

Sygn. akt *I ACa 473/17*

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 listopada 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: **SSA Jan Futro**

Sędziowie **SA Ewa Staniszevska**

SA Jacek Nowicki /spr./

Protokolant: **st. sekr. sąd. Katarzyna Kaczmarek**

po rozpoznaniu w dniu 31 października 2017 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **A. L.**

przeciwko **P. W.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 26 stycznia 2017 r. sygn. akt IX GC 869/14

I. zmienia zaskarżony wyrok:

1) **w punkcie I w ten tylko sposób, że obniża zasądzoną od pozwanego na rzecz powoda kwotę 141.493,76 zł do kwoty 17.423,71 zł (siedemnaście tysięcy czterysta dwadzieścia trzy złote siedemdziesiąt jeden groszy) z ustawowymi odsetkami od 7 listopada 2012 r. do dnia zapłaty, a w pozostałym zakresie oddala powództwo,**

2) **w punkcie II w ten sposób, że koszty procesu rozdziela stosunkowo i z tego tytułu zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 7.139,12 zł;**

II. oddala apelację w pozostałym zakresie;

III. koszty w postępowaniu apelacyjnym rozdziela stosunkowo i z tego tytułu zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 9.152,25 zł.

Jacek Nowicki Jan Futro Ewa Staniszevska

--	--

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 2 czerwca 2014 r. powód – A. L., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma (...) w K. wniósł o zasądzenie od pozwanego – P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana (...) w B. kwoty 141.493,76 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 7 listopada 2012 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na pozew z dnia 2 października 2014 r. pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenia od powoda kosztów postępowania według norm przepisanych.

Wyrokiem z 26 stycznia 2017 r. Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 141.493,76 zł z ustawowymi odsetkami od 7 listopada 2012r. w oparciu o następujące ustalenia faktyczne i prawne.

W dniu 6 września 2010 r. pozwany zawarł ze spółką (...) spółka z o.o. umowę na prace ogólnobudowlane, na mocy której pozwany zobowiązał się do wykonania stanu surowego otwartego budynku biurowo – handlowego przy ul. (...) w P.. Prace miały zostać wykonane do dnia 5 lutego 2011 r.

Kolejnymi aneksami strony zmieniły termin zakończenia prac, ostatecznie uzgadniając go na dzień 11 czerwca 2011 r.

W dniu 2 maja 2011 r. pozwany zawarł z powodem umowę nr (...) na wykonanie robót budowlanych. Na mocy tej umowy wykonawca – powód zobowiązał się do wykonania pozostałej części stanu surowego otwartego budynku handlowo – biurowego z funkcją medyczną na nieruchomości położonej w P., przy ul. (...), w osiach od (...) do (...), którego szczegółowy zakres określał projekt wykonawczy przekazany wykonawcy, stanowiący załącznik nr (...) do umowy.

Zamawiający – pozwany zobowiązał się dostarczyć powodowi materiały i urządzenia niezbędne do wykonania prac m.in.: systemowe deskowania oraz żuraw z obsługą.

Termin rozpoczęcia prac został ustalony na dzień 2 maja 2011 r., a zakończenia – na dzień 17 czerwca 2011 r.

Rozliczenie za wykonane roboty nastąpić miało na podstawie obmiaru powykonawczego. Strony dopuściły płatności częściowe. Podstawą do zapłaty wynagrodzenia miały być protokoły częściowych odbiorów robót. Wykonawca – powód miał wystawiać faktury VAT każdorazowo, jeden raz w miesiącu, na podstawie sprawdzonych i zaakceptowanych przez zamawiającego – pozwanego obmiarów sporządzonych przez wykonawcę – powoda.

