

Sygn. akt I AGa 190/18

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 października 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Krzysztof Chojnowski (spr.)
Sędziowie	:	SSA Jadwiga Chojnowska SSO del. Małgorzata Mikos - Bednarz
Protokolant	:	Łukasz Patejuk

po rozpoznaniu w dniu 25 października 2019 r. w Białymstoku na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **w K. przy udziale interwenienta ubocznego – nadzorcy sądowego M. P. (1)**

przeciwko (...) **Spółdzielni Mieszkaniowej w Ł.**

### **o zapłatę**

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 25 października 2018 r. sygn. akt VII GC 140/18

I. **oddala apelację;**

II. **zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 8.100 zł tytułem zwrotu kosztów instancji odwoławczej.**

(...)

**Sygn. akt I AGa 190/18**

## UZASADNIENIE

(...) w K. wniosła o zasądzenie od (...) Spółdzielni Mieszkaniowej w Ł. kwoty 693.556 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie w transakcjach handlowych od dnia 24 stycznia 2018 r. do dnia zapłaty oraz kwoty 40 euro tytułem zryczałtowanej rekompensaty za koszty windykacji wraz z kosztami procesu.

(...) Spółdzielnia Mieszkaniowa w Ł. w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania.

Wyrokiem z dnia 25 października 2018 r. Sąd Okręgowy w Białymstoku oddalił powództwo i zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 10.817 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd ten ustalił, że w dniu 16 października 2015 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane (nr (...)), w ramach której powódka zobowiązała się jako wykonawca do budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego B1 (R. 5) z garażami, towarzyszącym zagospodarowaniem i niezbędnym uzbrojeniem terenu (działki nr (...)). Zgodnie z § 2 pkt 1 umowy plac budowy miał być przekazany dnia 30 października 2015 r., a roboty miały zostać zakończone do dnia 30 czerwca 2017 r. Zgodnie z § 2 pkt 2 umowy za datę wykonania przedmiotu umowy strony przyjęły datę podpisania protokołu odbioru końcowego. Według § 3 ust. 3 umowy strony miały przystąpić do odbioru końcowego w terminie 7 dni od daty pisemnego zawiadomienia przez wykonawcę o gotowości do odbioru, potwierdzonego wpisem do dziennika budowy. W § 5 ust. 1 umowy ustalono wynagrodzenie powódki na kwotę 14.434.360,88 zł, natomiast w § 6 ust. 1 przewidziano wymóg uzyskania pisemnej zgody zamawiającego na powierzenie części zlecenia podwykonawcy. W § 7 uregulowano kwestię zabezpieczenia należytego wykonania umowy i ustalono, że zamawiający zatrzyma kwotę w wysokości 3% wynagrodzenia brutto należnego wykonawcy, o którym mowa w § 5, tj. 433.030,83 zł, tytułem zabezpieczenia gwarancji jakości wykonanych robót. Gwarancja ta (stosownie do zapisu § 9 ust. 1) udzielona została na okres 60 miesięcy od daty protokołu odbioru końcowego, podpisanego bez uwag i zastrzeżeń ze strony zamawiającego. Strony uzgodniły również, że wykonawca w terminie 14 dni od otrzymania pisemnego wezwania, zapłaci zamawiającemu kary umowne z tytułu nieterminowego wykonania przedmiotu umowy w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto wskazanego w § 5 ust. 1 – za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, w stosunku do terminu określonego umową (§ 10 ust. 1 pkt a), przy czym zapłata tych kar mogła nastąpić przez potrącenie z wynagrodzenia należnego wykonawcy, niezależnie od postanowień § 6 umowy (§ 10 ust. 3).

Z dalszych ustaleń Sądu I instancji wynika, że powódka w dniu 31 sierpnia 2017 r. wpisem do dziennika budowy zgłosiła budynek do obioru końcowego, a odbiór ten - zgodnie z protokołem odbioru i przekazania budynku do użytku - nastąpił w dniu 23 listopada 2017 r. Tytułem częściowego wynagrodzenia za wykonane prace powódka wystawiła m.in. faktury VAT: nr (...) z dnia 21 grudnia 2017 r. na kwotę 1.067.939,01 zł, nr (...) z dnia 21 grudnia 2017 r. na kwotę 148.399,95 zł, skorygowana w dniu 10 stycznia 2018 r. do kwoty 94.207,77 zł oraz nr (...) z dnia 21 grudnia 2017 r. na kwotę 382.914,06 zł. Należne powódce wynagrodzenie zostało częściowo uregulowane. Pozwana opłaciła też faktury wystawione przez podwykonawców powódki tytułem wynagrodzenia za wykonywane prace: kwota 104.295,49 zł na rzecz (...)kwota 180.275,27 zł na rzecz (...) W. J., kwota 23.635,80 zł - na rzecz (...) kwota 83.953,02 zł - na rzecz (...)oraz kwota 25.804,86 zł na rzecz (...). W związku z tym, powódka oświadczeniem z dnia 20 marca 2018 r. dokonała potrącenia swojej wierzytelności wynikającej z faktury nr (...) na kwotę 1.067.939,01 zł z wierzytelnością pozwanej w łącznej wysokości 417.964,44 zł do wysokości 649.974,57 zł. Z tytułu kaucji gwarancyjnej powódka w całości rozliczyła fakturę nr (...) i częściowo fakturę nr (...), tj. w wysokości 339.332,63 zł (pozostało do zapłaty 43.581,43 zł). W rezultacie należne powódce wynagrodzenie wyniosło 693.556 zł. Mimo wystosowanego wezwania do zapłaty, pozwana kwoty tej nie uregulowała.

