

Sygn. akt I ACa 112/17

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 listopada 2017 r.

**Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:**

**Przewodniczący: SSA Małgorzata Dzieciołowska (spr.)**

**Sędziowie: SA Wiesława Kuberska**

**SA Krystyna Golinowska**

**Protokolant: st. sekr. sąd. Grażyna Michalska**

**po rozpoznaniu w dniu 6 listopada 2017 r. w Łodzi na rozprawie**

**sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w E.**

**przeciwko (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w S.**

**o zapłatę**

**na skutek apelacji obu stron**

**od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi**

**z dnia 18 października 2016 r. sygn. akt X GC 395/13**

**1. oddala obie apelacje;**

**2. zasądza od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w S. na rzecz Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w E. kwotę 8.100 (osiem tysięcy sto) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 18 października 2016 r. Sąd Okręgowy w Łodzi w punkcie 1 sentencji zasądził od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w S. na rzecz Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w E.:

a). kwotę 924.618,70 złotych z odsetkami w wysokości odsetek ustawowych od dnia 16 października 2013 roku do dnia zapłaty,

b). kwotę 175.135,77 złotych tytułem skapitalizowanych odsetek ustawowych, umarzył postępowanie w sprawie co do kwoty 27.056,16 złotych i odsetek ustawowych od tej kwoty oraz kwoty 2.156.698,98 złotych, odsetek od kwoty 92.348,16 złotych za okres od dnia 21 grudnia 2012 roku do dnia 16 września 2013 roku (pkt 2 sentencji), oddalił powództwo w pozostałym zakresie i rozstrzygnął o kosztach postępowania (pkt 4 i 5 sentencji, wyrok k 1232).

Sąd pierwszej instancji stwierdził, że przedmiotem umowy strony było wykonanie przez powoda nawierzchni drogowej w ramach inwestycji drogowej - budowa obwodnicy E. w zakresie określonym dwiema łączącymi strony umowami – umową z dnia 5 maja 2011 roku i umową z dnia 25 lutego 2011 roku. Podniósł przy tym, że z dokonanych ustaleń faktycznych wynika wykonanie przez powoda zleconego mu zakresu robót. Potwierdza to sporządzony

w dniu 22 sierpnia 2012 roku pomiędzy stronami protokół odbioru, protokół odbioru sporządzony pomiędzy pozwanym a inwestorem, wreszcie okoliczność dokonania w toku niniejszego postępowania zapłaty przeważającej części wynagrodzenia należnego powodowi za wykonane prace przez Inwestora Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, po zgłoszeniu jej przez powoda okoliczności braku zapłaty przez Generalnego Wykonawcę. Powołane okoliczności wskazują, że odmowa przyjęcia przez pozwanego faktury końcowej przez pozwanego (...) SA i odmowa zapłaty tej należności, pomimo sporządzenia protokołu odbioru w dniu 22 sierpnia 2012 r. była nieuzasadniona. Na żądanie wykonawcy zleceniodawca ma obowiązek dokonywać nawet częściowego odbioru robót, to tym bardziej na żądanie tego wykonawcy ma on także obowiązek dokonania odbioru końcowego, a sporządzony protokół służy stwierdzeniu, czy i w jakim zakresie oraz z jaką starannością zobowiązanie wykonawcy zostało wykonane. Skuteczne może być nawet dokonanie faktycznego odbioru bez sporządzania formalnego protokołu.

W protokole odbioru z dnia 22 sierpnia 2012 roku sporządzonym pomiędzy stronami wskazano występowanie usterek w robotach powoda. Nie zwalniało to pozwanego z obowiązku przyjęcia faktury końcowej i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Zdaniem sądu okręgowego, zapis umowy, na który powoływał się pozwany, uzależniający zapłatę wynagrodzenia od „tzw. bezusterkowego odbioru robót”, jest nieważny i pozostaje w sprzeczności z przepisem art. 647 kc. Należy odróżnić wykonanie prac od odbioru ich przez zleceniodawcę, jak również wykonanie prac od odbioru bezusterkowego. Po wykonaniu prac wykonawca powinien zgłosić ich odbiór swojemu zleceniodawcy a ten odebrać dzieło sporządzając protokół usterkowy bądź bezusterkowy. W przypadku protokołu usterkowego strony powinny wyznaczyć termin na ich usunięcie i po jego upływie i usunięciu usterek sporządzić protokół bezusterkowego odbioru końcowego. Domaganie się usunięcia usterek nie oznacza, że powód prac nie wykonał. Z treści sporządzonego protokołu wynika, że usterki w nim wymienione były usterkami drobnymi, pozostającymi bez wpływu na możliwość faktycznego użytkowania oddanego obiektu (miejscowe zastoisko wody na rondzie), bądź też usterkami o charakterze drobnym, ale nieusuwalnym (nieprawidłowe wyniki badań składu mas styksowo - bitumicznych). O drobnym charakterze drugiej usterki świadczy okoliczność, że Inwestor odebrał roboty, a potrącenie z tytułu wady ustalono na kwotę około 4.000 złotych, czyli na poziomie nieznacznym w zestawieniu z całkowitą wartością kontraktu wynoszącej ponad 2.000.000 złotych. Brak ustalenia wysokości kwoty potrąceń pomiędzy Generalnym Wykonawcą a Inwestorem nie stanowił przeszkody do wypłacenia powodowi kwoty wynagrodzenia z faktury końcowej. Pozwany dysponował bowiem tzw. zatrzymaniem gwarancyjnym stanowiącym równowartość 5% wartości całego wynagrodzenia powoda. Miał zatem możliwość rozliczenia tej kwoty w ramach dokonanego zatrzymania lub wystawionej na zlecenie powoda gwarancji bankowej. Mógł też dokonać ewentualnie zatrzymania jakiejś kwoty z tego tytułu, adekwatnej do kwoty późniejszych potrąceń.

Z treści protokołu komisji odbiorowej powołanej przez Inwestora i Generalnego Wykonawcę oraz z treści zeznań przesłuchanych przez sąd świadków wynika, że co do zasady sposób rozliczenia tej usterki jako usterki nieusuwalnej i szacunkowa wysokość potrąceń był już wiadomy stronom jesienią 2012 roku - w dniu 18 października 2012 roku, gdy rozpoczęła prace komisja odbiorowa. Wysokości dokonanych ostatecznie potrąceń 3.527,24 złote wskazuje na całkowicie nieuzasadnioną odmowę wypłacenia powodowi wynagrodzenia w wysokości ponad 2.000.000 złotych, przy dokonanym uprzednio zatrzymaniu kwoty ponad 900.000 złotych. Zachowanie to może być oceniona wyłącznie jako przejaw złej woli Generalnego Wykonawcy, nieznajdującej żadnego uzasadnienia w okolicznościach faktycznych sprawy. Tym bardziej, że powód po sporządzeniu protokołu odbioru opracował plan naprawczy usunięcia usterek zaakceptowany przez Inżyniera Kontraktu, następnie przystąpił do usuwania usterek i usterkę tę (zastoisko wody na rondzie) usunął, co potwierdza pismo Inżyniera Kontraktu z dnia 19 listopada 2012 roku.

W odniesieniu do żądania zasądzenia kwoty 924.618,70 złotych sąd pierwszej instancji uznał je w całości za zasadne.