W § 9 umowy strony zastrzegły m. in. możliwość naliczenia przez zamawiającego – pozwanego kary umownej wobec wykonawcy – powoda w przypadku m. in. zwłoki w należytym wykonaniu umowy w wysokości 0,3% wartości umowy brutto za każdy dzień zwłoki. W takiej sytuacji zamawiający był również uprawniony do obciążenia wykonawcy – powoda kosztami powstałymi w wyniku nieuzasadnionego przestoju sprzętu, deskowań na podstawie refaktury. Jednocześnie ustalono, że wykonawca – powód nie ponosi odpowiedzialności za uchybienia uzgodnionym terminom realizacji robót, powstałych z winy zamawiającego – pozwanego. W przypadku wystąpienia przestojów w pracy wykonawcy – powoda z winy zamawiającego – pozwanego, uzgodnione terminy wykonywania robót miały być przedłużone o czas trwania przestojów.

Powód wykonał w całości roboty budowlane objęte umową stron, tj. prace na osiach od (...) do I. J., w trakcie realizacji robót, pozwany zlecił ustnie wykonanie prac dodatkowych, polegających na wykonaniu łuku i osi (...), albowiem inny podmiot, wcześniej wyznaczony do wykonania tych prac, nie był w stanie ich prawidłowo zrealizować. Roboty budowlane powierzone powodowi uzależnione były od prac wykonanych na innych odcinkach, przez inne firmy lub przez pozwanego. Z uwagi na opóźnienia w ich realizacji, przesunięciu ulegały także terminy realizacji prac powoda.

Do wykonania powierzonych powodowi prac niezbędne było korzystanie z szalunków oraz dźwigu. Sprzęt ten zapewnił pozwany. Obok pracowników powoda korzystali z tego sprzętu także pracownicy pozwanego oraz innych podwykonawców pozwanego, wykonujących roboty budowlane równolegle do prac realizowanych przez powoda i pozwanego.

W trakcie wykonywania robót budowlanych wystąpiły wady i usterki skutkujące nieprawidłowym wykonaniem konstrukcji żelbetowej. W usuwaniu usterek uczestniczyli pracownicy powoda, którzy wykonywali m. in. frezowanie uszkodzonych elementów, skuwanie stropów w niezbędnym zakresie, tynkowanie, uzupełnianie betonu. Do prac tych zaangażowani byli także pracownicy pozwanego. Nadto pracownicy powoda na bieżąco poprawiali wykonane przez siebie prace, jeżeli wystąpiły jakieś drobne usterki i niedoróbki.

Powód zakończył prace latem 2011 r. Nie doszło do końcowego, protokolarnego odbioru prac powoda przez pozwanego.

W dniu 29 września 2011 r. nastąpił końcowy protokolarny odbiór prac pozwanego, objętych umową z dnia 6 września 2010 r. przez inwestora - (...) sp. z o.o.

Za okres od 1 maja 2011 r. do 31 maja 2011 r. powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr: (...) na kwotę 114.616,94 zł, którą pozwany uregulował w całości.

Natomiast za okres od 1 czerwca 2011r. do 30 lipca 2011 r. powód w dniu 7 października 2012 r. wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 141.493,76 zł z terminem płatności na dzień 6 listopada 2012 r. Pozwany odmówił zapłaty należności wskazując, że jest ona bezzasadna.

W ramach realizacji umowy z dnia 2 maja 2011 r. pozwany zobowiązany był na własny koszt zapewnić na terenie budowy materiały oraz sprzęt budowlany, niezbędny do wykonania prac, w tym dźwig i szalunki. Pozwany wydzierżawił ten sprzęt od firm zewnętrznych: szalunki od spółki (...) S.A. w W., a dźwig – od firmy (...) Sp. z o.o. w W.. Z tego tytułu został obciążony kosztami dzierżawy sprzętu.

Nadto przy usuwaniu wad w pracach wykonanych na budowie pozwany poniósł dodatkowe koszty związane z:

- 1) zakupem odpowiednich materiałów budowlanych o wartości 734,65 zł netto (903,62 zł brutto),
- 2) najmem narzędzi w wysokości 3.111,50 zł netto (3.827,15 zł brutto),
- 3) najmem żurawia w wysokości 1.275 zł netto (1.568,25 zł brutto),
- 4) wykonaniem ekspertyzy budowlanej przez (...) budownictwa (...) o wartości 4.000 zł netto (4.920 zł brutto),
- 5) wykonaniem kontroli techniczno – geodezyjnej konstrukcji o wartości 3.500 zł netto (4.305 zł brutto).