Sąd Okręgowy następnie wskazał, że powódka wzywała pozwaną do aneksowania pierwotnej umowy celem przedłużenia czasu realizacji przedmiotu zamówienia powołując się na wystąpienie niezależnych i niezawinionych przez siebie okoliczności uniemożliwiających zakończenie umowy w terminie, tj. do dnia 30 czerwca 2017 r. Opisała wydarzenia, które wystąpiły od początku realizacji umowy i okoliczności uzasadniające takie wezwanie, sklasyfikowane w „wykazie robót uzasadniających przesunięcie terminu zakończenia realizacji umowy”. Według jej twierdzeń kluczowymi okolicznościami wpływającymi na niezachowanie terminu były niezależne i obiektywnie zaistniałe przeszkody w postaci wyjątkowo niesprzyjających procesowi budowlanemu warunków atmosferycznych w okresie wrzesień - listopad 2016 r., tj. długotrwałe i ciągle opady deszczu spowalniające wykonywanie elementów żelbetowych, murowych, elewacyjnych oraz sieci, a trwające łącznie przez okres 43 dni. Na poparcie swego stanowiska powódka przedłożyła pismo(...) w K. z dnia 17 stycznia 2018 r. wraz z załącznikiem „Dobowe sumy opadów atmosferycznych”. Dodatkowo powódka wskazywała na konieczność wstrzymania robót elewacyjnych, tynków wewnętrznych w pomieszczeniach i murowania ścianek działowych z uwagi na wyjątkowo niskie temperatury w dniu 1 stycznia 2017 r., co zostało odnotowane w dzienniku budowy. Powódka podała, że trudne warunki atmosferyczne

uniemożliwiającej realizację robót zgodnie z technologią, trwały nieprzerwanie kolejne 51 dni i ustały dopiero z dniem 20 lutego 2017 r. Jako kolejne argumenty uzasadniające przekroczenie terminu umownego, powódka wskazała zlecenie jej przez pozwaną w 2017 r. robót dodatkowych m.in. z zakresu elektryki, montażu i zieleni (część powyższych robót została zlecona ustnie w dniu 27 września 2017 r., tj. już po zgłoszeniu budynku do odbioru w dniu 31 sierpnia 2017 r.) oraz dwukrotne zalanie garażu budynku przez nawalne deszcze, które miały miejsce już podczas końcowego etapu robót, tj. w dniach 25 lipca i 27 sierpnia 2017 r. Powódka twierdziła, że zalanie to miało związek z okolicznościami, za które nie ponosi odpowiedzialności, tj. błędnymi założeniami projektowymi polegającymi na niewystarczającej ilości wpustów deszczowych w stosunku do powierzchni zlewni. Wskutek powyższego zalany budynek wymagał osuszenia i oczyszczenia z wody oraz błota. Prace sprzątające w tym zakresie zlecono innemu podmiotowi, zgłoszono też szkodę ubezpieczycielowi (...) S.A.

Jak ustalił Sąd I instancji, pozwana obciążyła powódkę notą księgową nr (...) z dnia 9 stycznia 2018 r. nakładając na nią karę umowną w wysokości 1.240.945,60 zł z tytułu opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy wynoszącego 43 dni. W tej samej dacie pozwana dokonała potrącenia wierzytelności z tytułu ww. kary z wierzytelnością powódki wynikającą z faktur VAT: nr (...) do kwoty 1.046.192,33 zł oraz nr (...) do kwoty 194.753,27zł. Pismem z dnia 8 lutego 2018 r. pozwana ponownie złożyła oświadczenie o potrąceniu swych wierzytelności z naliczonej kary umownej, tj. z faktury VAT nr (...) potrąciła kwotę 1.046.192,33 zł, a z faktury VAT nr (...) potrąciła kwotę 65.328,11 zł. Zdaniem powódki oświadczenie pozwanej o potrąceniu z dnia 8 lutego 2018 r. było nieskuteczne, zważywszy na wcześniej dokonane potrącenie, a poza tym roszczenia pozwanej przedstawione do potrącenia nie wymagały w tej dacie.

W okresie 1 stycznia - 20 lutego 2016 r. ruch pracowników powódki na budowie był minimalny, mimo że warunki atmosferyczne pozwalały na wykonywanie prac. Inspektor nadzoru R. M. zwracał uwagę na zasadność uszczelnienia okien i uruchomienia ogrzewania, celem wywołania wewnątrz budynku temperatury pozwalającej na prowadzenie prac wewnętrznych (ok. 5 stopni C.). Pracujący wewnątrz budynku pracownicy powódki mieli tylko kilka dmuchaw i nagrzewnic, które nie dawały pożądanego efektu. Ulewne deszcze przeszkadzały w wykonywaniu robót zewnętrznych ale w żadnym stopniu nie uniemożliwiały robót wewnętrznych. Inspektor nadzoru potwierdzał w dzienniku budowy wpisy dokonywane przez kierownika budowy. Roboty nie zostały zakończone w dniu 31 sierpnia 2017 r. i jeszcze w listopadzie 2017 r. powódka zlecała podwykonawcom roboty w zakresie dociepleń. Sąd zaznaczył, że wbrew wpisowi w dzienniku budowy z dnia 31 sierpnia 2017 r., ówczesny kierownik budowy T. D. nie zwracał się do inspektora nadzoru o potwierdzenie zakończenia robót, a po raz pierwszy inspektor nadzoru zauważył ten wpis w dniu 2 października 2017 r., co było dla niego sporym zaskoczeniem. Wbrew obowiązkowi wynikającemu z § 3 pkt 3 umowy powódka nie wystosowała do pozwanej pisma zgłaszającego gotowość przystąpienia do odbioru robót i sama obciążyła karami umownymi swoich podwykonawców za opóźnienia trwające, co najmniej do dnia 2 października 2017 r. Podwykonawcy zwracali się do pozwanej o wypłatę należnego im wynagrodzenia na łączną kwotę 448.125,42 zł., na podstawie art. 647<sup>(1)</sup> k.c. Pozwana oświadczeniem z dnia 21 sierpnia 2018 r. przedstawiła do potrącenia wierzytelność w kwocie 112.254,70 zł z tytułu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy powódki - (...)z wierzytelnościami wynikających z faktury nr (...) na kwotę 1.067.939,01 zł (objętą pozwem).

