pozwana przy tym zaprezentowała jednostronną ocenę charakteru umowy, gdzie strony nie prowadziły w toku postępowania sporu co do tego charakteru i w związku z tym również samo postępowanie dowodowe nie odnosiło się bezpośrednio do tej kwestii.

Niemniej jednak, w ocenie Sądu a quo w istocie, biorąc pod uwagę treść umowy zawartej przez inwestora z pozwaną i przez pozwaną z powodem, a także bezsporną, zgodną wolę stron oraz inwestora co do tego, by pozwana zapłaciła powodowi za pracę, którą to wolę potwierdzali świadkowie zarówno powiązani z inwestorem, jak i z pozwaną i powodem, a także fakt, że umowa pozwanej z inwestorem obejmowała wynagrodzenie za prace wykonane dotychczas przez powoda uznać należało raczej, że wolą powoda i pozwanej było dokonanie cesji wierzytelności powoda za wykonane na rzecz inwestora do chwili zawarcia z nim umowy przez pozwaną robót, gdzie inwestor i pozwana w ramach zawartej między sobą umowy uwzględnili przecież prace wykonane przez powoda i objęli je wynagrodzeniem ryczałtowym pozwanej (minimalnie 300.000 zł, jako że pozycja 4. Załącznika nr 2 do tej umowy – k. 260, wydaje się częściowo pokrywać z pozycjami 1 i 2 załącznika nr 1 umowy pozwanej z powodem, tj. w zakresie wykopu w klatkach D i E oraz fundamentów z izolacją w klatce D, a tamte prace, ujęte w punkcie 4 wycenione są na 190.000 zł, obejmując także zasypywanie fundamentów, przy czym nie zostały oznaczone jako wykonane), a cena za tę wierzytelność miała zostać następnie przez powoda oraz pozwaną ustalona zgodnie z § 3 ust. 1 lit b zawartej przez nich umowy, tj. na podstawie uzgodnionego z pozwaną kosztorysu powykonawczego.

Koncepcja przedstawiana przez pozwaną całkowicie pomija tę kwestię, że uzgodnienia stron i inwestora obejmowały – poza kwestią zapłaty przez pozwaną powodowi za wykonane przez niego dotychczas prace, także to, że umowa

zawarta przez pozwaną, jako generalnym wykonawcą, a inwestorem objęła te prace wynagrodzeniem ryczałtowym należnym pozwanej, co wynika wprost z treści załącznika nr 2 do tejże umowy i nie było kwestionowane przez żadną ze stron. Występuje więc element, który pozostaje całkowicie obcy instytucji przejęcia długu, w której dotychczasowy dłużnik zostaje przecież zwolniony z zobowiązania względem wierzyciela, a zobowiązanie to przechodzi na inną osobę. Tymczasem w rozpoznawanym przypadku inwestor nie zwolnił się z długu, gdyż wynagrodzenie za wykonane prace zapłacić miał – formie ryczałtowej – pozwanej, a następnie pozwana miała się rozliczyć z powodem w ramach zawartej przez nich umowy, co w sposób oczywisty wykluczało uznanie, że w sprawie nastąpiło przejęcie przez pozwaną długu inwestora względem powoda [por. w tym zakresie np. wyrok SN z dnia 5 września 2002 r., sygn. II CKN 832/00]. Przyjęcie koncepcji pozwanej stałoby zatem w sprzeczności z istotą przejęcia długu. Poza tym – co podkreśla się w doktrynie i judykaturze – zmiana dłużnika w przypadku przejęcia długu nie wpływa na treść stosunku obligacyjnego, tj. nie umarza przejmowanego zobowiązania i nie tworzy w jego miejsce nowego. Tymczasem zapłata za prace powoda uregulowana została w umowie zawartej przez niego z inwestorem jako wynagrodzenie ryczałtowe, podczas gdy w umowie zawartej przez powoda z pozwaną było to już wynagrodzenie kosztorysowe, tak więc zmianie uległa treść obowiązku.

Nie może być w rozpoznawanym przypadku mowy także o wystąpieniu tzw. „zamiany stron”, tj. instytucji *sui generis*, nieznannej jednak prawu polskiemu jako instytucja normatywna, w ramach której – w rozpoznawanym przypadku – w miejsce generalnego wykonawcy weszłaby pozwana, gdzie zamiana taka zakłada dokonanie przelewu wierzytelności, a także przejęcia długu, gdzie nowy generalny wykonawca przejmowałby wierzytelność dotychczasowego (powoda), biorąc jednocześnie na siebie jego zobowiązania do wykonania określonego zakresu robót [por. np. wyrok SN z dnia 17 maja 2012 r., sygn. I CSK 494/11].

Pozwana bowiem nie mogła wstąpić w obowiązki powoda w zakresie prac przez niego dotychczas niewykonanych, jako że w rozpoznawanym przypadku strony zgodne były i potwierdzały to także zeznania słuchanych w sprawie osób, że inwestor „rozwiązał umowę” zawartą z powodem, przy czym z uwagi na dokonanie tego w sposób jednostronny czynność inwestora oceniać należało raczej jako odstąpienie od umowy zawartej z powodem. W przypadku odstąpienia od umowy wzajemnej, co do zasady obowiązki stron jakie powstają w związku z odstąpieniem od umowy reguluje art. 494 k.c. (lub art. 395 w przypadku umownego odstąpienia). Z przepisów tych wynika jednoznacznie, że po odstąpieniu od umowy strony obowiązane są zwrócić sobie wszystko, co uzyskały od drugiej strony. Taka regulacja jest konsekwencją tego, że skutek odstąpienia, powstaje taki stan jakby umowa w ogóle nie została zawarta, czyli umowa nie wywiera skutków prawnych *ex tunc*. Wszystko co strony otrzymały na podstawie umowy nie ma więc po odstąpieniu podstawy prawnej.

Niemniej jednak, w judykaturze wskazuje się, co Sąd *a quo* całkowicie podziela, że skutki odstąpienia od umowy o roboty budowlane rozciągają się na przyszłość, a nie na przeszłość. Trudno bowiem sobie wyobrazić obowiązek zwrotu wzajemnie spełnionego świadczenia polegającego na budowie obiektu budowlanego [por. wyrok SA w Białymstoku z dnia 10 grudnia 2015 r., sygn. I ACa 800/15; wyrok SA w Warszawie z dnia 7 listopada 2014 r., sygn. I ACa 648/14]. Niekiedy bardziej restrykcyjnie przyjmuje się, że skutek *ex nunc* może mieć miejsce tylko wówczas, gdy świadczenie wykonawcy robót budowlanych ma charakter podzielny w rozumieniu art. 379 § 2 k.c., co należy ocenić przez pryzmat regulacji zawartej w art. 647 k.c. oraz treści regulacji zawartej w samej umowie [por. wyrok SA w Warszawie 29.10.2015 r., sygn. I ACa 156/15].

Zważył Sąd *a quo*, że umowa zawarta przez powoda z pozwaną, a także przez pozwaną z inwestorem i przez pozwaną z przedsiębiorstwem (...) zawierały analogiczne postanowienia co do płatności za wykonanie poszczególnych etapów prac, gdzie roszczenie takie miało powstawać po podpisaniu protokołu odbioru etapu prac, a ponadto świadek B. S., pełniący na spornej budowie funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego wskazywał, że inwestor stosował względem wykonawców określoną politykę, a więc zakładać należało, że również umowa zawarta przez niego z powodem zawierała wskazane wyżej postanowienie. Skoro zatem przyjęta w umowach praktyka wyglądała w ten sposób, że odbiorowi podlegały poszczególne etapy prac i za etapy te podlegały wynagrodzeniu częściowemu, a jednocześnie powód wykonał – jak na to zgodnie wskazywano „stan surowy” wyodrębnionej części budynku, to w ocenie Sądu oczywistym było, że świadczenie powoda, jako ówczesnego generalnego wykonawcy, miało charakter podzielny, a

zatem odstąpienie przez inwestora od umowy z powodem wywoływało skutek ex nunc, tak więc inwestor ten po odstąpieniu od umowy obowiązany był do rozliczenia się z powodem za dotychczas wykonane prace w oparciu o wynagrodzenie ryczałtowe przewidziane dla zakresu wykonanych prac. Jednocześnie – na co wskazywano wyżej – umowa między powodem a inwestorem, a zatem wzajemne prawa i obowiązki – wygasła w zakresie przez powoda niewykonanym.

Pozwana nie mogła zatem na mocy umowy z inwestorem przyjąć na siebie dotychczasowe zobowiązania powoda wynikłe z umowy łączącej go uprzednio z inwestorem, gdzie w sposób oczywisty, obowiązki powoda względem realizacji prac, które do odstąpienia przez inwestora od umowy wykonał, w skutek ich wykonania wygasły (pozostały ewentualne obowiązki z tytułu gwarancji w tym zakresie).

Jednocześnie w ocenie Sądu a quo miało miejsce przejście na pozwaną praw powoda do żądania od inwestora zapłaty za wykonane do czasu odstąpienia od umowy na jego rzecz prace. Bezspornie bowiem strony doszły do ustnego porozumienia co do tego, że powód nie będzie dochodził od inwestora zapłaty, inwestor zapłaci pozwanej za roboty wykonane pierwotnie przez powoda (wynagrodzenie ryczałtowe), a powód otrzyma zapłatę od pozwanej. Oczywistym jest, że brak byłoby podstaw ku temu, by inwestor płacił pozwanej za roboty, które zostały już wykonane przez inny podmiot, jeżeli strony nie zdawałyby sobie sprawy z tego, że pozwanej w istocie przysługiwałaby wierzytelność za wykonanie tychże prac. Co oczywiste zatem – powód musiał na pozwaną taką wierzytelność przenieść, co znalazło swój wyraz w ustnych ustaleniach, a także treści umowy zawartej przez pozwaną z inwestorem.

Zgodnie z art. 65 § 2 k.c. w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Proces wykładni umów, ze względu na treść art. 65 § 2 k.c., nie powinien zatem ograniczać się jedynie do badania jej tekstu lecz powinien objąć wszystkie okoliczności umożliwiające ocenę, jaka była rzeczywista wola umawiających się kontrahentów i powinien przebiegać według reguł wykładni kombinowanej, dającej pierwszeństwo ustaleniu spornych postanowień umowy według wzorca subiektywnego [por. wyrok SN z dnia 23 maja 2013 r., sygn. I CSK 569/12]. Jednocześnie – jak stanowi art. 56 k.c. – czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów. Jeżeli zatem wolą stron było, aby pozwany uzyskał wynagrodzenie za prace, wykonane przez powoda, które to wynagrodzenie na podstawie umowy zawartej z inwestorem należne było powodowi, a jednocześnie wolą ich było, by inwestor nie płacił powodowi i aby z powodem rozliczyła się pozwana we własnym zakresie, to w sposób oczywisty wola stron odpowiadała skutkom, jakie wynikają z cesji wierzytelności, gdzie pozwany mógł żądać od inwestora zaspokojenia nabytej wierzytelności. Jednocześnie ta okoliczność, czy pozwana z inwestorem w zawartej przez nich w dniu 7 lutego 2011 r. umowie o roboty budowlane na nowo określiła wysokość wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie tych robót pozostaje, nawet wobec nieznaności wynagrodzenia ryczałtowego powoda, w kontekście powyższego bez znaczenia, jako że pozwana i inwestor jako strony umowy mogły w ramach swobody umów, na podstawie art. 353¹ k.c., dobrowolnie ukształtować stosunek prawny, w tym modyfikować istniejące już roszczenia pozwanej względem inwestora nabyte w drodze cesji. Ponadto, skoro inwestor zgodził się zapłacić pozwanej wynagrodzenie za prace, które wykonał powód, objęte cesją wierzytelności, to w sposób oczywisty takie zobowiązanie inwestora do zapłaty tegoż wynagrodzenia zawarte w pisemnej umowie z pozwaną poczytywać należało za pisemną zgodę inwestora na przelew wierzytelności. Nie budziło przy tym wątpliwości że zgoda ta została wyrażona przed zawarciem umowy powoda z pozwaną, która to precyzowała cenę za wierzytelność (umowa inwestora z pozwaną została zawarta w dniu 7 lutego 2011 r., a umowa powoda z pozwaną – 8 lutego 2011 r.), a ponadto bezspornym było, że inwestor zgodę taką wyrażał już wcześniej w ramach porozumienia ze stronami.

Sąd I instancji nie miał również wątpliwości co do skuteczności przelewu wierzytelności z uwagi na formę czynności prawnej, gdzie art. 511 k.c. stanowi, że jeżeli wierzytelność jest stwierdzona pismem, przelew tej wierzytelności powinien być również pismem stwierdzony. Zgodnie bowiem z art. 74 § 1 k.c., niezachowanie formy pisemnej zastrzeżonej w art. 511 k.c. nie skutkuje nieważnością umowy przelewu, a jedynie określonymi ustawowo ograniczeniami dowodowymi [por. wyrok SN z dnia 8.02.2002 r., sygn. II CKN 1160/99], które nie obowiązują w zakresie czynności prawnych w stosunkach między przedsiębiorcami (art. 74 § 3 k.c.).

W § 3 ust. 1 lit. b łączącej ich umowy z dnia 8 lutego 2011 r. powód i pozwana określili sposób wyceny wierzytelności nabytej przez pozwaną od powoda, co w świetle prawa uznać należy za całkowicie dopuszczalne. Jak bowiem stanowi art. 555 k.c., do sprzedaży praw stosuje się odpowiednio przepisy do sprzedaży rzeczy, w których to przepisach Kodeks cywilny stanowi (art. 536 § 1 k.c.), że cenę można określić przez wskazanie podstaw do jej ustalenia. Spełnienie tego rodzaju wymogu może nastąpić w różnoraki sposób. Niezbędna jest wszakże w każdym przypadku zgodność intencji stron co do odpłatności, która przecież kwalifikuje omawianą umowę, wyrażona choćby poprzez uzgodnienie danych pozwalających na ustalenie wysokości ceny. W judykaturze i doktrynie przyjmuje się przy tym, że w zakresie ustalania ceny dopuszczalne jest powierzenie przez strony w umowie określenia ceny słusznemu uznaniu jednej z nich lub osobie trzeciej, a skoro cena nie musi być oznaczona, a jedynie oznaczalna, to Sąd dokonać może odpowiedniej wykładni woli stron w tym zakresie przy zastosowaniu kryteriów wskazanych w art. 65 k.c. [por. np. K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. T II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające, Wyd. 9, Warszawa 2018; uchwała SN z dnia 5 lutego 1992 r., sygn. III CZP 154/91; wyrok SN z dnia 10 lipca 2003 r., sygn. I CKN 487/01; wyrok SN z dnia 9 stycznia 2003 r., sygn. I CK 329/02; wyrok SN z dnia 28 kwietnia 1988 r., sygn. IV CR 96/88]. Treść § 3 ust. 1 pkt b umowy stron z dnia 8 lutego 2011 r. stanowi, że wartość wynagrodzenia powoda za elementy od 1 do 3 załącznika nr 1 (drenaż ABC, wykopy ABCDE, fundamenty ABC i ściany podziemia ABC) ustalona zostanie kosztorysem powykonawczym w uzgodnieniu z zamawiającym, gdzie świadek J. K., który zajmował się sprawami pozwanej na budowie twierdził, że strony nie dokonywały szczegółowych uzgodnień co do rozliczenia w oparciu o kosztorys powykonawczy i to wykonawca miał „coś zaproponować”, w oparciu o wskaźniki cen przy wycenie ryczałtowej. Powód, zeznając w sprawie wskazywał przy tym, że ustalał także wynagrodzenie ryczałtowe z inwestorem, jako jego uprzedni generalny wykonawca, a jednocześnie biegły sądowy A. S. twierdził w swojej opinii, że wskaźniki przy wycenie ryczałtowej przyjętej w umowie między powodem a pozwaną nie odbiegały od tych, które biegły zastosował w swojej wycenie w oparciu o stawki za roboty dodatkowe, przewidziane w umowie oraz stawki z cennika Orgbud z IV kwartału 2010 r.

