

Sygn. akt V ACa 820/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 grudnia 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku Wydział V Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Artur Lesiak

Sędziowie: SA Barbara Rączka- Sekścińska

SA Anna Strugała (spr.)

Protokolant : sekretarz sądowy Karolina Petruczenko

po rozpoznaniu w dniu 15 grudnia 2017 r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy z powództwa Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej w B.

przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w T.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w (...)

z dnia 13 lipca 2016 r., sygn. akt VIII GC 108/14

uchyla zaskarżony wyrok w punktach 1. (pierwszym), 3. (trzecim) i 4. (czwartym) i sprawę w tym zakresie przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w (...), pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego.

Na oryginale właściwe podpisy.

Sygn. akt V ACa 820/16

UZASADNIENIE

Powód – Syndyk masy upadłości Przedsiębiorstwa (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej w B. wniósł pozew przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w T. o zapłatę kwoty 284.471,88 zł z ustawowymi odsetkami od kwot:

a) 21.436,38 zł od 9 stycznia 2013 r. do dnia zapłaty,

b) 263.035,50 zł od 9 lipca 2013 r. do dnia zapłaty.

Powód domagał się ponadto zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 7.200 zł.

W uzasadnieniu pozwu powód wyjaśnił, że wykonał na rzecz pozwanego roboty montażowe określone w treści umowy NR (...) (...) o wykonanie robót budowlanych, zawartej 3 września 2012 r. Pozwany zapłacił tylko część z należnego powodowi za wykonanie przedmiotu umowy wynagrodzenia w kwocie 468.950,00 zł netto. Pozostały do zapłaty należności z faktur VAT o numerach: (...) z 4 grudnia 2012 (częściowo) i (...) z 3 czerwca 2013 (w całości), których pozwany nie zapłacił pomimo odebrania i podpisania faktur przez prezesa zarządu pozwanego. Powód podkreślił, że pozwany otrzymał od inwestora całe wynagrodzenie za roboty wykonane przez powoda. Wady stwierdzone w protokole odbioru obciążały wyłącznie pozwanego, gdyż dotyczyły wytworzonych przez niego prefabrykatów, które powód jedynie montował.

Nakazem zapłaty z dnia 24 marca 2014 r., sygn. akt VIII GNC (...), Sąd uwzględnił żądanie pozwu.

W sprzeciwie od nakazu pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie na jego rzecz od powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany zakwestionował zasadność roszczeń wskazanych w pozwie zarówno co do zasady, jak i wysokości. Odnosząc się do okoliczności podniesionych przez powoda zakwestionował w szczególności, że dostarczone przez niego elementy prefabrykowane były wadliwe oraz, że powód należycie spełnił świadczenie wynikające z

umowy z 3 września 2012 r. NR (...) i, że przysługuje mu wynagrodzenie z tytułu wykonania robót budowlanych na podstawie tej umowy. Podniósł także, że prezes zarządu pozwanej spółki (...) nie podpisał faktur Vat o numerach: (...), na co powołał się powód.

Podał także, że bez znaczenia dla rozliczenia stron sporu jest fakt otrzymania przez pozwanego całości wynagrodzenia od inwestora – (...) sp. z o.o. sp. k.

Podał, że w umowie NR (...) (...) strony przewidziały m.in. termin zakończenia robót do dnia 31 października 2012 r., a także karę umowną w wysokości 1.000 zł za każdy dzień zwłoki w spełnieniu świadczenia. Plac budowy przekazano Upadłemu dnia 10 września 2012 r., zakończenie robót nastąpiło dnia 3 czerwca 2013 r., co potwierdzał protokół odbioru końcowego. Upadłego obciążała więc zwłoka w oddaniu obiektu budowlanego wynosząca 215 dni. Wobec powyższego po stronie pozwanego powstało roszczenie o zapłatę kary umownej w kwocie 215.000 zł, którą to należność pozwany ujął w nocie obciążeniowej nr (...) z dnia 28 czerwca 2013 r. Pozwany wezwał powoda do zapłaty pismami z dnia 12 lipca 2013 r. i 25 lipca 2013 r.

Pozwany dokonał potrącenia wierzytelności w kwocie 21.436,38 zł z tytułu kary umownej za zwłokę w realizacji przedmiotu umowy NR (...) (...) w okresie od 1 listopada 2012 r. do 22 listopada 2012 r., tj. z częścią wierzytelności objętej notą obciążeniową nr (...) z wierzytelnością pozwanego objętą fakturą VAT nr (...) na mocy oświadczenia z 5 września 2013 r. doręczonego Upadłemu w dniu 13 września 2013 r. Potrącenie spowodowało umorzenie należności w zakresie kwoty 21.436,38 zł. Z uwagi na wsteczny skutek potrącenia, odpadła również podstawa naliczania odsetek ustawowych za opóźnienie w płatności, począwszy od powstania stanu potrącalności, to jest od dnia 9 stycznia 2013 r., kiedy stała się wymagalna należność pozwanego ujęta w fakturze VAT nr (...).

Ponadto pozwany zarzucił wadliwość wykonanych przez powoda prac, co doprowadziło do obciążenia pozwanego przez inwestora – (...) sp. z o.o. sp. k. karą umowną w kwocie 14.555,27 zł tytułem wadliwego montażu elementów betonowych budynku A w zakresie zakotwiczenia nadciągu wspornika. Powyższa wierzytelność została ujęta w nocie księgowej nr (...) z 28 czerwca 2013 r. Pozwany uznał zasadność roszczeń M. i spełnił świadczenie na jego rzecz.

Wobec wadliwości prac wykonanych przez powoda zdaniem pozwanego nie powstało po jego stronie roszczenie o zapłatę wynagrodzenia ujętego w fakturze VAT nr (...). Pozwany wezwał do skorygowania tej faktury pismem z 25 października 2013 r., jednak powód nie dokonał stosownej korekty.

Pozwany podał również, że poniósł wydatki związane z realizacją robót budowlanych, które obciążały powoda. Z uwagi na brak środków finansowych upadłego powoda, pozwany zakupił masy akrylowe w celu umożliwienia mu wykonania spoinowania na kwotę 4.501,06 zł. Pozwany poniósł koszty utrzymania placu budowy, obejmujące dostawy energii elektrycznej oraz dozoru placu budowy, którymi został obciążony przez M. na kwotę 11.979,81 zł. Pozwany wykonał też część prac obciążających powoda – montaż elementów (...), łączniki do wzmocnienia oraz projekt wzmocnienia na kwotę 6.949,50 zł. Pozwany wskazał, że w piśmie z 24 lipca 2013 r. powód częściowo uznał swoją odpowiedzialność z powyższych tytułów. Pozwany przedstawił propozycję ugodową w piśmie z 25 lipca 2013 r., jednak nie doszło do zawarcia ugody.

Odnosząc się do kwestii wadliwości dostarczonych prefabrykatów, pozwany wskazał, że uwidocznione w protokole odbioru z 3 czerwca 2013 r. usterki nie wynikają z wadliwości produkcji elementów prefabrykowanych. W świetle łączącej strony umowy, na powodzie ciążył obowiązek sprawdzenia prefabrykatów pod kątem wad i niezwłocznego poinformowania pozwanego o takich okolicznościach (§ 8 ust. 14 lit. c i d umowy). Elementy betonowe zostały dostarczone powodowi i odebrane przez niego bez jakichkolwiek zastrzeżeń, co oznacza, że odpowiedzialność z tytułu ewentualnych braków ilościowych i jakościowych obciążała powoda.

Pozwany zarzucił również nieprawidłowe określenie terminu, od którego powód domagał się odsetek. W § 5 ust. 5 umowy przewidziano płatność w terminie 35 dni od doręczenia prawidłowo wystawionej faktury, co oznacza, że odsetki z faktury (...) z 4 grudnia 2012 r. mogłyby być naliczane od 10 stycznia 2013 r., a nie od 9 stycznia 2013 r., zaś odsetki z faktury (...) z 3 czerwca 2013 mogłyby być naliczane od dnia 18 lipca 2013 r., a nie od 9 lipca 2013 r., jak domagał się powód.

W odpowiedzi na sprzeciw z dnia 18 sierpnia 2014 r. powód zmodyfikował żądanie pozwu w zakresie należności głównej oraz odsetek od dochodzonych kwot domagając się kwoty 274.011,18 zł wraz z odsetkami od kwot:

- a) 10.975,58 zł od 10 stycznia 2013 r. do dnia zapłaty,
- b) 263.035,50 zł od 18 lipca 2013 r. do dnia zapłaty,

a także kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 14.400,00 zł.

Powód wskazał w piśmie, że z charakteru powiązań istniejących między inwestorem, wykonawcą i podwykonawcą wynikało, że wykonywanie niektórych robót przez powoda uzależnione było od robót wykonywanych przez wykonawcę – pozwanego – chociażby od dostarczenia nieuszkodzonych prefabrykatów. Pozwany porozumiał się z inwestorem co do przesunięcia terminu oddania inwestycji na czerwiec 2013 r., co potwierdza, że nie było możliwym wykonanie przez powoda robót w terminie określonym w umowie NR (...)(...). Pozwany z tytułu przesunięcia terminu nie został obciążony przez inwestora jakąkolwiek karą.

Podał, że kara umowna określona w § 12 pkt 1 lit a) umowy (...) zastrzeżona była na wypadek zwłoki, czyli opóźnienia za które powód ponosiłby winę. Niewykonanie przez powoda umówionych robót w określonym terminie wynikało z niemożliwości ich wykonania w ogóle oraz z przyczyn, za które powód nie ponosił odpowiedzialności, gdyż do ich powstania przyczynił się wyłącznie pozwany. Wskazał na następujące okoliczności:

- a) powód nie mógł przystąpić do spoinowania wewnętrznego i zewnętrznego, bowiem ścianki wykonywane przez pozwanego nie były odebrane przez inwestora,
- b) pozwany w osobie prezesa zarządu wstrzymywał roboty budowlane np. odnośnie montażu attyki,
- c) pozwany obciążył powoda wykonaniem prac dodatkowych,
- d) przestoje powodowane były przez brak prefabrykatów na budowie bądź dostarczenie przez pozwanego prefabrykatów uszkodzonych,

e) warunki pogodowe uniemożliwiające wykonanie spoinowania zewnętrznego i wewnętrznego.

Powód podał, że odbioru prefabrykatów nie dokonywał powód, lecz kierownik budowy ze strony inwestora, który w wypadku ich uszkodzenia wstrzymywał roboty.

Zarzucił, że na powstanie opóźnienia w wykonaniu umowy (...) (...) w przyzmacie terminu określonego w § 2 pkt 1 lit. d) wpłynęła wadliwość robót wykonywanych przez pozwanego, co wynikało z przedłożonych przez niego protokołów stanu robót oraz protokołów odbioru.

Powód podniósł, że pozwany nie został obciążony karą z tytułu opóźnienia w wykonaniu umowy na rzecz inwestora i nie poniósł z tego tytułu żadnej szkody. Zarzucił też, że dokumentacja projektowa nie została mu w całości przekazana przez pozwanego w dniu podpisania umowy, tj. 3 września 2012 r. Dokumentacja opisana w punktach 4, 5 i 6 – „z uwagi na trwający proces projektowania” miała być przekazana w terminie do 21 września 2012 r., co przyczyniło się do tego, że dochowanie terminu zakończenia robót określonego w § 2 pkt 1 lit. d) umowy stało się niemożliwe.

Podniósł też powód, że pozwany w treści sprzeciwu, poza potrąceniem kwoty 21.436,38 zł, nie sformułował roszczeń z tytułu kary umownej za zwłokę w kwocie 215.000,00 zł, poniesionych wydatków związanych z wykonaniem robót montażowych, dostarczenia materiałów na budowę, czy utrzymania placu budowy. Nie podniósł w tym zakresie zarzutu potrącenia, nie wniósł powództwa wzajemnego ani nie skorzystał z uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Podobnie w odniesieniu do należności wynikającej z faktury nr (...) z 3 czerwca 2013 r., którą zaksięgował, pozwany odmawiał zapłaty oraz żądał skorygowania kwoty w niej zawartej do wartości robót faktycznie wykonanych, nie wskazując jednocześnie jakie roboty miał na myśli. Tymczasem roszczenie o zapłatę za wykonane przez powoda i odebrane roboty budowlane jest wymagalne i nie wstrzymuje zapłaty fakt zgłoszenia niedochodzonych roszczeń przez pozwanego.

Powód zaprzeczył, że wykonał wadliwy montaż elementów betonowych w budynku A na kwotę 14.555,27 zł i obciążanie go tą kwotą uznał za bezzasadne. Powód pismem z dnia 24 lipca 2013 r. uznał 20% wskazanej kwoty, czyli 2.911,05 zł uzasadniając to zawartym przez strony porozumieniem. Nadto pozwany nie przedłożył potwierdzenia zapłaty kwoty 14.555,27 zł wynikającej z noty obciążeniowej z 4 lipca 2013 r.. Odnośnie wydatków związanych z realizacją robót budowlanych oraz kosztów utrzymania placu budowy, obejmujących koszty dostawy energii elektrycznej oraz dozoru placu budowy, powód uznał tylko kwotę 7.549,65 zł z tytułu faktury VAT nr (...) wystawionej przez pozwanego, a w całości jedynie odnośnie pozycji 1 i 2 oraz połowę odnośnie pozycji 8, 9, 10 i 12. W związku z powyższym powód ograniczył swe roszczenie zgłoszone w pozwie o kwotę 10.460,70 zł.

Podkreślił, że pozwany bez wskazania podstawy prawnej obciąża powoda należnościami z różnych tytułów, tylko z powodu jednostronnego uznania ich wobec inwestora, natomiast sam nie chce uregulować należności, pomimo otrzymania w tym zakresie środków od inwestora.

Powód zaprzeczył, by wykonanie nadciągu wspornika oraz montaż elementów (...) były objęte umową stron.

Dodatkowo z ostrożności procesowej powód wniósł o redukcję kary umownej zgodnie z przepisem art. 484 § 2 k.c. powołując się na brak szkody po stronie pozwanego z tytułu zwłoki w wykonaniu zobowiązania, przyczynienie się pozwanego do powstania kary umownej (art. 362 k.c.), znaczne wykonanie prac przez powoda oraz rażące wygórowanie kary umownej.

Pozwany na rozprawie w dniu 17 września 2014 r. (k. 312 akt), złożył do akt wniosek dowodowy w postaci zgłoszenia wierzytelności w sądzie upadłościowym z 5 sierpnia 2014 r., w którym zawarł też oświadczenie woli o potrąceniu wierzytelności z wierzytelnością z tytułu umowy o roboty budowlane (...) z faktury VAT nr (...) w kwocie 244.539,38 zł:

1) 193.563,62 zł tytułem należności ujętej w notce obciążeniowej nr (...) z dnia 28 czerwca 2013 r.,

- 2) 10.105,47 zł tytułem odsetek za opóźnienie w zapłacie należności ujętej w nocie obciążeniowej nr (...) z dnia 28 czerwca 2013 r.,
- 3) 14.555,27 zł tytułem należności ujętej w nocie księgowej nr (...) z dnia 28 czerwca 2013 r.,
- 4) 25,92 zł tytułem odsetek za opóźnienie w zapłacie należności ujętej w nocie księgowej nr (...) z dnia 28 czerwca 2013 r.,
- 5) 4.501,06 zł tytułem należności ujętych w fakturach VAT nr (...),
- 6) 8,02 zł tytułem odsetek za opóźnienie w zapłacie należności ujętych w fakturach VAT nr (...),
- 7) 11.979,81 zł tytułem należności ujętych w fakturze VAT nr (...),
- 8) 21,33 zł tytułem odsetek za opóźnienie w zapłacie należności ujętych w fakturze VAT nr (...),
- 9) 6.949,50 zł tytułem należności ujętych w fakturze VAT nr (...),
- 10) 12,38 zł tytułem odsetek za opóźnienie w zapłacie należności ujętych w fakturze VAT nr (...),
- 11) 2.817 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania w sprawie o ogłoszenie upadłości powoda, rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w (...) pod sygn. akt XV GU (...).

Powód w piśmie procesowym z dnia 28 listopada 2014 r. odnosząc się do zgłoszenia wierzytelności przez pozwanego z 5 sierpnia 2014 r. w kwocie 244.539,38 zł stwierdził, że pozwany uznał w tym zakresie wierzytelność dochodzoną przez powoda w rozumieniu przepisu art. 123 § 1 pkt 2 k.c. Jednocześnie powtórzył, że pozwany w przedmiotowej sprawie nie podniósł zarzutu potrącenia, jak i nie dokonał potrącenia wierzytelności dochodzonych przez powoda w niniejszej sprawie z wierzytelnościami pozwanego, bowiem potrącenie w postępowaniu upadłościowym nie jest obecnie skuteczne w przedmiotowym procesie. Powód zakwestionował też złożone przez pozwanego dokumenty WZ, z których nie wynikał fakt prawidłowego dostarczenia przez pozwanego elementów betonowych na plac budowy Zakładu (...).