Sąd I instancji wskazał, że pozwana stała na stanowisku, iż wierzytelność z tytułu kary umownej była wymagalna w dniu 28 stycznia 2018 r. na skutek upływu 14 dniowego terminu od dnia wystosowania noty księgowej do powódki (w dniu 9 stycznia 2018 r.) na kwotę 1.240.945,60 zł za opóźnienie trwające 43 dni. Tego samego dnia pozwana wysłała notę z wezwaniem do zapłaty, a powódka odebrała pismo w dniu 15 stycznia 2018 r. Tym samym - zdaniem pozwanej - skoro wierzytelność z tytułu kary umownej była wymagalna, to jej drugie oświadczenie o potrąceniu z dnia 8 lutego 2018 r. było skuteczne.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie umowy stron, dokumentacji i korespondencji z przebiegu procesu budowlanego, zeznań świadka oraz stanowisk stron. Sąd oddalił wniosek powódki o przesłuchanie zawnioskowanych świadków wskazując, że zostali oni zgłoszeni na okoliczności, które nie były istotne dla rozstrzygnięcia sprawy oraz wymagały wiadomości specjalnych. Zdaniem Sądu, skoro pozwana naliczyła karę umowną za 43 dni opóźnienia (liczonego od dnia 31 sierpnia 2017 r.) i należność z tego tytułu była wystarczająca by

przedstawić ją do potrącenia z całą należnością dochodzoną przez powódkę w niniejszej sprawie, nie było potrzeby przeprowadzania dowodów na okoliczności zdarzeń mających miejsce po 43 dniach. Jednocześnie - w ocenie Sądu - nie można było przeprowadzić dowodów z zeznań świadków na okoliczności wymagające wiadomości specjalnych, tj. wpływu zlecenia robót dodatkowych oraz wpływu ulewnych deszczy i innych stanów pogodowych (w tym wstrzymania się przez powódkę z wykonywaniem robót elewacyjnych oraz tynków w pomieszczeniach z uwagi na wyjątkowo niskie temperatury w okresie 1 stycznia - 20 lutego 2017 r.) na opóźnienie w wykonaniu umowy. Jakkolwiek bezsporne było, że pracownicy powódki wstrzymali się z wykonywaniem robót, to - zdaniem Sądu - oceny, jaki to mogło mieć wpływ na wydłużenie czasu wykonywania robót i czy w tym czasie można było realizować inne roboty, mogły dokonać jedynie biegły. W ramach prezentowanych przez strony stanowisk, tj. gdy pozwana twierdziła, że w zasadzie wszystkie prace dodatkowe były wynikiem wcześniejszego błędu powódki przy realizacji umowy, w ocenie Sądu, jedynie dowód z opinii biegłego mógłby dać asumpt do odpowiedzi na ww. wątpliwości i pytania.

Mając to na względzie Sąd Okręgowy oddalił powództwo jako niezasadne i wskazał, że okolicznością bezsporna był brak zapłaty powódce za wykonane prace w ramach łączącej strony umowy, w kwocie dochodzonej pozwem. Kwestią sporną była natomiast ocena zasadności naliczenia przez pozwaną kary umownej, a przez to skuteczności zgłoszonego przez nią zarzutu potrącenia, który eliminowałoby obowiązek zapłaty kwoty obecnie dochodzonej.

Wstępnie Sąd I Instancji podkreślił, że obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa na stronach, a ciężar udowodnienia faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie spoczywa na stronie, która z faktów tych wywodzi skutki prawne. Zdaniem Sądu strona powodowa nie udźwignęła ciężaru udowodnienia faktów, z których wywodziła korzystne dla siebie skutki prawne. W szczególności nie wniosła o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, co musiało skutkować ujemnymi dla niej konsekwencjami procesowymi. Sąd zaznaczył, że rozkład ciężaru dowodu w sprawie, w której istotną kwestią jest zasadność naliczenia kary umownej wygląda inaczej, niż postulowała to powódka i wskazał na treść uchwały 7 sędziów z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03 mającej moc zasady prawnej. W ocenie Sądu pozwana winna była wykazać jedynie sam fakt zastrzeżenia kary umownej i niewykonanie (lub nienależyte wykonanie) zobowiązania przez dłużnika (czego dokonała). Nie miała zaś obowiązku wykazywania istnienia i wysokości szkody. Natomiast powódka wskazując, że nie ze swojej winy uchybiła terminowi zakończenia robót i popadła w zwłokę na skutek okoliczności od niej niezależnych, winna była okoliczności te udowodnić. Tymczasem, zdaniem Sądu, dokumenty dołączone do pozwu nie były wystarczające dla przyjęcia, że do przekroczenia terminu wykonania umowy doszło na skutek okoliczności niezawinionych przez powódkę. W rezultacie Sąd przyjął, że powódka przekroczyła termin wykonania przedmiotu umowy co najmniej o wskazywane przez pozwaną 43 dni. Wynikające z dziennika budowy potwierdzenie zakończenia robót niezbędnych do uzyskania pozwolenia na budowę na dzień 10 października 2017 r., w ocenie Sądu, przeczy twierdzeniom, że powódka wykonała roboty w terminie wynikającym z umowy czy też wskazywanym w toku procesu – terminie do dnia 31 sierpnia 2017 r. W tym dniu, wbrew powszechnej praktyce, nie zwracała się do inspektora nadzoru o potwierdzenie zakończenia robót, ani też - pomimo obowiązków wynikających z umowy - nie poinformowała o powyższym pozwaną. Ponadto, po tej dacie powódka występowała także o wydłużenie terminu robót, a swoich podwykonawców obciążała karami umownymi za opóźnienia trwające co najmniej do dnia 2 października 2017 r.