Z uwagi na powyższe w ocenie Sądu niewątpliwie strony powierzyły powodowi ustalenie ceny jako surogatu wartości wykonanych przez niego dotychczas prac w oparciu o wskaźniki określone przy cenie ryczałtowej, tak więc ustalono między sobą podstawy do dokonania ustalenia ceny, którą określić miał powód. Zauważyć przy tym należy, że pozwana ostatecznie spierała się z powodem jedynie co do tego, czy powód prawidłowo wykonał kosztorys, tj. czy przyjął rzeczywiście poniesione przez siebie koszty za poszczególne pozycje i czy zastosował prawidłowe stawki, a przed powstaniem sporu w przedmiotowej sprawie przyjmowała od powoda wystawione przez niego na prace objęte pozycjami 1-3 załącznika nr 1 do umowy faktury VAT i je opłacała, co było między stronami niesporne.

Dla ustalenia wysokości roszczenia powoda z tytułu ceny za przeniesioną na pozwaną wierzytelność koniecznym zatem była weryfikacja kosztorysu powoda, której dokonał biegły sądowy A. S.. Jak już wyżej wskazano, wycena biegłego odpowiadała przy tym w istocie wskaźnikom przyjętym przy wycenie ryczałtowej, które miały być podstawą do ustalenia ceny między stronami.

Ostatecznie biegły ustalił, że wysokość wynagrodzenia powoda obliczona powinna wynosić 550.300,43 zł netto (594.324,47 zł brutto), gdzie w zakresie pozycji 1 załącznika nr 1 do umowy - robót ziemnych na kłatkach ABCDE i drenażu kłatek ABC – 295.557,71 zł netto, tj. 319.202,33 zł brutto, w zakresie pozycji 2 załącznika nr 1 do umowy - prac odnoszących się do fundamentów, izolacji i zbrojenia kłatek ABCD – 148.749,64 zł netto, tj. 160.649,61 zł brutto, a w zakresie pozycji 3 załącznika nr 1 do umowy, tj. prac odnoszących się do ściany podziemia kłatek ABC – 105.993,08 zł netto, tj. 114.472,53 zł brutto.

Jak już na to wskazywano wyżej, bezspornym było przy tym, że pozwana zapłaciła powodowi częściowo za prace objęte pozycjami 1-3 załącznika nr 1 do zawartej przez nich umowy, w oparciu o wystawiane przez powoda częściowe faktury VAT, do kwoty łącznej 378.000 zł ((...) z 18 lutego 2011 – 216.000 zł brutto), (...) z 6 stycznia 2012 r. – 162.000 zł brutto, w związku z czym należność powoda, ustalona jako wynagrodzenie za prace objęte pozycjami 1-3 załącznika nr 1 do umowy zawartej z pozwaną wynosiło ostatecznie na dzień wniesienia powództwa 216.324,47 zł brutto i takiej kwoty żądać mógł powód od pozwanej.

Strony w § 3 ust. 1 lit. b łączącej ich umowy z dnia 8 lutego 2011 r. nie ustaliły przy tym terminu, w którym powód miał wykonać kosztorys powykonawczy służący rozliczeniu się stron, przy czym niewątpliwie na dzień zawarcia tejże umowy roboty objęte pozycjami 1-3 załącznika nr 1, które powód miał skosztorysować, były już przez niego w całości wykonane na dzień zawarcia umowy. Pierwszą fakturę za ten etap prac powód wystawił pozwanej już 18 lutego 2011 r., a z dokumentów zebranych w aktach sprawy oraz z zeznań świadków i powoda w żaden sposób nie wynikało, by istniały jakiegokolwiek przeszkody dla skosztorysowania przez niego wykonanych robót w powyższym zakresie niezwłocznie po zawarciu umowy. Skoro zatem powód znał zakres wykonanych prac w dacie zawarcia umowy z pozwaną, to przyjęcie należało, że miał on możliwość ich skosztorysowania w dniu zawarcia umowy, tj. w dniu 8 lutego 2011 r.

Wymagalność roszczeń powoda w pozostałej, ponad zapłaconą przez pozwaną, części zależała przy tym – wobec braku określenia przez strony terminu wymagalności w umowie – od wezwania przez powoda pozwanej do zapłaty, zgodnie z art. 455 k.c., stanowiącego, że jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. Jak wynika z przedłożonego przez powoda pisma z dnia 29 lutego 2012 r., kierowano z jego strony do pozwanej wezwanie do zapłaty m.in. z tytułu prac objętych pozycjami 1-3 załącznika nr 1 do umowy (a także kosztów urządzenia placu budowy, makroniwelacji i drenażu opaskowego) w terminie 7 dni od otrzymania pisma i pozwana pismo to odebrała w dniu 12 marca 2012 r., co wynika z dowodu doręczenia załączonego do pozwu (k. 125v.), przy czym wezwanie do zapłaty zostało do pozwanej skierowane przez K. T., pracownika powoda, gdzie nie sposób było ustalić w toku postępowania, czy pracownik ten był w jakikolwiek sposób umocowany do składania oświadczeń w imieniu powoda, tak więc w ocenie Sądu pismo z dnia 29 lutego 2012 r. nie mogło wywoływać skutku w postaci postawienia wierzytelności powoda w stan wymagalności. Jednocześnie w sposób oczywisty bezskuteczne było wezwanie do zapłaty z dnia 9 grudnia 2011 r. (k. 44) w którym powód wskazywał, aby pozwana zapłaciła wynagrodzenie z tytułów wyżej wskazanych „w terminie umownym”, skoro umowa w istocie w zakresie żadnej z tych płatności terminu zapłaty nie przewidywała, w szczególności zaś płatności objętej pozycjami 1-3 załącznika nr 1 do umowy. Roszczenie powoda stało się zatem wymagalne (w odniesieniu do ceny ustalonej jako wynagrodzenie za prace ujęte w poz. 1-3 załącznika nr 1 do umowy) dopiero w chwili dojścia do pozwanej wniosku o zawezwanie do próby ugodowej, w którym to wniosku pełnomocnik powoda wskazał, że kwota nim objęta, tj. 695.815,79 zł wraz z ustawowymi odsetkami od 15 stycznia 2012 r., stanowi roszczenie o zapłatę za wykonanie robót z punktu 1-3 załącznika nr 1 umowy z dnia 8 lutego 2011 r. powiększone o koszty urządzenia placu budowy i makroniwelacji i pomniejszone o sumy już przez pozwaną zapłacone z tytułu wykonania robót z pozycji 1-3 załącznika nr 1 do umowy z dnia 8 lutego 2011 r.

W aktach sprawy brak było źródeł informacji o tym, kiedy pozwana otrzymała z Sądu zawiadomienie o posiedzeniu pojednawczym i odpis wniosku o zawezwanie do próby ugodowej, przy czym skoro z protokołu posiedzenia z dnia 13 sierpnia 2013 r. przed Sądem Rejonowym w Gdyni, w sprawie o sygn. VI GCo 369/13 wynika, iż był na nim obecny pełnomocnik pozwanej, to w sposób oczywisty przyjęcie należało, że pozwana zapoznała się z wnioskiem i zawiadomieniem i mogła z nich powziąć informację, iż powód żąda niezwłocznej zapłaty wierzytelności z powyżej wskazanego z tytułu, przy czym uważa, że termin płatności upłynął w dniu 14 stycznia 2012 r. Jako, że brak dokumentu doręczenia pozwanej wniosku o zawezwanie do próby ugodowej wraz z zawiadomieniem o terminie posiedzenia, przyjęcie należało, iż roszczenie powoda stało się wymagalne najpóźniej w dniu 13 sierpnia 2013 r., tj. dniu, w którym odbyło się posiedzenie pojednawcze. Jednocześnie Sąd w przypadku wniosku o zawezwanie do próby ugodowej nie miał wątpliwości, iż składający go radca prawny był należycie przez powoda ku temu umocowany, jako że zasadą jest badanie przez Sąd pełnomocnictwa przy dokonywaniu przed nim czynności, a z treści zawiadomienia o posiedzeniu pojednawczym oraz protokołu z tego posiedzenia jednoznacznie wynika, iż Sąd pozytywnie pełnomocnictwo zweryfikował i dopuścił radcę prawnego, jako pełnomocnika powoda, do udziału w sprawie. Ponadto powód załączył do pozwu pełnomocnictwo udzielone temu samemu radcy prawnemu, datowane na dzień 11 kwietnia 2013 r. (przed datą wniosku o zawezwanie do próby ugodowej) i pełnomocnictwo to obejmowało umocowanie do wszelkich czynności procesowych w sprawach o zapłatę przeciwko lub z udziałem M. K., tak więc uznać należało, że pełnomocnik uprawniony był do żądania w imieniu powoda zapłaty od pozwanej.

Skoro roszczenie powoda stało się wymagalne najpóźniej w dniu 13 sierpnia 2013 r., tj. w dniu zakończenia posiedzenia pojednawczego bez zawarcia ugody, jako że pozwana najpóźniej w tej dacie wiedziała, że powód żąda niezwłocznej zapłaty, uznać należało, że w świetle dotychczas poruszanych kwestii powodowi przysługiwało względem pozwanej roszczenie o zapłatę kwoty 216.324,47 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 14 sierpnia 2013 r., zgodnie z art. 481 § 1 k.c., wedle którego jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Pozwana podniosła przy tym w toku postępowania zarzut przedawnienia roszczeń powoda, który w ocenie Sądu okazał się nieskuteczny.

Art. 555 k.c. nakazuje do sprzedaży praw stosować odpowiednio przepisy o sprzedaży rzeczy, natomiast art. 554 k.c. stanowi, że roszczenia z tytułu sprzedaży dokonanej w zakresie działalności przedsiębiorstwa sprzedawcy przedawniają się z upływem lat dwóch, gdzie w ocenie Sądu w przypadku roszczeń powoda o zapłatę ceny za przeniesioną na pozwaną wierzytelność przepis ten nie znajdzie zastosowania. O ile bowiem nie ma wątpliwości, że powód zbył wierzytelność w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, to już nie można przyjąć, że zrobił to w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa. Analizując bowiem przedmiot jego działalności nie sposób przyjąć, że w jego zakres wchodzi obrót wierzytelnościami. Jeżeli zatem powód w zakresie swojego przedsiębiorstwa nie zajmuje się obrotem wierzytelnościami, to oczywistym jest, że czynność o której mowa wyżej została dokonana poza zakresem działalności jego przedsiębiorstwa, lecz w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Z uwagi na to ostatnie przyjąć należało, że do ustalenia terminu przedawnienia zastosowanie znajdzie ogólny termin przewidziany w art. 118 k.c. dla roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej, tj. termin trzyletni. Powyższe stanowisko opiera się przy tym na zgodnych poglądach wyrażanych w judykaturze, gdzie podkreśla się, iż dla zastosowania art. 554 k.c. koniecznym jest, aby dany przedsiębiorca zawodowo trudnił się sprzedażą – w tym przypadku wierzytelności, a jego zastosowanie jest wykluczone w tych przypadkach, gdy sprzedaż ma charakter okazjonalny [por. np. wyrok SA w Warszawie z dnia 9 czerwca 2017 r., sygn. I ACa 464/16].

Jak z kolei stanowi art. 120 § 1 k.c., bieg przedawnienia rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stało się wymagalne. Jeżeli wymagalność roszczenia zależy od podjęcia określonej czynności przez uprawnionego, bieg terminu rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony podjął czynność w najwcześniejszym możliwym terminie.

Skoro zatem powód miał możliwość skosztorysowania wartości prac objętych pozycjami 1-3 załącznika nr 1 do umowy łączącej go z pozwaną i w ten sposób ustalenia ceny, a także wezwania pozwanej do zapłaty już w chwili zawarcia z pozwaną umowy z dnia 8 lutego 2011 r., to w ocenie Sądu termin przedawnienia roszczeń powoda o zapłatę ceny sprzedaży wierzytelności pozwanej rozpoczął swój bieg już od tego dnia i przedawnienie roszczeń powoda nastąpiło 8 lutego 2014 r. Sąd nie miał przy tym podstaw by powziąć jakiegokolwiek wątpliwości co do możliwości skosztorysowania przez powoda prac już w dniu zawarcia umowy, jako że powód nie wykazywał okoliczności przeciwnej mimo, iż pozwana zarzucała mu właśnie to, że mógł to zrobić niezwłocznie, wobec faktu, że na dzień zawarcia umowy prace, które należało kosztorysować zostały już przez niego wykonane. Zebrany w sprawie materiał dowodowy również nie dawał odpowiedzi na pytanie co do tego, ile ewentualnie czasu zajęłoby powodowi kosztorysowanie, gdzie czas taki wpłynąć by mógł na ustalenie chwili, w której powód mógł być najwcześniejszym skosztorysować prace i wezwać pozwaną do zapłaty.

Zgodnie z art. 123 § 1 pkt 1 i 2 k.c., bieg przedawnienia przerywa się przed każdą czynnością przed sądem lub innym organem powołanym do rozpoznawania spraw lub egzekwowania roszczeń danego rodzaju albo przed sądem polubownym, przedsięwziętą bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia, jak również przez uznanie roszczenia przez osobę, przeciwko której ono przysuguje.

Sens instytucji uznania roszczenia sprowadza się do tego, że dłużnik zapewnia wierzyciela o zamiarze wykonania zobowiązania, w związku z czym wierzyciel nie musi już obawiać się upływu przedawnienia i może powstrzymać

się z dochodzeniem roszczenia bowiem pozostaje w usprawiedliwionym przekonaniu, że dłużnik rzeczywiście dobrowolnie spełni świadczenie. Dla skuteczności tzw. uznania niewłaściwego nie jest wymagane istnienie po stronie zobowiązanego zamiaru wywołania skutku prawnego w postaci przerwania biegu przedawnienia. Istotne natomiast jest to, aby zachowanie zobowiązanego mogło uzasadniać przekonanie osoby uprawnionej, iż zobowiązany jest świadom swojego obowiązku, a w konsekwencji by mogło uzasadniać oczekiwanie uprawnionego, że świadczenie na jego rzecz zostanie spełnione. Nie musi ono wskazywać ani podstawy prawnej, ani wysokości uznawanego roszczenia [por. wyrok SA w Szczecinie z dnia 11 czerwca 2014 r., sygn. I ACa 249/14].