Pozwany wszystkimi powyższymi kosztami obciążył powoda, wystawiając następujące faktury VAT:

1. nr (...) z dnia 14 lutego 2013 r. na kwotę 64.613,65 zł z tytułu refaktury kosztów najmu żurawia oraz deskowań,
2. nr (...) z dnia 14.02.2013 r. na kwotę 45.975,83 zł z tytułu refaktury pozostałych kosztów wraz z fakturą korygującą nr (...) zwiększającą w/w kwotę do 46.221,83 zł,

Powód nie uregulował powyższych należności.

Pozwany w dniu 14 lutego 2013 r. wystawił nadto wobec powoda notę księgową nr (...) na kwotę 79.137,99 zł z tytułu kary umownej za niedotrzymanie terminu wykonania umowy zgodnie z § 9.1 umowy za okres od 18 czerwca 2011 r. do 29 września 2011 r. Nota nie zawierała oznaczenia terminu płatności należności w niej ujętej. Nie zawierała także wezwania do jej zapłaty.

Pismem z dnia 13 marca 2013 r. pozwany złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu przysługującej mu względem powoda wierzytelności w wysokości 267.217,47 zł, wynikającej z: faktury VAT nr (...), faktury VAT nr (...), faktury nr (...) oraz z noty księgowej nr (...) z wzajemną wierzytelnością powoda wobec pozwanego w wysokości 141.493,76 zł wynikającej z faktury VAT nr (...).

W sporządzonej na potrzeby niniejszego postępowania opinii biegły sądowy z dziedziny budownictwa M. C. wskazał, że z uwagi na brak szeregu dokumentów istotnych dla ustalenia zakresu kosztów należnych pozwanemu, takich jak: dziennik budowy, projekt wykonawczy konstrukcji, załącznik nr (...) do umowy stron zawierający spis cen jednostkowych, protokoły przekazania i zwrotu deskowania pomiędzy stronami, operatów geodezyjnych przed i po betonowaniu stropów, utrudnione było ustalenie stanu faktycznego i precyzyjne wyliczenie kosztów należnych pozwanemu. W konsekwencji pewne wartości biegły zmuszony był ustalać w drodze wniosku bądź założeń hipotetycznych, poczynionych w oparciu o dostępny materiał dowodowy.

Biegły sądowy M. C. ustalił, że:

- a) dodatkowe koszty najmu szalunków i żurawia poniesione przez pozwanego wskutek opóźnienia wyniosły 36.530,13 zł netto (44.932,06 zł brutto),
- b) koszty poniesione przez pozwanego w celu usunięcia wad w robotach powoda (w tym ilości koniecznych roboczogodzin, materiałów i sprzętu) wyniosły 2.356,67 zł netto (2.898,71 zł brutto),
- c) uzasadniony koszt ekspertyzy technicznej i kontroli techniczno-geodezyjnej wyniósł 6.451,75 zł netto (7.935,65 zł brutto).

Zdaniem Sądu Okręgowego nie budziła wątpliwości należność dochodzona pozwem. Natomiast w oświadczeniu z dnia 13 marca 2013 r. pozwany przedstawił do potrącenia cztery wierzytelności, jakie przysługują mu względem powoda. Były to:

- 1) wierzytelność z tytułu kary umownej za niedotrzymanie terminu wykonania umowy, naliczonej za okres od 18 czerwca 2011 r. do 29 września 2011 r. w kwocie 79.137,99 zł, ujętej w notcie księgowej nr (...) z dnia 14 lutego 2013 r.;
- 2) wierzytelność z tytułu refaktury kosztów najmu żurawia oraz deskowań w kwocie 64.613,65 zł, ujętej w fakturze VAT nr (...) z dnia 14 lutego 2013 r.,
- 3) wierzytelność z tytułu refaktury pozostałych kosztów na budowie w kwocie 46.221,83 zł, ujętej w fakturze VAT nr (...) z dnia 14 lutego 2013r. oraz w fakturze korygującej nr (...)
- 4) wierzytelność z tytułu kosztów poniesionych tytułem złego wykonania robót z wadami usuwalnymi i nieusuwalnymi (upust dla inwestora) w kwocie 63.000 zł, ujętej w fakturze VAT nr (...).