Zdaniem Sądu Okręgowego wszystkie te okoliczności wskazują, że powódka nie wykonała przedmiotu umowy w terminie, a wobec braku dowodów przeciwnych obalających domniemanie jej winy, Sąd przyjął, że opóźnienie nastąpiło z przyczyn leżących po jej stronie, co z kolei uzasadniało naliczenie przez pozwaną kary umownej.

Sąd I instancji uznał, że pozwana skutecznie podniosła zarzut potrącenia obejmujący całą kwotę dochodzoną pozwem, a poza znaczeniem pozostawał fakt trzeciego potrącenia – tj. wierzytelności w kwocie 112.254,70 zł wypłaconej kolejnym podwykonawcom z wierzytelnością dochodzoną pozwem. Tym samym Sąd nie uwzględnił argumentów powódki, jakoby oświadczenia pozwaną o potrąceniu ze stycznia 2018 r. i lutego 2018 r. były nieskuteczne, gdyż nie były poprzedzone wezwaniami do zapłaty. Sąd zauważył, że konieczność otrzymania pisemnego wezwania przez wykonawcę przewidziana została w § 10 ust. 1 umowy, a zapłata kar umownych przez potrącenie została uregulowana w § 10 ust. 3. W ocenie Sądu wykładnia celowościowa § 10 umowy wskazuje, że miały one zamiar odrębnie uregulować sytuację zapłaty kary umownej poprzez potrącenie od innych sytuacji zapłaty tej kary. W przeciwnym razie

zamieszczanie ust. 3, traktującego o karach umownych poprzez potrącenie byłoby niecelowe. Stąd też Sąd uznał, że dla wymagalności roszczenia z kary umownej, przedstawionym do potrącenia z dochodzonym w pozwie roszczeniem, nie istniał wymóg poprzedzenia oświadczenia o potrąceniu wezwaniem do zapłaty. W rezultacie Sąd przyjął, że złożone przez pozwaną oświadczenie o potrąceniu kary umownej skutkowało wygaśnięciem wierzytelności objętej pozwem (art. 498 § 2 k.c.).

Sąd Okręgowy nie dostrzegł również podstaw do zamiarkowania kary umownej wskazując, że z uwagi na fakt, iż powódka wykonała umówione roboty w całości, istniała wprawdzie podstawa do miarkowania kary umownej, ale jednocześnie nie wykazała, by zasadne było zamiarkowanie kary w zakresie kwoty dochodzonej pozwem. Zdaniem Sądu wysokość żądanej kary umownej, w wysokości objętej zarzutem potrącenia, nie pozostawała w rażącej dysproporcji w odniesieniu do wartości całego zobowiązania, jak i wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika nienależycie, tj. ze zwłoką.

Mając to na względzie Sąd ten oddalił powództwo i rozstrzygnął o kosztach procesu na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz § 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

Apelację od tego wyroku wniosła powódka zaskarżając go w całości i zarzucając mu:

1) naruszenie art. 6 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i błędne uznanie, że to na powódce ciążył obowiązek wniesienia o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, iż opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy nie było przez nią zawinione w sytuacji gdy to pozwana, który podniosła formalny zarzut potrącenia, obowiązana była wykazać dowodem z opinii biegłego, że złożone oświadczenie o potrąceniu było skuteczne, a więc że wskutek ewentualnego zawinionego opóźnienia w oddaniu przedmiotu umowy powstała wierzytelność z tytułu kary umownej, która w chwili złożenia oświadczenia o potrąceniu byłaby wymagalna;

2) naruszenie art. 65 § 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i błędne dokonanie wykładni oświadczeń woli stron zawartych w umowie z dnia 16 października 2015 r. przez uznanie, że strony ustaliły, iż do złożenia oświadczenia o potrąceniu kary umownej z należnym powódce wynagrodzeniem nie jest potrzebne uprzednie wezwanie go do zapłaty kary umownej, w sytuacji gdy z literalnego brzmienia § 10 ust. 1 umowy wynika, iż termin zapłaty kary umownej wynosi 14 dni od wezwania;

3) naruszenie art. 498 § 1 i 2 k.c. oraz 499 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i błędne uznanie, że pozwana skutecznie potrąciła wierzytelność z tytułu naliczonej przez siebie kary umownej z wynagrodzeniem powódki, w sytuacji gdy pismem z dnia 9 stycznia 2018 r. pozwana jednocześnie wzywała do zapłaty kary umownej i oświadczała o jej potrąceniu z wynagrodzeniem powódki (zaś pismem z dnia 8 lutego 2018 r. zmieniła wysokość kwot podlegających potrąceniu), pomimo że wierzytelność z tytułu kary umownej nie stała się wymagalna, gdyż nie upłynął jeszcze umowny 14-sto dniowy termin na zapłatę, jak również wynagrodzenie z dochodzonych pozwem faktur nie było jeszcze wymagalne, w związku z czym oświadczenie o potrąceniu było bezskuteczne;

4) naruszenie art. 484 § 2 k.c. poprzez odstąpienie od miarkowania kary umownej, w sytuacji gdy zobowiązanie powódki zostało wykonane w całości, co potwierdza protokół odbioru i przekazania budynku do użytku z dnia 23 listopada 2017 r.;