Jak wynika z załączonych do pozwu faktur VAT nr (...) z dnia 18 lutego 2011 r. i (...) z dnia 6.01.2012 r., (k. 114 i 117) oraz dowodów przelewów kwot tytułem płatności pozwanej za te faktury, w tym płatności z dnia 21 lutego 2011 r., 25 stycznia 2012 r., 13 lutego 2012 r., 22 lutego 2012 r., 16 marca 2012 r., (k. 116, 119-122), pozwana każdorazowo, przez swojego przedstawiciela – J. K., akceptowała te faktury wystawione przez powoda za wykonanie prac objętych pozycjami 1-3 załącznika nr 1 do umowy, a następnie dokonywała z tytułu tych faktur płatności, tak więc niewątpliwie, w ocenie Sądu, dawała tym zachowaniem przesłanki do uznania przez powoda, że jest ona świadoma swojego długu, a nadto, że spełni swoje świadczenie, skoro dotychczas regulowała go na bieżąco w częściach, niezależnie od tego, czy regulowanie to miało charakter zaliczek, skoro pozwana miała świadomość ostatecznego sposobu ustalenia wysokości roszczenia. Uznać zatem należało, że bieg przedawnienia został skutecznie przerwany w dniach 21 lutego 2011 r. (biegł następnie od tego dnia i zakończyłby się 21 lutego 2014 r.), 25 stycznia 2012 r. (zakończyłby się 25 stycznia 2015 r.), 13 lutego 2012 r. (zakończyłby się 13 lutego 2015 r.), 22 lutego 2012 r. (zakończyłby się 22 lutego 2015 r.) i 16 marca 2012 r. (zakończyłby się 16 marca 2015 r.).

Zeznający w sprawie jako świadek J. K., który zajmował się ze strony pozwanej sporną inwestycją wskazywał przy tym, że prowadzono z powodem rozmowy na temat polubownego zakończenia sprawy i proponowano mu konkretne kwoty, jednakże ten ostatni odmówił, tak więc również w tym przypadku uznać można, że zachowanie pozwanej, czy też jej przedstawiciela stanowiło wyraz świadomości po jej stronie istnienia wierzytelności powoda, przy czym nie wiadomo, kiedy konkretnie rozmowy wskazywane przez świadka się toczyły i jakiej treści wypowiedzi padały ze strony każdej z ich uczestników.

Ostatnią czynnością przerywającą bieg przedawnienia roszczeń powoda było w ocenie Sądu a quo złożenie przez niego do Sądu Rejonowego w Gdyni wniosku o zawezwanie pozwanej do próby ugodowej, gdzie już wówczas pozwana odmawiała spełnienia roszczeń powoda i z okoliczności sprawy nie wynika, by kiedykolwiek później strony w jakikolwiek sposób rozmawiały co do roszczeń, w szczególności zaś, by pozwana składała oświadczenia czy zachowała się w sposób, który mógłby świadczyć o uznawaniu przez nią roszczeń powoda. Wniosek o zawezwanie do próby ugodowej został przez powoda nadany – jak wynika z dowodu nadania (k.127) w dniu 25 kwietnia 2013 r., a posiedzenie pojednawcze, niezakończony zawarciem ugody, odbyło się w dniu 13 sierpnia 2013 r., gdzie zgodnie z art. 124 § 2 k.c. w razie przerwania przedawnienia przez czynność w postępowaniu przed sądem lub innym organem powołanym do rozpoznawania spraw lub egzekwowania roszczeń danego rodzaju albo przed sądem polubownym albo przez wszczęcie mediacji, przedawnienie nie biegnie na nowo, dopóki postępowanie to nie zostanie zakończone, tak więc w tym przypadku bieg przedawnienia rozpoczął bieg na nowo w dniu 13 sierpnia 2013 r. i zakończył się – wobec niepodejmowania dalszych czynności skutkujących przerwaniem biegu przedawnienia – w dniu 13 sierpnia 2016 r., podczas gdy powództwo w przedmiotowej sprawie powód wniósł w dniu 12 sierpnia 2016 r., a więc na jeden dzień przed upływem terminu przedawnienia.

Sąd nie zgodził się z argumentacją pozwanej, jakoby wniosek o zawezwanie do próby ugodowej z 25 kwietnia 2013 r. nie przerywał biegu przedawnienia roszczeń powoda. We wniosku tym powód oznaczył swoje roszczenie na kwotę 695.815,79 zł, powołując się na zawartą umowę o roboty budowlane z dnia 8 lutego 2011 r. i wykonanie robót tam ujętych jako na podstawę roszczenia, wskazując, że kwota ta dotyczy prac ujętych kosztorysowo, określonych w pozycji 1-3 załącznika nr 1 do umowy stron. Ponadto stron prawidłowo oznaczył stronę obowiązującą do zapłaty, tak więc uznać należało, że spełnił przesłanki pozwalające na uznanie jego wniosku o zawezwanie do próby ugodowej za jeden ze sposobów bezpośredniego dochodzenia przez wierzyciela swoich roszczeń przed sądem [por. np. wyrok SA w Poznaniu z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. I ACa 144/14]. W treści samego wniosku wskazano przy tym wprost, że celem jest

dochodzenie roszczeń ze wskazanego wyżej tytułu. Nie sposób uznać za zasadnego argumentu pozwanej, że wniosek nie mógł przerwać biegu przedawnienia z uwagi na to, że powód wskazał w nim, że dochodzi wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, a w istocie roszczenie to miało inną podstawę.

W judykaturze zaznacza się, że wystarczającym dla uznania, że wniosek o zawezwanie do próby ugodowej przerywa bieg przedawnienia roszczenia, jest precyzyjne określenie roszczenia co do przedmiotu i co do wysokości [por. postanowienie SN z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. V CSK 586/13], gdzie w rozpoznawanym przypadku przedmiotem roszczenia była zapłata, w zgłaszanej wysokości roszczenia – kwota 695.815,79 zł, przy czym bez znaczenia dla oceny skuteczności przerwania biegu przedawnienia jest to, iż kwota ta jest wyższa, aniżeli ta, wskazana w pozwie, skoro powód oznaczył co się na tę kwotę składa i kwota mogła podlegać ewentualnej weryfikacji co do jej wysokości.

Skoro powód oznaczył w we wniosku o zawezwanie do próby ugodowej kwotę wyższą niż ta, objęta pozwem, to oczywistym jest, że wniosek taki przerywał bieg przedawnienia co do całości roszczeń wskazanych w powództwie, jako zawierających się w tych, zgłoszonych we wniosku o zawezwanie do próby ugodowej. Ocena prawna roszczenia zawsze należy do Sądu, tak że bez znaczenia w dacie wnoszenia o zawezwanie do próby ugodowej jest to, jaką podstawę prawną – co do której pozwany polemizował w toku procesu, wskaże wnioskodawca. Wystarczającym jest, aby wskazał okoliczności faktyczne, z których wywodzi roszczenie, a te zostały przez powoda przedstawione we wniosku o zawezwanie do próby ugodowej tak, że można uznać, iż jest to ta sama podstawa faktyczna, co w przedmiotowej sprawie. Powód właściwie oznaczył we wniosku o zawezwanie do próby ugodowej także podmioty stosunku prawnego, tj. siebie, a także M. K., pozwaną w przedmiotowej sprawie. W świetle powyższego brak było jakichkolwiek podstaw, aby kwestionować skuteczność przerwania przez powoda biegu przedawnienia wobec złożenia wniosku o zawezwanie pozwanej do próby ugodowej.

W odniesieniu do roszczeń powoda w zakresie pozostałej kwoty, wynikającej z urządzenia placu budowy i wykonania makroniwelacji, które to kwoty nie zostały uznane przez biegłego za bezpośrednio związane z wykonaniem prac z punktu 1-3 załącznika nr 1 do umowy z dnia 8 lutego 2011 r., Sąd uznał, że choć niewątpliwie w umowie powoda z pozwaną z dnia 8 lutego 2011 r. nie uregulowano w żaden sposób kwestii ich zwrotu, a tym samym wynagrodzenie z tego tytułu nie było przedmiotem przelewu wierzytelności, o której była mowa wyżej. W ocenie Sądu powodowi przysługiwały roszczenia w tym zakresie w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 i n. k.c.), ale nie wobec pozwanej, lecz w stosunku do inwestora bowiem to on był ostatecznie beneficjentem tych prac. Poza tym prace te zostały wykonane w czasie, gdy powoda łączyła z inwestorem umowa, zatem ewentualne roszczenia z tego tytułu (w stosunku do inwestora) mogły mieć podstawę w tej umowie. Jednocześnie Sąd uznał za zasadne żądanie zapłaty za te prace, które strony określały jako urządzenie placu budowy i makroniwelację, a które biegły uznał za część prac z pozycji 1-3 załącznika nr 1 do umowy.

Z uwagi na powyższe Sąd, w punkcie I sentencji wyroku, na podstawie art. 509 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 555 k.c. w zw. z art. 535 k.c., art. 481 § 1 k.c. i art. 117 § 2 k.c., zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 216.324,47 zł (stanowiącą różnicę między wartością prac powoda z pozycji 1-3 załącznika nr 1 do umowy a kwotami zapłaconymi przez pozwaną za te prace w formie zaliczki) wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 14 sierpnia 2013 r. - który to dzień Sąd przyjął za dzień wymagalności roszczenia o zapłatę wskazanej wyżej kwoty – do dnia zapłaty.

W punkcie II sentencji wyroku Sąd, biorąc pod uwagę, że wobec wysokości roszczenia dochodzonego przez powoda w przedmiotowej sprawie (606.566,79 zł) i kwoty ostatecznie na jego rzecz zasądzonej (216.324,47) ocenić należało, iż powód proces wygrał w 36 %, natomiast pozwany w 64 %, na podstawie art. 100 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 8.036,63 zł.

Zgodnie bowiem z art. 100 k.p.c. w razie częściowego jedynie uwzględnienia żądań powództwa, koszty powinny być wzajemnie zniesione lub stosunkowo rozdzielone. Zastosowanie tego przepisu prowadzi do wniosku, iż strony winny sobie zwrócić koszty procesu w kwotach, odpowiadających zakresowi, w jaki proces przegrały, a więc w tym przypadku powód powinien zwrócić pozwanej 64 % poniesionych przez nią kosztów, a pozwana powodowi 36 % tych

kosztów, jakie poniósł powód. Jednocześnie koszty, jakie tymczasowo poniósł Skarb Państwa strony powinny ponieść w stosunku, w jakim daną sprawę przegrały.

Koszty postępowania poniesione w przedmiotowej sprawie przez powoda wynosiły 30.329 zł tytułem opłaty od pozwu (k. 130), 3.208,17 zł która to kwota została wypłacona biegłemu, jako wynagrodzenie za sporządzone w sprawie opinie, z zaliczki, uiszczonej przez powoda (w kwocie 7.000 zł- k. 301), a także 14.417 zł jako kosztów zastępstwa procesowego, określonych zgodnie z § 21 w zw. z § 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (w brzmieniu pierwotnym: Dz. U. z 2015 r., poz. 1804). Koszty poniesione przez pozwaną sprowadzały się z kolei do kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 14.417 zł, ustalonych w oparciu o to samo rozporządzenie, co koszty zastępstwa procesowego poniesione przez powoda.

Wobec powyższego, zgodnie z art. 100 k.p.c. wobec treści rozstrzygnięcia z punktu I sentencji wyroku powód winien był zwrócić pozwanej kwotę 9.226,88 zł (64 % kwoty 14.417 zł), natomiast pozwana powinna zwrócić powodowi kwotę 17.263,51 zł (36 % z łącznej kwoty 47.954,17 zł). Po dokonaniu umorzenia między stronami należności o zwrot kosztów procesu do wysokości niższej z nich, pozwana powinna powodowi zwrócić z tytułu kosztów procesu kwotę 8.036,63 zł, o którym to zwrocie Sąd I instancji orzekł w punkcie II sentencji wyroku.

Apelacje od wyroku wniosły obie strony.

Powód w apelacji zaskarżył orzeczenie oddalające powództwo co do kwoty 278.063,51 zł oraz w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1) obrazę przepisów prawa procesowego, mającą istotny wpływ na treść skarżonego wyroku to jest przepisu:

a) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie przez Sąd I instancji dowolnej oceny zebranego w sprawie materiału, w zakresie w jakim Sąd rozważając dowody w postaci wniosku strony powodowej o zawezwanie do próby ugodowej, umowy z dnia 7.02.2011 r. zawartej przez inwestora z pozwaną, opinii biegłego z dnia 1.10.2017 r., opinii uzupełniającej biegłego z dnia 16.12.2017 r., z dnia 13.03.2018 r. i z dnia 19.01.2019r., protokołu oględzin dokonanych w dniu 11.08.2017 r. pominął okoliczność, że:

-roszczenie powoda zgłoszone zarówno pozwem w niniejszej sprawie jak i w treści zawezwania do próby ugodowej obejmowało poza roszczeniem o zapłatę wynagrodzenia za wykonanie pozycji 1-3 załącznika nr 1 do umowy zawartej przez strony niniejszego postępowania również roszczenie o zapłatę należnego wynagrodzenia za roboty wykonane oraz wykonywane przez powoda uprzednio, to jest przed dniem 7 lutego 2011 roku na rzecz inwestora;

-pozwana na zasadzie przepisu § 7 lit q umowy z dnia 7.02.2011 r. (k. 256), jaką zawarła z inwestorem, była zobowiązana do „przejęcia i rozliczenia robót już wykonanych przez poprzedniego Wykonawcę, a zatem obowiązana była do zapłaty wynagrodzenia powodowi z tytułu wykonanych przez niego prac, a nieobjętych załącznikiem nr 1;

-prace nieobjęte załącznikiem nr 1 zostały przez powoda rzeczywiście wykonane, a tym samym powodowi przysługiwało skuteczne roszczenie względem pozwanej o zapłatę należnego mu z tego tytułu wynagrodzenia, tym bardziej, że wykonanie przedmiotowych prac potwierdził biegły w opinii z dnia 1.10.2017 r., 16.12.2017 r., 13.03.2018 r. oraz załączone przez powoda fotografie (k. 322-392, 488-495, 559-560, 582-590)

-przedmiot umowy zawartej - zarówno przez inwestora z powodem, jak i umowy zawartej przez inwestora z pozwaną był znacznie szerszy, aniżeli zakres prac powierzonych przez pozwaną powodowi na podstawie zawartej przez strony niniejszego postępowania umowy, a ujawniony w treści załącznika nr 1;

-z uwagi na to, że pierwotnie to powód zobowiązany był do wykonania całego przedmiotu umowy, inwestor przeniósł na pozwaną w przepisie § 7 lit q umowy z dnia 7.02.2011 r. - obowiązek rozliczenia się z poprzednim wykonawcą ze

wszystkich rzeczywiście wykonanych przez niego robót, w tym też celu podwyższył wynagrodzenie pozwanej względem wynagrodzenia powoda określonego w umowie z dnia 20.09.2010 r.;