Wyrokiem z dnia 13 lipca 2016r. Sąd Okręgowy w (...):

1. zasądził od pozwanego na rzecz Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w B. kwotę 274.011,18 zł z odsetkami ustawowymi za czas opóźnienia od kwot:
 - a/ 10.975,58 zł od dnia 10.01.2013r. do dnia zapłaty,
 - b/ 263.035,50 zł od dnia 18.07.2013r. do dnia zapłaty,
2. oddalił powództwo w pozostałej części,
3. zasądził od pozwanego na rzecz Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w B. kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów procesu,
4. nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w (...) kwoty:
 - a/ 14.224 zł tytułem opłaty sądowej od pozwu od której powód był zwolniony,
 - b/ 1.932,36 zł tytułem zwrotu wydatków tymczasowo wyłożonych przez Skarb Państwa.

Swoje rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach i rozważaniach:

Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w B. (Wykonawca), zawarł z pozwanym (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w T. (Zamawiającym) w dniu 3 września 2012 r. umowę o roboty budowlane nr (...).

Przedmiotem umowy, zgodnie z § 1 umowy, były roboty budowlane – montaż elementów prefabrykowanych wyszczególnionych w ust. 2 Zakładu (...) budynek A, B1, B2 w zakresie określonym Tabelą Kalkulacyjną stanowiącą załącznik Nr 1 oraz Dokumentacją Projektową stanowiącą załącznik nr 2 (przedmiot umowy). Zakres umowy obejmował w szczególności następujące elementy prefabrykowane wykonane wg rozwiązań technologicznych Zamawiającego: ściany zewnętrzne w technologii trójwarstwowej, ściany wewnętrzne pełne, attyki, stropy typu filigran, schody tylko w budynku (...). Z zakresu umowy wyłączone były stoposłupy budynku A.

Strony umowy przewidziały w § 2 umowy termin przekazania placu budowy i rozpoczęcia robót na dzień 10.09.2012 r., a zakończenie do dnia 31.10.2012 r.

W umowie ustalono wynagrodzenie ryczałtowe netto na kwotę 468.950,00 zł. Rozliczenie miało nastąpić po odbiorze końcowym przedmiotu umowy na podstawie faktury końcowej. Data spełnienia świadczenia Wykonawcy to data podpisania protokołu odbioru końcowego robót podpisana przez strony (§ 4 i 5 umowy).

Wykonawca na podstawie § 8 ust. 7 umowy zobowiązany był do wykonania projektu organizacji montażu prefabrykatów i przedstawienia Zamawiającemu szczegółowego zapotrzebowania na dostawy prefabrykatów, a to w terminie 7 dni po podpisaniu umowy. W § 8 ust. 14 zobowiązał się również do odpowiedniego postępowania przy odbiorze dostaw prefabrykatów, w szczególności podpisania dowodów WZ. Dokonanie odbioru bez zastrzeżeń poczynionych na dokumencie WZ miało zwalniać Zamawiającego od odpowiedzialności z tytułu braków ilościowych i jakościowych widocznych gołym okiem (lit. c). Wykonawca miał powiadamiać o wadach prefabrykatów.

W § 12 umowy, strony przewidziały kary umowne, m.in. a) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy określonego w umowie w wysokości 1.000 zł za każdy dzień zwłoki. Kary stawały się wymagalne z chwilą powstania podstawy ich naliczenia.

Zawarta w załączniku nr 1 do umowy tabela kalkulacyjna wskazywała, że „w wycenie budynków uwzględniono wykonanie monolitycznych stropów żelbetowych na traconym szalunku typu filigran (dozbrojenie i zabetonowanie), akcesoria montażowe, beton, masy zalewowe, spoinowanie, sprzęt do montażu, robociznę, obsługę geodezyjną przy montażu, operat geodezyjny powykonawczy, stały nadzór uprawnionego kierownika robót montażowych, inne konieczne do wykonania robót budowlanych wynikających z niniejszej umowy”.

W załączniku nr 2 do umowy określono zawartość dokumentacji projektowej:

- 1) schemat montażowy parteru, piętra i attyk Budynek (...),
- 2) schemat montażowy stropu typu filigran Budynek (...),
- 3) schemat montażowy parteru, piętra i attyk Budynek (...),
- 4) schemat montażowy stropu typu filigran i schemat montażowy biegów schodowych B1,
- 5) schemat montażowy elementów prefabrykowanych parteru, piętra, attyk i okładzin Budynek A,
- 6) schemat montażowy stropu nad parterem i stropodachu A.

Dokumentacja opisana w pkt. 1, 2, 3 została przekazana w dniu zawarcia umowy. Dokumentacja opisana w pkt. 4, 5, 6 z uwagi na trwający proces projektowania zostać miała przekazana w terminie do 21.09.2012 r.

Zgodnie z załącznikiem nr 3 do umowy, termin płatności wynosił 35 dni od daty doręczenia faktury.

Pozwana spółka była wykonawcą robót budowlanych na rzecz Zakładu (...) – inwestora w procesie budowlanym.

Przekazanie placu budowy przez pozwanego (...) nastąpiło 10.09.2012 r.

Pierwsze elementy betonowe wytworzone przez pozwanego (w sierpniu/wrzeźniu 2012 r.) przyjechały na budowę popękane w narożnikach. Brakowało rozwiązań projektowych, które należały do kompetencji pozwanego. Dostawy prefabrykatów następowały nierytmicznie, a dostarczone prefabrykaty obciążone były licznymi wadami. Po przystąpieniu do realizacji Budynku (...) kierownik budowy – pan O. wstrzymał montaż z uwagi na jakość prefabrykatów. Ostatnie prefabrykaty zostały przywiezione na budowę w styczniu 2013 r. do budynku A.

Słabą jakość prefabrykatów inspektor nadzoru i kierownik budowy zgłaszali pozwanemu, który zobowiązywał się do naprawy elementów już po ich wbudowaniu. Prefabrykaty, z uwagi na ich wady jakościowe, były poprawiane przez pozwanego nawet już po oddaniu przedmiotu budowy.

Kierownik budowy A. O. (1), który dokonywał odbioru wykonanych prefabrykatów, ale nie znał umowy powoda i pozwanego twierdził, że uwagi co do ich jakości nie były umieszczane w dokumentach WZ, ale były spisywane w protokołach podpisywanych przez przedstawicieli inwestora i pozwanego. Dużo uwag dotyczyło uszkodzeń w trakcie transportu, ale także jakości użytego materiału, co wpływało na spękania, estetykę płyt. Kierownik budowy twierdził, że wszystkie wady dotyczące montażu zostały usunięte przez powoda, natomiast wady dotyczące jakości płyt były poprawiane przez pozwanego już po zakończeniu procesu budowlanego.

Uwagi dotyczące wadliwości elementów prefabrykowanych spisywane były w protokołach odbioru dokonywanych u pozwanego przez przedstawicieli inwestora, tj. kierownika budowy i przedstawicieli pozwanego. Były to zastrzeżenia np. co do transportu – do zabezpieczeń w trakcie transportu. Płyty były naprawiane na budowie.

(...) w dniu 8, 9, 16 kwietnia 2013 r. zwracał się do pozwanego o dostarczenie masy akrylowej na dokończenie spoinowania budynków (...). Dyrektor T. wnosił o potrącenie wartości materiałów z wynagrodzenia za prace.

Pozwany dostarczył wykonawcy zamówione materiały i obciążył go z tego tytułu fakturami VAT na kwoty: 3.913,61 zł i 4.501,06 zł

Pozwany został obciążony przez inwestora kosztami utrzymania placu budowy na kwotę brutto 11.979,81 zł brutto, którymi to kosztami obciążył (...) wystawiając w dniu 28.06.2013 r. fakturę VAT (...)/ (...)/(...).

Pozwany obciążył ponadto (...) kosztami wykonania zastępczego wystawiając 28.06.2013 r. fakturę VAT (...)/ (...)/(...) na kwotę 6.949,50 zł, za montaż płyt (...), projekt wzmocnienia i łączniki do wzmocnienia.

W trakcie wykonywania robót następowały protokolarne odbiory wykonywane ze strony Inwestora - spółki (...) przez kierownika budowy – A. O. (1), inspektora nadzoru – M. K. (1) i inżyniera budowy – M. M.. W protokołach spisywanych od listopada 2012 r. do maja 2013 r. zawarto stwierdzenie wad wykonanych trzech budynków oraz zobowiązanie się przedstawicieli pozwanego do usunięcia wad.

Roboty wykonane przez (...) zostały ostatecznie odebrane przez przedstawicieli inwestora (spółkę (...)) w dniu 3 czerwca 2013 r., z zaznaczeniem opóźnienia liczącym 123 dni, poprzez podpisanie Protokołu końcowego odbioru robót budowlanych. W protokole końcowego odbioru robót określono wady w zakresie wykonywanych robót dotyczące wszystkich trzech budynków. Z powodu nieusunięcia wad w wyznaczonym terminie, Inwestor zastrzegł sobie potrącenie kwoty w wysokości 10% z umownego wynagrodzenia należnego pozwanemu – spółce (...).

Inwestor - spółka (...) zapłacił wynagrodzenie pozwanemu nie stosując potrącenia należności z tytułu opóźnienia w wykonaniu umowy stron. W rozmowach inwestora z pozwanym, prezes pozwanego K. zobowiązywał się do zapłaty na rzecz powoda po otrzymaniu zapłaty od inwestora.

(...) za wykonane roboty budowlane wystawił faktury VAT:

- nr (...) z dnia 4.12.2012 r. na kwotę 192.474,85 zł,

- nr (...) z 3.06.2013 r. na kwotę 263.035,50 zł.

Pozwany zapłacił (...) część należności z faktury VAT nr (...) z dnia 4.12.2012 r. (...) wzywał pozwanego do zapłaty reszty należności z tej faktury w wysokości 45.350,00 zł pismem z 19 marca 2013 r. Pozwany w odpowiedzi z 29 marca 2013 r. wskazał na zwolnienie dodatkowo kwoty 10.000 zł brutto i wstrzymanie reszty zapłaty z uwagi na brak zakończenia prac.

Ostatecznie precyzując roszczenie, powód wskazał w piśmie procesowym z dnia 18 sierpnia 2014 r. na pozostałą do zapłaty z faktury VAT nr (...) należność 10.975,58 zł z odsetkami od dnia 10 stycznia 2013 r. i wskazał, że uznał część zgłoszonych przez pozwanego roszczeń na kwotę 2.911,05 zł z tytułu obciążenia notą księgową nr (...) z 28 czerwca 2013 r. za wadliwie wykonany montaż elementów budowlanych oraz na kwotę 7.549,65 zł z tytułu części należności z faktury wystawionej przez pozwanego (...) / (...) (...) za wydatki związane z realizacją robót budowlanych oraz koszty utrzymania placu budowy

Druga faktura (...) z 3.06.2013 r. nie została zapłacona w całości. (...) wzywał pozwanego do zapłaty należności z niej wynikającej na kwotę 263.035,50 zł pismem z 26 sierpnia 2013 r.

Pozwany w dniu 28 czerwca 2013 r. wystawił na (...) notę obciążeniową na kwotę 215.000 zł za zwłokę – 215 dni w wykonaniu umowy (...) (...).

W piśmie skierowanym do powoda w dniu 12 lipca 2013 r. pozwany wezwał do zapłaty należności na łączną kwotę 252.985,64 zł. W odpowiedzi z 24 lipca 2013 r. (...) przedstawił swoją propozycję ugody, uznając niektóre z roszczeń, inne uznał za bezzasadne.

Pozwany w kolejnym piśmie z 25.07.2013 r. przedstawił (...) propozycję odstąpienia od kary umownej w wysokości 215.000 zł, jeśli powód zapłaci na jego rzecz kwoty:

- a) 14.555,27 zł tytułem kary umownej za nieprawidłowy montaż (nota obciążeniowa (...),
- b) 4.501,06 zł tytułem zwrotu ceny za materiały zastępcze (faktura (...) / (...) / (...) z 28.06.2013 r.),
- c) 6.949,50 zł tytułem wykonanych robót (faktura (...) / (...) / (...) z 28.06.2013 r.),
- d) 11.979,81 zł tytułem refaktury kosztów zaplecza budowy (faktura (...) / (...) / (...) z 28.06.2013 r.).

W piśmie z 5 września 2013 r. prezes zarządu pozwanego J. K. złożył oświadczenie o potrąceniu z wierzytelnością (...) w kwocie 21.436,38 zł objętej fakturą (...) z wierzytelnością pozwanego w kwocie 22.000 zł z tytułu kary umownej za zwłokę w realizacji umowy (...) (...) (część wierzytelności z noty obciążeniowej (...) z 28.06.2013 r.).

W piśmie z 25 października 2013 r. pozwany odmówił zapłaty kwoty 263.035,50 zł z faktury (...) i zażądał skorygowania tej faktury do wysokości faktycznej wartości prac wykonanych przez (...).

Pozwany złożył wniosek z 3 października 2013 r. o ogłoszenie upadłości (...) obejmującej likwidację majątku dłużnika.

Postanowieniem z dnia 24 lutego 2014 r. Sąd Rejonowy w (...) ogłosił upadłość Przedsiębiorstwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B., obejmującą likwidację majątku upadłego.

W dniu 5 sierpnia 2014 r. pozwany zgłosił sędziemu-komisarzowi upadłego Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej wierzytelności na kwotę 244.539,38 zł, na które składały się:

- 1) 193.563,62 zł tytułem należności ujętej w nocie obciążeniowej nr (...) z dnia 28 czerwca 2013 r.,
- 2) 10.105,47 zł tytułem odsetek za opóźnienie w zapłacie należności ujętej w nocie obciążeniowej nr (...) z dnia 28 czerwca 2013 r.,
- 3) 14.555,27 zł tytułem należności ujętej w nocie księgowej nr (...) z dnia 28 czerwca 2013r., 4) 25,92 zł tytułem odsetek za opóźnienie w zapłacie należności ujętej w nocie księgowej nr (...) z dnia 28 czerwca 2013 r.,
- 5) 4.501,06 zł tytułem należności ujętych w fakturach VAT nr (...),
- 6) 8,02 zł tytułem odsetek za opóźnienie w zapłacie należności ujętych w fakturach VAT nr (...),
- 7) 11.979,81 zł tytułem należności ujętych w fakturze VAT nr (...),
- 8) 21,33 zł tytułem odsetek za opóźnienie w zapłacie należności ujętych w fakturze VAT nr (...),
- 9) 6.949,50 zł tytułem należności ujętych w fakturze VAT nr (...),
- 10) 12,38 zł tytułem odsetek za opóźnienie w zapłacie należności ujętych w fakturze VAT nr (...),
- 11) 2.817 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania w sprawie o ogłoszenie upadłości powoda, rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w (...) pod sygn. akt XV GU (...).

Pozwany dokonał w pkt II pisma potrącenia tych wierzytelności stosownie do przepisu art. 89 ust. 3 prawa upadłościowego i naprawczego z wierzytelnością upadłego wynikającą z umowy o roboty budowlane nr (...) z dnia 3 września 2012 r. z tytułu wynagrodzenia za wykonanie robót ujętego w fakturze VAT nr (...).

Reprezentujący pozwanego pełnomocnik procesowy posiadał pełnomocnictwo prezesa zarządu pozwanej spółki do składania w imieniu spółki materialno prawnych oświadczeń woli, w szczególności dotyczących potrącenia wzajemnych wierzytelności.

Pismo pozwanego wpłynęło do powodowego syndyka masy upadłości.

Z opinii biegłego M. Ś. wynika, że pozwany rozpoczął dostawę prefabrykatów na budowę w dniu 13 września 2012 r. Biegły potwierdził, iż w trakcie realizacji robót wielokrotnie istniały między stronami, a także inwestorem oraz kierownikiem budowy i inspektorem nadzoru spory w zakresie jakości montowanych elementów, właściwych rozwiązań technicznych elementów prefabrykowanych, prawidłowości montażu i terminowości realizacji prac. Biegły ustalił, iż ostatnie prefabrykaty pozwany wyprodukował w dniu 7 stycznia 2013 r. Pierwotny umowny termin zakończenia prac montażowych powoda był wyznaczony w dniu 31 października 2012 r. Tymczasem do odbioru prac powoda przystąpiono w dniu 23 maja 2013 r., a w dniu 3 czerwca 2013 r. zakończono czynności odbiorowe. Biegły podkreślił przy tym, że pierwotnie przedmiotem umowy był montaż 253 płyt prefabrykowanych, a faktycznie zamontowano 339 płyt.