5) naruszenie art. 236 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie i nie rozstrzygnięcie o zgłoszonym w piśmie procesowym z dnia 20 września 2018 r. wniosku dowodowym strony powodowej o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków M. P. (2) i J. T. oraz nagrania video na płycie CD, skutkujący jego bezpodstawnym pominięciem w sytuacji gdy dowód z materiału video oraz zeznania świadków miały dotyczyć okoliczności istotnych dla sprawy, tj. skali zalania Ł. w dniu 25 lipca 2017 r. w miejscu i czasie, kiedy wykonywany był budynek, prac potrzebnych do usunięcia skutków w/w zdarzenia w garażu podziemnym oraz faktycznego zakończenia robót w dniu 31 sierpnia 2018 r.;

6) naruszenie art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków M. B. i P. Ś., w sytuacji gdy ich zeznania miały dotyczyć okoliczności istotnych dla sprawy, tj. daty faktycznego zakończenia robót budowlanych oraz faktów mających wpływ na przekroczenie umownego terminu oddania przedmiotu umowy, wymienionych szczegółowo w piśmie procesowym z dnia 20 września 2018 r.;

7) naruszenie art. 234 k.p.c. poprzez przyjęcie domniemania winy powódki w opóźnieniu oddania przedmiotu umowy, w sytuacji gdy takie domniemanie nie mogło mieć zastosowania w przypadku zgłoszenia przez pozwaną zarzutu potrącenia;

8) naruszenie art. 233 § 1 i 2 k.p.c. i 278 § 1 k.p.c. poprzez:

a) brak wszechstronnego rozważenia całości zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i całkowite pominięcie przedłożonej przez powódkę dokumentacji, w tym m.in.: pisma (...) w K. z dnia 17 stycznia 2018 r. wraz z załącznikiem Dobowe sumy opadów atmosferycznych; wpisów w dzienniku budowy oraz protokołów konieczności wraz z kosztorysami;

b) przyjęcie że brak zawinienia powódki może być udowodniony jedynie opinią biegłego, w sytuacji gdy przedłożona przez powódkę dokumentacja nie została uznana przez Sąd za niewiarygodną, w związku z czym nie było przeszkód do jej swobodnej oceny i poczynienia na jej podstawie ustaleń faktycznych;

9) sprzeczność ustaleń faktycznych ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym poprzez przyjęcie, że nie jest udowodnione usprawiedliwione opóźnienie powódki w wykonaniu robót budowlanych na okres co najmniej 43 dni, w sytuacji gdy z materiału dowodowego wynika przeciwny stan faktyczny;

10) naruszenie art. 232 k.p.c. poprzez zaniechanie dopuszczenia dowodu z opinii biegłego z urzędu, w sytuacji gdy Sąd nie kwestionował zasadności przysługującego powódce roszczenia o zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, a przyjął, że ustalenie faktu ewentualnego zawinienia w opóźnieniu wykonania umowy wymagało wiedzy specjalnej.

Mając powyższe na uwadze, powódka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości, ewentualnie uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, a także zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania za obie instancje. Dodatkowo wniosła o rozpoznanie postanowienia o oddaleniu wniosku o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków M. B. oraz P. Ś. i jednocześnie przeprowadzenie tego dowodu na okoliczność faktów wymienionych szczegółowo w piśmie procesowym z dnia 20 września 2018 r.; rozpoznanie nierozstrzygniętego wniosku dowodowego zawartego w piśmie z dnia 20 września 2018 r. o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków M. P. (2) i J. T. oraz nagrania video na płycie CD i przeprowadzenie tych dowodów, a także dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, na okoliczność braku zawinienia powódki w opóźnieniu oddania przedmiotu umowy.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Apelacja jest niezasadna.**

Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji, jako że znajdują one oparcie w zebranych w sprawie materiale dowodowym – wszechstronnie rozważonym i ocenionym w zgodzie ze wskazaniami art. 233 § 1 k.p.c. Co do zasady aprobuje także wnioski wyprowadzone z tego materiału, a w rezultacie ocenę prawną powództwa jako bezzasadnego.

Wstępnie zgodzić się należy z Sądem Okręgowym, że ocena przyczyn opóźnienia powódki w wykonaniu przedmiotu umowy (jako okoliczności zawinionych bądź niezawinionych) wymagała wiadomości specjalnych, a zatem przeprowadzenia stosownego dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa. Strona powodowa o taki dowód nie wniosowała, ponieważ przyjęła błędną koncepcję rozkładu ciężaru dowodu, opierając się na odosobnionym,

nietrafny i dość kontrowersyjnym poglądzie Sądu Apelacyjnego w Łodzi wyrażonym w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 listopada 2016 r. w sprawie I ACa 1151/15. W tych okolicznościach zaprezentowane w apelacji wywody są chybione, bowiem pomijają zasadniczą kwestię, jaką jest charakter roszczenia strony pozwanej.