W dniu 4 września 2013 roku powód przedstawił pozwanemu po raz kolejny podpisaną gwarancję wraz aneksem do niej uwzględniającym wcześniejsze uwagi pozwanego. Przedstawiona pozwanemu gwarancja opiewała na kwotę 924.618,70 złotych z datą ważności do dnia 22 listopada 2017 roku. W dniu 16 października 2013 roku strona pozwana zakwestionowała wystawienie gwarancji na kwotę 924.618,70 złotych podnosząc, że powinna obejmować

kwotę wyższą, tj. kwotę 1.137.281 złotych i dłuższy termin ważności wystawionej na zlecenie powoda gwarancji bankowej. Zobowiązał jednocześnie powoda do przedstawienia aneksu do umowy gwarancji uwzględniającego zgłoszone zastrzeżenia. W piśmie tym znalazło się stwierdzenie, że do czasu przedstawienia powyższego aneksu gwarancja zostaje zaakceptowana do kwoty wynikającej ze złożonego dokumenty, tj. do kwoty 924.618,70 złotych i na okres z niej wynikający tj. do dnia 22 listopada 2017 roku. Zawarta pomiędzy stronami umowa przewidywała w § 7 możliwość zastąpienia zatrzymania gwarancyjnego gwarancją ubezpieczeniową. Powód postąpił zgodnie z postanowieniami umowy - przedstawił pozwanemu projekt gwarancji ubezpieczeniowej, a pozwany w piśmie z dnia 16 października 2013 roku zaakceptował przedstawioną mu gwarancję. Wobec skutecznego ustanowienia gwarancji ubezpieczeniowej, zgodnie z postanowieniami umowy pozwany był zobowiązany do wypłaty kwoty zatrzymania gwarancyjnego, czyli kwoty 924.618,70 złotych, co najmniej od dnia 16 października 2013 roku. Od tej daty zasadne było żądanie odsetek ustawowych, stosownie do treści przepisu art. 481 § 1 i 2 kpc.

Zarzut potrącenia należności z tytułu kar umownych za nieterminowe wykonanie robót zgłoszony stroną pozwaną sąd pierwszej instancji uznał za niezasadny. W sprawie okolicznością niekwestionowaną było, że roboty wykonywane na podstawie obu łączących strony umów nie zostały wykonane w terminach umownych. Z treści sporządzonej w sprawie opinii biegłego sądowego, której strona pozwana skutecznie nie zakwestionowała wynika, że opóźnienie w wykonaniu robót przez powoda było spowodowane okolicznościami przez niego niezawinionymi.

Brak było, zdaniem sądu okręgowego, podstaw do obciążania powoda karami umownymi. Wierzytelność przedstawiona do potrącenia, w jego ocenie, nie istniała a złożone oświadczenie o potrąceniu kar umownych jest wobec podniesionych okoliczności nieskuteczne.

Za zasadne sąd okręgowy uznał żądanie zasądzenia odsetek ustawowych od kwoty 2.156.698,98 złotych za okres od dnia 21 grudnia 2012 roku do dnia 5 sierpnia 2013 roku w kwocie 175.135,77 złotych. Zgodnie z postanowieniami umowy wynagrodzenie należne powodowi miało być płatne nie później niż 30 dni od daty prawidłowo wystawionej faktury. Fakturę końcową numer (...) powód wystawił w dniu 16 października 2012 roku. Protokół odbioru robót został podpisany w dniu 22 sierpnia 2012 roku. Pozwany miał obowiązek uiszczyć niesporną część wynagrodzenia od dnia 16 listopada 2012 roku. Zgłoszenie żądania zapłaty odsetek ustawowych od dnia 22 grudnia 2012 roku dawało podstawę, w świetle tych okoliczności, do ich zasądzenia (k 1240 do 1250).

**Apelacje** od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi złożyły obie strony postępowania.

Strona pozwana zaskarżyła wyrok w części, tj. w zakresie punktów: 1 a., 1 b. i 4 w oparciu o zarzuty:

1. naruszenia prawa materialnego, tj.:

**a)** art. 647 kc w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc poprzez ich niezastosowanie, prowadzące do błędnego uznania, że: „zapis umowy, na który powołuje się pozwany, uzależniający zapłatę wynagrodzenia od tzw. „bezusterkowego odbioru robót” jest nieważny i pozostaje w sprzeczności z przepisem art. 647 kc, podczas gdy strony dokonały dopuszczalnej w świetle art. 353<sup>1</sup> kc umownej modyfikacji polegającej na przyjęciu, że bieg terminu płatności wynagrodzenia może rozpocząć się dopiero po podpisaniu przez strony protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń, co w świetle art. 353<sup>1</sup> kc należy uznać za dopuszczalne, ponieważ postanowienie to nie godzi w naturę stosunku prawnego, czy zasady współzycia społecznego, nie jest również sprzeczne z ustawą oraz z treścią art. 647 kc,

**b)** art. 483 § 1 kc w zw. z art. 473 § 1 kc i art. 353<sup>1</sup> kc poprzez ich niezastosowanie, prowadzące do błędnego uznania, że pozwanej przysługiwała kara umowna za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy przez powoda, podczas gdy strony dokonały umownej modyfikacji odpowiedzialności powoda i zastrzegły karę umowną na wypadek opóźnienia,

**c)** art. 498 kc w zw. z art. 499 kc poprzez ich niezastosowanie, w sytuacji gdy na skutek złożonego przez pozwaną oświadczenia o potrąceniu, doszło do umorzenia wzajemnych wierzytelności stron,

**d)** art. 471 kc w zw. z art. 483 kc poprzez błędne jego zastosowanie przyjmując, że w niniejszym procesie pozwana powinna była udowodnić wyrządzoną jej szkodę na skutek opóźnienia powoda, co w świetle obowiązujących przepisów prawa i natury kary umownej jest niedopuszczalne, gdyż kara umowna pełni funkcje: odszkodowawcze - kompensacyjną - stymulując dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania oraz represyjną, zmierzającą w istocie do obciążenia dłużnika obowiązkiem zapłaty określonej kwoty za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez niego umowy, niezależnie od tego czy wierzyciel poniósł szkodę,

2. naruszenia przepisów prawa procesowego mające istotny wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

a) art. 232 kpc oraz art. 6 kc poprzez nieprawidłowe zastosowanie reguł określających rozkład ciężaru dowodu w zakresie wykazania opóźnienia powoda w zakończeniu prac, który sąd oceniał po stronie pozwanej, w sytuacji gdy zgodnie z aktualną linią orzecniczą ciężar udowodnienia, że to nie powód opóźnił się w wykonaniu robót leżał po jego stronie,

b) art. 233 §1 kpc w zw. z art. 227 kpc poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów, pominięcie wyjaśnień i ustaleń istotnych dla sprawy, nierozważenie w sposób bezstronny i wszechstronny dowodów ze znajdujących się w aktach sprawy dokumentów oraz ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego stojącą w sprzeczności z zasadami logiki oraz doświadczenia życiowego, w szczególności poprzez:

- zaniechanie pełnej oceny dowodu w postaci zawartych umów pomiędzy stronami skutkujące uznaniem, że pozwanej przysługiwała kara umowna na wypadek zwłoki powoda w oddaniu przedmiotu umowy i w konsekwencji tego błędnego prowadzenie postępowania dowodowego na okoliczność zwłoki, podczas gdy w postanowieniach zawartych umów strony zastrzegły karę umowną za opóźnienie,