Biegły ustalił, że projekt budowlany stanowiący podstawę realizacji inwestycji określa, że ściany zewnętrzne wykończone zostaną betonem architektonicznym o gr. 5 (system (...)). (...) ten zwany także licowym, elewacyjnym, fasadowym, stosuje się dla uzyskania zamierzonego efektu architektoniczno-plastycznego, co wiąże się z zapewnieniem wyższej jakości elementów wykończonych tym betonem. W związku z tym elementy ścienne o wykończeniu z betonu elewacyjnego winny być produkowane w tolerancji wymiarowej o klasie A wg normy, co zapewnia jej spełnienie. Tolerancja wymiarów elementów „wyższej jakości” i dł. 3-6 m, wg normy jw., winna wynosić +/- 6 mm. Tymczasem pozwany dla potrzeb umowy produkował prefabrykaty wg. tolerancji klasy B, czyli odpowiednio dla długości 3-6 m: +/- 16 mm. Zdaniem biegłego powyższe znacznie wpływa na wady ścian co było widoczne w trakcie oględzin obiektów, dotyczące nierówności spoin, braku liniowości krawędzi prefabrykatów – stanowiące wynik montażu elementów prefabrykowanych. Wady te są trwałe i występują na około 15% powierzchni elewacji. Biegły

podkreślił, że zachowanie, w trakcie montażu elementów, równości spoin lub prostej liniowości krawędzi elementów, przy obniżonych tolerancjach wymiarowych jest bardzo utrudnione, gdyż miejsce wmontowania każdego elementu jest określone w projekcie, a ich nierówności wymiarowe „nakładają się” w trakcie montażu kolejnych prefabrykatów, tworząc ww. wady.

W konsekwencji biegły stwierdził, że wobec obniżenia jakości elementów prefabrykowanych dostarczonych przez pozwanego w stosunku do wymagań projektu budowlanego, niemożliwe jest ustalenie stopnia odpowiedzialności powoda dokonującego montażu tych elementów za wady opisane wcześniej. Wskazane w trakcie prac odchyłki montażu elementów były korygowane, lecz często były nieusuwalne.

Odnosnie przebiegu prac montażowych biegły ustalił, że nie tylko rozpoczęcie prac nastąpiło z opóźnieniem prawdopodobnie w dniu 14 września 2012 r., lecz równocześnie doszło do ich wstrzymania ze względu na niską jakość dostarczanych prefabrykatów – jak ocenił kierownik budowy. Po wymianie elementów kontynuowano prace, a krótkie wstrzymanie robót nastąpiło jeszcze kilkakrotnie na skutek dostaw prefabrykatów niskiej jakości. Przedłużały się również prace zbrojarskie elementów podlegających betonowaniu na budowie, co miało znaczenie dla ustalenia terminów kolejnych dostaw prefabrykatów, a w konsekwencji dotrzymania terminu umownego. Biegły na podstawie materiału uzyskanego od inwestora stwierdził, że dostawa prefabrykatów była opóźniona, na budowie występowały nieścisłości dokumentacyjne, dokonywano zmian elementów, usuwano usterki – co również wpływało na wydłużenie realizacji umowy. Również warunki pogodowe na początku grudnia 2012 r. oraz w następnych miesiącach kiedy nastąpiły dni ze spadkiem temperatury poniżej 0 st. C, znacznie utrudniały prace, szczególnie gdy dla kolejnego montażu należało wykonać betonowe „prace mokre”. Dostawa ostatnich elementów prefabrykowanych do montażu na budowie nastąpiła na początku stycznia 2013 r. Spoinowanie ścian natomiast rozpoczęto na przełomie lutego i marca 2013 r. Biegły podkreślił, że spoinowanie można wykonywać wyłącznie w korzystnych warunkach atmosferycznych przy temperaturze $\geq +5$ st. C, określonych wg. karty technicznej wyrobu. Także uszczelnienie styków elementów prefabrykowanych, który kończył realizację prac umownych – należało realizować wyłącznie w warunkach wskazanych w karcie technicznej wyrobu, czyli w temp. $\geq +5$ st. C, co jest trudne do zachowania w okresie zimowym. W ocenie biegłego na wykonanie spoin potrzebne były 4-5 tygodni.

Biegły podkreślił, że realizacja prac betonowych w okresie zimowym jest bardzo utrudniona i zależna od sprzyjających warunków atmosferycznych, a okres od 15 grudnia do 15 marca w umowach o realizację robót, gdzie występują tzw. prace mokre, traktowany jest jako przerwa techniczna w realizacji umowy.

Według ustaleń biegłego na dzień 31 października 2012 r. powód wykonał 81,3% prac z zakresu montażu objętego umową, a wartość robót niewykonanych przez powoda na ten dzień określił na kwotę 93.385 zł.

Sąd Okręgowy ustalił stan faktyczny sprawy na podstawie przedstawionych przez strony dokumentów prywatnych, a także zeznań świadków Z. B. (1) – prezesa spółki M., J. T. (1) – kierownika montażu – prezesa powodowej spółki w czasie budowy, oraz wynajętych przez inwestora: M. K. (1) – inspektora nadzoru i A. O. (1) – kierownika budowy. Ich zeznania były zgodne z dokumentami potwierdzającymi konieczność dokonywania napraw prefabrykatów z uwagi na złą jakość ich wykonania.

Sąd Okręgowy nie dał natomiast wiary świadkom A. S., która nie uczestniczyła bezpośrednio w procesie budowlanym i nie miała praktycznej wiedzy na temat stanu istniejącego faktycznie na budowie, nie wiedziała nawet czy były zastrzeżenia co do jakości prefabrykatów oraz K. T., która będąc asystentem zarządu nie była na budowie i wszelką wiedzę na temat współpracy stron miała z dokumentów umowy oraz wzajemnych obciążeń stron. Twierdzenia świadków dotyczące wadliwości pracy powoda nie miały odzwierciedlenia w pozostałych uwzględnionych zeznaniach osób nie powiązanych bezpośrednio ze stroną pozwaną i powodową.

Sprzeczne z zebrany materiałem były zeznania świadka B. Z. – kierownika zakładu pozwanego, który był odpowiedzialny za produkcję prefabrykatów oraz koordynował prace związane z montażem i odbiorem prac. Wbrew

zeznaniom pozostałych świadków wskazywał na złą organizację pracy powoda, błędy w montażu płyt powodujące brak liniowości, odchylenia od pionów.

Sąd I instancji ocenił jako przydatną do rozpoznania sprawy opinię biegłego sądowego M. Ś.. Sąd oddalił wniosek pozwanego o opinię uzupełniającą, gdyż wniosek ten zmierzał do przedłużenia postępowania w sprawie – art. 217 § 3 k.p.c.

Ponadto Sąd Okręgowy oddalił wnioski o przesłuchanie stron mając na uwadze pomocniczy charakter tego dowodu – art. 299 k.p.c. i to, że okoliczności sprawy zostały dostatecznie wyjaśnione do rozstrzygnięcia.

Sąd a quo oddalił wniosek o przesłuchanie świadka H. I. (1) złożony w sprzeczności z art. 217 § 3 k.p.c., o których miał zeznawać świadek został powołanych jednocześnie w pkt 4) sprzeciwu 3 innych świadków, którzy zostali przesłuchani w konsekwencji przesłuchanie na te same okoliczności kolejnego 4-go świadka zmierzało do przedłużenia postępowania – art. 207 § 6 k.p.c. i art. 217 § 3 k.p.c.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy wskazał, że stosownie do art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (obowiązującej w chwili wniesienia pozwu), jeżeli ogłoszono upadłość obejmującą likwidację majątku upadłego, postępowania sądowe i administracyjne dotyczące masy upadłości mogą być wszczęte i dalej prowadzone jedynie przez syndyka lub przeciwko niemu. Postępowania te syndyk prowadzi na rzecz upadłego, lecz w imieniu własnym. Wynika stąd legitymacja procesowa syndyka do wystąpienia z roszczeniem o zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane w przedmiotowej sprawie.

Upadłego i pozwanego łączyła umowa o roboty budowlane, do której mają zastosowanie art. 647 i następane k.c.

Nie było przy tym sporne, że umowa o roboty budowlane może łączyć nie tylko inwestora i wykonawcę, a może dotyczyć również relacji wykonawca – podwykonawca (wyrok SA w Warszawie z dnia 16 stycznia 2013 roku, I ACa (...)).

W myśl ogólnych zasad procesowych, to na powodzie spoczywa ciężar udowodnienia faktów uzasadniających jego roszczenie (por. wyrok SN z dnia 19 grudnia 1997 r., II CKN 531/97, LEX nr 496544), a na stronie pozwanej spoczywa obowiązek wykazania, że powodowi jego żądanie nie przysługuje (por. wyrok SN z dnia 20 grudnia 2006 r., IV CSK 299/06). Sąd nie ma przy tym obowiązku dążenia do wszechstronnego zbadania wszystkich okoliczności danej sprawy oraz nie jest zobowiązany do zarządzenia dochodzenia w celu uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron i wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie. Nie ma też obowiązku przeprowadzenia z urzędu dowodów zmierzających do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 232 k.p.c.) (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 30 października 2015 r., sygn. akt I ACa (...)).

Powód twierdził, iż wykonał prace określone w umowie stron w terminie przesuniętym w stosunku do terminu wynikającego z umowy stron, na co wyraził zgodę inwestor całego procesu budowlanego, który nie obciążał wykonawcy – pozwanego karą z tego tytułu. Ponadto twierdził, że opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy było wyłącznie zawinione przez stronę pozwaną, w związku z czym on sam nie powinien z tego tytułu ponosić ujemnych konsekwencji.

Pozwany natomiast winą za nieterminowe wykonanie przez firmę (...) przedmiotu umowy obciążał wyłącznie wykonawcę, zarzucając niedochowanie postanowień wynikających z wiążącej strony umowy. Zarzucał brak sporządzenia harmonogramu dostaw prefabrykatów, co powodowało opóźnienia w dostawach, a także brak zgłoszenia ich wadliwości w dokumentach WZ, co było wymagane wg umowy, brak mocy przerobowych i błędy w trakcie montażu, które pozwany musiał usuwać za powoda.

Sąd Okręgowy stwierdził, że materiał dowodowy zebrany w sprawie potwierdzał, iż doszło do odbioru prac przez Inwestora (czyli Zakład (...)). W protokole końcowego odbioru prac budowlanych z 3 czerwca 2013 r. zawarto wprawdzie zastrzeżenia odnośnie jakości wykonanych prac, jednak inwestor bezspornie zapłacił wykonawcy za całość wykonanych na jego rzecz robót z zastrzeżeniem konieczności zapłaty podwykonawcy, co stwierdził prezes zarządu inwestora – świadek B. (k. 336 akt).

Sąd a quo zazaczył, że umowa o podwykonawstwo, aczkolwiek powiązana z umową zawartą pomiędzy inwestorem a wykonawcą, stanowi źródło zobowiązania od niej odrębne. Z tego względu sytuację prawną podwykonawcy wyznacza przede wszystkim treść umowy zawartej z wykonawcą. Na zobowiązania wynikające między stronami umowy podwykonawczej, nie mają co do zasady wpływu uzgodnienia stron umowy głównej – inwestora i wykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie umowa stron została skonstruowana w ten sposób, że podwykonawca przyjął na siebie obowiązek sporządzenia harmonogramu zamówień prefabrykatów oraz dokumentowania wszelkich uchybień dotyczących wytwarzanych i dostarczanych prefabrykatów i to na dokumentach wydania (WZ), co nie było w ogóle stosowane na budowie. Odbioru prefabrykatów w praktyce przedmiotowego procesu budowlanego dokonywali bowiem przedstawiciele inwestora – w tym kierownik budowy – O., który zeznał, że nie wnikał i nawet nie znał szczegółów umowy pozwanego i podwykonawcy firmy (...) (k. 381-381v akt).

W ocenie Sądu a quo treść obowiązków podwykonawcy związanych z odbiorem prefabrykatów od pozwanego i stwierdzeniem ich ewentualnej wadliwości wynikających z zawartej przez strony sporu umowy nie miała odzwierciedlenia w procesie budowlanym, w który zaangażowani byli przedstawiciele inwestora. To inwestor ostatecznie miał decydujące zdanie w kwestii montażu prefabrykatów, odnośnie sposobu wykonania robót i jego uwagi były przyjmowane przez pozwanego. Pozwany zgodnie ze złożonymi protokołami odbiorów zobowiązywał się względem inwestora w przeważającej części usuwać wady zamontowanych już prefabrykatów, które jak wynikało z zeznań świadka O. czy K., były mu zgłaszane jeszcze przed montażem, a mimo to nakazywał montaż płyt, zobowiązując się do ich naprawy we własnym zakresie.

Pomimo, że proces budowlany w sposób ewidentny odbiegał od postanowień umowy o roboty budowlane z dnia 3 września 2012 r. nr (...) przytoczonych w pierwszej części ustaleń faktycznych i powód nie przedstawił dowodów świadczących o dokonaniu przez pozwanego odbiorów bezusterkowego montażu prefabrykatów w ramach stosunku stron procesu, to jednak zdaniem Sądu Okręgowego powodowi należało się w przeważającej części dochodzone w sprawie wynagrodzenie, z następujących powodów:

Pozwany dokonał uznania roszczenia powoda wynikającego z drugiej z wystawionych przez powoda, w całości niezapłaconej, faktury VAT nr (...) z 3.06.2013 r. na kwotę 263.035,50 zł przedstawiając w postępowaniu upadłościowym powoda sędziemu-komisarzowi, zarzut potrącenia z tą wierzytelnością własnych wierzytelności względem upadłego na kwotę 244.539,38 zł. Zgłoszenie wierzytelności z 5 sierpnia 2014 r., wraz z prawidłowo podniesionym w tamtym postępowaniu, przez umocowanego do tej czynności pełnomocnika, oświadczeniem woli o potrąceniu, dotarło również do powodowego syndyka, co sam potwierdził na rozprawie w dniu 17 września 2014 r. (k. 312v akt).

W doktrynie prawa i judykaturze przyjmuje się, że uznanie roszczenia może być dokonane w dwóch formach: jako uznanie właściwe oraz uznanie niewłaściwe. Pierwsze stanowi nieuregulowaną odrębnie umowę ustalającą co do zasady i zakresu istnienie albo nieistnienie jakiegoś stosunku prawnego, drugie zaś określone jest jako przyznanie przez dłużnika wobec wierzyciela istnienia długu. Uznanie niewłaściwe jest więc oświadczeniem wiedzy a nie woli dłużnika (por. uzasadnienie wyroku SN z 19 marca 1997 r., II CKN 46/97, OSNC 1997/10/143). Taki charakter uznania niewłaściwego zaaprobował SN w uzasadnieniu orzeczenia z 7 grudnia 1957 r. (OSP i KA 1958, poz. 194) stwierdzając między innymi, że "uznanie niewłaściwe nie jest czynnością prawną, a jedynie przyznaniem obowiązku świadczenia wynikającego z innego źródła, a więc deklaratywnym stwierdzeniem, że taki obowiązek istnieje i że dłużnik nie zamierza się uchylić od jego wypłacenia". Uznanie roszczenia definiuje SN w wyroku 7 marca 2003 r. (I CKN 11/01, LEX nr 83834), jako każdy przypadek wyraźnego oświadczenia woli lub też innego jednoznacznego zachowania się dłużnika wobec wierzyciela, z którego wynika, że dłużnik uważa roszczenie za istniejące. Przejawem uznania niewłaściwego może być w szczególności zapłata części długu (por. M. Pyziak-Szafnicka - Komentarz do art. 123 k.c. teza 33, LEX; wyrok SA w Gdańsku z 8 stycznia 2013 r., V ACa 913/12, LEX nr 1314724).

Uznanie niewłaściwe długu może też polegać na złożeniu wierzycielowi oświadczenia o potrąceniu wierzytelności. Obejmuje ono nie tylko oświadczenie woli o chęci dokonania umorzenia własnej wierzytelności, ale także oświadczenie

wiedzy, że istnieje wierzytelność kontrahenta, z którą potrącenie może być dokonane (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 5 września 2014 r., sygn. akt I ACa (...)).