Roszczenie strony powodowej dotyczące części wynagrodzenia z umowy o roboty budowlane zostało odpowiednio wykazane i nie było kwestionowane przez stronę przeciwną, a jedynie „zwalczane” w ramach zarzutu potrącenia z tytułu kary umownej za nieterminowane wykonanie przedmiotu umowy. Roszczenie objęte tym zarzutem wpisuje się w reżim odpowiedzialności odszkodowawczej kontraktowej, stanowiąc zryczałtowaną formę odszkodowania za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 483 k.c. i 484 k.c.). Zgodnie z art. 471 k.c. za szkodę wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania odpowiada dłużnik, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Stosownie zaś do treści art. 476 k.c. – dłużnik dopuszcza się zwłoki (kwalifikowana forma opóźnienia), gdy nie spełnia świadczenia w terminie, chyba że przekroczenie terminu spełnienia świadczenia jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Powyższe przepisy w sposób wyraźny ustanawiają domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, w tym nieterminowe wykonanie zobowiązania – jest następstwem okoliczności zawinionych przez dłużnika, co ma istotne znaczenie dla rozkładu ciężaru dowodu. To dłużnik winien wykazać, że niewykonanie zobowiązania, bądź wadliwe jego wykonanie (w tym nieterminowe) nastąpiło z przyczyn obiektywnych, za które nie ponosi odpowiedzialności. W realiach niniejszej sprawy oznacza to, że powódka, chcąc uwolnić się od odpowiedzialności kontraktowej z tytułu kary umownej, powinna była obalić domniemanie z art. 476 k.c. i wykazać, że opóźnienie w wykonaniu umowy nie było zwłoką. W tym miejscu podkreślić należy, że jakkolwiek § 10 ust. 1 a) umowy z dnia 16 października 2015 r. zawiera określenie „opóźnienie”, to w istocie chodzi tutaj o zwłokę. Z umowy nie wynika bowiem, by strony przewidziały bezwzględną, gwarancyjną odpowiedzialność wykonawcy. Również okoliczności sprawy nie wskazują, by strony formułując takiej treści zapis miały na myśli opóźnienie definiowane jako niezawinione przekroczenie terminu.

Na uwagę zasługuje fakt, że strona powodowa popada w pewną sprzeczność, z jednej strony twierdzi bowiem, że nie spoczywał na niej ciężar udowodnienia, iż opóźnienie w wykonaniu umowy nastąpiło z przyczyn przez nią niezawinionych (co miałyby uzasadniać brak wniosku o dowód z opinii biegłego) i w tym zakresie stara się przerzucić ciężar dowodu na stronę przeciwną, z drugiej zaś - podnosi i wykazuje szereg okoliczności, które mają potwierdzać brak jej winy w oddaniu robót po terminie. Dodatkowo zauważyć należy, że w wywiedzionej przez siebie apelacji mało stanowczo zwalcza stanowisko Sądu Okręgowego co do samej potrzeby przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego na powyższe okoliczności, a wręcz zarzuca Sądowi, że nie dopuścił takiego dowodu z urzędu, obecnie zaś - domaga się przeprowadzenia go w ramach postępowania apelacyjnego. Powyższe wskazuje, że sama strona skarżąca zdaje się dostrzegać potrzebę zasięgnięcia wiadomości specjalnych na wykazanie podnoszonych przez siebie okoliczności.

Przy takiej niekonsekwencji w stanowisku powódki, jedynie uzupełniająco zauważyć należy, że przyczyn niezachowania terminu umownego upatrywała ona w: niekorzystnych warunkach pogodowych (deszcze w okresie wrzesień-listopad 2016 r. i mrozy od 1 stycznia do 20 lutego 2017 r.), zleceniu robót dodatkowych przez pozwaną i przyszłych nabywców lokali oraz podtopieniu garaży w dniach 25 lipca i 27 sierpnia 2017 r. Na poparcie swego stanowiska przedstawiła dowody z dokumentów, m.in. w postaci pisma (...) w K. z dnia 17 stycznia 2018 r. wraz z załącznikiem Dobowe sumy opadów atmosferycznych, wpisy w dzienniku budowy oraz protokoły konieczności wraz z kosztorysami. Dowody te, zdaniem Sądu Apelacyjnego nie mogą być wystarczające do przyjęcia braku winy w przekroczeniu terminu umowy. Jakkolwiek powódka powyższymi dowodami zdołała wykazać, że jesienią 2016 r. występowały częste opady deszczu, że wykonywała prace dodatkowe, że w okresie letnim 2017 r. doszło do zalania garaży w wybudowanym obiekcie, czy też że zlecała prace porządkowe w zakresie garaży i piwnic innemu podmiotowi, to jednocześnie należy mieć na względzie, że sam fakt występowania tych okoliczności nie pozwala ustalić czy i w jakim zakresie przyczyniły się one do opóźnienia w realizacji umowy. W tym miejscu zaznaczyć również należy, że podnoszenie faktu zalania garaży jako okoliczności usprawiedliwiającej przekroczenie terminu umownego jest o tyle chybione, że zdarzenia te miały miejsce po dacie 30 czerwca 2017 r. Oczywiście zatem jest, że nie mogły one mieć wpływu na powstanie opóźnienia (ewentualnie rzutowały na długość okresu zwłoki).

Nie ulega wątpliwości, że wykonanie budynku mieszkalnego wielorodzinnego z garażami, zagospodarowaniem i niezbędnym uzbrojeniem terenu jest dość skomplikowanym procesem budowlanym obejmującym szereg robót różnego rodzaju i w związku z tym podczas tego procesu mogą pojawić się różne, nieprzewidziane sytuacje zakłócające prawidłowy przebieg prac. Z drugiej jednak strony zauważyć trzeba, że tego typu inwestycje są z reguły realizowane w stosunkowo długim czasie, tak aby, przy właściwej organizacji robót, dochowanie terminu umownego było możliwe. Nie inaczej było w sprawie niniejszej, powódka miała zrealizować skomplikowany projekt budowlany w ciągu 20 miesięcy, tj. od dnia 30 października 2015 r. do dnia 30 czerwca 2017 r. Z uwagi na fakt, że termin ten obejmował okresy jesienno-zimowe, wykonawca był zobligowany tak zaplanować proces budowlany aby uwzględnić zarówno pory roku, jak i niesprzyjające warunki pogodowe oraz ich ewentualny wpływ na przebieg robót (przykładowo większość prac wewnątrz budynku organizować w okresie jesienno-zimowym). Nie powinno być dla niego zaskoczeniem, że w okresie jesiennym w tej części kraju (Ł.) zazwyczaj występują wzmożone opady deszczu, ani to, że okres zimowy charakteryzuje się znacznym spadkiem temperatur. Jedynie w sytuacji wystąpienia takich warunków atmosferycznych, które istotnie odbiegałyby od standardowych o danej porze roku, można by zasadnie twierdzić, że nie dały się one uwzględnić w planowaniu procesu budowlanego. Tymczasem z przedstawionych przez stronę powodową dowodów nie sposób wyprowadzić wniosku, czy i na ile określone warunki pogodowe odbiegały od standardowych o danej porze roku, ani jaki mogły mieć one wpływ na przebieg całego procesu budowlanego (a nie jedynie poszczególnych wycinków robót).