W ocenie Sądu Okręgowego pozwany, pomimo ciążącego na nim obowiązku wynikającego z art. 6 k.c., nie udowodnił, że powyższe wierzytelności istnieją i są wymagalne w chwili dokonywania potrącenia.

Odnosząc się do pierwszej z wierzytelności Sąd pierwszej instancji wskazał, że przedmiotem skutecznego prawnie potrącenia mogą być jedynie wierzytelności, które w chwili składania oświadczenia o potrąceniu są wymagalne. Wierzytelność z tytułu kary umownej za niedotrzymanie terminu wykonania umowy nr (...) z dnia 2 maja 2011 r. w dniu 13 marca 2013r. wymagalna nie była.

W niniejszej sprawie pozwany uznał, że zaistniały podstawy do naliczenia powodowi kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w łącznej wysokości 79.137,99 zł. Karę tą naliczył pozwany wystawiając w dniu 14 lutego 2013 r. notę księgową nr (...). W notce tej pozwany nie wskazał terminu, w jakim ma nastąpić zapłata tej należności. Nie wystosował także do powoda odrębnego wezwania do zapłaty kary umownej. Dopiero zaś wezwanie do wykonania bezterminowego zobowiązania, a za takie należy uznać zobowiązanie do zapłaty kary umownej, skutkuje

postawieniem tego świadczenia w stan wymagalności. W tej sytuacji zdaniem Sądu Okręgowego wierzytelność z tytułu kary umownej w dniu złożenia oświadczenia o potrąceniu nie była wymagalna i jako taka nie mogła zostać przedstawiona do potrącenia.

Wątpliwości budzi także samo naliczenie kary umownej. Zdaniem Sądu Okręgowego, powód w toku postępowania wykazał, że wydłużenie czasu wykonania prac budowlanych nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych, za które nie ponosi on wyłącznej odpowiedzialności. Z zeznań świadka M. K. oraz samego powoda wynika, że część prac budowlanych – wykonanie łuku i osi J, została powodowi zlecona w trakcie realizacji robót, z uwagi na ich niewykonanie przez inną firmę. A więc już w momencie powierzenia tych prac do wykonania powodowi były one opóźnione w stosunku do zaplanowanego harmonogramu robót. Nadto z uwagi na charakter robót realizowanych przez powoda i fakt, że wykonywał on prace na pewnych odcinkach, jego działania uzależnione były od prac innych firm tam pracujących, wykonujących pozostałe etapy, w szczególności od prac pozwanego. Nieterminowa realizacja zadań przez inne firmy i pozwanego skutkowała automatycznym przesunięciem w czasie określonych prac zleconych powodowi. Nadto, niewątpliwie na przesunięcie okresów realizacji robót na budowie miały też wpływ wady, które wystąpiły w pracach wcześniej wykonanych i które trzeba było usunąć, przed przystąpieniem do realizacji kolejnych etapów robót. Natomiast w materiale dowodowym zgromadzonym w niniejszym postępowaniu brak jest dowodów wskazujących, że wadami dotknięte były tylko i wyłącznie prace wykonane przez powoda, a tylko w takiej sytuacji uzasadnionym byłoby obciążenie go negatywnymi konsekwencjami z tej okoliczności wynikającymi.

Sąd pierwszej instancji uznał także, że pozwany nie udowodnił istnienia pozostałych wierzytelności przedstawionych do potrącenia w oświadczeniu z dnia 13 marca 2013 r., tj. wierzytelności z tytułu refaktury kosztów najmu żurawia oraz deskowań, wierzytelności z tytułu refaktury pozostałych kosztów na budowie przy ul. (...) (naprawa i czyszczenie szalunków, ekspertyza techniczna i kontrola techniczno-geodezyjna konstrukcji, materiały budowlane do usunięcia wad, wynajem narzędzi i urządzeń do usunięcia wad, koszty pracy) oraz wierzytelności z tytułu kosztów poniesionych przez pozwanego za złe wykonanie robót z wadami usuwalnymi i nieusuwalnymi (upust dla inwestora), albowiem nie wykazał ich bezpośredniego związku z konkretnymi działaniami lub zaniechaniami powoda przy realizacji inwestycji, który mógłby skutkować przypisaniem pełnej odpowiedzialności za powstanie tych kosztów powodowi.