- pominięcie i nieuwzględnienie przy wyrokowaniu postanowienia § 12 ust. 1 umów, które dotyczyło faktycznego zastrzeżenia przez strony kary umownej za opóźnienie, a nie za zwłokę w wykonaniu umowy, na podstawie jednostronnego i bezkrytycznego przyjęcia wersji korzystnej tylko dla powoda, podczas gdy za pośrednictwem zgłoszonych przez stronę pozwaną środków dowodowych pozwany wykazał ponad wszelką wątpliwość, że zawarte w umowie postanowienia umowne były nieprzypadkowe, wynegocjowane, niebudzące wątpliwości interpretacyjnych pomiędzy stronami,

- błędne pominięcie przy ustalania stanu faktycznego zeznań świadków: Z.-A. S., G. C. oraz T. R. w zakresie, w którym świadkowie stwierdzali sprzecznie z treścią opinii biegłego, że nie było sytuacji skutkujących opóźnieniem w wykonaniu robót przez powoda, tylko i wyłącznie na tej podstawie, że twierdzenia te pozostawały w sprzeczności z treścią opinii biegłego i w ocenie sądu sprowadzały się właściwie do subiektywnej oceny świadków - pracowników strony pozwanej, podczas gdy T. R. - nie jest pracownikiem strony pozwanej a przedstawicielem inwestora - Skarbu Państwa Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad,

- bezkrytyczne przyjęcie dowodu z opinii biegłego sądowego, w sytuacji kiedy sporządzona opinia biegłego nie daje odpowiedzi w zakresie wskazania pomiotu odpowiedzialnego za opóźnienia, a biegły stwierdza jedynie, że: „brak koordynacji świadczy albo o braku przestrzegania harmonogramu robót przez poszczególnych uczestników procesu budowlanego albo o niewłaściwym przekazywaniu pomiędzy nimi frontów robót”, mając na uwadze, że do uczestników procesu budowlanego zaliczał się także powód, zatem przerzucenie całościowo odpowiedzialności za opóźnienia na pozwanego nie koreluje z treścią sporządzonej opinii,

c) art. 207 § 6 kpc w zw. z art 214 § 1 kpc i art. 299 kpc oraz art. 300 kpc poprzez błędne ich zastosowanie, a w konsekwencji pominięcie dowodu z przesłuchania strony pozwanej - w osobie Prezesa Zarządu - J. M. - pomimo zgłoszonego w pozwie wniosku powoda o przesłuchanie stron na rozprawie w dniu 29 września 2016 r., na którym to terminie pozwana usprawiedliwiła niezawinione niestawiennictwo strony na posiedzeniu, poprzez złożenie do akt sprawy dokumentów (samolotowe bilety - przelot W. - M. (28 września 2016 r.) oraz M.-W. (30 września 2016 r.), potwierdzających zaistnienie przeszkody (znanej sądowi) - to jest nagłej i koniecznej obecności J. M.

jako przedstawiciela Generalnego Wykonawcy (...) SA podczas spotkania z inwestorem w M. na Białorusi, o czym dowiedział się on w dniu 22 września 2016 roku, wskazując jednocześnie, że jako Prezes Zarządu (...) SA i jednocześnie jako jedyny członek Zarządu posiadał pełną wiedzę w przedmiocie realizacji każdej z nadzorowanych budów - w tym przebudowy ulicy (...) oraz ulicy (...) w E. wraz z towarzyszącą infrastrukturą techniczną, będącego częścią inwestycji p.n. Budowa III i IV etapu obwodnicy E., objętych niniejszą sprawą,

d) art. 328 § 2 kpc poprzez brak wskazania przez sąd pierwszej instancji w rozstrzygnięciu okoliczności oraz przyczyn związanych z oddaleniem wniosku strony pozwanej o przesłuchanie w charakterze strony Prezesa Zarządu - J. M. pomimo, że był jedynym członkiem Zarządu - profesjonalistą uprawnionym do wypowiedzania się w sprawie, jak również był jedyną słuszną osobą do przesłuchania w charakterze strony,

e) art. 98 kpc oraz § 6 pkt 6 rozporządzenia MS z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu poprzez zasądzenie na rzecz powoda dwukrotnej stawki minimalnej w sytuacji gdy stopień skomplikowania sprawy oraz nakład pracy pełnomocnika procesowego nie uzasadniał zasądzenia kosztów w wysokości dwukrotnej stawki minimalnej a w wysokości stawki minimalnej.

W konkluzji apelacji skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i skierowanie sprawy do ponownego rozpoznania wraz z pozostawieniem sądowi pierwszej instancji rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego, ewentualnie o zmianę wyroku w zaskarżonej części, oddalenie w tym zakresie powództwa i zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje wg norm przepisanych (k 1262 do (...)).

Strona powodowa zaskarżyła wyrok w części, tj. co do punktu 1a. w zakresie, w jakim kwota 924.618,70 złotych została zasądzona z odsetkami w wysokości odsetek ustawowych od dnia 16 października 2013 r. do dnia zapłaty a nie z odsetkami w wysokości odsetek ustawowych od dnia 16 października 2013 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. i w wysokości odsetek ustawowych za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty. Wyrokowi zarzuciła naruszenie prawa materialnego poprzez:

**1)** uchybienie art. 481 § 2 kc (w brzmieniu obowiązującym od 1 stycznia 2016 roku) oraz art. 56 „a contrario” ustawy z dnia 9 października 2015 roku o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 1830) poprzez ich niezastosowanie, wskutek czego z tytułu opóźnienia w spełnieniu świadczenia pieniężnego za okres przypadający od dnia 1 stycznia 2016 roku zostały zasądzone odsetki ustawowe, a nie ustawowe za opóźnienie,

**2)** zastosowanie art. 359 § 1 kc, który nie znajduje zastosowania do odsetek z tytułu opóźnienia w spełnieniu świadczenia pieniężnego.

W konkluzji swojej apelacji powodowa spółka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w pkt 1 ppkt a) poprzez zasądzenie kwoty 924.618,70 złotych wraz z odsetkami w wysokości odsetek ustawowych od dnia 16 października 2013 roku do dnia 31 grudnia 2015 roku oraz w wysokości odsetek ustawowych za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty i zwrotu kosztów procesu, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych za instancję odwoławczą (k 1255 do (...)).

### **W odpowiedziach na złożone apelacje:**

- pozwanej spółki - powodowa spółka wniosła o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych (k 1285 do (...)),
- powodowej spółki - pozwana spółka wniosła o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych (k 1304 do (...)).

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Obie apelacje, jako bezzasadna podlegały oddaleniu.

W zakresie zarzutów zgłoszonych w apelacji strony pozwanej należy podnieść, że z ustanowionego w przepisie art. 378 § 1 kpc obowiązku rozpoznania sprawy w granicach apelacji nie wynika konieczność osobnego omówienia przez sąd w uzasadnieniu wyroku każdego argumentu podniesionego w apelacji. Za wystarczające należy uznać odniesienie się do sformułowanych w apelacji zarzutów i wniosków w sposób wskazujący na to, że zostały one przez sąd drugiej instancji w całości rozważone przed wydaniem orzeczenia (tak m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 15 września 2016 r., I CSK 659/15, LEX nr 2152381, 6 kwietnia 2017 r., IV CSK 408/16, LEX nr 2327869, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2017 r., II UZ 15/17, LEX nr 2320360).