Z zaferowanych przez powódkę dowodów nie wynika również czy i w jakim zakresie konieczność wykonywania robót dodatkowych wpłynęła na terminowość całego przedsięwzięcia. Tym bardziej, że zapisy w dzienniku budowy wskazują, iż jeszcze w początkach października 2017 r. trwały prace w innych segmentach (prace sanitarne i elektryczne), niż tylko tych objętych robotami dodatkowymi.

Wszystkie te okoliczności mają zasadnicze znaczenie dla oceny odpowiedzialności powódki za nieterminowe wykonanie umowy i jej zakresu, a zdaniem Sądu Apelacyjnego ich ustalenie wymagało wiedzy specjalnej. Jedynie opinia biegłego z zakresu budownictwa mogłaby wskazać czy i jaki wpływ okoliczności podnoszone przez skarżącą miały na przebieg procesu budowlanego oraz czy i w jakim zakresie opóźnienie można by uznać za usprawiedliwione. Tymczasem - jak już wyżej stwierdzono - strona powodowa (wbrew ciężącym na niej obowiązkom dowodowym) takiego wniosku nie zgłosiła.

Obecnie podnoszony przez nią zarzut naruszenia art. 232 k.p.c. jest o tyle nieuzasadniony, że nic nie stało na przeszkodzie, by powódka - duży podmiot gospodarczy działający w branży budowlanej i reprezentowany w niniejszej sprawie gospodarczej przez profesjonalnego pełnomocnika - sama zgłosiła we właściwym czasie stosowny wniosek. Podkreślenia wymaga, że dysponentami postępowania cywilnego są strony i to na nich spoczywają określone obowiązki dowodowe. Działanie sądu z urzędu i przeprowadzenie dowodu niewskazanego przez stronę jest dopuszczalne tylko w wyjątkowych sytuacjach i przy rozważeniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy. W doktrynie wskazuje się, że skorzystanie przez sąd z przewidzianego w powyższym przepisie uprawnienia (stanowiącego wyłom w zasadzie kontradyktoryjności procesu) jest uzasadnione przykładowo w następujących sytuacjach: jeżeli zachodzi podejrzenie, że strony prowadzą proces fikcyjny albo zmierzają do obejścia prawa, w razie nieporadności strony oraz w sprawach, w których przeprowadzenie dowodu z urzędu jest jedynym sposobem przeciwdziałania niebezpieczeństwu oczywiście nieprawidłowego rozstrzygnięcia sprawy, podważającego funkcję procesu (zob. O. M. Piaskowska, Komentarz do art.232 Kodeksu postępowania cywilnego, Lex 2019). W doktrynie postuluje się również, by sądy korzystały z możliwości działania z urzędu ostrożnie i z umiarem, tak aby nie narazić się na zarzut naruszenia prawa do bezstronnego sądu i odpowiadającego mu obowiązku przestrzegania zasady równego traktowania stron (art. 32 ust. 1 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP). Z całą stanowczością stwierdzić należy, że prawo sądu do przeprowadzania dowodu z urzędu w żadnym wypadku nie może służyć usuwaniu skutków uchybień procesowych stron. Sąd orzekający nie ma bowiem obowiązku podejmowania określonych czynności z urzędu niejako wyręczając stronę.

W tej konkretnej sprawie o charakterze gospodarczym, przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z urzędu - zdaniem Sądu Apelacyjnego - oznaczałoby naruszenie zasady równości stron procesu.



Z przyczyn wyżej wskazanych również wniosek skarżącej o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w ramach postępowania apelacyjnego nie mógł zostać uwzględniony. Jak wyżej wspomniano, nie stało na przeszkodzie, by tego typu dowód powołać już na etapie postępowania pierwszo-instancyjnego, a obecna rola Sądu Apelacyjnego nie może sprowadzać się do korygowania wadliwych koncepcji prawnych strony w zakresie rozkładu ciężaru dowodu.

Z uwagi na brak skutecznego wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, w ocenie Sądu Apelacyjnego, zbędne było prowadzenie postępowania dowodowego co do zeznań zawnioskowanych przez powódkę świadków czy nagrania video na płycie CD, jako że dowody te mogłyby pełnić rolę jedynie pomocniczą dla ustaleń i ocen biegłego. Innymi słowy, zeznania świadków (bez względu na ich treść) nie miałyby rozstrzygającego znaczenia dla kwestii, które wymagały wiadomości specjalnych. Stąd też, zdaniem Sądu Apelacyjnego, Sąd pierwszej instancji słusznie zaniechał prowadzenia postępowania dowodowego w tym zakresie, czy to poprzez formalne oddalenie wniosków dowodowych powódki, czy też przez ich faktyczne pominięcie. Powyższe względy przesądzały również o niecelowości przeprowadzenia tych dowodów w postępowaniu apelacyjnym.

W rezultacie Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, że strona powodowa, za pomocą przedstawionych dowodów, nie wykazała, by nie pozostawała w zwłoce w realizacji przedmiotu umowy. Na uwagę zasługuje fakt, iż jako termin zakończenia prac sama wskazywała datę 31 sierpnia 2017 r. i mając na względzie już tylko tę okoliczność stwierdzić należy, że opóźnienie trwało dłużej aniżeli czas przyjęty przez stronę pozwaną do naliczenia kary umownej (43 dni, podczas gdy istniały przesłanki do przyjęcia co najmniej 62 dni). Zasygnalizować wypada, że materiał dowodowy w postaci zapisów w dzienniku budowy, daje wystarczające podstawy do przyjęcia, że roboty budowlane trwały co najmniej do 10 października 2017 r. (w rzeczywistości do listopada 2017 r.), a zatem faktyczne opóźnienie było znacznie dłuższe.

W tych okolicznościach, zdaniem Sądu Apelacyjnego, brak podstaw do miarkowania kary umownej w oparciu o art. 484 § 2 kc, ponieważ strona pozwana sama ją zmiarkowała biorąc za podstawę naliczenia tylko 43 dni zwłoki, a więc mniej niż połowę faktycznego opóźnienia powódki. Abstrahując od powyższego wskazać również należy, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek zwłoki w spełnieniu świadczenia z istoty zakłada, że zobowiązanie zostanie wykonane. Okoliczność tę strony uwzględniły zastrzegając karę umowną. W takiej sytuacji sam fakt wykonania zobowiązania (bez innych okoliczności z tym związanych) nie mógł stanowić wystarczającego argumentu za zmiarkowaniem kary, bowiem to na tę właśnie okoliczność strony zastrzegły na rzecz zamawiającego tę formę kompensaty. W tych warunkach, sam fakt wykonania umowy nie może stanowić słusznej podstawy do uwzględnienia wniosku powódki o zmiarkowanie kary, a powódka nie powoływała się na inne okoliczności z tym związane (np. możliwość korzystania przez wierzyciela z części budynku przed datą jego odbioru itp.).

. Zdaniem Sądu Apelacyjnego brak też podstaw do zmiarkowania kary w oparciu o drugą z ustawowych przesłanek, tj. rażące wygórowanie kary. W tym kontekście zauważyć należy, że strona skarżąca nie podnosiła, by kara była niewspółmierna do szkody (w ogóle nie wykazywała wysokości poniesionej przez powódkę szkody, a to na niej spoczywał ciężar dowodu w tym względzie), ani też nie odnosiła wysokości kary do wartości swego łącznego wynagrodzenia. Zważywszy, że wynagrodzenie to ostatecznie ustalono na kwotę 14.451.346,58 zł brutto, a w ramach niniejszego procesu rzeczywista kara umowna wyniosła 693.556 zł (pозwana nie dochodziła pozostałej części kary umownej, tj. kwoty 547.389,60 zł) stwierdzić należy brak uzasadnionych podstaw do zastosowania dobrodziejstwa art. 484 § 2 kc.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego strona skarżąca słusznie natomiast zarzuca naruszenie art. 65 § 2 k.c. i powiązanych z tą materią art. 498 § 1 i 2 kc oraz 499 kc, ponieważ z literalnego brzmienia § 10 ust. 1 a) umowy jednoznacznie wynika, że termin zapłaty kary umownej to 14 dni od dnia otrzymania pisemnego wezwania. Zaprezentowane w tej materii stanowisko Sądu Okręgowego jest więc dowolne i nie znajduje potwierdzenia ani w treści umowy ani w okolicznościach sprawy. Z uwagi na fakt, że wymagalność kary umownej za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy uzależniona została od uprzedniego wezwania do zapłaty, a pozwana w piśmie wzywającym z dnia 9 stycznia 2018 r. zawarła jednocześnie oświadczenie o potrąceniu swej wierzytelności z wierzytelnością powódki z tytułu części wynagrodzenia, stwierdzić należy, że oświadczenie to było nieskuteczne (obie wierzytelności we wskazanej dacie nie były wymagalne).

Sąd Apelacyjny uznaje w tej części racje strony skarżącej i jednocześnie zauważa, że drugie oświadczenie o potrąceniu zawarte w piśmie z dnia 8 lutego 2018 r. było skuteczne, jako że obie wierzytelności były już w tej dacie wymagalne. Przyjęcie skuteczności tego oświadczenia oznacza, że obie wierzytelności umorzyły się wzajemnie do wysokości wierzytelności niższej, a zatem do dochodzonej pozwem kwoty 696.556 zł (art. 498 § 2 kc). Zaznaczyć przy tym należy, że w aktualnym stanie prawnym brak podstaw do przyjęcia, by kilkakrotne składanie oświadczeń o potrąceniu tych samych wierzytelności było niedopuszczalne. Takie oświadczenia można jedynie oceniać pod kątem skuteczności bądź nieskuteczności. W sprawie niniejszej, o ile pierwsze oświadczenie (z przyczyn wskazanych w apelacji) było nieskuteczne, o tyle drugie wywołało skutki prawne przewidziane dla tej instytucji. Podkreślić przy tym należy, że analiza treści oświadczenia z dnia 8 lutego 2018 r. prowadzi do wniosku, iż było to oddzielne od pierwszego, pełne oświadczenie o potrąceniu, a nie forma korekty poprzedniego oświadczenia. W konsekwencji stwierdzić należy, że doszło do skutecznego potrącenia, a to z kolei przesądziło o niezasadności powództwa, a także apelacji.

Z tych względów Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji na podstawie art. 385 k.p.c.

Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu stanowią przepisy art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i art. 108 § 1 zd. 1 k.p.c. oraz § 2 pkt. 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Kosztami tymi, obejmującymi wynagrodzenie pełnomocnika w stawce minimalnej, obciążono skarżącą stosownie do wyniku postępowania apelacyjnego.

(...)