Analiza zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wskazuje, że w okresie od czerwca do września 2011 r. z szalunków i dźwigu korzystały wszystkie firmy, wykonujące roboty budowlane na budowie przy ul. (...), zatem nie tylko powód. Pozwany nie przedłożył dokumentacji dotyczącej przebiegu budowy, z której wynikałoby, w jakich terminach wyłącznie pracownicy powoda korzystali z szalunków i dźwigu, jak również wskazującej ilość i stan szalunków wyłącznie przez nich użytkowanych. Natomiast ani świadkowie ani strony nie potrafiły w sposób precyzyjny i konkretny udzielić odpowiedzi na powyższe pytania. Nie było w związku z tym możliwe zweryfikowanie, która z ekip obecnych na placu budowy uszkodziła i zabrudziła szalunki.

Z analogicznych względów Sąd Okręgowy uznał, że pozwany nie wykazał istnienia bezpośredniego, adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy działaniami powoda i kosztami usunięcia wad w pracach budowlanych oraz kosztami wykonanej ekspertyzy i badania kontrolnego. Wobec braku dokumentacji z przebiegu budowy, w tym dziennika budowy, podstawę dla dokonania ustaleń faktycznych w tym zakresie stanowiły zeznania świadków i stron. Wszyscy przesłuchani w swoich zeznaniach potwierdzili, że w trakcie realizacji prac budowlanych ujawniły się wady i usterki w wykonanych pracach, jednakże ani świadkowie ani strony nie wskazały, że wady i usterki dotyczyły tylko prac wykonanych przez powoda i jego pracowników.

Podobnie pozwany nie udowodnił, że konieczność wykonania ekspertyzy technicznej przez (...) budownictwa (...) oraz kontroli techniczno – geodezyjnej konstrukcji spowodowana była niewłaściwym wykonaniem prac przez powoda. Brak jest jakiegokolwiek dokumentacji potwierdzającej wyżej wymieniony związek. Okoliczność ta nie została także potwierdzona przez świadków.

Pozwany nie udowodnił także istnienia ostatniej z wierzytelności wskazanych w oświadczeniu o potrąceniu z dnia 13 marca 2013 r., tj. wierzytelności z tytułu kosztów poniesionych przez pozwanego za złe wykonanie robót z wadami

usuwalnymi i nieusuwalnymi, które w istocie stanowiła próbę obciążenia powoda upustem, na jaki zgodził się pozwany względem inwestora.

W apelacji z 15 marca 2017 r. pozwany zaskarżył wyrok w całości zarzucając naruszenie prawa procesowego, to jest:

- 1) art. 233 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez przyjęcie, że powód nie ponosi winy za nieterminowe realizowanie inwestycji w sytuacji, gdy zgodnie z łączącą strony umową powód nie ponosi odpowiedzialności za uchybienie terminowi tylko w przypadku przestojów powstałych z winy pozwanego;
- 2) art. 231 k.p.c. w zw. z art. 233 k.p.c. przez przyjęcie, że pozwany nie wykazał istnienia wierzytelności z tytułu refaktury kosztów najmu żurawia i deskowań oraz pozostałych kosztów na budowie, a także kosztów koniecznego upustu udzielonego inwestorowi z tytułu wad trwałych w robotach powoda;
- 3) art. 232 k.p.c. w zw. z art. 316 § 1 k.p.c. przez nie przeprowadzenie dowodu uzupełniającego z przesłuchania stron i opinii biegłego na okoliczność ustalenia koniecznego nakładu pracy przy pracach związanych z usuwaniem wad budynku i ich wartość;
- 4) art. 322 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy Sąd stwierdził, że precyzyjne wyliczenie kosztów należnych pozwanemu nie jest możliwe wobec braku istotnych dokumentów budowlanych tj. dziennika budowy.