Złożenie w przedmiotowej sprawie wniosku dowodowego w postaci zgłoszenia wierzytelności, w którym pozwany złożył oświadczenie woli o potrąceniu należało traktować, zdaniem Sądu Okręgowego, właśnie jako oświadczenie wiedzy pozwanego, że wierzytelność syndyka o zapłatę należności z faktury VAT nr (...) z 3.06.2013 r. na kwotę 263.035,50 zł istnieje i jest wymagalna. We wniosku pozwany kilka razy wskazuje na tą należność i nigdy nie kwestionuje tej faktury w jakiegokolwiek części.

Sąd Okręgowy zważył, że spełnione zostały wymagania dotyczące potrącenia w czasie trwania postępowania upadłościowego obejmującego likwidację majątku upadłego ujęte w art. 93-96 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze, w szczególności wierzyciel skorzystał z prawa zgłoszenia sędziemu-komisarzowi wierzytelności podlegających potrąceniu. W toku postępowania w przedmiocie ustalenia listy wierzytelności badana będzie zasadność dokonanego tam potrącenia (por. D. Chrapoński [w:] Komentarzu do art. 96 ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, Lex, 2014). Obecnie z informacji XV Wydziału Sądu Rejonowego w (...) z dnia 25 maja 2016 r. (k. 612) wynika, że wierzytelność pozwanego w kwocie 244.539,38 zł nie została uznana na liście wierzytelności przez syndyka. Pozwany wniósł sprzeciw od tej listy, a rozpoznanie sprzeciwu jest w toku.

Złożenie oświadczenia o potrąceniu w postępowaniu upadłościowym spółki (...) nie odniosło zatem skutku w postaci uznania umorzenia przeciwstawionych w tamtym postępowaniu wierzytelności stron. Warunkiem uznania skuteczności potrącenia w postępowaniu upadłościowym jest uznanie tego faktu na liście wierzytelności (tak też P. Janda, Potrącenie jako sposób zaspokojenia roszczenia po ogłoszeniu upadłości obejmującej likwidację majątku, Mon.Pr. 2007, nr 4, s. 187 i n., A. Jakubecki [w:] Komentarzu do art. 96 ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, Lex, 2010, czy uzasadnienie uchwały SN z 23 stycznia 2007 r., sygn. akt III CZP 125/2006).

Złożenie oświadczenia woli o potrąceniu w postępowaniu upadłościowym spółki (...) stanowiło natomiast czynność oznaczającą uznanie roszczenia przez pozwanego, co miało znaczenie dowodowe w niniejszej sprawie. Pozwany wyraził bowiem w ten sposób pośrednio przekonanie o istnieniu swojego zobowiązania w treści pisma odebranego również przez syndyka - powoda w przedmiotowej sprawie, gdyż ze zgłoszenia wierzytelności z 5 sierpnia 2014 r. można odczytać przejaw akceptacji zobowiązania pozwanego względem powoda, skoro przeciwstawił mu własne roszczenia. Nie było to przy tym tylko ewentualne potrącenie wzajemnej wierzytelności, które nie mogłoby być podstawą przyjęcia, że doszło do uznania powództwa (por. wyrok SN z 9 listopada 2011 r., sygn. akt II CSK (...)).

W orzecznictwie podnosi się, że nie ma przeszkód by wierzyciel i jednocześnie dłużnik, który chce skorzystać z prawa potrącenia, będąc pozwany o zapłatę długu względem upadłego, mógł skorzystać w procesie z zarzutu potrącenia (por. wyrok Sądu Najwyższego z 17 stycznia 2007 r., sygn. akt II CSK 315/06, uchwała SN z 23 stycznia 2007 r., sygn. akt III CZP 125/2006). Postępowanie wywołane zgłoszeniem wierzytelności w toku postępowania upadłościowego nie stanowi sprawy w toku w rozumieniu art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c., a tym samym ustalenia listy wierzytelności nie korzystają z powagi rzeczy osądzonej.

W ocenie Sądu Okręgowego podzielić należy pogląd zgodnie z którym charakter postępowania upadłościowego, którego celem jest szybkie poczynienie ustaleń w celu zaspokojenia wierzycieli upadłego, narzuca szereg koniecznych uproszczeń. Wyrazem tej zasady jest uproszczony i przyśpieszony tryb ustalania wierzytelności (art. 236-266 p.u.n.), który nie daje w żadnym razie gwarancji porównywalnych z procesem sądowym, wobec czego jednak wynik – w postaci zatwierdzonej listy wierzytelności – jest dokonywany wyłącznie na użytek tego postępowania i w konsekwencji nie jest objęty powagą rzeczy osądzonej (por. także uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2007 r., III CZP (...)). Nie pozbawia ona zatem wierzyciela możliwości dochodzenia wierzytelności poza postępowaniem upadłościowym.

Potrącenie jest instytucją prawa materialnego, która pozwala na samodzielne paraegzekucyjne zaspokojenie wierzytelności w drodze jej umorzenia z wzajemną wierzytelnością dłużnika. Skorzystanie z potrącenia przekłada się zwykle na procesowy zarzut potrącenia, którego istotę stanowi żądanie uwzględnienia materialnoprawnych zmian

stanu zobowiązań między stronami, jaki nastąpił w wyniku złożonego oświadczenia o potrąceniu (zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2007 r., III CZP(...)).

W rozpoznawanej sprawie pozwany chcąc skorzystać z zarzutu potrącenia zobowiązany byłby zatem do zachowania formalnych wymagań, tj. podniesienia procesowego zarzutu potrącenia, skoro przed procesem takiego oświadczenia nie złożył i skutek potrącenia wcześniej nie nastąpił.

Takiego zarzutu w przedmiotowym procesie w odniesieniu do faktury VAT nr (...) z 3.06.2013 r. na kwotę 263.035,50 zł pozwany jednak nie złożył. Pozwany złożył jedynie dowód w postaci oświadczenia prezesa zarządu pozwanej spółki z 5 września 2013 r. o potrąceniu wierzytelności (...) w kwocie 21.436,38 zł objętej fakturą (...) z wierzytelnością pozwanego w kwocie 22.000 zł z tytułu kary umownej za zwłokę w realizacji umowy (...)(...) (k. 87 akt), co zostanie omówione w dalszej części.

Brak procesowego zarzutu potrącenia, a także powołania się na wcześniejsze potrącenie wzajemnych wierzytelności stron czynił bezprzedmiotową ocenę opisanych w sprzeciwie roszczeń, które pozwanemu jakoby przysługiwały względem powoda. Pozwany w istocie opisał w sprzeciwie własne roszczenia o zapłatę, które powstały w jego majątku, jednak nie sformułował żadnych żądań stanowiących podstawę ich rozpoznania w procesie. Nie tylko nie złożył zarzutu potrącenia, ale także nie wniósł powództwa wzajemnego ani nie sformułował żądania obniżenia wynagrodzenia w ramach rękojmi za wady wykonanych robót budowlanych. Sąd a quo wskazał, że jeszcze w odpowiedzi na wezwanie do zapłaty należności wynikającej z faktury VAT nr (...) pozwany domagał się obniżenia kwoty do wartości robót faktycznie wykonanych (k. 92 akt), jednak również w tym piśmie prezes pozwanego nie sformułował żadnych zarzutów pozwalających na określenie kwestionowanej części należności powoda.

Tym samym, należność z faktury VAT nr (...) z 3.06.2013 r. na kwotę 263.035,50 zł dochodzona ostatecznie wraz z odsetkami od dnia 18 lipca 2013 r. do dnia zapłaty podlegała zasądzeniu, jako uznana przez pozwanego.

Jedynie w zakresie odsetek ustawowych od tej kwoty od daty pierwotnie podanej w pozwie, tj. od 9 lipca 2013 r. do 17 lipca 2013 r. powództwo podlegało oddaleniu, gdyż powód modyfikując roszczenie w tym zakresie, nie cofnął pozwu. W takiej sytuacji modyfikacja roszczenia nie skutkowała umorzeniem postępowania na podstawie art. 355 k.p.c., a oddaleniem powództwa w tym zakresie.

Natomiast odnosząc się do drugiego z żądań pozwu - zapłaty reszty kwoty wynikającej z faktury VAT nr (...) z 4 grudnia 2012 r. Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że także w tym zakresie doszło do modyfikacji pozwu. Powód w piśmie procesowym z 18 sierpnia 2014 r. zredukował żądanie z kwoty 21.436,38 zł z odsetkami od dnia 9 stycznia 2013 r. do dnia zapłaty do kwoty 10.975,58 zł z odsetkami od 10 stycznia 2013 r. do dnia zapłaty. W tej sytuacji co do różnicy wskazanych kwot, tj. kwoty 10.460 zł i odsetek od kwoty 21.436,38 zł za dzień 9 stycznia 2013 r. powództwo również należało oddalić w związku z rezygnacją powoda z roszczenia w tym zakresie, bez dokonania cofnięcia pozwu.

Co do pozostałej kwoty 10.975,58 zł z odsetkami ustawowymi od 10 stycznia 2013 r. do dnia zapłaty należało rozważyć skuteczność potrącenia dokonanego w wyniku złożonego dnia 5 września 2013 r. oświadczenia prezesa pozwanej spółki o potrąceniu wierzytelności (...) w kwocie 21.436,38 zł objętej fakturą (...) z wierzytelnością pozwanego w kwocie 22.000 zł z tytułu kary umownej za zwłokę w realizacji umowy (...)(...) (k. 87 akt).

W niniejszej sprawie pozwany dokonał potrącenia części należności z tytułu kary umownej, której zapłaty domagał się od poprzednika powoda. Jednak samo oświadczenie o potrąceniu nie stanowiło podstawy do stworzenia wierzytelności. Dla uznania, że potrącenie wywołało skutek prawny w postaci umorzenia wzajemnych wierzytelności, nie wystarczy samo powołanie się przez składającego oświadczenie o potrąceniu na fakt przysługiwania mu wierzytelności przeznaczonej do potrącenia; istnienie tej wierzytelności należy udowodnić (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2006 r., sygn. akt II CSK 192/06, LEX nr 233059).

W rozpoznawanym wypadku wymagało rozważenia, czy pozwany miał prawo obciążenia powoda karą umowną z tytułu zwłoki w wykonaniu zobowiązania na podstawie noty obciążeniowej z dnia 28 czerwca 2013 r. nr (...), do której

pozwany odniósł się w przedmiotowym oświadczeniu o potrąceniu. Wskazywał w tej nocie na zwłokę o 215 dni w wykonaniu robót budowlanych zgodnie z § 12 pkt 1 a umowy nr (...).

Obciążenie karą umowną na wskazanej podstawie wymagało wykazania przez stronę pozwaną, stosownie do reguły dowodowej wyrażonej w art. 6 k.c., że opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy było zawinione przez powoda. Stosownie bowiem do art. 476 k.c. nie dochodzi do zwłoki, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Wynik przeprowadzonego postępowania dowodowego wskazywał w rozpoznawanej sprawie, że opóźnienie do którego doszło w przedmiotowym procesie budowlanym było skutkiem zaniedbań ze strony pozwanego, którymi trudno obciążać w tym wypadku upadłego. Brak wykonanych na czas rozwiązań projektowych dotyczących budowlanych trzech obiektów, zła jakość dostarczanych prefabrykatów i nierytmiczność dostaw, a także konieczność dokonywania przez pozwanego naprawy zamontowanych już na miejscu budowy prefabrykatów z uwagi na ich uszkodzenia lub wady, powodowały ciągle opóźnienia w stosunku do umownego terminu zakończenia robót. Nie było możliwe wykonywanie obróbki zamontowanych płyt do czasu poprawienia ich usterek przez pozwanego, a przesunięcie terminu wykonania spoin, co było możliwe już po dokończeniu montażu, dodatkowo spowolnił okres przymrozków, kiedy prac tych nie można było wykonywać. Z zeznań przesłuchanych w sprawie świadków, w tym w szczególności B., K., O. i T. wynikało w sposób przekonujący, że w trakcie procesu budowlanego nie było dla jego stron sporne, iż powodowi należało się wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane, zaś winę za powstałe opóźnienia w zakończeniu robót ponosił pozwany, którego obciążał także obowiązek usuwania wad zamontowanych już płyt, powstałych w trakcie produkcji i transportu. Także opinia biegłego powołanego w sprawie - M. Ś. potwierdziła wadliwość robót wykonanych przez pozwanego i wpływ tych wadliwości na możliwość wykonania przez powoda jego zakresu robót. Jednocześnie biegły określił, że na podstawie dokumentacji sprawy oraz przekazanych przez strony materiałów, nie było możliwe ustalenie stopnia odpowiedzialności powoda za wady.

W konsekwencji wobec braku udowodnienia istnienia wierzytelności pozwanego, które to wierzytelności byłyby przedmiotem potrącenia z wierzytelnościami powoda, nie doszło do potrącenia także na podstawie oświadczenia z dnia 5 września 2013 r.

W związku z nieskutecznością potrącenia z powodu nieudowodnienia wierzytelności przedstawionych do potrącenia, należało uwzględnić powództwo także co do kwoty 10.975,58 zł z odsetkami ustawowymi od 10 stycznia 2013 r. do dnia zapłaty podstawie art. 647 k.c. Orzeczenie w zakresie odsetek znalazło swoją podstawę w przepisie art. 481 § 1 k.c. i 2 zd. 1 k.c.

Na marginesie Sąd Okręgowy uznał bezzasadność obciążenia powoda karami umownymi wskazanymi w zgłoszeniu wierzytelności przez pozwanego w postępowaniu upadłościowym w piśmie z dnia 5 sierpnia 2014 r. Odnosi się to zarówno do kwoty 193.563,62 zł wskazanej w nocie obciążeniowej nr (...) z dnia 28 czerwca 2013 r. i odsetek za opóźnienie naliczonej od tej noty w kwocie 10.105,47 zł, a także kwoty 14.555,27 zł naliczonej na podstawie noty obciążeniowej nr (...) z dnia 28 czerwca 2013 r. i kwoty 25,92 zł tytułem odsetek od tej noty. Należy zauważyć, iż w aktach sprawy brak jest noty obciążeniowej o numerze (...) z dnia 28 czerwca 2013 r., natomiast na k. 247v znajduje się nota obciążeniowa o numerze nr (...) z dnia 28 czerwca 2013 r. Już tylko z tego powodu oświadczenie o potrąceniu należności pozwanego zawarte w zgłoszeniu wierzytelności z noty obciążeniowej, której pozwany nie wystawił o nr (...) nie jest skuteczne. Sąd Okręgowy podkreślił, iż oświadczenie to zostało złożone przez zawodowego pełnomocnika, który zobowiązany jest do zachowania staranności podwyższonej uwzględniającej zawodowy charakter jego działalności. Obowiązkiem dokonującego potrącenia jest skonkretyzowanie wzajemnie potrącanych wierzytelności.

Odnośnie pozostałych wierzytelności pozwanego wymienionych w zgłoszeniu wierzytelności z dnia 5 sierpnia 2014 r. w kwocie 4.501,06 zł tytułem należności ujętych w fakturach VAT nr (...) oraz w kwocie 8,02 zł tytułem odsetek za opóźnienie w ich zapłacie i w kwocie 11.979,81 zł tytułem należności ujętych w fakturze VAT nr (...) oraz w kwocie 21,33 zł tytułem odsetek za opóźnienie w jej zapłacie, a także w kwocie 6.949,50 zł tytułem należności ujętych w fakturze

VAT nr (...) wraz z kwotą 12,38 zł tytułem odsetek za opóźnienie w zapłacie należności w niej ujętych oraz z kwotą 2.817 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania w sprawie o ogłoszenie upadłości powoda, rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w (...) pod sygn. akt XV GU (...), należy zauważyć, iż pozwany w toku przedmiotowego postępowania poza samymi dokumentami księgowymi, z których mają wynikać te należności nie przedstawił innych dowodów potwierdzających jego twierdzenia, że rzeczywiście przysługują mu one od powoda i na jakiej podstawie. W piśmie procesowym z dnia 16 września 2014 r. (k. 209-210) pozwany ograniczył się jedynie do złożenia wniosku dowodowego z dokumentu zgłoszenia wierzytelności z dnia 5 sierpnia 2014 r. wraz z załącznikami. Sąd Okręgowy zważył na pismo procesowe powoda z dnia 18 sierpnia 2014 r., gdzie precyzując swoje roszczenie potwierdził, że uznał część zgłoszonych przez pozwanego roszczeń z tytułu noty obciążeniowej nr (...) z dnia 28 czerwca 2013 r. w kwocie 2911,05 zł oraz część należności z faktury VAT nr (...) w kwocie 7.549,65 zł i zaliczył je na poczet należności z jego faktury VAT nr (...). W pozostałym zakresie powód zakwestionował istnienie wierzytelności pozwanego wskazanych w jego zgłoszeniu wierzytelności w opisanych wyżej fakturach, natomiast pozwany wbrew rozkładowi ciężaru dowodu nie podjął w przedmiotowym procesie próby ich udowodnienia i dlatego jego oświadczenie o potrąceniu zawarte w zgłoszeniu wierzytelności również z tego powodu nie mogło wywołać skutków prawnych w postaci umorzenia wierzytelności powoda dochodzonej pozwem.