Dla prawidłowego postawienia w apelacji zarzutu błędnej oceny dowodu (art. 233 § 1 kpc) konieczne jest wskazanie przez skarżącego przyczyn opartych na realiach sprawy, dla których uważa on, że ocena dowodu dokonana przez sąd pierwszej instancji jest wadliwa. Oznacza to przedstawienie takich elementów postępowania dowodowego, które wskazują na przyjęcie rażąco wadliwej lub oczywiście błędnej analizy dowodów (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2001 r., IV CKN 970/00, LEX nr 52753, uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2016 r. III CZP 102/15, OSNC 2016/7-8/88, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2015 r., I CSK 886/14, LEX nr 1811810, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 2004 r., IV CK 274/03, LEX nr 164852, wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 11 lutego 2016 r., I ACa 1182/15, LEX nr 2004544 ).

Powołane w apelacji pozwanej spółki dowody z zeznań świadka nie mogły stanowić podstawę dla obalenia wniosków wyprowadzonych przez sąd pierwszej instancji z oceny całego materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, zwłaszcza wniosków wypływających z opinii biegłego, których ostatecznie, po uzupełnieniu opinii, strony nie kwestionowały.

Świadek T. R. zeznawała w sprawie dwukrotnie ( na rozprawie w dniu 3 października 2013 r., k 226 do 229 i na rozprawie w dniu 8 maja 2014 r., k 663 do 670). Pełnił funkcję zastępcy Kierownika Projektu do lipca 2013 r. Wskazał, zwłaszcza w pierwszych zeznaniach, że strona zgłaszała gotowość odbioru. Były wpisy w dzienniku budowy. Zostały stwierdzone usterki, ale były drobne. Świadczy o tym fakt, że w ciągu kilku dni od wystawienia świadectwa inwestor uzyskał zgodę na użytkowanie. Wartość usterki wyniosła ok. 3.000 złotych (rozprawa z dnia 3 października 2013 r., czas rozprawy od 00:47:34 do 00:49:12 i od 00:55:36 do 01:04:00). Terminy robót były przesuwane z uwagi na prace (...) przy wiadukcie. Dokonywane były zmiany projektu zarówno w jednej i drugiej umowie. Zmiany projektu powodowały wstrzymanie głównych - zasadniczych prac (k 665 do 666 protokół rozprawy w dniu 8 maja 2014 r., czas od 01:41:20 do 01:44:00). Zeznania tego świadka pozostają w zgodzie z opinią biegłego w zakresie wpisów do dziennika budowy (II opinia uzupełniająca – adnotacje 27 do 32, 33 i 34 - k 1196 do (...), k 1111 opinia podstawowa omówienie wpisu inspektora budowy z dziennika budowy str. 465, tom III) oraz jego stwierdzeniem, że generalnie przyczyną wykonania robót po terminie był zgodnie z zapisami w dzienniku budowy brak przekazania podwykonawcy robót w takim czasie, aby mógł zrealizować zakres robót w terminach umownych. Pomiędzy 12 czerwca 2012 r. a terminem ostatecznego przekazania frontu robót, tj. 5 lipca 2012 r. roboty były wykonane w 98% (k 1112). Wykonanie w zakresie umowy nr (...) było zależne od czynności pozwanego związanych z wykonaniem podbudowy. Biegły wprawdzie wskazał, że brak koordynacji świadczy albo o brakach przestrzegania harmonogramu robót przez poszczególnych uczestników procesu budowlanego albo o niewłaściwym przekazywaniu pomiędzy uczestnikami frontu robót, ale jednocześnie podniósł, że nie stwierdził by było to spowodowane działaniami powoda (k 1161 do (...) i k 1112). Biegły zobowiązywał strony, podobnie jak i sąd do złożenia harmonogramów i protokołów przekazania frontów robót podwykonawcy, ale pomimo to dokumenty te nie zostały złożone. Zaznaczył również, że podstawowym obowiązkiem wykonawcy jest koordynowanie prac podwykonawców mające na celu niedoprowadzenie do postojów a w konsekwencji opóźnień. Jest to głównie obowiązek Kierownika Budowy (k 1193 odwr. i k 1195 ad. 22). Przerwy w robotach wynosiły około 2 miesięcy w związku z koniecznością poprawienia dokumentacji – w zakresie obu umów (k 1106). Przejęcie obiektu z umowy z dnia 15 lutego 2011 r. (k 1105) faktycznie nastąpiło 18 marca 2011 r., tj. z 1 miesiąc później. Posadowienie drzew w zakresie umowy nr (...) z dnia 25 lutego 2011 r. opóźniło prace o około 3 miesiące (k

1108). Biegły wskazał również, co pomija strona pozwana, że data wpisu do dziennika budowy jest decydująca dla odbioru. Wykonawca nie miał prawa odmówić odbioru od podwykonawcy, wyjątkiem byłaby poważna wada prac (k 1103).

Świadkowie G. C. (2) (k 664 do 665 rozprawa z dnia 8 maja 2014 r., zapis elektroniczny rozprawy czas od 00:08:35 do 01:36:34) i Z. - A. S. (2) (k 666 do 668 rozprawa z dnia 8 maja 2014 r., zapis elektroniczny rozprawy czas od 02:35:54 do 03:21:17) są pracownikami strony pozwanej. Z ich zeznań wynika jednak, że wiedzieli, że umowy były aneksowane, w tym w zakresie czasu ich wykonania. Świadek G. C. (2) (k 664 czas 00:29:30 do 00:30:02 i 00:35:09 do 00:51:20) pełnił na budowie funkcję kierownika. Wskazał, że były zmiany projektu i przerwy w wykonaniu prac. Świadek Z. - A. S. (2) po okazaniu pisma z dnia 5 lipca 2011 r. (k 585), wskazującego na błędy w dokumentacji projektowej oświadczył, że widzi je pierwszy raz. Nie wiedział nic o zmianach projektowych. Jego wiedza była odmienna od faktów podanych przez świadka G. C.. Na budowie świadek Z. - A. S. pełnił funkcje dyrektora kontraktu. Zajmował się m.in. dbaniem o terminowość zakończenia robót. Powinien więc znać okoliczności, które rzutowały na zakres wykonanych robót. Wiedział, że termin wykonania robót został przedłużony, wskazywał na przerwy w wykonaniu prac zasadniczych, wstrzymanie robót, ale nie wiedział, że zaistniały błędy w dokumentacji projektowej.

Przypomnieć trzeba, że właśnie te błędy stanowiły w świetle opinii biegłego przyczynę wydłużenia czasu wykonania umowy, przerw w pracach i także braku koordynacji przez wykonawcę frontu robót. Istniały zatem podstawy dla uwzględnienia przez sąd okręgowy opinii biegłego jako pełniejszej i uwzględniającej wszystkie okoliczności wpływające na przebieg procesu budowlanego. Opinia ta uwzględnia aneksy do umów, m.in. przedłużające czas wykonania robót (k 17 do 20, k 22, k 25, k 27, k 32, k 285 do 290, k 292, k 292 do 295), korespondencje stron, w tym wskazującą na braki projektowe, przyczyny przestojów, prace naprawcze (k 40, k 52, i 53, k 54 do 56, k 67, k 61 do 64, k 106 do 107, k 110, k 388 do 400, k 425 do 426, k 500, k 503, k 585) i zapisy zawarte w dzienniku budowy (k 441 i nast., k 487 do 503).