Wskazując na powyższe pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa oraz zasądzenie kosztów procesu za obie instancje.

Powód wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

1. Apelacja pozwanego w znacznej części okazała się zasadna. Dochodzona pozwem należność w kwocie 141.493,76 zł była bezsporna, natomiast sporne były należności (wierzytelności) zgłoszone przez pozwanego w oświadczeniu o potrąceniu z 13 marca 2013 r. na łączną kwotę 267.217,47 zł (64.613,65 zł – faktura (...) – najem żurawia i deskowań; 45.975,83 zł – faktura (...) – pozostałe koszty na budowie; 79.137,99 zł – nota księgową nr (...) – kara umowna; 77.490 zł – faktura (...) – wadliwe wykonanie robot).

Sąd pierwszej instancji uznał, że wszystkie przedstawione do potrącenia wierzytelności są bezzasadne i dlatego zasądził w całości należność wskazaną w pozwie.

2. Podniesione w apelacji zarzuty są trafne w odniesieniu do wierzytelności z tytułu kary umownej za niedotrzymanie terminu wykonania umowy zgodnie z notą księgową nr (...) z 14 lutego 2013 r. na kwotę 79.137,99 zł i z tytułu refaktury kosztów najmu żurawia oraz deskowania na kwotę 44.932,06 zł (zgodnie z wyliczeniem biegłego sądowego M. C., a nie z fakturą nr (...)).

Pozwany wyliczył karę umowną za okres od 18 czerwca 2011 r. (termin umowy zakończenia robót przypadł w dniu 17 czerwca 2011 r.) do 29 września 2011 r. (dzień odbioru robót między pozwanym a inwestorem – (...) spółka z o.o.) zgodnie z § 9 ust. 1 umowy z 2 maja 2011 r. Sama wysokość kary umownej nie jest kwestionowana, ani to, że termin zakończenia robót został przekroczony.

Istota rzeczy polega zatem na tym, co było przyczyną przekroczenia terminu. Według pozwanego przyczyną była zbyt mała ilość pracowników na budowie oraz niski poziom ich fachowości. Natomiast Sąd Okręgowy, tak jak powód, uznał, że przekroczenie terminu nastąpiło z przyczyn niezależnych od powoda, a mianowicie, że część prac została zlecona w trakcie realizacji robót, inne firmy nieterminowo realizowały swoje prace, co miało wpływ na tempo robót powoda i że konieczne było usuwanie wad, które wystąpiły we wcześniej wykonanych pracach.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do § 9 ust. 1a) umowy z 2 maja 2011 r. zgodnie z którym wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w przypadku zwłoki w należywym wykonaniu umowy w wysokości 0,3 %

wartości umowy brutto za każdy dzień zwłoki. Z kolei w § 9 ust. 3 umowy strony postanowiły, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za uchybienia uzgodnionym terminom realizacji robót, powstałe z winy zamawiającego. W przypadku wystąpienia przestojów w pracy wykonawcy z winy zamawiającego, uzgodnione terminy wykonywania robót przedłużone zostaną o czas trwania przestojów.

A zatem w umowie, jak trafnie podnosi skarżący, strony zmodyfikowały zakres odpowiedzialności wykonawcy w związku z przekroczeniem terminu robót. Mianowicie zgodnie z ogólną zasadą – art. 471 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Wszelkie tego rodzaju okoliczności zwalniają dłużnika od odpowiedzialności. Tymczasem w umowie strony rozszerzyły odpowiedzialność powoda, ponieważ zwolnienie obejmuje wyłącznie uchybienia powstałe z winy pozwanego (zamawiającego).

Wbrew stanowisku Sądu Okręgowego, powód nie udowodnił, że przekroczenie terminu wykonania robót nastąpiło z przyczyn za które odpowiada pozwany. Oznacza to, że ciężar odpowiedzialności spada na powoda.