Na podstawie przepisu art. 98 k.p.c. i 99 k.p.c. Sąd Okręgowy obciążył pozwanego obowiązkiem zwrotu na rzecz powoda poniesionych przez niego kosztów postępowania w całości, uznając że oddalenie powództwa jedynie w 3,6% nie miało wpływu na rozstrzygnięcie w tym zakresie. Na koszty powoda składały się kwota 7217 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Jednocześnie na podstawie przepisów art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych z dnia 28 lipca 2005 r. (t. j. Dz. U. z 2014 r. poz. 1025 ze zmianami) Sąd obciążył pozwanego na rzecz Skarbu Państwa opłatą sądową w kwocie 14.224 zł, od której powód został zwolniony postanowieniem z dnia 21 marca 2014 r., a także na podstawie art. 83 ust. 2 cytowanej ustawy nakazał pobrać od pozwanego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 1.475, 65 zł tytułem wydatków na biegłego poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa.

Apelację od tego wyroku złożył pozwany zaskarżając go w części tj. co do:

- 1) punktu 1 wyroku, w tym w zakresie punktów a/ i b/ - w całości,
- 2) punktu 3 wyroku - w całości,
- 3) punktu 4 wyroku, w tym w zakresie punktów a/ i b/ - w całości.

Wyrokowi temu skarżący zarzucił :

1) nierozpoznanie istoty sprawy na skutek błędnego przyjęcia, że Pozwana nie zgłosiła zarzutu potrącenia w niniejszej sprawie, podczas, gdy prawidłowa ocena stanowiska Pozwanej prowadzi do wniosku, że Pozwana w należyty sposób przedstawiła do potrącenia wzajemne wierzytelności, a następnie powołała się na złożone oświadczenie o potrąceniu, co doprowadziło do naruszenia przepisu art. 498 § 1 i 2 k.c. oraz art. 499 k.c. poprzez nieuwzględnienie złożonego przez Pozwaną oświadczenia o potrąceniu kwoty 244.539,38 zł, zawartego w zgłoszeniu wierzytelności z dnia 5 sierpnia 2014 r., co w konsekwencji doprowadziło do błędnego przyjęcia, że w zakresie kwoty 244.539,38 zł, wierzytelności dochodzone w niniejszej sprawie nie uległy umorzeniu z wierzytelnościami Pozwanej, opisanymi szczegółowo w zgłoszeniu wierzytelności z dnia 5 sierpnia 2014 r.

W przypadku, gdyby Sąd Apelacyjny przyjął jednak, że Pozwana nie podniosła procesowego zarzutu potrącenia opartego na oświadczeniu o potrąceniu, zawartym w zgłoszeniu wierzytelności z dnia 5 sierpnia 2014 r., to Pozwana niniejszym podnosi taki zarzut procesowy, co szczegółowo opisano w uzasadnieniu apelacji dotyczącym zarzutu nr 1,

2) naruszenie przepisu art. 229 k.p.c. poprzez błędne przyjęcie, że Pozwana przyznała fakty powołane przez Powoda, świadczące o zasadności dochodzonych roszczeń, a to na skutek błędnego przyjęcia, że złożenie oświadczenia o potrąceniu, zawartego w

zgłoszeniu wierzytelności z dnia 5 sierpnia 2014 r. i powołanie się na złożone oświadczenie przez Pozwaną w niniejszej sprawie, stanowiło przyznanie okoliczności, z których Powód wywodził dochodzone roszczenie, co doprowadziło do zaniechania

zbadania podstawy faktycznej powództwa w niniejszej sprawie w zakresie odnoszącym się do wysokości dochodzonej przez Powoda należności.

W przypadku, gdyby Sąd Apelacyjny przyjął, że w niniejszej sprawie Sąd Okręgowy wywiódł, że Pozwana złożyła oświadczenie o uznaniu roszczenia (w rozumieniu przepisu art. 123 § 1 pkt 2 k.c.), to Pozwana podnosi zarzut naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c., polegające na dokonaniu newszechstronnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, polegającej na:

a) pominięciu okoliczności, że Pozwana kwestionowała wierzytelności Powoda co do zasady i co do wysokości przed procesem (pismo Pozwanej z dnia 25 października 2013 r.) i w sprzeczności od nakazu zapłaty i wносиła o oddalenie powództwa (s. 2-3 sprzeciwu od nakazu zapłaty), zaś to stanowisko procesowe Pozwanej i jej wniosek o oddalenie powództwa nie zostały w toku procesu wycofane ani zmienione,

b) pominięciu okoliczności, że Pozwana w zgłoszeniu wierzytelności z dnia 5 sierpnia 2014 r. wyraźnie wskazała, że na skutek potrącenia, obie wierzytelności wygasają w wysokości odpowiadającej kwocie wierzytelności Wierzyciela, i nie potwierdziła istnienia wierzytelności, ujętej w fakturze VAT nr (...), w kwocie 263.035,50 zł,

c) pominięciu okoliczności, że na rozprawie dnia 17 grudnia 2014 r. Pozwana kwestionowała zamiar spłaty należności (s. 2 protokołu z dnia 17 grudnia 2014 r.),

co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia przepisów art. 60 k.c. i art. 65 § 1 k.c. poprzez dokonanie błędnej wykładni oświadczenia o potrąceniu, zawartego w zgłoszeniu wierzytelności z dnia 5 sierpnia 2014 r. poprzez błędne przyjęcie, że oświadczenie to obejmowało kwotę 263.035,50 zł, ujętą w fakturze VAT nr (...), podczas, gdy prawidłowa wykładnia powyższego oświadczenia może prowadzić do wniosku, że Pozwana precyzyjnie oznaczyła granice złożonego oświadczenia i nie dokonała w nim uznania niewłaściwego wierzytelności ponad kwotę 244.539,38 zł, co doprowadziło do błędnego przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że Powód wykazał istnienie i wysokość dochodzonej wierzytelności w kwocie 263.035,50 zł w sytuacji, gdy - pomijając kwestionowaną przez Pozwaną fakturę VAT nr (...) - żaden z przeprowadzonych w sprawie dowodów nie wskazuje wysokości tej należności, w konsekwencji czego wszechstronna ocena zgromadzonego materiału dowodowego - przy uwzględnieniu faktu kwestionowania tej okoliczności przez Pozwanego - nakazywała przyjęcie, że Powód nie udowodnił wysokości dochodzonego roszczenia,

3) naruszenie przepisów art. 234 k.p.c., art. 232 k.p.c. i art. 6 k.c. w związku z przepisami art. 471 k.c., art. 476 k.c. oraz przepisem art. 483 § 1 k.c. i zapisem § 12 ust. 1 lit. a) umowy nr (...) (...) („umowa”) poprzez dokonanie błędnego rozkładu ciężaru dowodu - pomimo istniejącego domniemania prawnego w zakresie winy dłużnika w niewykonaniu zobowiązania - w zakresie wykazania, że opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy przez Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej ((...), Upadła) miało charakter zawiniony poprzez przyjęcie, że powyższe powinna wykazać Pozwana, podczas, gdy z przepisów art. 471 k.c. i art. 476 k.c. wynika domniemanie winy dłużnika, zatem to Powód powinien wykazać przesłanki uwalniające od odpowiedzialności z tytułu kary umownej należnej na podstawie art. 483 § 1 k.c. i zapisem § 12 ust. 1 lit. a) umowy, co doprowadził do błędnego przyjęcia, że Pozwana nie wykazała istnienia wierzytelności z tytułu kary umownej, związanej z nieterminowym wykonaniem umowy przez (...), na podstawie § 12 ust. 1 lit. a) umowy,

4) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. w związku z przepisem art. 207 § 3 k.p.c. w związku z przepisem art. 130 § 2 k.p.c., polegające na zaniechaniu pominięcia twierdzeń Powoda, zawartych w piśmie procesowym z dnia 28 listopada 2014 r., i poczynienia na jego podstawie ustaleń co do stanu faktycznego sprawy, pomimo, że pismo

to zostało zwrócone mocą postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 17 grudnia 2014 r. (s. 2 protokołu z dnia 17 grudnia 2014 r.), co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia stanu faktycznego sprawy poprzez przyjęcie, że Powód zakwestionował złożone przez Pozwaną dokumenty WZ i wynikające z ich treści zastrzeżenia co do znikomej elementów dostarczonych przez Pozwaną na plac budowy, co miało wpływ na wynik sprawy, albowiem Sąd Okręgowy powinien był zastosować przepis art. 230 k.p.c. i uznać za przyznane okoliczności prawidłowego dostarczenia elementów przez Pozwaną, co powinno prowadzić do wniosku, że Powód nie może powoływać się na wadliwość elementów, które zostały przyjęte bez zastrzeżeń, a to na podstawie § 8 ust. 14 lit. c/ umowy,

5) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c., polegające na nie wszechstronnej ocenie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego poprzez pominięcie zgłoszonego do akt sprawy dowodu z dokumentu w postaci noty nr 12/2013 z dnia 28 czerwca 2013 r., a to na skutek błędnego przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że Pozwana nie przedstawiła tego dokumentu do akt sprawy - mimo, że dokument ten znajduje się na karcie 88 akt sprawy, został dopuszczony jako dowód mocą postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 13 lipca 2016 r. i został uznany przez Sąd Okręgowy za wiarygodny, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że oświadczenie Pozwanej o potrąceniu w zakresie dotyczącym kwoty 14.555,27 zł nie było skuteczne, podczas, gdy uwzględnienie powyższego dowodu w ramach wszechstronnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego i jego ocena przy uwzględnieniu dowodów wskazanych w uzasadnieniu zarzutu nr 16 niniejszej apelacji, nakazywała przyjęcie, że Pozwana wykazała fakt wadliwości prac wykonywanych przez (...), fakt poniesienia przez Pozwaną z tego tytułu obciążenia w kwocie 14.555,27 zł oraz istnienia wierzytelności Pozwanej z tego tytułu i w takiej kwocie wobec (...),

6) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie niewszechstronnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego poprzez uznanie za niewiarygodne dowodu z zeznań świadków A. S. i K. T. z powodu tego, że nie uczestniczyły one bezpośrednio w procesie budowlanym i nie miały praktycznej wiedzy na temat stanu istniejącego faktycznie na budowie, podczas, gdy zeznania tych świadków były spójne z treścią uznanych za wiarygodne dowodów z dokumentów (dokumenty i odpowiednie fragmenty zeznań świadka A. S. i K. T. wymieniono szczegółowo w uzasadnieniu zarzutu nr 6 uzasadnienia niniejszej apelacji), a ponadto świadkowie mieli wiedzę co do istotnych w sprawie okoliczności, które nie były związane bezpośrednio z prowadzeniem prac na budowie, co doprowadziło do błędnego ustalenia stanu faktycznego sprawy na skutek pominięcia wynikających z tych zeznań wniosków dotyczących przyczyn nieterminowego wykonania umowy przez (...) oraz istnienia wierzytelności Pozwanej wobec (...),

7) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie niewszechstronnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego poprzez uznanie za niewiarygodne zeznań świadka B. Z. z powodu tego, że świadek był zainteresowany przedstawieniem okoliczności sprawy w sposób korzystny dla siebie i w sposób, który ukazywałby jego pracę w korzystnym świetle, podczas, gdy:

a) zeznania tego świadka były spójne z treścią uznanych za wiarygodne dowodów z dokumentów (dokumenty wymieniono szczegółowo w uzasadnieniu zarzutu nr 7 uzasadnienia niniejszej apelacji), a ponadto

b) zeznania tego świadka były spójne z treścią uznanych za wiarygodne zeznań świadka J. T. (1) (odpowiednie fragmenty zeznań świadka B. Z. i świadka J. T. (1) wymieniono szczegółowo w uzasadnieniu zarzutu nr 7 niniejszej apelacji), co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia stanu faktycznego sprawy na skutek pominięcia wynikających z tych zeznań wniosków dotyczących przyczyn nieterminowego wykonania umowy przez (...) oraz istnienia wierzytelności

Pozwanej wobec (...),

8) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie niewszechstronnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w postaci zeznań świadka J. T. (1), która doprowadziła do uznania jego zeznań za wiarygodne, podczas, gdy dowód ten - w zakresie dotyczącym wpływu warunków pogodowych na możliwość terminowego wykonania umowy - był sprzeczny z uznaną przez Sąd Okręgowy za wiarygodną opinią biegłego M. Ś., a ponadto był wewnętrznie sprzeczny w zakresie dotyczącym odbioru elementów produkowanych przez Pozwaną (szczegółowe fragmenty zeznań świadka J. T. (1) i opinii biegłego M. Ś. wskazano w uzasadnieniu zarzutu nr 8 uzasadnienia

niniejszej apelacji), co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia stanu faktycznego sprawy w zakresie ustalenia przyczyn nieterminowego wykonania prac przez (...) oraz przyjęcia, że powyższe opóźnienie zostało wywołane przez Pozwaną, zaś (...) w tym zakresie nie ponosił winy, co doprowadziło do przyjęcia, że nie pozostawał on w zwłoce, zatem Pozwanej nie przysługiwały wierzytelności z tytułu kar umownych na podstawie § 12 ust. 1 lit. a) umowy,

9) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie newszechstronnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w postaci zeznań świadków Z. B. (1), M. K. (1) i A. O. (1), która doprowadziła do uznania zeznań tych świadków za wiarygodne, pomimo faktu, że wiedza i ocena świadków, dotyczące realizacji spornej budowy, pochodzi z punktu widzenia inwestora (...) i relacji między Pozwaną a inwestorem, a nie między Pozwaną a (...), zaś świadkowie nie znali treści relacji między między Pozwaną a (...), co oznacza, że zeznania świadków stanowią przejaw ich wiedzy i oceny dotyczącej innego stosunku prawnego niż był przedmiotem oceny Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie (szczegółowe powołanie fragmentów zeznań świadków i ich roli w procesie budowlanym przytoczono w uzasadnieniu zarzutu nr 9 apelacji), zaś zeznania świadka A. O. były sprzeczne z uznaną za wiarygodną opinią biegłego M. Ś. w zakresie ustalenia kogo obciążał brak pionowości i linowości attyk, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia stanu faktycznego sprawy w zakresie ustalenia przyczyn nieterminowego wykonania prac przez (...) oraz przyjęcia, że powyższe opóźnienie zostało wywołane przez Pozwaną, zaś (...) w tym zakresie nie ponosił winy, co doprowadziło do przyjęcia, że nie pozostawał on w zwłoce, zatem Pozwanej nie przysługiwały wierzytelności z tytułu kar umownych na podstawie § 12 ust. 1 lit. a) umowy,

10) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie newszechstronnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w zakresie zeznań świadków J. T. (1), M. K. (1) i A. O. (1), polegającej na niedostrzeżeniu wzajemnych sprzeczności między treścią zeznań tych świadków w zakresie dotyczącym odbioru elementów produkowanych przez Pozwaną (szczegółowe fragmenty zeznań świadków wskazano w uzasadnieniu zarzutu nr 10 apelacji), i uznania zeznań wszystkich tych świadków za wiarygodne, pomimo występującej sprzeczności, przy czym uchybienie to doprowadziło do poczynienia przez Sąd Okręgowy błędnych ustaleń faktycznych w sprawie w zakresie dotyczącym przyczyn nieterminowego wykonania umowy przez (...) oraz przyjęcia, że (...) nie ponosi winy za nieterminowe wykonanie umowy, zaś przyczyną przekroczenia terminu były okoliczności spowodowane przez Pozwaną (obok okoliczności spowodowanych przez warunki atmosferyczne), zatem Pozwanej nie przysługiwała kara umowna na podstawie § 12 ust. 1 lit. a) umowy,

11) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie newszechstronnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w postaci opinii biegłego M. S. poprzez uznanie jej za wiarygodną i przydatną w niniejszej sprawie, pomimo, że powyższa opinia:

a) jest niekompletna, bowiem nie zawiera ona elementów objętych postanowieniem Sądu Okręgowego z dnia 8 maja 2015 r. o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego,

b) Biegły poczynił ustalenia niemające oparcia w materiale dowodowym,

c) Biegły wykroczył poza zakres wiadomości specjalnych, w zakresie których powinien opiniować, co stanowi naruszenie przepisu art. 278 § 1 k.p.c.,

d) Biegły poczynił ustalenia niezgodne z treścią zgromadzonego materiału dowodowego,

e) Biegły poczynił ustalenia niezgodne z zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej,

a także jest ona sprzeczna z uznanymi za wiarygodne zeznaniami świadków J. T. i A. O., co doprowadziło do błędnego przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że nieterminowe wykonanie umowy przez (...) było spowodowane wyłącznie przyczynami leżącymi po stronie Pozwanej i warunkami atmosferycznymi, zaś (...) nie ponosił winy za nieterminowe wykonanie umowy, a także do braku wykazania wartości prac Pozwanej, wskazanych w punktach IV i VII sprzeciwu od nakazu zapłaty, co w dalszej kolejności doprowadziło do błędnego ustalenia, że Pozwanej nie przysługiwały

wierzytelności wobec (...) z tytułu kary umownej na podstawie § 12 ust. 1 lit. a) umowy oraz do przyjęcia, że Pozwana nie udowodniła istnienia wierzytelności wskazanych w punktach IV i VII sprzeciwu od nakazu zapłaty,

12) naruszenie przepisu art. 227 k.p.c. w związku z przepisem art. 286 k.p.c. w związku z przepisem art. 217 § 3 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku Pozwanej o przeprowadzenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego M. S. mocą postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 13 lipca 2016 r. (punkt 1 na s. 11 protokołu rozprawy z dnia 13 lipca 2016 r.), a to na skutek błędnego przyjęcia, że opinia ta jest w pełni wiarygodna i może stanowić podstawę dla ustaleń dokonywanych przez Sąd Okręgowy, pomimo, że wydana opinia:

a) jest niekompletna, bowiem nie zawiera ona elementów objętych postanowieniem Sądu Okręgowego z dnia 8 maja 2015 r. o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego,

b) Biegły poczynił ustalenia niemające oparcia w materiale dowodowym,

c) Biegły wykroczył poza zakres wiadomości specjalnych, w zakresie których powinien opiniować, co stanowi naruszenie przepisu art. 278 § 1 k.p.c.,

d) Biegły poczynił ustalenia niezgodne z treścią zgromadzonego materiału dowodowego,

e) Biegły poczynił ustalenia niezgodne z zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej,

a także jest ona sprzeczna z uznanymi za wiarygodne zeznaniami świadków J. T. i A. O., co doprowadziło do błędnego przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że nieterminowe wykonanie umowy przez (...) było spowodowane wyłącznie przyczynami leżącymi po stronie Pozwanej i warunkami atmosferycznymi, zaś (...) nie ponosił winy za nieterminowe wykonanie umowy, a także do braku wykazania wartości prac Pozwanej, wskazanych w punktach IV i VII sprzeciwu od nakazu zapłaty, co w dalszej kolejności doprowadziło do błędnego ustalenia, że Pozwanej nie przysługiwały wierzytelności wobec (...) z tytułu kary umownej na podstawie § 12 ust. 1 lit. a) umowy oraz do przyjęcia, że Pozwana nie udowodniła istnienia wierzytelności wskazanych w punktach IV i VII sprzeciwu od nakazu zapłaty,

13) w przypadku, gdyby Sąd Apelacyjny przyjął, że opinia biegłego M. S. jest wiarygodna i przydatna w niniejszej sprawie, to Pozwana zarzuca naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. w związku z przepisem art. 278 § 1 k.p.c., polegające na dokonaniu newszechstronnej oceny opinii biegłego M. S., polegającej na pominięciu wskazania przez biegłego, że wykonanie umowy było możliwe w terminie 4-5 tygodni od dnia przystąpienia do rozpoczęcia spoinowania, w dacie wskazanej na k. 41 dziennika budowy, to jest 4 marca 2013 r. (s. 7 pisemnej opinii biegłego z marca 2016 r., s. 10 protokołu z dnia 13 lipca 2016 r.), co prowadzi do wniosku, że całość prac mogła zostać ukończona do dnia 8 kwietnia 2013 r. (s. 10 protokołu z dnia 13 lipca 2016 r.), co doprowadziło do poczynienia przez Sąd Okręgowy ustaleń sprzecznych z treścią zgromadzonego materiału dowodowego w zakresie terminu, w jakim można było ukończyć prace objęte umową, zaś w dalszej kolejności - wyprowadzenia wniosku, że (...) w ogóle nie ponosi odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie przedmiotowej umowy, co w konsekwencji doprowadziło do przyjęcia, że nie istniały wierzytelności Pozwanej z tytułu kary umownej na podstawie § 12 ust. 1 lit. a) umowy, objęte oświadczeniem o potrąceniu, zawartym w zgłoszeniu wierzytelności z dnia 5 sierpnia 2014 r., podczas, gdy wszechstronna ocena dowodu z opinii biegłego, uwzględniająca całość ustaleń i wskazań biegłego, prowadziła do wniosku, że wykonanie umowy przez (...) było możliwe w terminie do dnia 8 kwietnia 2013 r., zaś w okresie po dniu 8 kwietnia 2013 r. Powód nie wykazał, aby nieterminowe wykonanie prac objętych umową nastąpiło bez jego winy, co nakazywało przyjęcie, że nie doszło do obalenia domniemania winy dłużnika w zakresie opóźnienia, i w efekcie powinno prowadzić do przyjęcia, że Pozwanej przysługiwało roszczenie o zapłatę kary umownej, określonej w § 12 ust. 1 lit. a) umowy,

14) naruszenie przepisu art. 227 k.p.c. w związku z przepisem art. 207 § 6 k.p.c. i art. 217 § 3 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku Pozwanej o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka H. I. (1), a to na skutek błędnego przyjęcia, że wniosek o

przeprowadzenie dowodu z zeznań tego świadka zmierzał do przedłużenia postępowania, podczas, gdy wniosek ten dotyczył faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie w postaci okoliczności związanych z

realizowaniem dostaw elementów produkowanych przez Pozwaną na budowę i terminowością tych dostaw, przyczyn nieterminowego wykonania prac przez

(...), a także istnienia wierzytelności wskazanych w punktach IV-VII sprzeciwu od nakazu zapłaty, zaś Sąd Okręgowy błędnie uznał, że wniosek ten zmierza wyłącznie do przedłużenia postępowania w sytuacji, gdy jako nieudowodnione przyjął okoliczności dotyczące istnienia wierzytelności Pozwanej, przedstawionych w

punktach IV-VII sprzeciwu od nakazu zapłaty i wierzytelności Pozwanej z tytułu kary umownej na podstawie § 12 ust. 1 lit. a) umowy, a przeprowadzenie tego dowodu pozwoliłoby Pozwanej wykazać istnienie tych wierzytelności, co miało wpływ na wynik sprawy, albowiem przeprowadzenie tego dowodu doprowadziłoby do wykazania przez Pozwaną okoliczności związanych z terminowością realizacji dostaw elementów na plac budowy, co doprowadziłoby z kolei do ustalenia, że dostawy te były realizowane zgodnie z zamówieniami składanymi przez (...) i że dostarczenie przez Pozwaną wszystkich elementów na plac budowy we wrześniu i październiku 2012 r. nie pozwoliłoby na wykonanie umowy przez (...) do dnia 31 października 2012 r. z winy (...), a także do wykazania istnienia wierzytelności Pozwanej wobec (...).

15) naruszenie przepisu art. 227 k.p.c. w związku z przepisem art. 217 § 3 i art. 299 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku Pozwanej o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron, a to na skutek błędnego przyjęcia, że okoliczności sprawy mające dla

rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie w postaci okoliczności związanych z realizowaniem dostaw elementów produkowanych przez Pozwaną na budowę i terminowością tych dostaw, przyczyn nieterminowego wykonania prac przez (...), a także istnienia wierzytelności wskazanych w punktach IV-VII sprzeciwu

od nakazu zapłaty, zostały dostatecznie wyjaśnione w sytuacji, gdy jako nieudowodnione przyjął okoliczności dotyczące istnienia wierzytelności Pozwanej, przedstawionych w punktach IV-VII sprzeciwu od nakazu zapłaty i wierzytelności

Pozwanej z tytułu kary umownej na podstawie § 12 ust. 1 lit. a) umowy, co miało wpływ na wynik sprawy, albowiem doprowadziło do przyjęcia, że Pozwana nie udowodniła istnienia wierzytelności przedstawionych w punktach IV - (...) sprzeciwu od nakazu zapłaty, podczas, gdy przeprowadzenie tego dowodu doprowadziłoby do wykazania przez Pozwaną istnienia wierzytelności wskazanych w punktach IV-VII sprzeciwu od nakazu zapłaty i wierzytelności Pozwanej z tytułu kary umownej na podstawie § 12 ust. 1 lit. a) umowy,

16) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie newszechstronnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego poprzez pominięcie przedłożonych przez Pozwaną dowodów, dopuszczonych mocą postanowienia z dnia 13 lipca 2016 r. i uznanych przez Sąd Okręgowy za wiarygodne, w postaci:

a) noty księgowej nr (...) z dnia 28.06.2013 r. i noty obciążeniowej nr (...) z pocztowym dowodem nadania,

b) potwierdzenia przelewu z dnia 4.07.2013 r.,

c) pisma (...) z dnia 24 lipca 2013 r., w którym (...) uznał w części odpowiedzialność za wadliwy montaż i związane z nim obciążenie w kwocie 14.555,27 zł, co znalazło odzwierciedlenie w piśmie procesowym Powoda z dnia 18 sierpnia 2014 r. (s. 7-8 pisma Powoda z dnia 18 lipca 2014 r.),

co doprowadziło do przyjęcia, że Pozwana nie udowodniła istnienia wierzytelności wskazanych w punkcie IV sprzeciwu od nakazu zapłaty, przy czym wszechstronna i prawidłowa ocena powyższych dowodów nakazywała przyjęcie, że Pozwana wykazała fakt wadliwości prac wykonywanych przez (...), fakt poniesienia przez Pozwaną z tego tytułu obciążenia w kwocie 14.555,27 zł oraz istnienia wierzytelności Pozwanej z tego tytułu i w takiej kwocie wobec (...),

17) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie newszechstronnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego poprzez pominięcie przedłożonych przez Pozwaną dowodów, dopuszczonych mocą postanowienia z dnia 13 lipca 2016 r. i uznanych przez Sąd Okręgowy za wiarygodne, w postaci:

- a) e-maila Upadłej z dnia 8.04.2013 r., godz. 10:58,
- b) zamówienia z dnia 8.04.2013 r.,
- c) e-maila Upadłej z dnia 16.04.2013 r., godz. 13:34,
- d) faktury VAT nr (...) z dnia 9.04.2013 r.,
- e) zamówienia własnego nr (...)/ (...)/13,
- f) faktury VAT nr (...),
- g) wydruku z systemu śledzenia przesyłek (...) z dnia 10.04.2013 r., h) wydruku z systemu śledzenia przesyłek (...) z dnia 23.04.2013 r., i) potwierdzenia przelewu z dnia 12.07.2013 r.,
- j) faktury VAT nr (...),
- k) faktury VAT nr (...),
- l) potwierdzenie przelewu z dnia 12.07.2013 r.,

co doprowadziło do przyjęcia, że Pozwana nie udowodniła istnienia wierzytelności wskazanych w punkcie V sprzeciwu od nakazu zapłaty, przy czym wszechstronna i prawidłowa ocena powyższych dowodów, w powiązaniu z uwzględnieniem uznanych przez Sąd Okręgowy za wiarygodne zeznaniami świadka J. T. (1) (s. 8-9 protokołu rozprawy z dnia 17 grudnia 2014 r.), nakazywała przyjęcie, że Pozwana wykazała fakt porozumienia z (...) w zakresie dostarczenia na jej koszt mas akrylowych do spoinowania, fakt zakupu tych mas akrylowych oraz dostarczenia ich do (...), co nakazywało przyjęcie, że Pozwana wykazała istnienie wierzytelności wskazanych w punkcie V sprzeciwu od nakazu zapłaty we wskazanej tam wysokości,

18) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie newszechstronnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego poprzez pominięcie przedłożonych przez Pozwaną dowodów, dopuszczonych mocą postanowienia z dnia 13 lipca 2016 r. i uznanych przez Sąd Okręgowy za wiarygodne, w postaci: faktury VAT nr (...), faktury VAT nr (...), faktury VAT nr (...), faktury VAT nr (...), faktury VAT nr (...), faktury VAT nr (...), faktury VAT nr (...), faktury VAT nr (...), faktury VAT nr (...), faktury VAT nr (...), faktury VAT nr (...), faktury VAT nr (...), faktury VAT nr (...), potwierdzenia przelewu z dnia 4.07.2013 r., pisma (...) z dnia 24 lipca 2013 r., załączonego do sprzeciwu, w którym (...) uznał w części odpowiedzialność za zapłatę kosztów utrzymania zaplecza budowy, co znalazło odzwierciedlenie w piśmie procesowym Powoda z dnia 18 sierpnia 2014 r. (s. 7-8 pisma Powoda z dnia 18 sierpnia 2014 r.), co doprowadziło do przyjęcia, że Pozwana nie udowodniła istnienia wierzytelności wskazanych w punkcie VI sprzeciwu od nakazu zapłaty, przy czym wszechstronna i prawidłowa ocena powyższych dowodów powinna prowadzić do wniosku, że

19) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie newszechstronnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego poprzez pominięcie przedłożonych przez Pozwaną dowodów, dopuszczonych mocą postanowienia z dnia 13 lipca 2016 r. i uznanych przez Sąd Okręgowy za wiarygodne, w postaci:

- a) e-maila Upadłej z dnia 26.02.2013 r., godz. 10:44,
- b) e-mail B. Z. z dnia 26.02.2013 r., godz. 13:14,
- c) faktury VAT nr (...) wraz z załącznikiem,

co doprowadziło do przyjęcia, że Pozwana nie udowodniła istnienia wierzytelności wskazanych w punkcie VII sprzeciwu od nakazu zapłaty, przy czym wszechstronna i prawidłowa ocena powyższych dowodów powinna prowadzić

do wniosku, że Pozwana wykazała fakt poniesienia kosztów prac tam wskazanych oraz istnienie wierzytelności Pozwanej wobec (...) z tego tytułu i w takiej wysokości,

20) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. i przepisu art. 230 k.p.c. poprzez dokonanie newszechstronnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego poprzez pominięcie przedłożonego przez Pozwaną dowodu, dopuszczonego mocą postanowienia z dnia 13 lipca 2016 r. i uznanego przez Sąd Okręgowy za wiarygodny, w postaci postanowienia Sądu Rejonowego w (...) z dnia 24 lutego 2014 r., sygn. akt XV GU (...), w sprawie kosztów postępowania (punkt 3), przy czym istnienie tej wierzytelności nie zostało zaprzeczone przez Powoda, co nakazywało -przy uwzględnieniu całości wyniku rozprawy - przyjęcie, że istnienie tej wierzytelności zostało przyznane przez Powoda, co miało wpływ na wynik sprawy, albowiem doprowadziło do błędnego przyjęcia, że Pozwana nie udowodniła istnienia wierzytelności w kwocie 2.817 zł, objętej oświadczeniem o potrąceniu i wskazanej w punkcie 11 zgłoszenia wierzytelności z dnia 5 sierpnia 2014 r.,

21) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie newszechstronnej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w zakresie protokołów przedłożonych przez Powoda wraz z pismem z dnia 18 sierpnia 2014 r. oraz protokołu odbioru końcowego z dnia 3 czerwca 2013 r., polegającej na nieuwzględnieniu przez dokonywaniu treści uznanych za wiarygodne dowodów w postaci umowy oraz zeznań świadków Z. B., M. K. i A. O. w zakresie, w jakim wskazywali oni na dokonywanie czynności odbioru wykonanych prac od Pozwanej w imieniu (...), co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia stanu faktycznego sprawy poprzez przyjęcie, że przekroczenie terminu wykonania umowy przez (...) wynosiło 123 dni, podczas, gdy prawidłowa ocena treści umowy w zakresie § 2 ust. 1 lit. d) umowy oraz załącznika nr 3 do umowy, w powiązaniu z faktem, że umowa w tym zakresie nie została zmieniona, prowadziła do wniosku, że okres ten wynosił 215 dni (od dnia 1 listopada 2012 r. do dnia 3 czerwca 2013 r.), a także do błędnego ustalenia, że wskazane protokoły odbioru i przeglądu dotyczyły relacji między Pozwaną a (...), podczas, gdy uwzględnienie charakteru działania w powyższym zakresie A. O. (1), M. K. (1) i M. M. w powiązaniu z ich funkcjami na budowie wskazuje, że działali oni w ramach relacji między inwestorem a Pozwaną,

22) ewentualnie, gdyby Sąd Apelacyjny przyjął, że dochodzona w niniejszej sprawie przez Powoda należności podlega zasądzeniu choćby w części, to zarzucam naruszenie przepisu art. 144 ust. 1 i 2 p.u.n. i przepisu art. 321 § 1 k.p.c., polegające na zasądzeniu dochodzonej należności na rzecz upadłej spółki, pomimo tego, że stroną procesu jest syndyk masy upadłości, zaś stosownie do przepisu art. 144 ust. 2 p.u.n., w postępowaniach dotyczących masy upadłości syndyk działa w imieniu własnym, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego zasądzenia należności od Pozwanej na rzecz osoby trzeciej, a nie na rzecz Powoda, zatem orzeczenia ponad żądanie Powoda, który wnosił o zasądzenie dochodzonych kwot na swoją rzecz, a nie na rzecz (...),

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

1) uchylenie zaskarżonego wyroku w zakresie punktów 1, 3 i 4 i przekazanie sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w (...),

2) zasądzenie od Powoda na rzecz Pozwanej kosztów postępowania, w tym wynagrodzenia radcy prawnego, według norm przepisanych, z pozostawieniem Sądowi Okręgowemu w (...) rozstrzygnięcia o kosztach instancji odwoławczej,

ewentualnie zaś o:

1) zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie powództwa w całości,

2) zasądzenie od Powoda na rzecz Pozwanej kosztów postępowania, w tym wynagrodzenia radcy prawnego, za obie instancje, według norm przepisanych.