-w sposób dowolny nie posiadając niezbędnej wiedzy specjalnej przyjął, że wartość robót ujętych w pkt 1 załącznika nr 1 do umowy z dnia 8.02.2011 r. odpowiada kwocie 319.202,33 zł brutto - a tym samym zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę o 44.654,26 zł mniejszą, podczas gdy biegły dysponujący wiedzą specjalną po dokonaniu oględzin z uwzględnieniem treści dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy w treści opinii z dnia 19.01.2019 r. wskazał, że wartość przedmiotowych robót odpowiada kwocie 363.856,59 zł brutto;

b) art. 217 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. - w zakresie w jakim Sąd pierwszej instancji w drodze postanowienia z dnia 28.02.2019 r. wydanego na rozprawie:

-oddalił wnioski dowodowe powoda o dopuszczenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego na okoliczność podsumowania wszystkich wartości prac budowlanych wyliczonych w dotychczas sporządzonych opiniach;

-oddalił wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z dokumentu w postaci umowy z dnia 20.09.2010 r. zawartej przez powoda z inwestorem, dołączonej do pisma z dnia 14.02.2019 r., na które to naruszenie pełnomocnik powoda zwrócił uwagę składając w trybie przepisu art. 162 k.p.c. zastrzeżenie do protokołu w dniu 28.02.2019 r.;

2) błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę skarżonego wyroku, polegający na nieuzasadnionym przyjęciu, że:

a) „Wykonane przez J. N. na dzień zawarcia z M. K. umowy prace, wycenione w powyższy sposób, posiadały wartość 550.300,43 zł netto (594.324,47 zł brutto)" (k.759), podczas gdy wykonane przez J. N. na dzień zawarcia umowy z pozwaną prace obejmowały również pozycje spoza pkt od 1 do 3 załącznika nr 1, a tym samym przedstawiały wyższą wartość, to jest wartość 1.073.815,79 zł brutto;

b) wynagrodzenie powoda wynosiło „[...] w zakresie pozycji 1 załącznika nr 1 do umowy - robót ziemnych na klatkach ABCDE i drenażu klatek ABC - 295.557,71 zł netto, tj. 319.202,33 zł brutto" (k.759) - podczas gdy biegły posiadający wiedzę specjalną w treści opinii z dnia 19.01.2019 r. w sposób jednoznaczny wskazał, że przedmiotowe wynagrodzenie wynosiło 363.856,59 zł brutto (k.702);

c) powództwo J. N. w niniejszej sprawie obejmowało wyłącznie roszczenie powoda o zapłatę należnego mu wynagrodzenia za wykonanie pozycji od 1 do 3 załącznika nr 1 do zawartej przez strony umowy, podczas gdy powód dochodził zapłaty należnego mu wynagrodzenia z tytułu wykonania przedmiotowych robót oraz wykonanych robót nieobjętych przedmiotowym załącznikiem albowiem pozwana na podstawie przepisu § 7 lit q umowy z dnia 7.02.2011 r. zawartej z inwestorem była zobowiązana do „przejęcia i rozliczenia robót już wykonanych przez poprzedniego Wykonawcę".

Strona powodowa wniosła również o zobowiązanie strony pozwanej do udostępnienia pełnego tekstu umowy jaką pozwana zawarła z inwestorem w dniu 7.02.2011 r., albowiem złożona przez stronę pozwaną do akt sprawy (k. 254) umowa nie ujawnia wysokości wynagrodzenia należnego pozwanej od inwestora, a nadto nie zawiera stron nr: 9, 10, 12, 13, 14 - w tym w szczególności załącznika nr 1 zawierającego przedmiotowy zakres umowy, na okoliczność wykonania przez powoda prac nieobjętych w pkt od 1 do 3 załącznikiem nr 1 umowy zawartej przez strony, do zapłaty których zobowiązana była pozwana. Jednocześnie strona powodowa wskazała, że konieczność złożenia tych wniosków dowodowych powstała na obecnym etapie postępowania, wobec ustalenia stanu faktycznego sprawy przez Sąd pierwszej instancji.

Mając na uwadze powyższe, powód wniósł o uchylenie w całości postanowienia Sądu pierwszej instancji z dnia 28.02.2019 r. w przedmiocie oddalenia wniosków dowodowych strony powodowej, a następnie dopuszczenie przez Sąd II instancji zgłoszonych przez powoda wniosków dowodowych, na zasadzie przepisu art. 380 k.p.c., ewentualnie o uchylenie postanowienia Sądu I instancji z dnia 28.02.2019 r. w części, to jest w zakresie w jakim oddalony został

wniosek dowodowy strony powodowej o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci umowy zawartej przez powoda z inwestorem w dniu 20.09.2010 r.- a następnie dopuszczenie i przeprowadzenie przedmiotowego środka dowodowego, na okoliczność wykonania przez powoda prac nieujętych w pkt od 1 do 3 załącznika nr 1 umowy zawartej przez strony, do których zapłaty zobowiązana była pozwana.

W zakresie zaś skarżonego wyroku strona powodowa wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez:

a) zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki dalszej kwoty 278.063,51 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie licznymi od dnia 14 sierpnia 2013 r. do dnia zapłaty;

b) zmianę rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów zawartego w pkt III wyroku poprzez zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kwoty 36.415,50 zł tytułem zwrotu kosztów procesu;

ewentualnie o

c) uchylenie wyroku w zaskarżonej części oraz przekazanie w przedmiotowym zakresie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Gdańsku .

Ponadto wniosła o zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W apelacji pozwanej kwestionowano orzeczenie w części zasądzającej kwotę 216.324,47 zł wraz z odsetkami za opóźnienie i kosztami procesu.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

1. naruszenie przepisu prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

- poczynienie ustalenia faktycznego, które nie znajduje umocowania w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, polegające na przyjęciu, że wysokość wynagrodzenia powoda za prace wykonane na dzień zawarcia z pozwaną umowy z dnia 8.02.2011 r. w § 3 ust. 1 lit. b tej umowy miała zostać określona wynagrodzeniem kosztorysowym, przy czym wskaźniki cen jakie miały być zastosowane przy sporządzaniu kosztorysu miały odpowiadać wskaźnikom ustalonym przez strony w § 4 ust. 3 w/w umowy tj. jak dla robót dodatkowych, podczas gdy okoliczność ta nie wynika ani z treści umowy z dnia 8.02.2011 r., gdzie brak w postanowieniach dotyczących sporządzenia kosztorysu powykonawczego (§ 3 ust. 1 lit. b) odesłania do postanowień umowy regulujących wynagrodzenie jak za prace dodatkowe. Dodatkowo z uzasadnienia Sądu I instancji wynika, iż w tym względzie oparł się na zeznaniach świadka J. K., które w tej części uznał za wiarygodne, a który to świadek brał udział w negocjacjach umowy z dnia 8.02.2011 r. z powodem, tymczasem świadek ten nie zeznał, aby wolą stron było odesłanie do postanowień umowy regulujących wynagrodzenie jak za prace dodatkowe, a jedynie, iż zamiarem stron było, aby przy sporządzaniu kosztorysu powykonawczego kierować się wyceną ryczałtową. Przy czym właściwa ocena zeznań świadka J. K. w tym względzie winna uwzględniać, iż ryczałt stanowi ekwiwalent za wykonanie oznaczonego obiektu budowlanego, remontu budynku, budowli lub innego rodzaju robót budowlanych. Uzgodniona kwota wynagrodzenia ryczałtowego odnosi się do ustalonego przez strony zakresu świadczenia przyjmującego zamówienie. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Wynagrodzenie kosztorysowe ma inne znaczenie. Kosztorys powykonawczy stanowi kalkulację dla ustalenia wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy i jest on sporządzany po wykonaniu robót. Jeżeli zatem Sąd w oparciu o zeznania świadka J. K. ustalił, iż dla ustalenia wynagrodzenia za prace zawarte w poz. 1-3 załącznika do umowy należy kierować się wyceną ryczałtową, to błędnie sporządzając kosztorys zastosował niewłaściwą metodę, co do której strony się nie umówiły;

- niepoprawną i nielogiczną ocenę dokonanych ustaleń faktycznych poprzez przyjęcie, iż wartość prac, o których mowa w par 3 ust. 1 lit. b) umowy z dnia 8.02.2011 r. odpowiada wartości wycenionej przez biegłego, albowiem

wskaźniki przy wycenie ryczałtowej przyjętej w umowie między powodem, a pozwaną nie odbiegały od tych, które biegły zastosował w swojej wycenie w oparciu o stawki za roboty dodatkowe, przewidziane w umowie oraz stawki z cennika Orbud z IV kwartału 2010 r., podczas gdy z istoty wynagrodzenia ryczałtowego wynika, iż do określenia jego wysokości nie mają zastosowania żadne wskaźniki, ponadto w umowie strony nie wskazały również takich rzekomych wskaźników na potrzeby określenia ryczałtowej wartości pozostałych robót, a jedynie kwoty ryczałtu za poszczególne etapy. Nielogiczna jest zatem ocena Sądu Okręgowego i powoływanie się na wskaźniki dla wyceny ryczałtowej, skoro wynagrodzenie ryczałtowe ze swej istoty nie odwołuje się do żadnych wskaźników, jest to wynagrodzenie określone bez szczegółowej analizy kosztów w odróżnieniu od wynagrodzenia kosztorysowego. Nieprawidłowo również Sąd oparł się na opinii biegłego dla ustalenia wartości prac w załączniku do umowy z dnia 8.02.2011 r. pod poz. 1-3, gdyż biegły dokonał wyceny przy zastosowaniu metody, na którą strony się nie umówiły. Ustalone w ten sposób wynagrodzenie nie odpowiada woli stron przy zawieraniu umowy;

- błędną ocenę materiału dowodowego i niewłaściwe uznanie, że wolą stron było dokonanie cesji wierzytelności powoda za wykonane na rzecz inwestora do chwili zawarcia z nim umowy przez pozwaną robót, podczas gdy należało przyjąć, iż intencją stron było przejęcie przez pozwaną długu inwestora, za zgodą dłużnika, albowiem z ustalonego w tym zakresie poprawnie stanu faktycznego wynika, iż takie uzgodnienia w przedmiocie przejęcia długu miały miejsce pomiędzy powodem jako wierzycielem a inwestorem ((...) Sp. z o.o.) jako dłużnikiem, w dacie rozwiązania pierwotnej umowy między powodem, a inwestorem tj. pod koniec stycznia 2011 r. (zgodnie z zeznaniami powoda J. N. z dnia 26.11.2018 r. - protokół przesłuchania - 26 min 51 s) i woła zawarcia takiej umowy została zmanifestowana znacznie wcześniej niż miało miejsce zawarcie umowy między powodem, a pozwaną w dniu 8.02.2011 r. Trzeba mieć przy tym na uwadze, iż w dniu 7.02.2011 r. przy zawarciu umowy o roboty budowlane na dalsze etapy inwestycji pozwana zobowiązała się wobec inwestora ((...) Sp. z o.o.) do przejęcia i rozliczenia robót już wykonanych przez poprzedniego Wykonawcę (dowód: umowa z dnia 7.02.2011 r. pomiędzy pozwaną a (...) Sp. z o.o., zaliczona przez Sąd w poczet materiału dowodowego), z czego wywieść należy, iż w tej dacie strony dostatecznie wyraziły wolę przejęcia przez pozwaną długu inwestora i z uwagi na powyższe w dacie 8.02.2011 r. powód nie mógł dokonać cesji wierzytelności na rzecz pozwanej, albowiem dzień wcześniej i to na podstawie wcześniejszych ustaleń między powodem - jako wierzycielem i inwestorem strony w sposób wystarczający zmanifestowały swoją wolę zawarcia umowy o przejęcie długu. Nie bez znaczenia jest również, iż 7.02.2011 r. dotychczasowy dłużnik (inwestor (...)) spółka z o.o.) oraz pozwany jako osoba trzecia porozumieili się co do odpłatności za przejęty dług i uzgodnili jej wysokość. Gdyby natomiast doszło do zawarcia umowy cesji wierzytelności to pozwany jako osoba trzecia miałby wobec dłużnika (inwestora (...)) Spółka z o.o.) roszczenie o zapłatę tej wierzytelności, którą pierwotnie miał powód wobec dłużnika, przy czym z akt nie wynika, aby taka właśnie była wola stron, skoro pozwany z dłużnikiem w umowie z dnia 7.02.2011 r. zupełnie niezależnie określili wysokość tego zobowiązania, co wynika bezpośrednio z umowy z dnia 7.02.2011 r. w § 3 ust. 1 w powiązaniu z załącznikiem do umowy poz. 1 -2 (gdzie łączne wynagrodzenie za przejęty dług miało wynosić 300.00 zł), a Sąd I instancji mimo iż zaliczył umowę z dnia 7.02.2011 r. w poczet materiału dowodowego, w ogóle nie wziął tych okoliczności pod uwagę przy ocenie stosunku zobowiązaniowego, z którego powód wywodzi swoje roszczenie;

- błędną ocenę, iż nie doszło do przedawnienia roszczenia powoda na podstawie art. 118 k.c. oraz, że powód przerwał bieg przedawnienia na podstawie art. 123 § 1 pkt 1 k.p.c. wnioskiem o zawezwanie do próby ugodowej z dnia 25 kwietnia 2013 r., w którym wystąpił z żądaniem zapłaty kwoty 695.815,79 zł na podstawie umowy o roboty budowlane z dnia 8.02.2011 r., podczas gdy prawidłowo Sąd winien ocenić, iż zawezwanie do próby ugodowej nie spełniało wymogów, co do tożsamości przedmiotowej roszczenia, albowiem powód w zawezwaniu do próby ugodowej podnosił, iż wywodzi roszczenie z umowy o roboty budowlane i co do tego roszczenia przerwał bieg przedawnienia, a nie co do roszczenia z przejęcia długu, jak wskazuje pozwana bądź z roszczenia cesji wierzytelności, jak ostatecznie zakwalifikował stosunek zobowiązaniowy Sąd I instancji. Obie instytucje przejęcia długu i cesja wierzytelności wymagają spełnienia odmiennych warunków niż roszczenie z umowy o roboty budowlane, do powstania zobowiązania dochodzi również w innych okolicznościach stanu faktycznego, dlatego należało uznać, iż zawezwanie powoda do próby ugodowej z dnia 25.04.2013 r. nie przerywało biegu przedawnienia roszczeń z umowy cesji lub przejęcia długu (niezależnie którą instytucję się stosuje w stanie faktycznym sprawy). Tym bardziej, iż powód w zawezwaniu żądał zapłaty wynagrodzenia w wysokości 695.815,79 zł, wskazując jednoznacznie, iż kwota ta stanowi wartość

wynagrodzenia z tytułu zamówionych przez pozwanego robót budowlanych, tymczasem w niniejszym postępowaniu Sąd zasądził powodowi kwotę 216.324,47 zł z tytułu nieuiszczonej przez pozwanego ceny sprzedaży wierzytelności, a zatem ani zasądzone roszczenie ani tytuł z jakiego została kwota roszczenia nie odpowiadają treści zawezwania do próby ugodowej;

- błędną ocenę, iż pozwana, akceptując przez swojego przedstawiciela faktury wystawione przez powoda za wykonanie prac objętych pozycjami 1-3 załącznika do umowy z dnia 8.02.2011 r., a następnie dokonując z tytułu tych faktur płatności dawała swoim zachowaniem przesłanki do uznania przez powoda, że jest ona świadoma swojego długu, a nadto, że spełni swoje świadczenie, skoro dotychczas regulowała go na bieżąco w częściach, niezależnie od tego, czy regulowanie to miało charakter zaliczek, skoro pozwana miała świadomość ostatecznego sposobu ustalenia wysokości roszczenia, podczas gdy taka ocena jest nielogiczna, albowiem częściowa zapłata długu może być traktowana jako uznanie niewłaściwe długu, ale tylko wówczas, gdy faktura opiewa na całą kwotę zobowiązania a dłużnik spełnia jedynie jego część. Okoliczność, iż pozwana akceptowała częściowe rozliczenia powoda i opłacała poszczególne faktury nie może świadczyć o tym, iż uznawała jego roszczenie w całej wysokości dochodzonej pozwem, tym bardziej, iż na etapie zapłaty poszczególnych faktur powód nie przedstawił pozwanej kosztorysu powykonawczego i wysokość tej kwoty w momencie zapłaty za poszczególne faktury nie była znana. Logiczne i uzasadnione w tym stanie faktycznym jest jedynie przyjęcie, iż pozwana akceptując i uiszczając należności z wystawianych faktur przerywała bieg przedawnienia tylko w zakresie kwot wskazanych na wystawionych fakturach.