W niniejszej sprawie brak podstawowego dokumentu obrazującego przebieg realizacji inwestycji, a mianowicie dziennika budowy. Sąd Okręgowy oparł zatem swoje ustalenia na zeznaniach świadka M. K. i powoda. Są one jednak na tyle ogólne, że w żaden sposób nie można ustalić przebiegu prac budowlanych. Są one w zasadzie powtórzeniem twierdzeń powoda z pism procesowych. W każdym razie nie wynika z nich, że winę za przekroczenie terminu ponosi pozwany.

Świadek M. K. zeznał, że prace były wykonywane prawidłowo, terminowo i na bieżąco, ale też, że były one uzależnione od robót realizowanych przez pozwanego i że należało przez parę dni poczekać na pozwanego. Z kolei gdy chodzi o prace naprawcze świadek bez bliższych szczegółów wymienił frezowanie i tynkowanie. Również ogólne co do przebiegu robót są zeznania powoda. Świadek ani pozwany nie podali żadnych konkretnych danych np. jakie prace opóźniały realizację robót powoda i o ile wydłużyły tempo prac.

Należy też przypomnieć, że powód nie zgłosił robót do ostatecznego odbioru, co było jego obowiązkiem zgodnie z § 7 ust. 1 umowy. Co więcej, w § 7 ust. 6 umowy strony ustaliły, że odbiór końcowy, skutkujący dochowaniem terminowości przedmiotu umowy, uważać się będzie za zakończenie robót wykonanych bez jakichkolwiek wad, a nie dokonanie odbioru końcowego po przekroczeniu terminu, oznacza zwłokę w spełnieniu świadczenia.

Trzeba też zauważyć, że powód pomimo dodatkowych robót, nie proponował pozwanemu zmiany umówionego terminu zakończenia robót, ani nie informował o przeszkodach w ich realizacji. Natomiast pozwany w piśmie z 23 maja 2011 r. wzywał powoda do zwiększenia liczby pracowników, wskazując, że na budowie jest 17 osób, a miało pracować 30 pracowników i że brak jest odpowiednio zaangażowania osób kierujących budową oraz troski o techniczne zakończenie robót.

Sąd Apelacyjny nie podziela poglądu Sądu Okręgowego, że wezwanie dłużnika przez wierzyciela do wykonania zobowiązania bezterminowego nie jest przejawem możliwości żądania świadczenia, lecz postawieniem tego świadczenia w stan wymagalności. W art. 120 § 1 zdanie drugie kc mowa jest bowiem o początku biegu przedawnienia jako o dniu „w którym roszczenie stałoby się wymagalne”, gdyby wierzyciel podjął czynność powodującą stan wymagalności w najwcześniejszym możliwym terminie. Ten najwcześniejszy termin, to moment, w którym zrealizują się przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej, co w niniejszej sprawie nastąpiło z dniem 29 września 2011 r., W tym dniu istniał stan zwłoki określony w nocie księgowej z 14 lutego 2013 r. (oświadczenie o potrąceniu nastąpiło w dniu 13 marca 2013 r.).

Gdyby przyjąć pogląd Sądu pierwszej instancji, wymagalność roszczenia zależałaby od woli wierzyciela i rozpoczynałaby się w dniu, w którym wezwałby od dłużnika do zapłaty.

A zatem, wbrew stanowisku Sądu Okręgowego potrącenie kary w kwocie 79.137,99 zł okazało się zasadne.

Uznanie, że powód był w zwłóce, a nie w opóźnieniu, w okresie od 18 czerwca 2011 r. do 29 września 2011 r. prowadzi do wniosku, że powoda obciążają także koszty związane z najmem deskowań i dźwigu. Podstawą do takiego wniosku jest zdanie drugie § 9 ust. 1 a) umowy z 2 maja 2011 r. zgodnie z którym wykonawca będzie obciążony kosztami powstałymi w wyniku nieuzasadnionego przestoju sprzętu i deskowań na podstawie refaktury. Za okres do 17 czerwca 2011 r. koszty deskowań i najmu dźwigu ponosił pozwany stosownie do § 1 ust. 1 umowy. Na mocy tego paragrafu, to pozwany był zobowiązany dostarczyć na budowę m. in. deskowania i dźwig z obsługą.