Dowód z opinii biegłego sądowego czy instytutu ma szczególny charakter, gdyż korzysta się z niego w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych. Z tego względu nie stosuje się do niego wszystkich zasad dotyczących postępowania dowodowego, a w szczególności art. 217 § 1 kpc. Ocena tego dowodu musi być dokonana przy zastosowaniu innych kryteriów niż pozostałych dowodów. Nie można jej podważać zeznaniami świadków. Istotnym czynnikiem jest zakres wiedzy specjalistycznej biegłego i jej zakres niezbędny dla weryfikacji stanu faktycznego ustalonego w sprawie. Do kryteriów miarodajności opinii biegłego należą fachowość (poziom wiedzy biegłego), podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania sformułowanego stanowiska, stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, logika wyводу i wyjaśnienia zagadnienia wymagającego wiadomości specjalnych. Biegły wyraża opinię o tej części materiału dowodowego (w tym ewentualnych zeznań świadków, którzy uczestniczyli np. w procesie budowlanym), który wskazuje dla celów jej wydania sąd lub który przy opracowaniu opinii w związku z tezą dowodową opracowaną przez sąd był potrzebny dla przedstawienia wniosków opinii i jej uzasadnienia. Nie jest natomiast zobowiązany do wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego sprawy. Taki obowiązek spoczywa na sądzie orzekającym w sprawie.

Strona postępowania może zgłosić wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego. Z takiej możliwości nie skorzystano.

Sąd miałby obowiązek dopuszczenia dowodu z opinii innych biegłych tylko wówczas, jeśli zachodziłaby taka potrzeba, a więc w szczególności wtedy, gdy przeprowadzona już opinia zawiera istotne luki, jest nieprzekonująca, niekompletna, pomija lub wadliwie przedstawia istotne okoliczności, nie odpowiada na postawione tezy dowodowe, jest niejasna, nienależycie uzasadniona lub nieweryfikowalna. Strona takie braki opinii powinna wykazać (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 21 maja 2014 r., II CSK 441/13, LEX nr 1504552, wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 14 marca 2007 r., I CSK 465/06, OSP 2008, Nr 11, poz. 123, 27 lipca 2010 r., II CSK 119/10, LEX nr 603161 i 20 marca 2014 r., II CSK 296/13, LEX nr 1460723, wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 2 sierpnia 2016 r., I ACa 139/16, LEX nr 2114031). W apelacji strony pozwanej nie zawarto takiej argumentacji. Wskazano w niej jedynie na „bezkrytyczne” przyjęcie wniosków biegłego i powołano się na jej fragment w oderwaniu od pozostałych wypowiedzi biegłego, w tym

stanowiące odpowiedzi na pytania stron i podane dla ich uzasadnienia konkretne dowody w sprawie, korespondencje stron, zapisy zawarte w dzienniku budowy. Postawione przez stronę pozwaną zarzuty nie znajdują potwierdzenia, co omówiono we wcześniejszych rozważaniach poświęconych zeznaniom świadków przez tę stronę wskazanych.

Złożona do akt opinia biegłego sądowego C. D. (1) stanowiła miarodajny dla oceny okoliczności wymagających wiadomości specjalnych materiał dowodowy sprawy. Odpowiadała na pytania postawione przez sąd i strony, wyjaśniała przyczyny czasu trwania procesu budowlanego. Jej analiza pozwala na ustalenie okoliczności niezależnych od działań powoda dla przebiegu procesu budowlanego i czynności z nich wynikających. Dawała wraz z pozostałym materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie podstawę do poczynienia ustaleń w tym zakresie.

Pominięcie zgłoszonego przez stronę wniosku dowodowego nie można kwalifikować, jako nierozpoznanie istoty sprawy (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2012 r., V CSK 260/11, LEX nr 1162612 - teza 1). Dowód z przesłuchania strony nie ma charakteru obligatoryjnego w sprawach cywilnych i ocena, czy konieczne jest jego przeprowadzenie, należy do sądu.

Kwestia konieczności przeprowadzenia dowodu z przesłuchania strony leży w zakresie swobodnej decyzji sądu, opartej na analizie materiału dowodowego w zakresie jego spójności i zupełności. Naruszenie art. 299 kpc może mieć miejsce wtedy, gdy nieprzesłuchanie stron - mimo zgłoszenia takiego wniosku dowodowego przez jedną z nich, albo nawet bez takiego wniosku (art. 232 zdanie drugie kpc) - mogło wpłynąć na wynik sprawy, rozumiany, jako wyjaśnienie wszystkich istotnych i spornych okoliczności dotyczących faktu zawarcia oraz treści umowy stron, albo gdy dowód z przesłuchania stron był jedynym dowodem, jakim dysponował sąd.

Zgodnie z art. 302 § 1 kpc, gdy z przyczyn natury faktycznej lub prawnej przesłuchać można co do okoliczności spornych jedną tylko stronę sąd powinien ocenić czy wniosek taki uwzględnić czy też go pominąć. Sąd może wprawdzie przeprowadzić dowód z przesłuchania tylko jednej strony, jednak warunkiem jest, aby przesłuchanie drugiej było niemożliwe. Ograniczenie dowodu do przesłuchania jednej strony w sytuacji, gdy przesłuchanie drugiej było możliwe, stanowi naruszenie zasady równouprawnienia stron (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 18 lutego 2010 r., II CSK 369/09, LEX nr 570129, 5 czerwca 2009 r., I PK 19/09, LEX nr 519171, 8 lutego 2002 r., II CKN 672/00, LEX nr 53289, 28 listopada 1997 r., II CKN 457/97, Biul. SN 1998, nr 2, str. 14, z dnia 18 sierpnia 1982 r., I CR 258/82, LEX nr 8446).

W sprawie materiał dowodowy dotyczący okoliczności, które miałyby być wyjaśnione zeznaniami strony pozwanej, jest obszerny. Nie wymagał uzupełnienia.

Postanowieniem z dnia 15 kwietnia 2016 r. Sąd Okręgowy w Łodzi dopuścił dowód z przesłuchania stron na okoliczność przyczyn wykonania przez powódkę prac objętych umowami numer (...) z dnia 25 lutego 2011 r. i numer (...) z dnia 5 maja 2011 roku po terminach umownych i zobowiązał strony do wskazania w terminie 30 dni osoby, która może być przesłuchana w tym charakterze (k 1201). Jednocześnie sąd pierwszej instancji wyznaczył termin rozprawy na dzień 29 września 2016 r. i zawiadomił pełnomocników stron o terminie (k 1203 do (...)). Informacja co osób, które mają być przesłuchane w charakterze strony wpłynęły do akt: od strony powodowej i pozwanej w dniu 30 maja (...). (odpowiednio k 1212 i k 1214). Konkretne osoby wskazane celem przesłuchania w charakterze strony zostały zawiadomione o terminie poprzez wezwania wysłane 6 czerwca 2016 r. (k 1217 do (...), k 1225a i k 1225b – pokwitowano wezwania 8 i 9 czerwca 2016 r.). Był zatem okres ponad 3,5 miesiąca na takie zorganizowanie obowiązków przez osoby wskazane do przesłuchania w charakterze strony, że można było uniknąć wszelkich kolizji i przeszkód. Osoba wezwana miała taki obowiązek nałożony poprzez wezwanie w konkretnym charakterze w sprawie. Zawiadomienie sądu okręgowego o przeszkodzie w przesłuchaniu strony pozwanej nastąpiło dopiero 28 września 2016 r. (k 1220 do (...)). To, że wskazano w pismach na bilety lotnicze na konkretne dni nie zmieniało sytuacji wynikającej z prawidłowego wezwania sądowego na wiele miesięcy wcześniej. Dodatkowo na terminie rozprawy strona powodowa zrezygnowała z dowodu z przesłuchania w charakterze strony - cofnęła zgłoszony wniosek (k 1227). Należy również wskazać na oświadczenie strony powodowej o braku nadzorowania przez Prezesa pozwanej spółki prac (k 1227 odwr.) i przesłuchanie już w sprawie w charakterze świadków osób, które w imieniu strony pozwanej tych czynności dokonywały.