2. naruszenie prawa materialnego, tj.:

a) art. 519 k.c. poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, iż inwestor jako dłużnik nie mógł zawrzeć z pozwaną jako przejmującym umowę o przejęcie długu, albowiem inwestor nie został zwolniony z długu, gdyż wynagrodzenie za wykonane prace zapłacić miał w formie ryczałtowej - pozwanej, podczas gdy należało ocenić, iż wolą stron było zawarcie umowy o odpłatne przejęcie długu, na podstawie której w dniu 7.02.2011 r. pozwana zobowiązała się wobec inwestora do uregulowania za nią długu w zamian za odpłatne świadczenie w wysokości określonej w tej umowie, co nie stoi jednak w sprzeczności z istotą przejęcia długu, albowiem może mieć ona charakter odpłatny, a jej istotą jest jedynie to, iż dotychczasowy dłużnik jest zwolniony z uiszczenia świadczenia na rzecz wierzyciela, albowiem zobowiązanie to przejmuje osoba trzecia i taka sytuacja miała miejsce w stanie faktycznym niniejszej sprawy.

b) naruszenie art. 509 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i niezasadne przyjęcie, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy powód zawarł z pozwaną umowę cesji wierzytelności, podczas gdy między stronami doszło do zawarcia umowy o przejęcie długu, czego wyrazem były zarówno postanowienia w umowie z dnia 7.02.2011 r. między pozwaną a dłużnikiem (§ 7 lit. q), jak również w umowie z dnia 8.02.2011 r. między powodem a pozwaną, z których wynikało, iż to pozwana ureguluje dług jaki wobec powoda posiadał inwestor (...) Spółka z o.o. (dłużnik) (§3 ust. 1 lit. b)

c) art. 483 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe przyjęcie, iż postanowienia umowy z dnia 8.02.2011 r. w zakresie regulacji dotyczącej kary umownej zawartej w § 11 ust. 1 lit b i c były nieważne na mocy art. 58 § 1 k.c. , albowiem postanowienia te uzależniały wysokość kar umownych od ilości dni opóźnienia powoda w zakończeniu całości prac w stosunku do terminu umownego oraz zakończeniu odrębnego etapu prac w stosunku do przewidzianego terminu ich zakończenia, jednak nie określiły do kiedy taka kara może być naliczana czy też do jakiej ostatecznie wysokości można by ją zaliczać, tak więc obiektywnie rzecz biorąc żadna ze stron nie mogła w chwili jej zawierania wiedzieć ile wyniesie wysokość kary umownej, gdyż wysokość ta zależała od zdarzenia przyszłego i niepewnego jakim było opóźnienie w wykonaniu całości prac lub opóźnienie w wykonaniu poszczególnych ich etapów, podczas gdy prawidłowa wykładnia art. 483 k.c. winna prowadzić do wniosku, iż zwarte w art. 483 § 1 k.c. pojęcie „określona suma” nie oznacza, iż strony zastrzegając ją w umowie musiały ustalić jej konkretną wysokość, gdyż określenie kary może nastąpić przez wskazanie kryteriów, którymi posługując się, możliwym będzie wskazanie sumy, jaką dłużnik zobowiązany będzie zapłacić wierzycielowi (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2008 r., II CSK 428/07, LEX nr 621799), tym bardziej, iż tak jak w realiach niniejszej sprawy ustalenie kwoty było tylko czynnością arytmetyczną, a co więcej wysokość kary umownej była całkowicie zależna od powoda i od wielkości jego opóźnienia i co więcej powód całkowicie akceptował takie ustalenia, albowiem uznał roszczenie pozwanej o karę umową do wysokości 89.249 zł,

wnosząc pozew oświadczył, iż wartość przedmiotu sporu pomniejszył o karę umowną w tej wysokości (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2008 r., II CSK 428/07, LEX nr 621799). Niezasadna jest zatem argumentacja, iż wysokość kary umownej zależała od zdarzenia przyszłego i niepewnego, jakim było opóźnienie w wykonaniu prac przez powoda, albowiem kara umowna za każdy dzień opóźnienia realizacji zobowiązania niepieniężnego pełni taką samą rolę jak odsetki za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania pieniężnego, które podobnie jak tak skonstruowana kara umowa liczone są za każdy dzień opóźnienia, a wielkość tego opóźnienia podobnie jak w zastosowanej umowie konstrukcji kary umownej zależna jest od dłużnika, który decyduje jakie jego opóźnienie przyjmie rozmiary.

d) art. 481 § 1 i 2 k.c. poprzez błędną wykładnię, iż powodowi za cały okres opóźnienia tj. od dnia 14 sierpnia 2013 r. do dnia zapłaty należą się odsetki ustawowe za opóźnienie, podczas gdy prawidłowo Sąd winien zasądzić od zasądzonej kwoty odsetki ustawowe za okres od dnia 14 sierpnia 2013 r. do 31 grudnia 2015 r. i odsetki ustawowe za opóźnienie od 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty. Prawo nie może działać wstecz, przed datą 31 grudnia 2015 r. nie obowiązywały odsetki ustawowe za opóźnienie dlatego w okresie od 14 sierpnia 2013 r. do 31 grudnia 2015 należało zasądzić odsetki ustawowe.

Z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów zwartych pod lit. a i b powyżej zarzucono naruszenie prawa materialnego :

e) art. 536 § 1 k.c. poprzez niewłaściwe przyjęcie, iż w § 3 ust. 1 lit. b umowy z dnia 8.02.2011 r., strony określiły cenę nabytej wierzytelności ustalając, iż wyceny dokona powód w oparciu o wskaźniki określone przy cenie ryczałtowej podczas gdy takie ustalenie ceny nabywanej wierzytelności nie spełnia wymogów art. 536 § 1 k.c., albowiem określenie ceny przewidziane w art. 536 § 1 k.c. może być wprowadzone dokonane przez jedną ze stron umowy sprzedaży, jeżeli skonkretyzowane zostały i uzgodnione warunki i termin wykonania tej czynności (Tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 17.07.2014 r. sygn. akt I Aca 136/14), a ponadto o ile zgodnie z art. 536 § 1 k.c. istnieje możliwość wskazania podstaw do ustalenia ceny, przy czym zgodnie z prawidłową wykładnią art. 536 § 1 k.c. podstawy do ustalenia ceny muszą być stabilne i konkretnie i jednoznacznie określone, a takich warunków nie spełnia ustalenie, iż „wyceny dokona powód w oparciu o wskaźniki określone przy cenie ryczałtowej”, albowiem takie wskaźniki nie zostały przez strony ustalone ani w umowie pisemnej ani ustnie, a ponadto Sąd I instancji prawidłowo ustalił w stanie faktycznym, iż strony „nie ustalały przy tym między sobą precyzyjnie kwestii kosztorysu obejmującego prace z pozycji 1-3”, czego wyrazem było również sporządzenie przez biegłego wyceny w kilku wariantach, z uwagi na brak możliwości ustalenia ceny wierzytelności na podstawie ustaleń dokonanych przez powoda i pozwaną;

d) art. 535 k.c. w zw. z art. 536 k.c. poprzez nieprawidłowe przyjęcie, iż między powodem a pozwaną doszło do zawarcia umowy sprzedaży wierzytelności, podczas gdy należało przyjąć iż taka umowa jest nieważna, albowiem strony nie określiły ceny sprzedaży, ani nie wskazały podstaw do jej ustalenia, a zatem nie ustalono elementu przedmiotowo istotnego umowy sprzedaży, co winno skutkować przyjęciem nieważności takiej umowy.

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego w części wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej zwrotu kosztów postępowania za pierwszą i drugą instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach procesu.

Z ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia przez Sąd II instancji apelacji pozwanego złożono wnioski o rozłożenie zasądzonej należności na 12 rat w ten sposób, że:

- tytułem 1 raty w terminie 2 miesięcy od dnia wydania prawomocnego rozstrzygnięcia pozwana zapłaci powodowi całą należność tytułem zasądzonych odsetek od kwoty 216.324,47 zł od dnia 14 sierpnia 2013 r. do dnia zapłaty;
- tytułem 11 kolejnych rat począwszy od 3 miesiąca po wydaniu prawomocnego rozstrzygnięcia do 10 dnia każdego kolejnego miesiąca pozwana zapłaci powodowi 19.665,86 oraz tytułem 12 raty kwotę 19.665,87 zł.

Co do następstwa prawnego pozwana wskazała, że doszło do przekształcenia podmiotowego po stronie pozwanej, jako że w miejsce pozwanej na skutek następstwa prawnego weszła „Spółka (...) spółka jawna” nr KRS (...) z siedzibą w K. przy ul. (...) (...)-(...) K..

W dniu 1 grudnia 2017 r. M. K. zawarła umowę spółki z J. G., wnosząc do spółki w całości i bez żadnych wyłączeń swoje przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55⁽¹⁾ k.c. działające pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe (...) z siedzibą w K. prowadzone dotychczas przez siebie (§7 ust. 1 lit. a umowy spółki jawnej).

Następnie pozwana wyjaśniła, że apelację wnosi jako osoba fizyczna.

W odpowiedziach na apelacje obie strony wzajemnie wnosiły o oddalenie apelacji strony przeciwnej i o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, przy czym powód podzielił zarzut co do wadliwości orzeczenia o odsetkach.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Obie apelacje okazały się nieuzasadnione co skutkowało ich oddaleniem co do istoty sprawy oraz zniesieniem pomiędzy stronami kosztów postępowania apelacyjnego na podstawie art. 385 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. i art. 100 k.p.c. Zmianie uległo jedynie oznaczenie rodzaju zasądzonych odsetek.

Sąd Okręgowy ustalił, że powód i pozwana zgodzili się na to, by pozwana jako nowy generalny wykonawca na rzecz inwestora (...) sp. z o.o. w S. rozliczyła się z J. N. z tytułu wykonanych przez niego dotychczas robót (na rzecz tegoż inwestora), a ponadto, że powód na podstawie umowy z 8.02.2011 r. wykona jako podwykonawca roboty opisane w załączniku nr 1.

Zgodnie z umową z 8.02.2011 r. i jej załącznikiem nr 1, prace wskazane w nim w podpunktach 1 – 3 obejmowały te roboty, które już wykonał powód na rzecz inwestora, a miały zostać rozliczone przez pozwaną kosztorysem powykonawczym sporządzonym przez powoda w uzgodnieniu z pozwaną (§ 3 umowy). Natomiast pozostałe prace, jako na nowo zlecone powodowi przez pozwaną a opisane w załączniku nr 1 w podpunktach od 4 – 11 (k. 15) miały zostać zapłacone według ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego w kwocie 815.360 zł netto.

Sąd a quo ustalił w oparciu o opinie biegłego, że wykonane przez J. N. prace (pozycje 1 - 3) miały wartość 550.300,43 zł netto (594.324,47 zł brutto).

Co do prac objętych wynagrodzeniem ryczałtowym Sąd Okręgowy wskazał, że umowa określała harmonogram poszczególnych prac, cenę ryczałtową etapów prac i konieczność dokonania ich odbioru po wcześniejszym zawiadomieniu, a także daty wykonania robót (§ 10). Z kolei w § 11 umowy przewidziano możliwość obciążenia powoda karami umownymi m.in. za: 1) opóźnienie w zakończeniu całości robót (§ 2 pkt 1 określił termin na 20.04.2011 r.); 2) opóźnienie w zakończeniu odrębnego etapu prac wyszczególnionych w harmonogramie – załącznik nr 1; 3) opóźnienie w usunięciu wad.

Z tytułu prac wcześniej wykonanych a mających zostać rozliczonych kosztorysowo, w dniu 18.02.2011 r. powód wystawił fakturę zaliczkową ((...)) na kwotę 200.000 zł netto (216.000 zł brutto), którą pozwana opłaciła 21.02.2011 r. Sąd a quo ustalił, że w grudniu 2010 r. i lutym 2011 r. z uwagi na niskie temperatury kierownik budowy wstrzymał prace prowadzone przez powoda, ale pozwana nie zaakceptowała proponowanej zmiany terminów umownych dla wykonania całości lub części prac. Ostatecznie prace zostały odebrane 31.05.2011 r., zaś pozwana zapłaciła powodowi wynagrodzenie ryczałtowe kwocie 815.360 zł.

W zakresie prac wcześniej wykonanych (poz. 1-3 załącznika nr 1) powód sporządził kosztorys 9.12.2011 r. na kwotę 970.629,41 zł netto, na którą składały się: 149.769,36 zł jako koszt urządzenia placu budowy, 800.389,21 zł za wykopy, podkłady fundamenty i ściany piwnic klatek A B C D E, 20.470,84 zł na drenaż.

Pozwana 12.12.2011 r. w oparciu o § 11 ust. 1 b) umowy z 8.02.2011 r. wezwała powoda o karę umowną w kwocie 200.576 zł z tytułu przekroczenia o 41 dni terminu wykonania prac (20.04.2011 – 31.05.2011 r.).

Pozwana z tytułu prac objętych wynagrodzeniem kosztorysowym (poz. 1 – 3) uiściła z f-ry (...) kwotę 162.000 zł brutto (72.000 zł w dniu 25.01.2012 r., 40.000 zł w dniu 13.02.2012 r., 30.000 zł w dniu 22.02.2012 r., 20.000 zł w dniu 16.03.2012 r.). Dnia 29.02.2012 r. powód wezwał pozwaną do zapłaty kwoty 628.629,41 zł netto z tytułu wynagrodzenia kosztorysowego po uwzględnieniu zapłaconych już z tego tytułu kwot 342.000 zł z f-r (...) i (...).

Wnioskiem z 18.04.2013 r. nadanym do Sądu Rejonowego 25.04.2013 r. powód wezwał pozwaną do próby ugodowej w zakresie kwoty 695.815,79 zł z ustawowymi odsetkami od 15.01.2012 r., zaś 13.08.2013 r. zakończyło się to postępowanie.

Jak ustalił Sąd I instancji w dniu 12.08.2016 r. powód wniósł w sprawie niniejszej pozew o kwotę 606.566,79 zł z tytułu wynagrodzenia za wykonanie robót z pozycji 1 – 3 załącznika nr 1 do umowy z 8.02.2011 r., zaś pozwana po otrzymaniu nakazu zapłaty w oświadczeniu z 6.09.2016 r. potrąciła karę umowną w kwocie łącznej 234.705 zł, na podstawie § 11 ust. 1 c) kwotę 109.431 zł za 38 dni opóźnienia w udzieleniu kaucji gwarancyjnej.

Powód kompensaty nie uznał podnosząc zarzut nieistnienia wierzytelności, przedawnienia, a nadto wskazał, że pozwana żądania kary umownej na podstawie § 11 ust. 1 c) nigdy nie formułowała.

Rozstrzygając o roszczeniu powoda i zarzutach stron Sąd I instancji wskazał że:

1) kwestie opóźnień powoda w wykonaniu prac i ich przyczyny pozostają bez znaczenia, pomimo naliczania przez pozwaną kary umownej i zgłoszenia zarzutu potrącenia w kwocie 234,705 zł oraz uznania zasadności kary umownej przez powoda w zakresie kwoty 89.249 zł a także zarzutu jej miarkowania, gdyż potrącenie było nieskuteczne wobec oceny dokonanej przez Sąd Okręgowy, że strony w § 11 ust. 1 umowy nieskutecznie zastrzegły samą karę umowną.

W tym zakresie Sąd a quo wyjaśnił, że w oparciu wykładnię art. 483 § 1 k.c., art. 484 § 1 k.c. i art. 473 k.c. należało przyjąć, że określenie kary umownej w § 11 ust. 1 b) i c) nie było jednoznaczne i możliwe do ustalenia przez strony a wysokość kary zależna była jedynie od ilości dnia opóźnienia całości prac lub odrębnego ich etapu, przy czym nie wskazano do kiedy ona może być naliczana i do jakiej maksymalnej wysokości, a zatem teoretycznie mogła mieć ona wysokość nieograniczoną, co stoi w sprzeczności z art. 483 § 1 i 484 § 1 k.c. i jako postanowienie nieważne na mocy art. 58 § 1 k.c. było nieskuteczne.

Dodatkowo wskazał Sąd, że nawet przy uznaniu skuteczności tego zastrzeżenia umownego, kumulatywne zastosowanie i naliczenie kary umownej na podstawie § 11 ust. 1 b) i c) (za opóźnienie poszczególnych etapów i końcowego terminu) byłoby sprzeczne z art. 5 k.c. i nie można udzielić ochrony prawnej stronie w takiej sytuacji;

2) przedmiotem rozstrzygnięcia wobec tego było żądanie zapłaty wynagrodzenia za wykonane przez powoda prace, przy czym, co do prac od 1 – 3 załącznika nr 1 wynagrodzenie być powinno kosztorysowe, a co do prac 4 – 11 załącznika nr 1 wynagrodzenie było ryczałtowe 815.360 zł i nie było objęte powództwem.

W tym zakresie Sąd a quo uznał, że powód przeniósł swą wierzytelność wobec inwestora za roboty poz. 1–3 na pozwaną (art. 509 k.c.), która zobowiązała się spłacić powoda, a zatem przysługiwała jej legitymacja bierna w sprawie, zaś wysokość tej należności miała zostać określona kosztorysem powykonawczym przez powoda (wykonawcę), przy zastosowaniu wskaźników z § 4 umowy. Weryfikując prawidłowość tego wyliczenia Sąd a quo posłużył się opinią biegłego i ustalił, że wynagrodzenie to powinno wynieść kwotę 594.324,47 zł brutto za prace objęte poz. od 1 – 3 załącznika nr 1, zaś uwzględniając kwoty wcześniej z tego tytułu już zapłacone, do zapłaty pozostała kwota 216.324,47 zł brutto (594.324,47 zł – 378.000 zł).

Ustalając datę wymagalności tego roszczenia Sąd wskazał, że zgodnie z art. 455 k.c. roszczenie powoda stało się wymagalne dopiero w chwili dojścia do pozwanej wniosku o zawezwanie do próby ugodowej, bowiem wcześniejsze

wezwania z 9.12.2011r. (k. 44) i z 29.02.2012r. (k. 125) były bezskuteczne. Jednak data ta nie była możliwa do ustalenia na podstawie akt sprawy, zatem Sąd a quo przyjął, że roszczenie to stało się wymagalne najpóźniej 13.08.2013 r., kiedy to odbyło się posiedzenie pojednawcze w sprawie VI GCo 369/13, a zatem zasądzono kwotę 216.324,47 zł z odsetkami od 14.08.2013 r.

Co do zarzutu pozwanej o przedawnieniu tego roszczenia Sąd a quo zauważył, że choć z mocy art. 555 k.c. i 554 k.c. do sprzedaży praw (cesja wierzytelności) stosować należy odpowiednio przepisy o sprzedaży rzeczy, gdzie zastosowanie ma 2 letni termin przedawnienia, to jednak w okolicznościach tej sprawy powód zbył pozwanej wierzytelność w ramach prowadzonej działalności gospodarczej ale nie w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa. Zatem zastosowanie będzie miał termin 3 lat przedawnienia z art. 118 k.c., a nie 2 lat z art. 554 k.c.

Ponieważ powód już 8.02.2011 r. mógł sporządzić kosztorys prac wcześniej wykonanych (poz. 1 – 3), to żądanie zapłaty uległby przedawnieniu z dniem 8.02.2014 r. (art. 120 § 1 k.c.). Zgodnie zaś z art. 123 § 1 pkt 1 i 2 k.c. termin przedawnienia przerywa m.in. zawezwanie do próby ugodowej jak i uznanie roszczenia. Sąd I instancji uznał, że płatności dokonane przez pozwaną na podstawie f-r (...) i (...), co do prac pozycje 1 – 3, stanowiły przejaw uznania roszczeń i przerwały bieg ich przedawnienia odpowiednio 21.02.2011 r., 25.01.2012 r., 13.02.2012 r., 22.02.2012 r. i 16.03.2012 r., a zatem termin 3 lat przedawnienia zaczął biec na nowo i uległ zakończeniu 16.03.2015 r.

Jednakże powód złożył (k. 127) w dniu 25.04.2013 r. wniosek o zawezwanie do próby ugodowej, a zatem doszło do przerwania biegu przedawnienia, który ponownie zaczął bieg od 13.08.2013 r. (posiedzenie sądu) i upłynąłby 13.08.2016 r., gdyby powód nie złożył w sprawie niniejszej pozwu z dnia 12.08.2016 r. (k.131). W ocenie Sądu a quo analiza treści wniosku o zawezwanie do próby ugodowej (k.126) prowadziła do wniosku, że obejmował on żądanie zapłaty wynagrodzenia kosztorysowego za prace z pozycji 1 – 3, a zatem w tym zakresie zarzut pozwanej co do przedawnienia roszczenia Sąd a quo ocenił jako niezasadny.

Uznając za bezzasadne żądanie pozwu w dalszym zakresie, m.in. kwoty 184.216,31 zł brutto (koszt urządzenia placu budowy i makroniwelacji) Sąd a quo uznał, że prace te nie są związane bezpośrednio z punktami 1 – 3 załącznika nr 1 do umowy z dnia 8.02.2011 r. i nie były przedmiotem umowy przelewu wierzytelności, a zatem powodowi przysługiwałyby roszczenia na podstawie art. 405 i n. k.c. nie wobec pozwanej a ewentualnie wobec inwestora. Sąd uwzględnił tylko tę część prac określanych przez strony jako urządzenie placu budowy, które biegły sądowy ocenił jako pozostające w związku z zakresem prac wskazanych w pozycjach 1 – 3 załącznika nr 1 do umowy z 8.02.2011 r.

Żadna ze stron postępowania nie akceptowała w pełni ani ustaleń faktycznych Sądu a quo ani prawnej ich oceny podnosząc liczne zarzuty w tym zakresie.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zaskarżone rozstrzygnięcie odpowiada prawu co do zasadniczej części a zarzuty obu apelacji okazały się niezasadne. Trafnie jedynie zarzucono wadliwość rozstrzygnięcia co do odsetek.

Należało podzielić ustalenia faktyczne i prawną ich ocenę, która została przedstawiona przez Sąd a quo w pisemnym uzasadnieniu, dlatego zbędne jest szczegółowe przytaczanie tego stanowiska przez Sąd II instancji. Jedynie w zakresie oceny skutkującej nieuwzględnieniem zarzutu potrącenia Sąd Apelacyjny przyjął nieco inne stanowisko, to jednak pozostało bez wpływu na końcowe rozstrzygnięcie sprawy, o czym mowa będzie w dalszej części uzasadnienia

Odnosząc się do apelacji powoda wskazać wypada, że niezasadnie kwestionuje się w niej zakres uwzględnionego roszczenia, bowiem Sąd a quo prawidłowo ustalił, że podstawą żądań powoda były zapisy umowy z 8.02.2011 r., która stanowiła w § 3 ust. 1 (a, b, c) o wysokości należnego powodowi wynagrodzenia oraz jego charakterze czy sposobie obliczenia. Ponieważ nie było sporu co do tego, że ustalone umową wynagrodzenie ryczałtowe za prace od poz. 4 – 11 załącznika nr 1 (k. 15) w kwocie 815.360 zł netto zostało uregulowane, należało rozsądzić w jakim zakresie pozwana powinna uregulować na rzecz powoda wynagrodzenie za prace wcześniej wykonane, które miały zostać rozliczone kosztorysem powykonawczym (§ 3 ust. 1 b) umowy z 8.02.2011 r., k. 12) a ich zakres wynikał z punktów 1, 2 i 3 załącznika nr 1 do umowy z 8.02.2011 r. (k. 15).

Nie ulega przy tym wątpliwości, że pozwana przyjęła na siebie odpowiedzialność za tę wierzytelność powoda na podstawie umowy z 8.02.2011 r., co pozostaje zgodne z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353⁽¹⁾ k.c. oraz nie sprzeciwia się zasadom właściwym dla instytucji przelewu wierzytelności (art. 509 k.c.). Jednakże jak trafnie przyjął Sąd a quo przedmiotem umowy z 8.02.2011 r. a tym samym, i zobowiązania pozwanej w zakresie uiszczenia na rzecz powoda wynagrodzenia kosztorysowego były tylko te prace, które opisano dość ogólnie w § 3 ust. 1 b) umowy w zw. z punktem 1, 2 i 3 harmonogramu do umowy, nie zaś bliżej niesprecyzowane roboty już wykonane przez powoda, o których mowa była w § 7 q) umowy z 7.02.2011 r. zawartej pomiędzy inwestorem ((...)) a pozwaną (k. 252 i n.).

Bliższa analiza umowy z 7.02.2011 r. nie pozwala na ustalenie, że spełniała ona warunki formalne i merytoryczne niezbędne do zakwalifikowania jej jako umowy przejęcia długu z art. 519 § 1 pkt 2 k.c. z przyczyn, na które wskazywał już Sąd I instancji, ale także i dlatego, że w umowie tej brak jasnego postanowienia co do zwolnienia z długu dotychczasowego dłużnika ((...)), co jest istotą tej instytucji prawa cywilnego. Wręcz przeciwnie zaś w uzgodnieniach stron tej umowy (punkt IV. Umowy z 7.02.2011 r. k. 252) wskazano, że „z uwagi na to że realizacja przez wykonawcę (M. K.) przedmiotu niniejszej umowy stanowić będzie kontynuację robót poprzedniego wykonawcy, z którym zamawiający zakończył współpracę strony ustalają, iż wykonawca ponosi odpowiedzialność za roboty wykonane przez poprzedniego wykonawcę (J. N.), w szczególności za zobowiązania wynikające z rękojmi i gwarancji. Tym samym wykonawca (M. K.) przystępuje do długu poprzedniego wykonawcy w stosunku do zamawiającego ((...)) w zakresie przedstawionym powyżej”.

Mowa tu więc nie o przejściu długu przez M. K. wobec J. N. co do należnego mu od (...) wynagrodzenia za prace wykonane lecz o przystąpieniu M. K. obok J. N., na zasadzie solidarności dłużników do długu wobec wierzyciela (...), w odniesieniu do zobowiązań wynikających z rękojmi i gwarancji. Zatem w ten sposób inwestor zapewnił sobie dodatkowe zabezpieczenie w zakresie współodpowiedzialności M. K. (nowy wykonawca) za właściwie wykonane prace przez J. N. (poprzedni wykonawca). Tak określone celowi umowy nie sprzeciwia się treść § 7 q) umowy (k. 256), bowiem wskazano tam jeden z wielu obowiązków wykonawcy (M. K.) jakim było przejście i rozliczenie robót już wykonanych przez poprzedniego wykonawcę (J. N.).

Formuła § 7 q) tej umowy w połączeniu z klauzulą punktu IV. nie pozwala na przyjęcie za zasadną koncepcji co do przejęcia długu inwestora wobec dotychczasowego wykonawcy, skoro jego wysokość nie jest ustalona, a wskazuje się w umowie jednocześnie o przystąpieniu nowego wykonawcy do długu dotychczasowego wykonawcy wobec inwestora z tytułu rękojmi i gwarancji, a nadto brak jakiegokolwiek stwierdzenia co do zwolnienia z długu po stronie inwestora i jego przejściu przez nowego wykonawcę. W § 7 q) mowa o przejściu i rozliczeniu robót wykonanych przez J. N., co równie dobrze mogło oznaczać konieczność dokonania oceny zakresu i jakości ich wykonania jak i przyjęcia za nie odpowiedzialności, jako że chodzi o funkcjonowanie obiektu jako całości inwestycyjnej. Koncepcji przejęcia długu inwestora przez nowego wykonawcę wobec dotychczasowego wykonawcy przeczy także i ta okoliczność, że istotą instytucji przejęcia długu jest jedynie zmiana po stronie dłużnika i pozostawienie bez zmian samego stosunku umownego. Tymczasem porównanie umowy z 7.02.2011 r. z umową wcześniej łączącą J. N. z (...) z dnia 20.09.2010 r. (k. 721 i n.) wskazuje na istotne zamiany co do zakresu prac, terminów ich zakończenia oraz ustalonych wartości poszczególnych prac.

Nie sposób też pominąć faktu, że J. N. miał od inwestora uzyskać wynagrodzenie ustalone ryczałtowo (załącznik nr 2, k. 731), podobnie jak M. K. w oparciu o umowę z inwestorem z 7.02.2011 r. (k. 260), gdy tymczasem istotą umowy powoda i pozwanej z dnia 8.02.2011 r. było rozliczenie robót wykonywanych(uprzednio) przez powoda a opisanych w punktach 1, 2 i 3 załącznika nr 1 do tejże umowy (k. 15) na podstawie kosztorysu powykonawczego a nie ryczałtowo.

Tym samym więc można mówić o zbyciu wierzytelności powoda na rzecz pozwanej, której wysokość miała zostać ustalona kosztorysem, a zatem w sposób pozwalający na określenie wymiaru przedmiotu cesji. Zbycie wierzytelności, która nie jest oznaczona dokładanie w umowie jest skuteczne, jeżeli można ją określić na podstawie treści stosunku zobowiązaniowego, z którego ta wierzytelność wynika. Kwestię tę Sąd a quo prawidłowo ustalił i trafnie ocenił, a zatem zarzuty apelacji powoda w tym zakresie nie mogły odnieść skutku.