Sąd Apelacyjny do wyliczeń przyjął jednak koszty podane przez biegłego M. C. w opinii z 19 grudnia 2016 r., a nie koszty wynikające z faktury nr (...). Jest to łącznie kwota 44.932,06 zł (42.860,09 zł – deskowania i 2.071,97 zł – dźwig). Są to rzeczywiste koszty najmu deskowań i dźwigu związane z robotami wykonanymi wyłącznie przez powoda. Pozwany przedstawił natomiast fakturę z ogólnym wyliczeniem kosztów nie wykazując, że deskowania i dźwig były w tym okresie używane tylko do robót realizowanych przez powoda.

Całkowicie bezzasadne są natomiast dwie pozostałe wierzytelności przedstawione przez pozwanego do potrącenia. Mianowicie roszczenie wynikające z faktury (...) z 14 lutego 2013 r. z tytułu kosztów wykonania robót z wadami (77.490 zł) i z faktury (...) z 14 lutego 2013 r. z tytułu pozostałych kosztów wykonania robót z wadami (77.490 zł) i z faktury (...) z 14 lutego 2013 r. z tytułu pozostałych kosztów na budowie budynku (45.975,83 zł). Sąd Apelacyjny podziela w tym zakresie rozważania i ustalenia Sądu Okręgowego i przyjmuje je jako swoje własne.

Pozwany nie wykazał, że wady dotyczyły robót wykonywanych przez powoda. Żaden ze świadków nie potrafił wskazać, które roboty były dotknięte wadami. Brak też protokołów, z których wynikałyby wady oraz monitów ze strony pozwanego wzywających do usunięcia wad. Pozwany nie udowodnił także, że konieczność wykonania ekspertyzy technicznej oraz kontroli techniczno-geodezyjnej konstrukcji była spowodowana niewłaściwym wykonaniem robót przez powoda. Sąd Apelacyjny podziela pogląd Sądu pierwszej instancji, że zgłoszona wierzytelność za złe wykonanie robót z wadami usuwalnymi i nieusuwalnymi, w istocie jest próbą obciążenia powoda upustem, na jaki zgodził się pozwany względem inwestora – (...) spółkę z o.o. w porozumieniu z 18 października 2011 r.

Reasumując, zaskarżony wyrok należało zmienić w ten sposób, że obniżyć zasądzoną kwotę 141.493,76 do kwoty 17.423,71 zł, to jest o kwotę 124.070,05 zł (79.137,99 zł + 42.860,09 zł + 2.071,05 zł).

Wskazując na powyższe na podstawie art. 386 § 1 kpc należało orzec jak w punkcie I 1) sentencji wyroku.

Zasądzone koszty w punkcie I 1) wynikają z następującego wyliczenia. Powód ostatecznie wygrał spór w 13%, a zatem skoro poniósł koszty w kwocie 10.675 zł (7.075 zł – opłata od pozwu, 3.600 zł – wynagrodzenie pełnomocnika), a pozwany w kwocie 9.801,72 zł (6.201,72 zł – zaliczka na biegłego 3.600 zł – wynagrodzenie pełnomocnika), to po wzajemnym rozliczeniu zasądzono od powoda na rzecz pozwanego kwotę 7.139,12 zł (8.526,87 zł – 1387,75 zł).

Natomiast co do apelacji, została ona uwzględniona na korzyść pozwanego w 87%, a zatem skoro powód poniósł koszty w kwocie 4.050 zł – wynagrodzenie pełnomocnika, a pozwany w kwocie 11.125 zł (7.075 zł – opłata od apelacji, 4.050 zł – wynagrodzenie pełnomocnika), to po wzajemnym rozliczeniu zasądzono od powoda na rzecz pozwanego 9.152,25 zł (9.678,75 zł – 526,50 zł).

Jacek Nowicki Jan Futro Ewa Staniszevska