Sąd Apelacyjny w Łodzi uznał w stanie faktycznym sprawy, że ponowny wniosek o przesłuchanie tylko jednej strony w sprawie w postępowaniu apelacyjnym nie jest zasadny, pomimo zgłoszenia zastrzeżeń z art. 162 kpc w zw. z art. 214 kpc oraz art. 299 kpc i ponowne zgłoszenie dowodu na podstawie art. 380 kpc. W ocenie sądu odwoławczego nie doszło w sprawie do naruszenia w/w przepisów prawa procesowego z uwagi na treść art. 302 kpc, nałożone na stronę przez sąd pierwszej instancji obowiązki na wiele miesięcy przed wyznaczonym terminem oraz brak niezbędności przeprowadzenia tego dowodu (w ograniczonej formie) w sprawie wobec zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 328 § 2 kpc. W orzecznictwie wskazuje się, że zarzut naruszenia przepisów art. 328 § 2 kpc może stanowić uzasadnioną podstawę tylko wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia nie posiada wszystkich koniecznych elementów, bądź zawiera tak oczywiste braki, które uniemożliwiają jego kontrolę (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 27 marca 2008 r., III CSK 315/07, LEX nr 390105, 21 lutego 2008 r., III CSK 264/07, LEX nr 465952, teza 1 postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2016 r., II CSK 630/15, LEX nr 2087120 i jego uzasadnienie).

Uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawiera odrębne części poświęcone: ustaleniom faktycznym wraz z powołanymi dowodami, ocenie materiału dowodowego, w której zamieszczone zostały przyczyny przyjęcia określonych dowodów za wiarygodne i uzasadniające odmowę innym tej cechy, w tym co do określonych okoliczności wraz ze wskazaniem dowodów z zeznań świadków i dokumentów, które przesądzały wnioski sądu pierwszej instancji oraz obejmującą rozważania prawne. Jego forma, treść, dokonane ustalenia i rozważania pozwalały na kontrolę procesu myślowego sądu, a zestawienie twierdzeń zamieszczonych w uzasadnieniu na odniesienie materiału dowodowego sprawy do wniosków wyprowadzonych w zakresie dokonanej subsumpcji. Nie może być więc mowy o brakach uzasadnienia uniemożliwiających kontrolę zakwestionowanego orzeczenia.

Nie został również naruszony przez sąd pierwszej instancji art. 98 kpc w zw. z § 6 pkt 6 rozporządzenia MS z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 490 z późn. zm. mającego zastosowanie w zw. z treścią § 21 rozporządzenia MS z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych - Dz. U. 2015 r., poz. 1804 z późn. zm.) poprzez zasądzenie na rzecz powoda dwukrotnej stawki minimalnej. Postępowanie w sprawie należało do wymagających zgromadzenia dużej ilości materiału dowodowego: dokumentów, zeznań świadków, opinii biegłego. Strony sporządzały pisma procesowe i odpowiadały na pisma składane przez przeciwnika, przedstawiały w nich kontrargumentację dla twierdzeń drugiej strony. Postępowanie dowodowe było prowadzone na kilku terminach rozprawy. Stan postępowanie, podejmowanie czynności w sprawie przez powoda uzasadniały zastosowanie stawki podwyższonej, przewidzianej w przypadku większego nakładu pracy pełnomocnika w § 2 ust. 1 i 2 w/w rozporządzenia.

W związku z ustosunkowaniem się do zarzutów procesowych zgłoszonych w apelacji i ponownie dokonaną oceną materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie ustalenia faktyczne zawarte w uzasadnieniu zakwestionowanego wyroku sąd odwoławczy przyjął za własne.

Obowiązek wykazania faktów obciąża strony postępowania, z których wyprowadzają korzystne dla siebie twierdzenia. To one, a nie sąd są wyłącznym dysponentem toczącego się postępowania i one wreszcie ponoszą odpowiedzialność za jego wynik. Art. 3 kpc oraz art. 232 zd. 1 kpc wskazują, że to na stronach ciąży obowiązek dawania wyjaśnień co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą i przedstawiania dowodów na ich poparcie. Zasady art. 6 kc i art. 232 kpc nie określają zakresu obowiązku zgłaszania dowodów przez strony, ale rozumiane muszą być w ten sposób, że strona, która nie przytoczyła wystarczających dowodów na poparcie swych twierdzeń ponosi ryzyko niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia, o ile ciężar dowodu, co do tych okoliczności, na niej spoczywał. Ciężar dowodu spoczywa natomiast na tym, kto powołuje okoliczności faktyczne wymagające uzasadnienia i wykazania (tak m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 13 stycznia 2017 r., LEX nr 2192616, 12 stycznia 2017 r., I CSK 14/16, LEX nr 2240405).

Art. 6 kc adresowany jest do sądu. Określa, jak już wskazano wcześniej, która ze stron powinna wykazać fakty, z których wyciąga dla siebie korzystne skutki prawne, a w konsekwencji którą też dotkną skutki niepowodzenia ich udowodnienia (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 15 lipca 2010 r., IV CSK 25/10, LEX nr 885020 i 29 kwietnia 2011 r., I CSK 517/10, LEX nr 960502).

***Ciężar dowodu w postępowaniu cywilnym nie zawsze spoczywa na powodzie. Ten kto odmawia uczynienia zadość żądaniu powoda obowiązany jest udowodnić fakty wskazujące na to, że uprawnienie żądającemu nie przysługuje.***

Czynność prawna potrącenia jest zdarzeniem prawnym, którego skutkiem, niezależnym od woli uprawnionego do wierzytelności objętej potrąceniem, jest umorzenie się obydwu wierzytelności do wysokości wierzytelności niższej (art. 498 § 2 kc), ze skutkiem czasowym określonym w art. 499 zdanie drugie kc, tj. od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe.

***Zgodnie z regulującymi potrącenie przepisami kodeksu cywilnego oświadczenie o potrąceniu może być 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). Zarzut potrącenia jest natomiast 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. Oznacza to jednak jednocześnie przyznanie, że wierzytelność powoda istniała, lecz na skutek potrącenia z wierzytelnością pozwanego żądanie powoda zostało ograniczone lub unicestwione na skutek potrącenia go z wierzytelnością pozwanego.***

Procesowy zarzut potrącenia nie jest formą dochodzenia roszczeń, lecz środkiem obrony pozwanego. Z tego względu nie wywołuje w zakresie roszczenia nim objętego ani stanu sprawy w toku (lis pendens) ani też powagi rzeczy osądzonej (res iudicata). Potrącenie jest przede wszystkim instytucją prawa materialnego. Z tego względu ocena prawna zarzutu potrącenia jest kwestią prejudycjalną dla oceny zasadności powodztwa, choć ta ocena nie jest wprost wyrażona w sentencji orzeczenia.