Na podstawie przepisu art. 380 k.p.c., skarżący wniósł o rozpoznanie postanowień Sądu Okręgowego w (...), które nie podlegały zaskarżeniu w drodze zażalenia, a miały wpływ na rozstrzygnięcie sprawy w postaci:

1) postanowienia Sądu Okręgowego w (...) z dnia 13 lipca 2016 r. o oddaleniu wniosku Pozwanej o przeprowadzenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego (punkt 1 na s. 11 protokołu rozprawy z dnia 13 lipca 2016 r.) i przeprowadzenie dowodu z uzupełniającej opinii biegłego M. Ś. w zakresie:

- a) określenia możliwości lub braku możliwości wykonania przez (...) sp. z o.o. robót budowlanych w terminie wskazanym w umowie,
- b) oceny prawidłowości wykonania umowy przez (...),
- c) obliczenia wartości, o jaką wady w pracach (...) powinny obniżyć wynagrodzenie wynikające z umowy,
- d) stwierdzenia przez Biegłego, czy wykonanie umowy w terminie do dnia 31 października 2012 r. było możliwe,
- e) wyceny wartości prac Pozwanej wskazanych w punktach IV i VII sprzeciwu od nakazu zapłaty,
- f) odniesienia się do zarzutów Pozwanej, zgłoszonych wobec opinii biegłego,

2) postanowienia Sądu Okręgowego w (...) z dnia 13 lipca 2016 r. o oddaleniu wniosku Pozwanej o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka H. I. (1) (punkt 2 na s. 11 protokołu rozprawy z dnia 13 lipca 2016 r.) i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka H. I. (1) na okoliczność: zawarcia umowy nr (...) (...) z dnia 3 września 2012 r., jej treści oraz jej wykonywania przez strony, prawidłowości dostarczonych przez Pozwaną elementów prefabrykowanych na budowę Zakładu (...) przy ul. (...) w B., opóźnień w wykonywaniu robót budowlanych przez (...), wad robót budowlanych wykonywanych przez Upadłą, wydatków poniesionych przez Pozwaną, a obciążających Upadłą, wykonywania przez Pozwaną robót budowlanych obciążających Upadłą, wierzytelności Pozwanej wobec Upadłej z tytułu wykonywania umowy nr (...) (...) z dnia 3 września 2012 r., w szczególności z tytułu utrzymania placu budowy, dostarczenia materiałów budowlanych, wykonywania robót montażowych przez Pozwaną oraz z tytułu opóźnienia w spełnieniu świadczenia przez Upadłą,

3) postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 13 lipca 2016 r. o oddaleniu wniosku Pozwanej o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron (punkt 2 na s. 11 protokołu rozprawy z dnia 13 lipca 2016 r.) i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron, przy czym za Pozwaną wnoszę o przesłuchanie Prezesa Zarządu J. K., wezwanie na adres Pozwanej, na okoliczność: zawarcia umowy nr (...) (...) z dnia 3 września 2012 r., jej treści oraz jej wykonywania przez strony, prawidłowości dostarczonych przez Pozwaną elementów prefabrykowanych na budowę Zakładu (...) przy ul. (...) w B., opóźnień w wykonywaniu robót budowlanych przez Upadłą, wad robót budowlanych wykonywanych przez Upadłą, wydatków poniesionych przez Pozwaną, a obciążających Upadłą, wykonywania przez Pozwaną robót budowlanych obciążających Upadłą, wierzytelności Pozwanej wobec Upadłej z tytułu wykonywania umowy nr (...) (...) z dnia 3 września 2012 r., w szczególności z tytułu utrzymania placu budowy, dostarczenia materiałów budowlanych, wykonywania robót montażowych przez Pozwaną oraz z tytułu opóźnienia w spełnieniu świadczenia przez Upadłą.

Dodatkowo w uzupełnieniu apelacji pozwany domagał się na mocy art. 380 k.p.c. rozpoznania postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 14 października 2016r. o oddaleniu odwołania pozwanej na zarządzenie Przewodniczącego Sądu Okręgowego z dnia 8 sierpnia 2016r.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja pozwanej zasługiwała na uwzględnienie w zakresie w jakim doprowadziła do uchylenia wyroku w zaskarżonej części.

Słuszny okazał się zarzut nierozpoznania istoty sprawy. Zdaniem skarżącego Sąd a quo błędnie przyjął, że pozwany nie zgłosił w przedmiotowej sprawie zarzutu potrącenia.

Odnosząc się do tej kwestii na wstępie należy wskazać, że Kodeks postępowania cywilnego posługuje się pojęciem "istota sprawy" w wielu miejscach i w różnych kontekstach normatywnych, przy czym ilekroć ustawodawca odwołuje

się do pojęcia "istota sprawy", zawsze nawiązuje do jej meritum, a więc do tych czynników postępowania, które warunkują orzeczenia o istocie żądań i twierdzeń stron. Używając pojęcia "istota sprawy" w art. 386 § 4 k.p.c. ustawodawca konsekwentnie przyjmuje, że chodzi o materialny aspekt sporu, przy czym łączy to

pojęcie ze sformułowaniem "rozpoznanie". "Rozpoznanie" zaś to - mówiąc najogólniej - rozważenie oraz ocena poddanych przez strony pod osąd żądań i twierdzeń, a w konsekwencji załatwienie sprawy w sposób merytoryczny lub formalny, w zależności od okoliczności i procesowych uwarunkowań konkretnej sprawy, przy czym "rozpoznawanie" i "rozstrzyganie" spraw jest podstawowym zadaniem sądów powszechnych. Zatem "rozpoznanie istoty sprawy" oznacza zbadanie materialnej (istotnej) podstawy żądania pozwu (wniosku) oraz, ewentualnie, merytorycznych zarzutów pozwanego (uczestnika); a więc - a contrario - nierozpoznanie istoty sprawy to zaniechanie przez sąd tego właśnie badania. Oczywiście, zupełnie obojętna jest przyczyna zaniechania, może więc tkwić zarówno w pasywności sądu, jak i w błędnym przyjęciu przesłanki niweczącej lub hamującej roszczenie. W konsekwencji, nierozpoznanie istoty sprawy - w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c. - oznacza zaniechanie przez sąd pierwszej instancji zbadania materialnej (istotnej) podstawy żądania pozwu (wniosku) albo pominięcie merytorycznych zarzutów pozwanego/uczestnika (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 września 1998 r. w sprawie o sygn. akt II CKN 897/97, OSNC 1999/1/22; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2002 r. w sprawie o sygn. akt I CKN 486/00, OSP 2003/3/36; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 września 2002 r. w sprawie o sygn. akt IV CKN 1298/00, LEX nr 80271; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. w sprawie o sygn. akt III CK 161/05, LEX nr 178635). Podzielić ponadto należy podgląd, że brak oceny okoliczności faktycznych stanowiących podstawę zastosowania normy prawa materialnego będącego podstawą żądania niewątpliwie świadczy o braku rozpoznania przez sąd istoty sprawy (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 listopada 2004 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 1012/04, LEX nr 147149).

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z dnia 9 lutego 2017 r., sygn. akt III CZ 1/17 wskazał, że przez nierozpoznanie istoty sprawy należy rozumieć niezbadanie podstawy merytorycznej dochodzonego roszczenia. O sytuacji takiej można mówić, jeżeli np. sąd nie wniknął w całokształt okoliczności sprawy, ponieważ pozostając w mylnym przekonaniu ograniczył się do zbadania jedynie kwestii legitymacji procesowej jednej ze stron lub kwestii przedawnienia, w związku z czym przedwcześnie oddalił powództwo albo jeżeli zaniechał zbadania merytorycznych zarzutów pozwanego, związanych z ewentualną wierzytelnością wzajemną, przysługującą pozwanemu wobec powoda. Nie jest natomiast nierozpoznanie istoty sprawy sama potrzeba uzupełnienia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia (por.: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2017 r., III CZ 1/17, Legalis).

Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że Sąd Okręgowy przyjął, iż pomimo, że proces budowlany w sposób ewidentny odbiegał od postanowień umowy łączącej strony, a powód nie przedstawił dowodów świadczących o dokonaniu bezusterkowego montażu prefabrykatów, to powództwo w przeważającej części zasługiwało na uwzględnienie. Zdaniem Sądu a quo pozwany dokonał bowiem uznania roszczenia powoda w całości co do faktury VAT nr (...) na kwotę 263.035,50 zł, przedstawiając w postępowaniu upadłościowym do potrącenia z tą wierzytelnością własne wierzytelności w łącznej kwocie 244.539,38 zł. W ocenie tego Sądu, pozwany w postępowaniu upadłościowym złożył oświadczenie woli o potrąceniu wierzytelności, które należało potraktować jako oświadczenie wiedzy pozwanego, że wierzytelność syndyka w kwocie 263.035,50 zł istnieje i jest wymagalna, traktując to jako uznanie niewłaściwe. Jednocześnie Sąd I instancji uznał, że pozwany w przedmiotowej sprawie nie złożył procesowego zarzutu potrącenia swoich wierzytelności w kwocie 244.539,38 zł z wierzytelnością objętą fakturą VAT nr (...). W konsekwencji uznać należy, że zdaniem Sądu a quo pozwany nie podjął skutecznie merytorycznej obrony przed żądaniem zawartym w pozwie. Z takim stanowiskiem w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie sposób się zgodzić.

Po pierwsze nie jest uprawione stanowisko Sądu Okręgowego, że skoro pozwany w postępowaniu upadłościowym złożył oświadczenie woli o potrąceniu swoich wierzytelności w kwocie 244.539,38 zł z wierzytelnością powoda wynikającą z faktury VAT nr (...) w kwocie 263.035,50 zł, to oznacza, że uznał w całości wierzytelność powoda w kwocie 263.035,50 zł. Z art. 498 i 499 KC wynika wprawdzie, że do złożenia oświadczenia woli o potrąceniu konieczne jest wzajemne pozostawanie w stosunku do siebie w pozycji wierzyciela. Podmiot zatem, który korzysta z takiej formy wygaśnięcia zobowiązania, powodując skutki tożsame z zapłatą, musi swoją świadomością i wolą obejmować oraz akceptować fakt istnienia przeciwko niemu wierzytelności wzajemnej. Oznacza to, że zarzut potrącenia powinien

opierać się na stanowczym oświadczeniu woli o potrąceniu mającym cechy uznania długu. Jeżeli zatem pozwany nie chce bądź nie może takiego oświadczenia woli złożyć z tej przyczyny, że kwestionuje w ogóle przysługiwanie przeciwko niemu wierzytelności wzajemnej, to powinien skorzystać z instytucji pozwu wzajemnego, która przewidziana została również dla przypadków, w których roszczenie wzajemne nadaje się od potrącenia, a nie - zostało potrącone. Regulacja zawarta w art. 204 § 1 KPC byłaby zasadniczo bezprzedmiotowa (ograniczona do sytuacji niedopuszczalności potrącenia), gdyby umożliwić podnoszenie zarzutu potrącenia w sposób ewentualny (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie - VI Wydział Cywilny z 2015-04-09, VI ACa(...)).

Nawet, gdyby przyjąć za Sądem Okręgowym, że poprzez złożenie oświadczenia woli o potrąceniu pozwany uznał wierzytelność powoda wynikającą z faktury VAT nr (...), to w tych okolicznościach uznanie niewłaściwe dotyczyć by mogło co najwyżej jedynie kwoty równej wierzytelności pozwanego, czyli kwoty 244.539,38 zł, różnica pomiędzy tymi wierzytelnościami winna natomiast być przedmiotem badania przez Sąd a quo. Jeżeli potrącający (dłużnik) wyraził wolę dokonania potrącenia (499 KC) i przedstawił do potrącenia wskazaną ilość wierzytelności, to jednocześnie określił przedmiotowy zakres możliwej kompensacji w rozumieniu art. 498 § 2 KC (tak Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2017-06-08, V CSK 585/16). Powołane oświadczenie pozwanego, które, zdaniem Sądu, mieściło w sobie element „uznania roszczenia” dotyczyło jedynie kwoty 244.539,38 zł.

Sąd Apelacyjny nie podziela ponadto poglądu Sądu Okręgowego, że złożone przez pozwanego w postępowaniu upadłościowym oświadczenie o potrąceniu wierzytelności powoda wynikających z faktury VAT nr (...) zawierało w sobie element uznania tej wierzytelności, a tym samym zwalniało Sąd meriti z obowiązku badania zasadności powództwa. Pozwany w sprzeciwie od nakazu zapłaty, domagając się oddalenia powództwa zaprzeczył, że powód spełnił należycie i terminowo świadczenia wynikające z umowy, za które domagał się wynagrodzenia zgodnie z żądaniem pozwu. Pozwany wnioskował o przeprowadzenie dowodów na okoliczność wad robót budowlanych wykonanych przez powoda nie tylko w sprzeciwie od nakazu zapłaty, ale w dalszej części postępowania przed Sądem a quo. Co istotne w sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany nie powoływał się na fakt złożenia oświadczenia o potrąceniu wierzytelności powoda z wierzytelnościami pozwanego, wskazywał jedynie, że takie prawo mu przysługuje zgodnie z treścią art. 89 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze, ale z niego jeszcze nie skorzystał. W tych okolicznościach nie było podstaw do przyjęcia, że po stronie pozwanego doszło do uznania powództwa, które zwalniałoby powoda od wykazania zgodnie z treścią art. 6 k.c. zasadności żądania zapłaty.

Chybiony jest również pogląd Sądu Okręgowego, że pozwany w przedmiotowym postępowaniu nie zgłosił zarzutu potrącenia. Wprawdzie faktycznie pozwany, reprezentowany przez zawodowego pełnomocnika nie wyraził w żadnym z pism procesowych sformułowania, że zgłasza zarzut potrącenia, tego rodzaju sformułowanie nie zostało odnotowane również w protokołach rozpraw, a podjęta przez pozwanego próba uzupełnienia protokołu rozprawy poprzedzającej wydanie zaskarżonego wyroku zakończyła się dla pozwanego niepowodzeniem. Nie jest obecnie możliwym ustalenie przez Sąd Apelacyjny, do czego dąży pozwany w piśmie z dnia 7 listopada 2016r., jakiej treści oświadczenie złożył pełnomocnik pozwanego w mowie końcowej na rozprawie w dniu 13 listopada 2016r. Oczywiście od zawodowego pełnomocnika należałoby oczekiwać precyzyjnego formułowania zarzutów, czego w tym postępowaniu zabrakło przynajmniej w pismach procesowych. Niemniej jednak stanowisko Sądu a quo, który przyjął, że pozwany zarzutu potrącenia nie zgłosił nie jest uprawnione i stanowi niczym nieuzasadnione rygorystyczne podejście do kwestii uznania za skutecznie podjętą merytoryczną obronę pozwanego przed żądaniem pozwu.