Nietrafnie też zarzuca powód, że Sąd a quo dopuścił się błędów w ustaleniach faktycznych i poprzedzających je ocenach dowodów, czy też poprzez niezasadne oddalenie wniosków dowodowych, bowiem w ocenie Sądu Apelacyjnego prawidłowo i wszechstronnie dokonana przez Sąd a quo ocena dowodów, zwłaszcza opinii biegłego, stanowiła właściwą podstawę do wydanego w sprawie trafnego rozstrzygnięcia.

Sąd Apelacyjny nie dostrzegł żadnych mankamentów analizy i wnioskowania Sądu a quo, nie sposób też zarzucić braku logiki w wiązaniu faktów i ocenie ważkości poszczególnych dowodów. Nie ma też dostatecznych podstaw do kwestionowania opinii biegłego, który fachowo i rzetelnie wykonał zleczone mu przez Sąd a quo obowiązki a przedstawione wnioski w istocie nie doczekały się kontrargumentacji stron. Podkreślić przy tym należy, jak słusznie zauważył Sąd a quo, że tam gdzie brak było dostatecznych dowodów biegły mógł i musiał bazować na doświadczeniu zawodowym by przyjąć istnienie obiektywnych kryteriów dla obliczeń zakresu i wysokości robót wykonanych przez powoda.

Sąd Apelacyjny w całości zatem aprobuje wszystkie ustalenia, oceny i prawne ich konsekwencje w zakresie dotyczącym stwierdzenia, że zgodnie z umową stron z 8.02.2011 r. pozwana powinna uregulować na rzecz powoda wynagrodzenie kosztorysowe za prace opisane w załączniku nr 1 pod pozycjami od 1 – 3 w kwocie 594.324,47 zł brutto. Uwzględniając zatem kwoty już zapłacone, tj. 378.000 zł, zasadne okazało się rozstrzygnięcie Sądu a quo o zasądzeniu na rzecz powoda dalszej kwoty 216.324,47 zł i o oddaleniu powództwa w pozostałym zakresie.

Apelacja pozwanej okazała się zasadna jedynie w części odnoszącej się do zasądzonych odsetek za opóźnienie i w tym zakresie wyrok Sądu I instancji podlegał zmianie na podstawie art. 386 § 1 k.p.c., zaś w pozostałym zakresie apelację pozwanej należało oddalić na podstawie art. 385 k.p.c.

Niezasadnie zarzuca pozwana wadliwość ustaleń faktycznych i oceny dowodów, zwłaszcza opinii biegłego; na co już Sąd Apelacyjny wskazywał uprzednio, ale także i dlatego, że biegły stosował wskaźniki do wyceny, które oprócz tego że miały oparcie w § 4 umowy stron, co wydaje się zgodne z wolą stron i odpowiada logice umowy to jeszcze pozostawało zgodne ze stawkami rynkowymi, a więc jak wskazał biegły i Sąd a quo wycena miała charakter obiektywnie usprawiedliwiony okolicznościami sprawy oraz warunkami rynkowymi, a zatem w istocie wyceniono prace zgodnie z dostępną dokumentacją, zasadami ekonomiki procesu budowlanego oraz cennikami obowiązującymi na rynku w okresie umownym a także zgodnie z wiedzą techniczną i doświadczeniem zawodowym biegłego.

Opinia biegłego, podobnie jak inne dowody podlega ocenie na podstawie art. 233 § 1 k.p.c., jednakże z uwagi na specyfikę tego dowodu, który stanowi przejaw posiadanej przez biegłego wiedzy specjalistycznej niezbędnej do zastosowania i posłużenia się nią dla rozstrzygnięcia przez sąd sporu prawnego, analiza tego dowodu prowadzona być musi zwłaszcza przez pryzmat mocy przekonywania argumentacji użytej przez biegłego, spójności założeń i wniosków opinii oraz ważkości ewentualnych zarzutów do opinii zgłaszanych przez strony.

Zarówno w ocenie Sądu a quo jak i Sądu II instancji opinia biegłego sporządzona w tej sprawie stanowi rzetelną i wystarczającą podstawę dla rozstrzygnięcia, zaś jej walory Sąd I instancji właściwie rozpoznał i w granicach swobodnej oceny dowodów zasadnie uczynił oparciem dla podjętego rozstrzygnięcia.

Sąd Apelacyjny już wyraził swój pogląd prawny co do charakteru umowy stron i źródła legitymacji procesowej pozwanej w kontekście wykładni art. 509 i 519 k.c., a zatem nie mogły odnieść skutku wywody pozwanej upatrujące w stosunku zobowiązaniowym stron cech umowy przejścia długu inwestora w kwocie 300.000 zł tylko dlatego, że taki ryczałt przyjęto w umowie z 7.02.2011 r. pomiędzy pozwaną a inwestorem za bliżej nieopisane prace wykonane przez J. N.. Trafnie zatem uczynił Sąd a quo przyjmując za uzasadnioną kwotę ustaloną przez biegłego z uwzględnieniem jednak oceny co do zasadności zmniejszenia wynagrodzenia z uwagi na nieudowodnienie użycia sprzętu o określonych parametrach co zwiększało koszt robót. W całości więc przedstawiona ocena i argumentacja Sądu a quo nie jest niezgodna z zasadą swobodnej oceny dowodów i powinna się ostać jako prawidłowa podstawa rozstrzygnięcia.

Sąd Apelacyjny nie podziela także zarzutów pozwanej co do wadliwości dokonanej przez Sąd a quo oceny, że roszczenie powoda nie uległo przedawnieniu. Wskazać należy na w pełni prawidłowe w tym zakresie ustalenia faktyczne Sądu a quo tak co do wymagalności tych roszczeń od 8.02.2011r. kiedy to powód miał już podstawy do skosztorysowania prac przez siebie uprzednio wykonanych jak i co do zdarzeń, które zgodnie z art. 120 § 1 k.c. i art. 123 § 1 k.c. w zw. z art. 118 k.c. i art. 124 § 1 i 2 k.c. powodowały przerwę w biegu 3 letniego terminu przedawnienia roszczeń powoda.

Wskazać należało, że powód już w wezwaniu do zapłaty z dnia 29.02.2012 r. wskazał na wysokość wyliczonego przez siebie w dniu 9.12.2011 r. (k. 44) kosztorysowo wynagrodzenia, a pismo to pozwana odebrała 12.03.2012r. (k. 125) i nie wykazała za pomocą dowodów obiektywnych, że kwestionowała to wyliczenie, a ponadto w części je uregulowała fakturą zaliczkową z 18.02.2011 r. ((...)) oraz na podstawie faktury z 6.01.2012 r. ((...)) w kwocie 162.000 zł, co do której płatności zostały opisane jako częściowo elementy 1, 2, 3 (k. 117), a która została opłacona przez pozwaną kwotami 72.000 zł, 40.000 zł, 30.000 zł, 20.000 zł odpowiednio w dniach: 25.01.2012 r., 13.02.2012 r., 22.02.2012 r. i 16.03.2012 r. (k. 119 – 122).

Sporządzony kosztorys (k. 44) odebrała pozwana 10.12.2011 r. (k. 44a) i nie zgłaszała zastrzeżeń, a zatem wpłaty dokonane przez pozwaną od 25.01.2012 r. stanowiły dowód uznania roszczeń powoda i spowodowały przerwę biegu ich przedawnienia, jak słusznie przyjął Sąd a quo.

Uznanie niewłaściwe jest oświadczeniem wiedzy zobowiązanego i wyrazem jego świadomości co do istnienia skierowanego przeciwko niemu roszczenia, może mieć ono postać wypowiedzi lub innego działania (np. częściowa zapłata, prośba o prolongatę, oświadczenie o potrąceniu). Uznanie niewłaściwe nie musi precyzować wielkości uznanego roszczenia, ale jeżeli dłużnik zastrzega, że uznaje tylko część roszczenia, co wymaga złożenia jasnej w tym zakresie deklaracji, to wówczas bieg przedawnienia przerywa się tylko do tej części. Zatem wnioskować co do nieuznania określonej części roszczenia nie sposób inaczej jak tylko poprzez złożenie przez dłużnika stosownego w tym zakresie oświadczenia, nie zaś poprzez milczącą stopniową regulację części roszczenia.

Trafnie więc przyjął Sąd a quo w okolicznościach tej sprawy, że bieg przedawnienia roszczeń powoda z tytułu wynagrodzenia kosztorysowego przerwany został przez częściowe spłaty na podstawie faktur (...) i (...), w tym ostatniej uczynionej 16.03.2012 r. Jednakże doszło do kolejnej przerwy poprzez wnioski z dnia 18.04.2013 r. (k. 126) o zawezwanie do próby ugodowej, zaś bieg przedawnienia rozpoczął się od nowa po zakończeniu postępowania w tej sprawie w dniu 13.08.2013 r. (art. 124 § 2 k.c.).

Niezasadnie podnosi pozwana więc, że zawezwanie do próby ugodowej nie doprowadziło do przerwy w biegu przedawnienia, skoro dochodzone w sprawie niniejszej jak i we wniosku o próbę ugodową roszczenie wywodzone było z umowy z 8.02.2011 r. i w okolicznościach faktycznych tożsamy, a jedynie na skutek zarzutów pozwanej co do braku legitymacji procesowej analiza umowy z 8.02.2011 r. oraz towarzyszące okoliczności jej zawarcia pozwoliły na określenie, że w części postanowienia tejże umowy o wykonanie robot budowlanych zasadzają się na umowie cesji wierzytelności pomiędzy stronami w zakresie objętym robotami z pozycji 1, 2 i 3 załącznika nr 1.

W związku z zarzutami błędnej wykładni art. 509 i 519 k.c. oraz art. 536 i 535 k.c. Sąd Apelacyjny uprzednio już się wypowiedział co do ich bezzasadności, jako że wierzytelność powoda choć nie miała jednoznacznego wyrazu kwotowego, to jednak była na tyle określona w ramach stosunku zobowiązaniowego, że możliwe było jej ustalenie przez każdą ze stron. Nie sposób przy tym nie przypomnieć, że pozwana w sposób zupełnie dobrowolny zawarła z powodem umowę z dnia 8.02.2011 r. o tej właśnie treści, to ona w ramach swobody umów zobowiązała się pozostawić rozliczenie prac już wykonanych powodowi wedle reguł kosztorysu powykonawczego a nie ryczałtu. W istocie więc bez znaczenia dla rozliczeń powoda i pozwanej jest czy w umowie z 8.02.2011 r. doszukiwać należy się elementów umowy cesji wierzytelności powoda wobec inwestora ((...)) z tytułu wynagrodzenia za roboty wykonane w ramach umowy J. N. z (...) z 20.09.2010 r., skoro umowa z 8.02.2011 r. zawarta pomiędzy J. N. i M. K. wykreowała zupełnie nowy stosunek zobowiązaniowy, który był ważny, zgodny z prawem i przez strony zrealizowany. Możliwość i zakres ewentualnych roszczeń zwrotnych pozwanej wobec spółki (...) z uwagi na treść umowy z 7.02.2011 r. i z 8.02.2011 r. pozostaje obojętna dla tego procesu.

Przypomnieć bowiem należy, że zakres i wartość prac wykonanych przez powoda na rzecz spółki (...) miała zostać rozliczona przez pozwaną (§ 7 q umowy z 7.02.2011 r.) a sposób tego rozliczenia pozwana ustaliła z powodem w umowie z 8.02.2011 r. zgodnie z zasadami art. 353⁽¹⁾ k.c. Podkreślić też należy, że brak dowodów co do zakresu i treści oświadczeń dłużnika oraz wierzyciela w ramach stosunku zobowiązaniowego łączącego powoda ze spółką (...) i spółki (...) z pozwaną (umowy z 20.09.2010 r. i 7.02.2011 r.), które mogłyby skutecznie zniweczyć zasadność roszczeń powoda wywodzonych z woli stron umowy zawartej dnia 8.02.2011 r.

Choć w części zarzuty apelacji pozwanej co do naruszenia art. 483 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. można uznać za zasadne, to jednak ostatecznie pozostają one bez wpływu na rozstrzygnięcie. Pomijając w tym momencie ocenę zasadności wyводу Sądu a quo co do skuteczności tego zastrzeżenia umownego, należy wskazać, że w istocie zaistnienie przesłanek dla kary umownej zależy od zachowania strony nią obciążonej a jej powstanie musi być tak opisane aby można było ustalić parametry składające się na jej wysokość oraz przyczyny powstania uprawnienia do żądania zapłaty kary umownej.

Kara umowna nie jest obowiązkowym elementem umowy o roboty budowlane, a więc jej ustalenie zależy od woli stron. Od woli stron wyartykułowanej w umowie zależy też jej wielkość oraz sposób naliczenia a także wskazanie przyczyn uzasadniających naliczanie kar umownych.

W § 11 umowy z dnia 8.02.2011 r. (k. 13v.) zastrzeżono możliwość obciążenia wykonawcy karami umownymi związanymi z odpowiednio opisanymi sposobami nienależytego wykonania umowy, nie zaś automatyczny obowiązek zapłaty kar umownych. Zatem skuteczność powstania roszczenia o zapłatę kary umownej uzależniona jest od wystosowania przez uprawnionego do naliczenia takich kar (tu pozwaną) stosowanego oświadczenia i żądania, inaczej mówiąc wezwania do zapłaty określonej wysokości kar umownych. Zasadnie więc przyjął Sąd a quo, że roszczenie o zapłatę kary umownej musi zostać poprzedzone wezwaniem dłużnika do jej zapłacenia, które wskazuje na przyczynę i sposób naliczenia kary oraz na jej wysokość. Wymagalność więc roszczenia o zapłatę kary umownej określa art. 455 k.c., jako że termin spełnienia świadczenia nie wynika z treści zobowiązania skoro zależy jest od woli uprawnionego do skorzystania z tego zastrzeżenia umownego. Zatem dotychczas bezterminowe zobowiązanie zmienia się w zobowiązanie terminowe dopiero po wezwaniu dłużnika o jego zapłatę (por. w. SN z 14.03.2017 r., II CSK 383/16; w. SN z 22.05.2013 r., III CSK 319/12).

Przy czym należy wskazać, że pozwana w piśmie z 12.12.2011 r. (k. 123), które można potraktować jako wezwanie do zapłaty kary umownej, określiła podstawę naliczenia kary jako § 11 pkt b) umowy z 8.02.2011 r. z tytułu przekroczenia terminu i określiła jej wysokość na kwotę 200.578 zł. Wskazano, że opóźnienie wyniosło 41 dni (20.04.2011 r. – 31.05.2011 r.) a karę policzono jako:

$815.360 \text{ zł} \times 41 \text{ dni} \times 0,6\% = 200.578 \text{ zł}$ i wezwano do jej zapłaty w terminie 14 dni, który upłynął bezskutecznie 3.01.2012 r. (k. 123, 124).