Obowiązkiem strony zgłaszającej ten zarzut jest jego wykazanie, tj. udowodnienie istnienia przedstawionej do potrącenia wierzytelności (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 20 grudnia 2006 r., IV CSK 299/06, LEX nr 233051, 5 grudnia 2013 r., V CSK 37/13, LEX nr 1413160 i orzeczenie tego Sądu z dnia 18 grudnia 1973 r., III CRN 272/73, OSNCP 1974, nr 10 poz. 177, wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 25 września 2014 r., I ACa 431/14, LEX nr 1544879).

W piśmie z dnia 16 października 2013 r. (k 278 do 279) spółka (...) wskazała, pomimo zastrzeżeń co do wysokości gwarancji, że „do czasu przedstawienia aneksu do GWARANCJI WŁAŚCIWEGO USUNIĘCIA WAD LUB USTEREK nr (...) oświadczamy, że przedstawiona gwarancja zostaje zaakceptowana do kwoty wynikającej ze złożonego dokumentu gwarancji to jest do kwoty 924.618,70 złotych oraz do okresu wynikającego ze złożonego dokumentu to jest do dnia 22.11.2017 r.”. W piśmie z dnia 5 listopada 2013 r. (k 307 do 308) strona pozwana „W związku ze złożonym oświadczeniem o akceptacji GWARANCJI WŁAŚCIWEGO USUNIĘCIA WAD LUB USTEREK nr (...) do kwoty wynikającej ze złożonego dokumentu gwarancji to jest do kwoty 924.618,70 zł oraz na okres wynikający ze złożonego dokumentu gwarancji to jest do dnia 22.11.2017 r.”, oświadczyła, że z kwoty zatrzymania gwarancyjnego na dzień 31 października 2013 r....dokonuje potrącenia swojej wierzytelności z tytułu kary umownej egzekwowanej notą księgową nr (...) z dnia 9 sierpnia 2013 r. na kwotę 663.179,73 złote do wysokości wierzytelności niższej czyli do kwoty 663.179,73 złote.

Zestawienie treści obu tych pism przesądza, wbrew twierdzeniom apelacji strony pozwanej, że doszło do akceptacji gwarancji i złożenia w stosunku do kwoty z tego tytułu (wierzytelności powodowej spółki) oświadczenia o potrąceniu.

Zgodzić się należy z sądem pierwszej instancji, że materiał dowodowy sprawy nie pozwala na przyjęcie by zarzut potrącenia zgłoszony przez stronę pozwaną został w sprawie wykazany.

Zgodnie z art. 483 § 1 kc kara umowna stanowi umowne zastrzeżenie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego następuje przez zapłatę określonej sumy.

Odpowiedzialność dłużnika w zakresie kary umownej bez względu na przyczynę niewykonania zobowiązania powinna być w umowie wyraźnie określona. Dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 kc domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność. Dłużnik będzie zwolniony z obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaże, że przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania uzasadniającego naliczenie kary umownej są okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (tak m.in.: wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 6 października 2010 r., II CSK 180/10, LEX nr 970070, 11 lutego 1999 r., III CKN 166/98, LEX nr 521867, 27 czerwca 2003 r., IV CKN 300/01, LEX nr 251531, wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 28 grudnia 2015 r., I ACa 866/15, LEX nr 1979440).

Strony mogą się umówić, że odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy, w postaci kary umownej, będzie przysługiwało wierzycielowi także wtedy, gdy nienależyte wykonanie umowy jest następstwem innych okoliczności niż tylko zawinione zachowanie dłużnika. Okoliczności te lub przyczyny powinny być w umowie określone. Nie jest możliwe w ramach kar umownych przyjmowanie odpowiedzialności abstrakcyjnej, oderwanej od treści umowy i okoliczności rzutujących na jej wykonanie. Przyjęcie w umowie, że podwykonawca odpowiada za opóźnienie wykonania umowy nie zmienia faktu, że nie może odpowiadać za okoliczności od niego niezależne, czy wynikające z zachowania innych uczestników procesu budowlanego, tzn. zaniechań, zaniedbań, czy braku właściwego przygotowania placu budowy przez Generalnego Wykonawcę. Brak jest podstaw dla uznania za dopuszczalne obciążenie kontrahenta karą umowną za opóźnienie, w sytuacji gdy opóźnienie spowodowane jest okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi druga strona kontraktu.

Zgodnie z art. 473 § 1 kc dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Literalne brzmienie omawianego przepisu wskazuje na to, że dokonując modyfikacji przesłanek odpowiedzialności kontraktowej, należałoby oznaczyć inne niż wynikające z ustawy okoliczności, które obciążą dłużnika. Umowa powinna wskazywać, jaki jest zakres rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika: ogólne stwierdzenie, że dłużnik odpowiada „bez względu na przyczynę”, nie jest - co do zasady - wystarczające, a wola stron w tym przedmiocie musi wynikać z umowy w sposób niewątpliwy.

Strona pozwana wskazuje, że umowna modyfikacja odpowiedzialności na podstawie art. 473 kc jest możliwa w granicach swobody umów (art. 353<sup>1</sup> kc), a jej rozszerzenie jest nieograniczone, stąd dłużnik może odpowiadać nawet na zasadzie ryzyka. Konieczne jest jednak, co omówiono już wcześniej, oznaczenie okoliczności zaostrzających odpowiedzialność dłużnika (poprzez wskazany, zamknięty krąg okoliczności). Ogólne określenie odpowiedzialności - bez względu na przyczynę - jest niewystarczające (m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 29 listopada 2002 r. w sprawie IV CKN 1553/00, Legalis nr 59147 – uzasadnieniu, 27 czerwca 2003 r., IV CKN 300/01, LEX nr 251531, 27 września 2013 r. w sprawie I CSK 748/12, OSNC 2014/6/67, Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 25 marca 2015 r., w sprawie I ACa 847/14, LEX nr 1771374, Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie I ACa 116/16, LEX nr 2071291, Sąd Apelacyjny w Łodzi w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 marca 2017 r., I ACa 1070/16, LEX nr 2282451).

Stosownie więc do treści art. 6 kc obowiązek udowodnienia istnienia wierzytelności i zakresu rozszerzonej odpowiedzialności z tytułu kary umownej (wykazania istnienia wierzytelności przedstawionej do potrącenia, co w sprawie stanowiło fakty tożsame) spoczywa na stronie, która żądanie takie zgłasza, tj. w niniejszej sprawie na stronie pozwanej.

Odmienne twierdzenia zgłoszone w apelacji pozwanej spółki pozostają w sprzeczności do reguł wynikających z art. 6 kc w zw. z art. 483 kpc w zw. z art. 471 kc i art. 498 do 499 kc.

Wpis w dzienniku budowy zobowiązywał pozwanego do podjęcia czynności odbiorczych. Nie można też zgodzić się by strony mogły umówić się na dokonanie odbioru „bezusterkowego” i był on dopiero wyznacznikiem wykonania umowy.

Podpisanie przez inwestora protokołu odbioru stanowi swego rodzaju pokwitowanie spełnienia świadczenia ze strony wykonawcy, co uzasadnia domniemanie faktyczne, że oddany obiekt wykonany został zgodnie z umową, ale jest to domniemanie, które można obalić przez wykazanie, że umowa nie została wykonana lub wykonana nienależycie.