Odnosząc się do tej kwestii na wstępie wskazać należy, że aby mogło dojść do potrącenia wierzytelności obu stron muszą być spełnione łącznie cztery przesłanki: wzajemność wierzytelności, jednorodność świadczeń, wymagalność wierzytelności i zaskarżalność wierzytelności. Przede wszystkim jednak o potrąceniu wierzytelności można mówić jedynie wówczas, gdy wierzytelność taka istnieje. Pozwany w sprzeciwie od nakazu zapłaty domagał się oddalenia powództwa, niezależnie od tego, że zaprzeczył, aby upadła spółka (...) należycie i terminowo spełniła świadczenia wynikające z umowy, wskazał na istnienie pięciu wierzytelności, które w jego ocenie przysługują mu względem powoda, co do których pozwany jest uprawniony do złożenia oświadczenia o ich potrąceniu w trybie art. 89 ust. 3 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze. Następnie w piśmie procesowym z dnia 16 września 2014r. pozwany złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci w zgłoszenia wierzytelności pozwanej

w postępowaniu upadłościowym, z którego to dokumentu wynika, że pozwany w trybie art. 89 ust. 3 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze dokonał potrącenia swoich wierzytelności, szczegółowo w zgłoszeniu wyszczególnionych w łącznej kwocie 244.539,38 zł z wierzytelnością powoda wynikającą z faktury VAT nr (...). Oświadczenie to zostało wprawdzie złożone przez pełnomocnika pozwanego, jednakże zostało do niego załączone pełnomocnictwo udzielone przez pozwanego do składania przez tego pełnomocnika materialnoprawnych oświadczeń woli w imieniu pozwanego, w szczególności dotyczących potrącenia wzajemnych wierzytelności. To oświadczenie syndyk masy upadłości spółki (...) otrzymał w dniu 1 września 2014r. Jednocześnie z akt sprawy wynika, że zgłoszone do potrącenia wierzytelności były wymagalne, pozwany bowiem już w piśmie z dnia 12 lipca 2013r. wzywał spółkę (...) do ich zapłaty. Spełnione zatem zostały cztery przesłanki, o których była mowa wyżej, a których wystąpienie jest niezbędne dla uznania skuteczności potrącenia. W tych okolicznościach Sąd Okręgowy słusznie uznał, że doszło do skutecznego złożenia materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu wierzytelności powoda z wierzytelnościami pozwanego.

Oceny wymagało zatem, czy pozwany w toku niniejszego postępowania zgłosił procesowy zarzut potrącenia. Zgodzić przy tym należy się z Sądem a quo, że z uwagi na specyfikę postępowania upadłościowego, zgłoszenie wierzytelności w postępowaniu upadłościowym nie pozbawia wierzyciela możliwości dochodzenia tej wierzytelności w innym postępowaniu, poza postępowaniem upadłościowym. Oświadczenie o potrąceniu może być przy tym złożone - w okresie trwania fazy kompensacyjnej - w każdym czasie, zarówno przed, jak i po wszczęciu postępowania sądowego, w toku postępowania sądowego, także poza tym postępowaniem. Natomiast zarzut potrącenia jest czynnością procesową. Jego podniesienie w postępowaniu sądowym oznacza powołanie się na fakt dokonania potrącenia i wynikające stąd skutki. Jest to tak naprawdę zarzut nieistnienia, umorzenia lub wygaśnięcia wierzytelności powoda. Oświadczenie o potrąceniu może być zarówno złożone, jak i odebrane także przez pełnomocnika, to jednak nie stanowi w tym zakresie wystarczającego umocowania pełnomocnictwo procesowe. Zakres umocowania określony w art. 91 Kodeksu Postępowania Cywilnego nie uprawnia pełnomocnika procesowego z mocy ustawy do złożenia materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu, ani do odbierania takich oświadczeń (tak Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 24 lipca 2014r., I ACa (...)).

Przez zarzut w sensie materialnoprawnym należy rozumieć uprawnienie polegające na odmowie spełnienia roszczenia (Radwański , Prawo cywilne, 2005, s. 92). Od tak pojmowanego zarzutu odróżnić trzeba zarzut w sensie prawnoprocesowym, który definiowany jest jako twierdzenie pozwanego o istnieniu określonej okoliczności faktycznej niesprzeczne z twierdzeniami powoda, ale uzasadniające skutek skierowany przeciwko powództwu (W. Broniewicz, Postępowanie cywilne, s. 192). W ramach tej ostatniej kategorii procesualności wyodrębniają natomiast zarzuty procesowe oraz merytoryczne, w zależności od tego, czy dotyczą one nieprawidłowości we wszczęciu procesu czy istoty sprawy. Szczególną postacią zarzutów merytorycznych są z kolei zarzuty stanowiące twierdzenie pozwanego o przysługującym mu prawie, o które mógłby wytoczyć powództwo. Należy do nich prawnoprocesowy zarzut potrącenia (W. Broniewicz , Postępowanie cywilne, s. 192–193). Koniecznym elementem materialnoprawnego zarzutu potrącenia jest oświadczenie woli wierzyciela. W przypadku podniesienia przez pozwanego zarzutu prawnoprocesowego mamy natomiast do czynienia z oświadczeniem wiedzy o pewnym fakcie, tj. umorzeniu wierzytelności (M. Pyziak-Szafnicka , Potrącenie, s. 237).

W uchwale Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 19 października 2007r., III CZP 58/07 wskazano, że oświadczenie o potrąceniu może być składane poza jakimkolwiek postępowaniem toczącym się z powództwa wierzyciela wzajemnego i podlega ogólnym przepisom co do sposobu i chwili złożenia (art. 60 i 61 KC). Jeżeli zostanie złożone skutecznie, ze względu na skutek umarzający, tworzy nową treść stosunku prawnego między stronami wykraczającą, ze względu na konsekwencje mocy wstecznej, nawet poza treść zobowiązania z chwili złożenia oświadczenia. Jeżeli dojdzie do procesu o roszczenie wierzyciela wzajemnego, obrona pozwanego nie może polegać na podniesieniu zarzutu potrącenia, lecz zarzutu nieistnienia roszczenia powoda ze względu na umorzenie wierzytelności przed wszczęciem procesu.

Wytoczenie powództwa przez wierzyciela wzajemnego nie pozbawia pozwanego uprawnienia do dokonywania czynności prawnych prowadzących do wygaśnięcia dochodzonej wierzytelności. Jeżeli jest on również wierzycielem powoda, może w szczególności złożyć oświadczenie o potrąceniu. Dokonanie tego poza procesem, w razie spełnienia

się przesłanek materialnoprawnych doprowadzi do wygaśnięcia wierzytelności i w zależności od etapu postępowania może wpłynąć na treść rozstrzygnięcia o zasadności powództwa.

Wbrew opinii Sądu Okręgowego, pozwany w toku postępowania podjął próbę merytorycznej obrony przed roszczeniem zawartym w pozwie, domagając się jego oddalenia poprzez podniesienie zarzutu nieistnienia roszczenia powoda ze względu na umorzenie wierzytelności. Na ostatniej rozprawie poprzedzającej wydanie zaskarżonego wyroku podtrzymał dotychczasowe stanowisko. To dotychczasowe stanowisko polegało na żądaniu oddalenia pozwu, z dwóch przyczyn po pierwsze wobec kwestionowania faktu, że upadła spółka terminowo i należycie spełniła swoje świadczenie, po drugie powołując się na istnienie własnych wierzytelności, co do których w sprzeciwie pozwany wskazywał na przysługujące mu prawo ich potrącenia w postępowaniu upadłościowych, natomiast w dalszym toku postępowania powołał się na fakt złożenia materialnoprawnego oświadczenia o dokonaniu potrącenia tych wierzytelności. Co istotne w toku tego postępowania wnioskował również o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego celem wykazania wysokości przysługujących mu wierzytelności. Sąd Okręgowy, pomimo, że pozwany uścił zaliczkę na pokrycie kosztów opinii biegłego z nieznanymi przyczynami uznał za wyczerpującą opinię biegłego, która pomijała odpowiedź na tezę dowodową zawartą w czwartym tirecie postanowienia Sądu (vide k- 390v- 391), mającą wykazać wysokość wierzytelności pozwanego.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie sposób uznać, że pomimo, iż w toku postępowania zabrakło typowego oświadczenia pozwanego, że zgłasza zarzut potrącenia, de facto nie doszło do jego zgłoszenia. Żaden przepis procedury cywilnej nie wskazuje jakie kryteria winno spełniać skuteczne zgłoszenie zarzutu potrącenia, brak normy, która narzucałaby zachowanie określonych wymogów formalnych. Merytoryczna obrona pozwanego oparta o złożone oświadczenie materialnoprawne o potrąceniu wzajemnych wierzytelności polega przecież na żądaniu oddalenia powództwa z powołaniem się na istnienie określonych wierzytelności względem wierzytelności dochodzonych pozewem, co do których złożono oświadczenie o ich potrąceniu. Taką właśnie obronę podjął pozwany, rzeczą Sądu a quo było zatem zgodnie z jego inicjatywą dowodową wyjaśnienie czy wierzytelności te mu przysługują i w jakiej wysokości.

Tymczasem Sąd Okręgowy zarówno co do wierzytelności w kwocie 22.000 zł potrąconej z wierzytelnością powoda dochodzoną na podstawie faktury VAT nr (...) jak i co do wierzytelności w łącznej kwocie 244.539,38 zł uznał, że pozwany nie wykazał zasadności swojego stanowiska procesowego. Z tym poglądem nie sposób się zgodzić, skoro Sąd a quo pozbawił pozwanego możliwości wykazania zasadności swoich twierdzeń. Po pierwsze Sąd Okręgowy zamknął rozprawę oraz wydał zaskarżony wyrok pomimo, że biegły nie sporządził opinii na okoliczności, które zmierzały do wykazania wysokości wierzytelności pozwanego, co do których złożył oświadczenie o ich potrąceniu. Ponadto Sąd I instancji oddalił wnioski dowodowe o przesłuchanie H. I. (2) i prezesa pozwanego złożone w sprzeciwie od nakazu zapłaty, uznając, że okoliczności sprawy zostały już dostatecznie wyjaśnione, a świadek miał zeznawać na te same okoliczności, co trzej inni świadkowie, którzy zostali przez Sąd przesłuchani. Takie stanowisko Sądu a quo jest nie do zaakceptowania w świetle brzmienia art. 217 § 3 k.p.c. Niedopuszczalne jest bowiem pominięcie przez sąd zaofiarowanych przez stronę środków dowodowych z powodu dostatecznego wyjaśnienia sprawy w sytuacji, gdy ocena zebranego materiału dowodowego prowadzi w przekonaniu sądu do niekorzystnego wyniku dla strony zgłaszającej ten wniosek dowodowy (wyr. SN z 12.10.1972 r., II CR 388/72, Legalis, cyt. za J. Gudowskim, Kodeks, s. 217).

Co do oddalenia wniosków dowodowych pozwany na rozprawie w dniu 13 lipca 2016r. złożył skuteczne zastrzeżenie do protokołu w trybie art. 162 k.p.c. , zatem zachował prawo powoływania się w apelacji na naruszenie przepisu art. 227 k.p.c. w zw. z art. 217 § 3 k.p.c.

Słusznie przy tym skarżący wskazuje, że co do wierzytelności z tytułu kary umownej za nieterminowe wykonanie umowy, to powoda a nie pozwanego, zgodnie z art. 476 k.c. obciążał obowiązek wykazania, że opóźnienie było wynikiem okoliczności, za które upadła spółka nie ponosiła odpowiedzialności, pozwany był zobowiązany jedynie do wykazania, że skutecznie zastrzegł prawo naliczania kar umownych.

Nie sposób przy tym przyjąć za Sądem Okręgowym, że opinia biegłego mogła stanowić źródło wiarygodnych ustaleń faktycznych w przedmiotowej sprawie. Z opinii biegłego wynika, że jego zdaniem nie było możliwe ustalenie stopnia

odpowiedzialności powoda za wady. Uszło uwadze Sądu I instancji, iż opinia biegłego opiera się na błędnym założeniu, że prefabrykaty wykonywane przez pozwanego winny posiadać klasę A. Tymczasem biegły na rozprawie w dniu 13 lipca 2016r. przyznał, że umowa pozwanego z inwestorem nie precyzuje danych betonu, natomiast z e-maila z k-489 oraz z materiałów reklamowych pozwanego wynika, że opisana tolerancja dokładności prefabrykatów stanowi klasę B. Wbrew zatem przyjętym przez biegłego założeniom, które doprowadziły go do określonych wniosków, z akt sprawy nie wynika, że prefabrykaty miały być przez pozwanego wykonane z tolerancją nieprawidłowości właściwej klasie A. Ponadto opinia nie jest jasna, precyzyjna i rzetelna w zakresie odpowiedzi na pytanie, czy istniała możliwość wykonania umowy przez upadłą spółkę w terminie. Biegły nie wyjaśnia w jakich konkretnie dniach warunki pogodowe nie pozwalały na wykonanie robót przez upadłego, w jakim przedziale czasowym opóźnienie było wynikiem wad prefabrykatów dostarczonych przez pozwanego. Nie bez znaczenia dla terminowości i prawidłowości wykonania umowy przez upadłego pozostawała kwestia czy upadły miał w ogóle możliwość wykonania postanowień umowy dotyczących przedstawienia pozwanemu szczegółowego zapotrzebowania na dostawy prefabrykatów, czy ten obowiązek upadłego był możliwy do realizacji w świetle postanowień umowy obowiązującej pozwanego z inwestorem. Z dotychczas zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika bowiem, że treść tych postanowień umowy nie miała odzwierciedlenia w procesie budowlanym, w którym to przedstawiciele inwestora o tym decydowali.

Reasumując dotychczasowe rozważania Sąd Apelacyjny uznał, że Sąd Okręgowy nie rozpoznał istoty sprawy, zatem wyrok w zaskarżonej części nie mógł się ostać. Sąd a quo po pierwsze błędnie przyjmując, że pozwany uznał żądanie pozwu, uchylił się od zbadania merytorycznej oceny zasadności powództwa, ponadto błędnie przyjął, że pozwany nie zgłosił w toku niniejszego postępowania skutecznego zarzutu potrącenia, w konsekwencji zaniechał oceny roszczeń będących przedmiotem potrącenia.

Z tych względów Sąd Apelacyjny na mocy art. 386 § 4 k.p.c. uchylił wyrok Sądu Okręgowego w zaskarżonej części i sprawę w tym zakresie przekazał do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w (...), pozostawiając temu Sądowi zgodnie z treścią art. 108 § 2 k.p.c. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego.

Sąd Apelacyjny uznał, że skoro wyrok Sądu Okręgowego podlegał uchyleniu wobec nierozpoznania przez ten Sąd istoty sprawy, przedwczesnym byłoby ustosunkowywanie się do pozostałych zarzutów obszernej apelacji zgłoszonych na wypadek, gdyby Sąd odwoławczy nie uwzględnił zarzutu nierozpoznania istoty sprawy. Wskazać jednakże należy, że zasadny był zarzut naruszenia przez Sąd I instancji przepisu art. 144 ust. 1 i 2 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze i przepisu art. 321 k.p.c. poprzez zasądzenie żądanej przez syndyka kwoty na rzecz upadłej spółki, pomimo, że w procesie po stronie powodowej występował syndyk masy upadłości, a poza sporem pozostawała okoliczność, że żądana w pozwie wierzytelność wchodzi w skład masy upadłości.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd Okręgowy winien dokonać merytorycznej oceny zasadności żądania zawartego w pozwie oraz zasadności żądania pozwanego co wierzytelności opisanych w sprzeciwie od nakazu zapłaty a zgłoszonych do potrącenia syndykowi. W tym celu Sąd winien ponownie dopuścić dowód z opinii biegłego na okoliczności, których żądał powód oraz na okoliczności, których domagał się pozwany. Opinia ta winna jednakże być poprzedzona uzyskaną przez Sąd informacją z Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej na okoliczność warunków pogodowych panujących w miejscu i czasie wykonywania umowy przez upadłego. Sąd a quo winien również dopuścić dowód z przesłuchania świadka H. I. (2) oraz z zeznań w charakterze strony prezesa pozwanej spółki, o przesłuchanie którego wnioskował również powód. Rzeczą Sądu Okręgowego będzie ponadto wyjaśnienie czy upadła spółka mogła realizować obowiązki wynikające z § 8 pkt 7 umowy z dnia 3 września 2012r. wobec postanowień umowy wiążącej pozwanego z inwestorem. Wyjaśnienia wymagać będzie również fakt kogo tj. pozwanego czy upadłą spółkę obciążał obowiązek montażu elementów (...).