Pozwana kwoty tej nie dochodziła przed sądem, nie zgłosiła jej do potrącenia z późniejszymi fakturami powoda. Dopiero w sprzeciwie od nakazu zapłaty wydanego w toku niniejszej sprawy z dnia 6.09.2016 r. (k. 139 i n.) pozwana żądaniom pozwu przeciwstawiła zarzut potrącenia kwoty 234.705 zł oparty na oświadczeniu o potrąceniu z dnia 5.09.2016 r. (k. 151 - 153). Z dokumentów dołączonych do sprzeciwu wynika, że oświadczenie o potrąceniu zostało skierowane do powoda 5.09.2016 r. Zatem w dniu 6.09.2016 r., kiedy to pełnomocnik pozwanej złożyła sprzeciw wraz z zarzutem procesowym o potrąceniu, oświadczenie materialne nie odniosło skutku, bowiem nie zostało przez adresata odebrane, skoro przesyłkę tę nadano 6.09.2016 r. (k. 153). Powód trafnie wskazał, że pismo zawierające oświadczenie o potrąceniu otrzymał 9.09.2016 r. (k. 169 v, k. 171) i jest ono bezskuteczne, bowiem kara w tej wysokości i z tych podstaw uprzednio nie była naliczana i żądana.

Sąd I instancji nie uwzględnił zarzutu potrącenia zgłoszonego przez pozwaną w sprzeciwie od nakazu zapłaty wywodząc, że zastrzeżenie kary umownej było bezskuteczne z racji wadliwości zapisów umownych w tym zakresie.

Tymczasem w ocenie Sądu Apelacyjnego za nieskuteczny należało ocenić zarzut potrącenia zgłoszony w sprzeciwie od nakazu zapłaty, jako że nie wywołał on skutków z art. 498 k.c.

Wyjaśnić zatem wypada, że wprawdzie pozwana w piśmie z 12.12.2011 r. (k. 123) dokonała obliczenia kary umownej wskazując na § 11 pkt 1 b) umowy i jej kwotę określiła na 200.578 zł jednak wadliwie wskazała na wartość całej umowy, tj. 815.360 zł jako podstawy naliczenia kary, podczas gdy podstawą jej naliczania mogła być jedynie wartość pozycji harmonogramu od 7 – 12, co wynika wprost z § 11 pkt 1 b), przy czym zauważyć należy, że harmonogram nie zawiera pozycji 12. Ponadto nie sposób uznać skuteczności zastrzeżenia możliwości doliczenia do podstawy obliczenia wymiaru kary umownej za opóźnienie wartości kwoty mającej stanowić kaucję gwarancyjną, która ze swej istoty stanowi kwotę świadczenia pieniężnego, o którą zmniejszone jest tymczasowo wynagrodzenie płatne wykonawcy przez zamawiającego. W ocenie więc Sądu Apelacyjnego wezwanie z 12.12.2011 r. nie było skutecznym wezwaniem do zapłaty kary umownej, które wykreować mogłoby wymagalność tego zobowiązania zgodnie z art. 455 k.c.

Ponadto wskazać należało, że dochodzenie zapłaty kary umownej możliwe jest poprzez wytoczenie powództwa o zapłatę przez podmiot uprawniony lub poprzez złożenie oświadczenia o potrąceniu i zgłoszenie procesowego zarzutu potrącenia kwoty kary umownej w toku postępowania już wszczętego przez wierzyciela wzajemnego.

Pozwana zarzut potrącenia zgłosiła w sprzeciwie od nakazu zapłaty, przy czym oparła go na oświadczeniu o potrąceniu, które w rozumieniu art. 61 k.c., nie dotarło do adresata przed zgłoszeniem zarzutu. Ponadto oświadczenie z 5.09.2016 r. (k. 151) przywoływało wezwanie z 12.12.2011 r. w zakresie kwoty kary umownej 234.705 zł, gdy tymczasem wezwanie z dnia 12.12.2011 r. nie było skuteczne, a ponadto nie dotyczyło tej właśnie kwoty i nie wskazywało na tę samą podstawę umowną i faktyczną oraz odmienny był sposobu naliczenia kary umownej. Z wyliczenia na dzień 28.05.2011 r. (k. 152) wynika, że w oparciu o § 11 pkt 1 b) karę obliczono od wartości 479.960 zł za 38 dni w kwocie 109.431 zł, o którą to kwotę powód nie był wezwany a ponadto karę obliczono osobno na podstawie § 11 pkt 1 c) za poszczególne etapy harmonogramu robót (od 4 - 11) w kwocie 125.274 zł, co do której to kary umownej powód nie był wzywany do zapłaty w ogóle.

W ocenie Sądu Apelacyjnego w tej sytuacji zarzut potrącenia nie był skuteczny i nie doszło do umorzenia wierzytelności powoda ze zgłoszoną do potrącenia wierzytelnością pozwanej z tytułu kar umownych. Wskazać należy bowiem, że do potrącenia długu z wierzytelnością nie dochodzi automatycznie przez sam fakt istnienia dwóch wzajemnych wierzytelności nadających się do potrącenia, ale jest konieczne złożenie przez wierzyciela stosownego oświadczenia, że z uprawnienia takiego korzysta.

Przepis art. 499 k.c. wiąże skuteczność dokonania potrącenia nie z chwilą sporządzenia dokumentu zawierającego oświadczenie o potrąceniu, ale z chwilą złożenia tego oświadczenia drugiej stronie, co z mocy art. 61 § 1 k.c. oznacza chwilę dotarcia owego oświadczenia do adresata w taki sposób, aby mógł się on zapoznać z jego treścią. Dopuszczalne jest złożenie oświadczenia o potrąceniu przez pełnomocnika, przy czym skorzystanie z uprawnienia do dokonania potrącenia nie jest obowiązkiem wierzyciela i zależy od woli podmiotu uprawnionego (prawo podmiotowe). Oświadczenie o potrąceniu (art. 499 k.c.) ma więc charakter kształtujący prawo, gdyż bez niego nie dojdzie do wzajemnego umorzenia wierzytelności (art. 498 § 2 k.c.), pomimo istnienia ustawowych przesłanek do potrącenia (art. 498 § 1 k.c.).

Zgodnie z art. 498 § 1 k.c., dla możliwości dokonania potrącenia swojej wierzytelności z wierzytelnością innego podmiotu konieczne jest spełnienie łącznie następujących przesłanek pozytywnych:

- 1) wzajemność wierzytelności (dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami);
- 2) jednorodzałość wierzytelności (przedmiotem obu wierzytelności są np. pieniądze);
- 3) wymagalność wierzytelności (obie wierzytelności są wymagalne);
- 4) zaskarżalność wierzytelności (obie wierzytelności mogą być dochodzone przed sądem).

Powszechnie przyjmuje się, że wymagalna musi być tylko wierzytelność potrącającego, czyli strony aktywnej (tu pozwanego), co znajduje swe uzasadnienie w samej konstrukcji potrącenia jako równoznacznego z przymusowym zaspokojeniem wierzytelności przysługującej osobie, która składa takie oświadczenie woli.

Egzekucja bowiem niewymagalnej wierzytelności nie jest możliwa zaś spłata długu przed terminem jest prawnie dopuszczalna, a dokonujący potrącenia płaci równocześnie swój dług.

Tym samym potrącenie niewymagalnej wierzytelności nie wywołuje żadnego skutku, jak trafnie wyłożył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21.06.2012r. (III CSK 317/11), a oświadczenie o potrąceniu złożone w chwili, gdy wierzytelność będąca przedmiotem potrącenia nie była jeszcze wymagalna jest nieważne i nieskuteczne oraz nieulegające konwalidacji wskutek późniejszego uzyskania przez nie cech potrącalności.

Oznacza to, że potrącający powinien złożyć oświadczenie o potrąceniu po ziszczeniu się przesłanki wymagalności, a jeżeli dokonał tego wcześniej, to musi ponowić złożenie oświadczenia o potrąceniu i to dopiero wówczas, gdy jego roszczenie nabędzie cechy wymagalności. Niedochowanie tych wymagań powoduje bezskuteczność podjętej czynności jednostronnej. Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy także w wyroku z dnia 16.12.2015r., IV CSK 141/15 dzieląc wywody i argumentację przedstawioną w innych judykatach, tj. w wyroku SN z 3.02.2006r., I CSK 17/05 i w wyroku SN z 30.06.2011r., III CSK 282/10. Innymi słowy, gdy złożone oświadczenie woli o potrąceniu obejmuje wierzytelność, co do której nie powstał jeszcze stan wymagalności, złożone oświadczenie może być traktowane co najwyżej jako wezwanie do zapłaty – do spełnienia oznaczonego świadczenia, a zatem jako czynność kreującą stan wymagalności świadczenia, gdy ma ono charakter bezterminowy.

W rozumieniu art. 498 § 1 k.c. wierzytelność jest wymagalna w terminie wynikającym z art. 455 k.c. (por. uchw. SN z 5.11.2014r., III CZP 76/14), a przez wymagalność rozumie się stan, w którym wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności, zaś dłużnik ma obowiązek spełnienia świadczenia.

Nie ulega wątpliwości bezterminowy charakter zobowiązania o zapłatę kary umownej, a dla wymagalności tego roszczenia konieczne jest wezwanie dłużnika do jego zapłaty przez uprawnionego wierzyciela i dopiero od tego momentu dłużnik zobowiązany jest do niezwłocznego spełnienia świadczenia. Przywołać przy tym wypada zapis umowy wskazujący jedynie na możliwość, prawo do naliczenia kary umownej w ustalonych przypadkach. Zatem, o czym była już mowa, skorzystanie z uprawnienia zależy od podjęcia dozwolonej akcji przez uprawnionego.

Funkcję wezwania do zapłaty może pełnić także pozew o zapłatę czy oświadczenie o potrąceniu (np. post. SN z 10.05.2012r., II PK 241/12 i SN z 5.12.2002r., I PK 88/02), bowiem potrącenie jest sposobem wykonania zobowiązania i dochodzenia roszczeń. Nie sposób jednak przyjąć, że oświadczenie o potrąceniu zawiera w sobie jednocześnie wezwanie do zapłaty i wywołuje jednocześnie dwa skutki, a zatem, że kreuje wymagalność zobowiązania i jednocześnie w tym samym momencie realizuje skutek w postaci umorzenia się obu wierzytelności.

Pamiętać przy tym trzeba, że chwili wymagalności świadczenia nie można utożsamiać z datą otrzymania przez dłużnika wezwania do zapłaty, bowiem użyty w art. 455 k.c. termin „niezwłocznie” nie oznacza terminu natychmiastowego, lecz termin realny. Niezwłoczność oznacza konieczność respektowania czasu potrzebnego dłużnikowi do zabezpieczenia prawidłowego wykonania zobowiązania (art. 455 k.c. w zw. z art. 471 k.c. i art. 354 k.c. oraz art. 355 k.c.).

Dłużnik zatem popada w opóźnienie dopiero po upływie terminu do wykonania zobowiązania w sposób spełniający kryterium niezwłoczności, tj. z upływem terminu określonego przez wierzyciela lub uznanego za właściwy (np. 7, 14 dni) i dopiero z upływem tego czasu zobowiązanie uzyskuje cechę wymagalności (por. uch. SN z 22.11.2013r., III CZP 72/13; w. SN z 30.06.2011r., III CSK 282/10).

Zatem oświadczenie o potrąceniu z dnia 5.09.2016 r. mogło w okolicznościach tej sprawy zostać potraktowane co najwyżej jako wezwanie do zapłaty kwot tam wskazanych, których termin zapłaty nie został określony, a więc stały się wymagalne po upływie 7 dni od otrzymania pisma przez powoda co nastąpiła 9.09.2016 r. Tym samym stan potrącalności roszczenia wymagalnego po 16.09.2016 r. (9.09.2016r. + 7 dni) skutkowałby możliwością ewentualnego

potrącenia tejże wierzytelności, gdyby oświadczenie o potrąceniu już wówczas wymagalnej wierzytelności zostało złożone po dniu 16.09.2016 r. Z możliwości tej jednak pozwana nie skorzystała w sposób prawidłowy, nie ponowiła oświadczenia i zarzutu potrącenia, zaś złożone oświadczenie o potrąceniu dotyczyło niewymagalnej jeszcze wówczas wierzytelności, a następnie procesowy zarzut potrącenia zgłoszono co do nieskutecznego oświadczenia o potrąceniu.

Jak już wspomniano, w przypadku roszczeń, których termin wymagalności nie jest oznaczony, złożenie oświadczenia o potrąceniu musi zostać poprzedzone wykreowaniem wymagalności roszczenia zgłoszonego do potrącenia (art. 455 k.c.), a więc wezwaniem do zapłaty. Co też istotne, oświadczenie złożone przedwcześnie, a więc zanim roszczenie stało się wymagalne nie jest skuteczne i nie ma możliwości, by oczekiwało w tym stanie do czasu aż uzyska stan potrącalności, bo stanie się wymagalne (por. w. SN z 7.03.2013 r., II CSK 476/12; w. SN z 23.02.2017 r., V CSK 305/16; uchw. SN z 5.11.2014 r., III CZP 76/14).

Wobec tego zarzut pozwanej o potrąceniu nie był skutecznie podniesiony a wierzytelność powoda nie uległa umorzeniu w trybie art. 498 i 499 k.c. Tym samym stanowisko Sądu I instancji było prawidłowe choć z innych przyczyn a zatem ostatecznie prawidłowe okazało się kwestionowane orzeczenie w tym zakresie.

Zasadny był natomiast zarzut błędnego zastosowania art. 481 § 1 i 2 k.c. i zasądzenia odsetek ustawowych za opóźnienie już od 14.08.2013 r., jako że przepis w tym brzmieniu obowiązuje od 1.01.2016 r., zatem wyrok Sądu a quo podlegał zmianie w tym zakresie na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 481 § 1 i 2 k.c. w brzmieniu nadanym ustawą z 9.10.2015 r. (Dz.U.2015 poz. 1830). Zmiana w zakresie orzeczenia o odsetkach pozostaje bez wpływu na ostateczny wynik sporu, jednakże w istocie także i przed 1.01.2016 r. odsetki z art. 481 k.c. były odsetkami za opóźnienie, które należały się bez względu na poniesienie lub nie szkody przez wierzyciela i należały się za sam fakt opóźnienia się dłużnika ze spełnieniem świadczenia pieniężnego.

Mając na wadze powyższe obie apelacje pozostały bez wpływu na istotną treść wyroku a zmianie uległo jedynie oznaczenie rodzaju zasądzonych odsetek uwzględniając zmianę przepisu art. 481 § 1 i 2 k.c. od dnia 1.01.2016 r.

Z tych przyczyn orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. i art. 385 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 i 100 k.p.c.

Sąd Apelacyjny nie uwzględnił wnioski pozwanej o rozłożenie zasądzonego roszczenia na 12 rat, bowiem nie wskazano jakie szczególne okoliczności, na które wskazuje art. 320 k.p.c. miały przemawiać za takim rozstrzygnięciem. Rzeczą Sądu II instancji nie jest poszukiwanie argumentacji stanowiącej uzasadnienie dla wniosków apelacyjnych strony, która zaniechała właściwego zaprezentowania swojego stanowiska prawnego i faktycznego.

Obie strony przegrały spór w zakresie wniesionych apelacji a zważywszy na poniesione i związane z tym koszty procesu, zachodziły podstawy do zniesienia tych kosztów pomiędzy stronami zgodnie z art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 100 k.p.c.

SSA Małgorzata Idasiak-Grodzińska SSA Przemysław Banasik SSO del. Dorota Majerska-Janowska