Wynikający z art. 647 kc obowiązek inwestora odbioru robót nie można sprowadzać do sytuacji, w której odebranie ma dotyczyć wyłącznie obiektu całkowicie wolnego od wad. Każde odstępstwo od takiego idealnego stanu dawałoby inwestorowi czy generalnemu wykonawcy w stosunku do podwykonawcy prawo odmowy odebrania obiektu pozostawałoby w sprzeczności z naturą zobowiązania objętego umową o roboty budowlane i naruszałoby równowagę pomiędzy uczestnikami procesu budowlanego, pozostawiając wykonawcę czy podwykonawcę w niepewności odnośnie należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Projekt i zasady wiedzy technicznej powołane w przepisie art. 647 kc stanowią kompromis między tym, co możliwe i konieczne w budownictwie, uwzględniają interes publiczny i prywatny użytkownika i tym samym stanowią kryterium dopuszczalności modyfikacji wymagań co do jakości obiektu budowlanego. Inwestor czy generalny wykonawca może natomiast skutecznie dochodzić usunięcia stwierdzonych wad (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 21 kwietnia 2017 r., I CSK 333/16, LEX nr 2305910, 1 grudnia 2006 r., I CSK 276/06, Legalis nr 161068, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 września 2016 r., V ACa 935/15, Legalis nr 1509032).

Wydana w sprawie, uzupełniona kilkakrotnie opinia biegłego C. D. i ocena w niej okoliczności wpływających ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, wpływających na czas wykonania umowy przesądza, że do wydłużenia czasu wykonania umowy doszło z przyczyn niezależnych od strony powodowej. Nie można było wobec treści opinii biegłego i potwierdzających ją dokumentów, w których pozwany wydłużał czas wykonywania umowy, wskazywał na błędy projektu, potrzebę wstrzymania prac z uwagi na brak przygotowania frontu robót przez innych niż podwykonawca uczestników procesu budowlanego przyjąć, że pozwana spółka wykazała istnienie przyczyn zależnych od strony powodowej, które dawałyby podstawę do naliczenia kary umownej przewidzianej w umowach zawartych pomiędzy stronami.

W realiach sprawy nie można pominąć, że w orzecznictwie wskazuje się na możliwość zastosowania art. 5 kc w procesach o roboty budowlane i wynikające z tych umów kary umowne. Art. 5 kc prowadzić może do wyłączenia skuteczności roszczenia o zapłatę kary umownej, jeżeli roszczenie w świetle szczególnych ustaleń faktycznych prowadziło do stwierdzenia stanu nadużycia prawa podmiotowego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2016 r., V CSK 123/16, LEX nr 2165599).

Powód wykonał zlecony mu zakres robót. Potwierdzają to protokoły odbioru oraz potwierdza dokonanie w toku niniejszego postępowania zapłaty przeważającej części wynagrodzenia należnego powodowi za wykonane prace przez Inwestora Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, po zgłoszeniu jej przez powoda okoliczności braku zapłaty przez Generalnego Wykonawcę. Żądanie odsetek ustawowych od kwoty 2.156.698,98 złotych za okres od dnia 21 grudnia 2012 roku do dnia 5 sierpnia 2013 roku w kwocie 175.135,77 złotych sąd pierwszej instancji uznał zatem w pełni prawidłowo za zasadne. Zgodnie z postanowieniami umowy wynagrodzenie należne powodowi miało być płatne nie później niż 30 dni od daty prawidłowo wystawionej faktury. Fakturę końcową numer (...) powód wystawił w dniu 16 października 2012 roku. Protokół odbioru robot został podpisany w dniu 22 sierpnia 2012 roku.

W odniesieniu do zarzutów apelacji powodowej spółki należy podnieść, że z dniem 1 stycznia 2016 r. został zmieniony art. 359 kc oraz art. 481 § 2 kc w zakresie określenia stopy procentowej odsetek za opóźnienie (ustawa z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2015 r., poz. 1830 – w skrócie „ustawa o zmianie ustawy o terminach

zapłaty w transakcjach handlowych”), które uzupełniły wdrożenie do polskiego systemu prawa dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/7/UE z 16 lutego 2011 r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych (Dz. Urz. UE L 48 z 2011 r., s. 1). W art. 55 i art. 56 ustawy o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych stanowią, że do transakcji handlowych w rozumieniu ustawy zmienionej art. 1 zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe, podobnie jak i do odsetek należnych za okres kończący się przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Przepisy art. 359 kc i art. 481 kc zostały zmienione art. 2 tej ustawy. Zmiany te jednak nie doprowadziły do modyfikacji zasad określonych w art. 481 § 1 i 2 kc.

Art. 481 § 1 kc nie został objęty zmianą dokonaną w/w przepisami. Przewidywał i przewiduje możliwość zasądzenia odsetek za opóźnienie, podobnie jak i zmieniony w/w przepisami art. 481 § 2 kc. W myśl art. 481 § 1 kc, jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. § 2 art. 481 kc wskazuje, jako zasadę naliczenia odsetek za opóźnienie i to odsetek ustawowych w sytuacji, gdy stopa odsetek nie została oznaczona. W poprzednim założeniu przepis ten zawierał jedynie określenie „z góry”, co nie zmieniało i nie zmienia umownej możliwości określenia odsetek. Przepis art. 481 § 1 i 2 kc w odróżnieniu od art. 476 kc wskazującego na „zwłokę” w działaniu dłużnik przewiduje zatem jedynie opóźnienie jako podstawę zasądzenia odsetek i przy braku ich określenia umownego jako zasadę możliwość żądania i zasądzenia odsetek ustawowych (zob. uzasadnienie wyroku Sądu najwyższego z dnia 23 lutego 2017 r., V CSK 361/16, LEX nr 2294419).

Ustawowe odsetki za opóźnienie stanowią w zasadzie minimalną rekompensatę uszczerbku doznanego przez wierzyciela, wskutek pozbawienia go możliwości czerpania korzyści z należnego mu świadczenia pieniężnego. W razie zwłoki dłużnika, wierzyciel może żądać naprawienia szkody na zasadach ogólnych - art. 481 § 3 kc.

Przepisy odróżniają wprawdzie odsetki za opóźnienia (art. 481 § 1 i 2 kc) oraz zwykłe, kapitałowe (art. 359 § 2 kc) poprzez wskazanie odmiennych mechanizmów ich obliczania, jednak określenie w wyroku przez Sąd Okręgowy w Łodzi należnych odsetek, jako „ustawowych” pozostaje w zgodzie z żądaniem pozwu, jego rozszerzeniem i omówionymi uregulowaniami.

Mając powyższe okoliczności na względzie, na podstawie art. 385 kpc, Sąd Apelacyjny w Łodzi orzekł jak w punkcie 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z mocy art. 98 § 1 kpc w zw. z art. 108 § 1 kpc i art. 391 § 1 kpc, przy uwzględnieniu wartości przedmiotu zaskarżenia każdej ze złożonych apelacji (apelacja strony pozwanej 1.099.755 złotych, apelacja strony powodowej 17.024 złotych, tj. 1,55% wartości przedmiotu zaskarżenia w stosunku do apelacji pozwanej spółki) i w zakresie określenia stawki wynagrodzenia pełnomocnika ustanowionego dla strony daty rozpoczęcia postępowania odwoławczego i wynikających z niej przepisów rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości.