

Sygn. akt I A Ca 1339/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 grudnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu – Wydział I Cywilny w składzie:

| | |
|-----------------|--|
| Przewodniczący: | SSA Franciszek Marcinowski |
| Sędziowie: | SSA Iwona Biedroń (spr.) SSA Walter Komorek |
| Protokolant: | Justyna Łupkowska |

po rozpoznaniu w dniu 4 grudnia 2013 r. we Wrocławiu na rozprawie

sprawy z powództwa **Syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w G.**

przeciwko **Przedsiębiorstwu (...) S.A. w W.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Opolu

z dnia 22 sierpnia 2013 r. sygn. akt VI GC 34/13

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 2.700 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

UZASADNIENIE

Strona powodowa syndyk masy upadłości Przedsiębiorstwa (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w G. domagał się zasądzenia od strony pozwanej Przedsiębiorstwa (...) S.A.

w W. kwoty 174.896 zł z ustawowymi odsetkami i kosztami procesu

tytułem wynagrodzenia za wykonane prace polegające na wykonaniu robót drogowych nawierzchniowych w oparciu o umowę łączącą, upadłego z poprzednikiem prawnym strony pozwanej.

Strona pozwana wniosła o oddalenie powództwa podnosząc zarzut potrącenia z wierzytelnością strony powodowej własnej wierzytelności z tytułu obciążenia

strony powodowej kosztami wykonania zastępczego prac w oparciu o art. 639 k.c.

w zw. z art. 656 k.c. w łącznej wysokości 270.578,91 zł.

Wyrokiem z dnia 22 sierpnia 2013 r. Sąd Okręgowy w Opolu zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 174.896 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia 12.09.2012 r. i kosztami procesu w kwocie 12.362 zł.

Istotne dla rozstrzygnięcia sprawy ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy przedstawiały się następująco:

W dniu 25 lipca 2011 r. upadły Przedsiębiorstwo (...) S.A. w G. jako podwykonawca zawarł z (...) Sp. z o.o. w O., umowę na mocy której, przyjął do wykonania roboty drogowe nawierzchniowe.

Zgodnie z § 2 ustalono termin wykonania przedmiotu umowy do 31.10.2012 r. Ustalono też termin rozpoczęcia robót w miesiącu sierpniu 2011 r.

W § 3 wskazanej umowy strony ustaliły, ceny jednostkowe netto za wykonanie wyszczególnionych prac oraz wstępne wynagrodzenie podwykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy na kwotę netto 859.203,20 zł (brutto 1.056.819,94 zł).

W § 4 ust. 1 umowy oznaczono, że rozliczenie za prace wykonane zgodnie z umową nastąpi fakturami przejściowymi, wystawianymi nie częściej niż raz w miesiącu na koniec miesiąca i fakturą końcową po realizacji prac.

W dalszych zapisach § 4 (ust. 2) zastrzeżono termin płatności faktur na 35 dni od daty wystawienia faktury przez podwykonawcę.

Strony uzgodniły, że podstawą do wystawienia faktur przejściowych i końcowej będzie protokół odbioru robót sporządzony przez podwykonawcę i potwierdzony przez kierownika budowy wykonawcy.

Z dniem 1.09.2011 r. nastąpiło połączenie Spółek: Przedsiębiorstwa (...) Spółka Akcyjna (Spółka (...)) z (...) Sp. z o.o. (Spółka (...)). Od 1.09.2011 r. we wszystkie prawa, obowiązki i zobowiązania P. E. wstąpiło Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna.

W trakcie realizacji inwestycji wykonano prace na kwotę około 140.000 zł netto a na ok. 174.000 zł brutto. Kwota ta odpowiadała 20% wartości całego zadania inwestycyjnego. Wykonanie tych prac zostało potwierdzone protokołem z dnia 6.08.2012 r. podpisanym przez przedstawicieli obu stron.

W dniu 7 sierpnia 2012 r. Przedsiębiorstwo (...) S.A. wystawiło Przedsiębiorstwu (...) Spółce Akcyjnej za wykonane na jego rzecz roboty budowlane fakturę nr (...) na kwotę 142.191,84 zł netto a 174.895,96 zł brutto z tytułu rozliczenia częściowego. Obejmowała ona prace odebrane protokołem z dnia 6.08.2012 r.

Pismem z dnia 10.08.2012 r. upadły wezwał pozwaną spółkę aby jak najszybciej uregulowała zapłatę tej faktury.

W piśmie z dnia 10.08.2012 r. pozwana zwróciła się z prośbą do upadłego o podanie informacji dotyczącej wskazania terminu, w którym przystąpi on do kontynuacji rozpoczętych robót drogowych nawierzchniowych

Pomimo pism kierowanych do Prezesa zarządu Przedsiębiorstwa (...) S.A. o kontynuację dalszych robót, pracownicy nie wchodzili na plac budowy.

Strona pozwana w dniu 6.09.2012 r. zawarła umowę z nowym podwykonawcą, na dokończenie inwestycji, gdy ona była wykonana w około

20 procentach, nie chcąc zapłacić za wykonanie warstwy wiążącej powodowi.

Nowy podwykonawca wykonał przewidziane umową prace.

W dniu 7 września 2012 roku została ogłoszona upadłość Przedsiębiorstwa (...) S.A. z siedzibą w G..

Pismem z dnia 7.09.2012 r. pozwana wezwała Przedsiębiorstwo (...) S.A. z siedzibą w G. do przejścia frontów robót w miejscowości P., N., M. i przystąpienia do wykonywania robót określonych w umowie podwykonawczej z dnia 25.07.2011 r. w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania a nadto do nadrobienia powstałych opóźnień w wykonywaniu robót, w terminie 3 dni od dnia otrzymania niniejszego wezwania pod rygorem odstąpienia od umowy i obciążenia powoda karą umowną w wysokości 10% wartości wynagrodzenia. Jednocześnie na podstawie art. 636 w zw. z art. 656 k.c. wezwała upadłego do poprawienia nieprawidłowo wykonanej warstwy wiążącej, na wskazanych w piśmie odcinkach robót w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania, pod rygorem odstąpienia od umowy albo powierzenia wykonywania tych prac innej osobie na koszt i ryzyko powoda.

W dniu 25.09.2012 r. Syndyk Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...) Spółka Akcyjna w upadłości likwidacyjnej w G. zwrócił się do pozwanej spółki o podanie informacji w sprawie możliwości przejścia frontów robót, zgodnie z umową podwykonawczą z dnia 25 lipca 2011 r. oraz o podanie informacji czy posiada ona zapewnienie na sfinansowanie kontraktu.

W dniu 20.10.2012 r. przedstawiciele pozwanej spółki sporządzili protokół kontroli warstwy wiążącej, w którym wskazali, że wykonana warstwa wiążąca w stanie obecnym nie nadaje się do pozytywnego odbioru technicznego. Jednocześnie inspektor nadzoru stwierdził, iż jest możliwe wprowadzenie programu naprawczego w postaci układania warstwy ścieralnej o zmiennych grubościach od 4 cm do 6 cm, aby w efekcie końcowym uzyskać całkowitą grubość pakietu bitumicznego nie mniejszą niż 8 cm. Nadto w dokumencie tym stwierdzono, iż istniejącą warstwę wiążącą należy oczyścić, wokół studni na powierzchniach 2mx2m rozebrać do podbudowy i wykonać powtórnie oraz, że całość przed układaniem warstwy ścieralnej należy skropić asfaltem drogowym w ilości min. 0.5 kg/m². Zaakcentowano ponadto, że odbiór przedmiotowego odcinka odbywać się będzie dopiero po całkowitym zakończeniu warstwy ścieralnej i wykonaniu powtórnych wierceń kontrolnych oraz, że za dodatkowe prace naprawcze związane zakwestionowanym odcinkiem wykonawca nie może żądać dodatkowej zapłaty.

Pozwana spółka w dniu 18.12.2012 r. obciążyła Przedsiębiorstwo (...) S.A. w G. karą umowną w wysokości 0,1 % od wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki, w wysokości 12.681,84 zł.

W tej samej dacie pozwana obciążyła upadłego kwotą 270.578,91 zł z tytułu robót poprawkowych w P. oraz N..

W związku z ogłoszoną w dniu 7 września 2012 r. upadłością pozwana spółka złożyła w Sądzie Rejonowym w Opolu oświadczenie o potrąceniu powyższej wierzytelności.

Przy takich ustaleniach faktycznych Sąd Okręgowy uznał, że powództwo zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy przyjął, że upadły wykonał prace budowlane za które domaga się wynagrodzenia. Sąd Okręgowy wskazał, że zakres prac oraz ich jakość została potwierdzona przez stronę pozwaną w protokole odbioru z dnia 6.08.2012 r.,

co stanowiło podstawę do przyjęcia, że prace zostały wykonane przez upadłego niewadliwie i w terminie. W ocenie Sądu Okręgowego protokół z dnia 20.10.2012 r. nie stanowił wiarygodnego dowodu na wadliwość wykonanych przez upadłego prac, podobnie jak zeznania świadków Ź. i B..

Sąd Okręgowy uznał, że upadły w oparciu o art. 488 § 2 k.c. oraz art. 490 § 1 k.c. mógł powstrzymać się z wykonaniem dalszych prac przewidzianych umową, gdyż strona pozwana pozostawała w zwłoce w spełnieniu świadczenia pieniężnego, do którego powód był uprawniony stosownie do art. 379 § 2 k.c. i art. 654 k.c.

Sąd Okręgowy wskazał, że roszczenie strony powodowej jest uzasadnione również w oparciu o art. 639 k.c. w zw. z art. 656 k.c., skoro powód był gotów wykonać umowę lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących zamawiającego, który nie zapłacił wynagrodzenia za częściowe wykonanie robót.

Powyższy wyrok zaskarżyła strona pozwana w całości zarzucając:

1) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i braku rozważenia przez Sąd całości zgromadzonego materiału dowodowego i w konsekwencji błędne uznanie, że:

a) powód był uprawniony do powstrzymania się od świadczenia wzajemnego a mianowicie do zaprzestania wykonywania prac przez powoda;

b) powód był gotowy wykonać umowę lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących pozwanej spółki gdyż nie zapłaciła mu spornej faktury za wykonanie częściowych robót i nie mógł on wykonać dalszych robót ponieważ nie dysponował środkami finansowymi;

c) pozwany zawarł w dniu 6.9.2012 umowę nr (...) z nowym podwykonawcą B. i usługi Budowlane (...) wprowadzając nowego podwykonawcę na dokończenie inwestycji – jak uznał błędnie Sąd „nie chcąc zapłacić za wykonanie warstwy wiążącej powodowi”;

d) powód wykonał prace bez wad, podczas gdy wady zostały stwierdzone przez T. B. (1), H. K. i A. Ż. – inspektora nadzoru, a powód wezwany do usunięcia wad wbrew obowiązkom umownym nie zareagował w żaden sposób ograniczając się do sporządzania notatki wewnętrznej przez świadka T., który nie podjął jednocześnie żadnych czynności celem ustalenia terminu usunięcia wad i nie przystąpił do ich usunięcia,

2) naruszenie art. 233 § 1 oraz 328 § 1 i 2 k.p.c., poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i brak rozważenia przez Sąd całości zgromadzonego materiału dowodowego poprzez pominięcie zeznań świadka J. T. bez wydania w tym zakresie postanowienia przed zamknięciem rozprawy oraz bez odnotowania tego faktu i wyjaśnienia przyczyny w uzasadnieniu wyroku;

3) naruszenie przepisów prawa materialnego, które miało istotny wpływ na wynik sprawy a to:

a) naruszenie art. 488 § 2 k.c. poprzez jego zastosowanie, podczas gdy świadczenia stron tj. wykonanie robót przez powoda i zapłata przez pozwanego nie miały być spełnione jednocześnie, gdyż zgodnie z zawartą umową świadczenie powoda miało być spełnione wcześniej;

b) naruszenie art. 490 § 1 k.c. poprzez jego zastosowanie, podczas gdy z przeprowadzonego postępowania dowodowego nie wynika, aby Sąd ustalił, że spełnienie świadczenia przez pozwaną było wątpliwe ze względu na jej stan majątkowy oraz aby z tego powodu powód wstrzymał się ze spełnieniem świadczenia polegającego na wykonaniu przedmiotu umowy na frontach robót, do których przejęcia był wzywany,

c) naruszenie art. 639 k.c. poprzez jego zastosowanie, podczas gdy ustalony przez Sąd stan faktyczny nie dawał podstawy do stwierdzenia, żeby powód był gotowy do wykonania przedmiotu umowy oraz by doznał przeszkody

z przyczyn dotyczących pozwanego.

W oparciu o powyższe zarzuty strona pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kosztów procesu za obie instancje, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja strony pozwanej nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie rozważeniu podlegają zarzuty dotyczące prawa procesowego, które skarżący wiąże z błędnymi ustaleniami faktycznymi, gdyż jedynie w prawidłowo ustalonym stanie faktycznym możliwa jest ocena poprawności zastosowania prawa materialnego.

Skarżąca zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wiąże z błędną oceną zeznań wskazanych w apelacji świadków, co doprowadziło do błędnego ustalenia, że upadły wykonał bez wad prace, za które domaga się wynagrodzenia. Zarzutu tego nie można podzielić. Z zeznań świadka T. B. wynika, że „wady” w pracach, jakie wykonał upadły miały polegać na wykonaniu warstwy nawierzchni o grubości 2 cm zamiast 4 cm (e-protokół z 6.06.2013 r., 00:28:44). Ten sam świadek zeznał, że warstwa nawierzchni jaką wykonał upadły była warstwą wiążącą, na której dopiero położona miała być warstwa ścieralna, a różnice w grubości warstwy wiążącej, miały zostać wyrównane odpowiednią grubością warstwy ścieralnej (zeznania świadka T. B. e-protokół z 6.06.2013 r., 00:28:44). Wobec tego należało podzielić stanowisko Sadu Okręgowego, że prace wykonane przez upadłego nie mogły zostać zakwalifikowane jako prace wykonane wadliwie, skoro były to prace w toku, nieukończone. Jeżeli upadły nie dokończył wykonywania robót drogowych nawierzchniowych nie ma podstaw do przyjęcia, że wykonał prace wadliwie.

Zarzuty strony pozwanej, co do kwestii związanych z możliwością powstrzymania się przez upadłego ze spełnieniem świadczenia z uwagi na brak świadczenia wzajemnego strony pozwanej, dotyczą w istocie nie błędnych ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy, lecz błędnego zastosowania prawa materialnego i zostaną omówione w dalszej części uzasadnienia.

Z kolei kwestionowane sformułowanie użyte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż pozwana zawarła umowę z podwykonawcą „nie chcąc zapłacić za wykonanie warstwy wiążącej powodowi” nie jest ustaleniem faktycznym, lecz oceną Sądu Okręgowego, która co oczywiste, nie powinna się znaleźć w tej części uzasadnienia, w której zostały zawarte ustalenia faktyczne.

Reasumując powyższe wywody, należało przyjąć, że ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy są prawidłowe i wystarczające dla potrzeb rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, a Sąd Apelacyjny przyjął je za podstawę swojego rozstrzygnięcia.

Oceniając na gruncie przyjętych ustaleń zarzuty naruszenia prawa materialnego podniesione w apelacji stwierdzić trzeba, że choć niektóre z nich są trafne, to jednak ich uwzględnienie nie mogło doprowadzić do zmiany zaskarżonego wyroku.

Trafnie zarzuciła strona pozwana, że brak było podstaw do przyjęcia, że upadły mógł się powstrzymać ze spełnieniem swojego świadczenia wynikającego z łączącej strony umowy, z uwagi na brak świadczenia strony pozwanej.

Sąd Okręgowy jako podstawę swojego stanowiska wskazał przepis art. 488 § 2 k.c.

i art. 490 § 1 k.c. Pierwszy z powołanych przepisów nie dotyczy sytuacji o jakiej mowa w niniejszej sprawie, gdyż świadczenie strony pozwanej miało być spełnione po upływie 35 dni od daty wystawienia faktury przez wykonawcę (§ 4 ust. 2 umowy), a zatem nie może być mowy o jednoczesności świadczeń stron umowy.

Upadły wystawił fakturę na kwotę dochodzoną w niniejszej sprawie w dniu 7 sierpnia 2012 r., termin jej zapłaty upływał najwcześniej w dniu 11 września 2012 r.,

a nie ulega wątpliwości, że upadły zaprzestał wykonywania robót przed upływem tego terminu, gdyż miało to miejsce w sierpniu 2012 r. Błędnie więc uznał Sąd Okręgowy, że upadły mógł się powstrzymać ze spełnieniem swojego świadczenia z uwagi na brak świadczenia wzajemnego.

W sytuacji przerwania robót przez wykonawcę, zamawiający mógłby

od umowy odstąpić w warunkach przewidzianych w art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c., jednak strona pozwana z tej możliwości nie skorzystała, a zatem kwestia ewentualnego opóźnienia w wykonywaniu robót przez upadłego dla rozstrzygnięcia sprawy nie miała znaczenia. Tym samym zeznania świadka T., do których odwołuje się apelacja dotyczące tej kwestii, nie miały istotnego znaczenia. Natomiast wbrew stanowisku apelacji, z zeznań świadka T. w żadnym razie nie wynika aby to upadły złożył pozwanej oświadczenie o odstąpieniu od umowy, co świadczyłoby o definitywnym zakończeniu prac przez wykonawcę. P. podkreślić, że gotowość kontynuowania robót zgłosił syndyk masy upadłości, co wprost wynika z pisma z dnia 25.09.2012 r., tym samym zeznania świadka T. o braku zdolności upadłego do wykonywania dalszych prac, nie mogą być uznane za wiarygodne.

Niepodejmowanie prac przez wykonawcę, jak wyżej wskazano, może rodzić konsekwencje przewidziane w art. 635 k.c., natomiast nie może być uznane za wadliwe wykonywanie robót, o jakim mowa w art. 636 §1 k.c. (tak Sąd N. wyroku z dnia 14.11.2008 r., V CSK 182/08). Strona pozwana odstępując od umowy odwołała się do regulacji przewidzianej w art. 636 § 1 k.c., z której wynika, że

w przypadku, gdy przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy

lub sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin, a po jego bezskutecznym upływie może m.in. powierzyć poprawienie lub dalsze wykonywanie dzieła

innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie. Rozstrzygnięcia więc wymagało, czy zachodziły podstawy do powierzenia przez stronę pozwaną poprawienia i kontynuowania robót budowlanych przez osobę trzecią na koszt strony powodowej. W tym celu koniecznym było wykazanie przez stronę pozwaną, że upadły odstąpił od określonego w umowie sposobu wykonywania prac a pozwana wezwała go zmiany sposobu wykonywania robót wyznaczając mu odpowiedni termin.

W trakcie wykonywania prac przez upadłego, strona pozwana nie podnosiła kwestii wykonywania prac niezgodnie z umową czy wręcz w sposób wadliwy, o czym dobitnie świadczy protokół odbioru robót z dnia 6.08.2012 r. Także zeznania przesłuchanych świadków przekonują, że w trakcie wykonywania prac upadły nie był wzywany do zmiany sposobu wykonywania robót. Świadek K. zeznała

(e-protokół (...):16:30), że dopiero w trakcie wykonywania robót przez drugiego wykonawcę stwierdzono wadliwość robót wykonanych przez upadłego. Podobnie świadek Ź. zeznał (e-protokół (...):01:12), że „powoda długo nie było gdy stwierdziliśmy wady”. Brak zatem podstaw do przyjęcia, że strona pozwana wzywała upadłego przed powierzeniem osobie trzeciej dalszego wykonywania robót – co miało miejsce w dniu 6.09.2012 r. – do zmiany sposobu wykonywania robót. Takich wezwań nie zawierają pisma pozwanej z dnia 2.08.2012 r., 10.08.2012 r. czy 20.08.2012 r.

Po raz pierwszy mowa o nieprawidłowym wykonaniu warstwy wiążącej pojawia się w piśmie z dnia 7.09.2012 r., czyli już po zawarciu umowy z nowym wykonawcą robót, co może świadczyć o poszukiwaniu przez pozwaną podstawy do obciążenia strony powodowej kosztami powierzenia wykonania robót innemu podmiotowi. Zauważyć trzeba też, że w piśmie tym strona pozwana nie wskazuje

na czym miałyby polegać „nieprawidłowość wykonania” warstwy wiążącej i na czym miałyby polegać zmiana sposobu wykonywania robót. Należy w tym miejscu podkreślić, w chwili wystosowania tego pisma warstwa wiążąca była już położona.

Z kolei za zmianę sposobu wykonywania robót nie można potraktować kwestii związanych z wykonaniem warstwy ścieralnej, do wykonywania której, powód

w czasie sporządzenia wspomnianego pisma przecież nie przystąpił.

Skoro nie zostały spełnione wymogi, od których ustawodawca uzależnił możliwość powierzenia poprawienia lub dalszego wykonywania dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie, to nie ma podstaw do obciążenia strony powodowej kosztami wykonania zastępczego, czy też karą umowną z tytułu opóźnienia w wykonaniu robót. Tym samym zarzuty apelacji dotyczące naruszenia prawa materialnego, a to art. 636 § 1 k.c. okazały się bezzasadne.

Ponieważ strona pozwana w niniejszej sprawie nie kwestionowała wysokości wierzytelności strony powodowej ograniczając się do zarzutu potrącenia, który jak wyżej wskazano okazał się bezzasadny, roszczenie strony powodowej należało uwzględnić w oparciu o art. 649⁴ § k.c. Skarżąca pomija bowiem, że syndyk masy upadłości zgłosił gotowość kontynuacji robót budowlanych, na co strona pozwana się nie zgodziła, co stanowi wystarczającą przesłankę do zastosowania tego przepisu.

Mając powyższe na uwadze, należało apelację strony pozwanej oddalić w oparciu o art. 385 k.p.c., gdyż zaskarżone orzeczenie mimo częściowo błędnego uzasadnienia odpowiada prawu.

Orzeczenie o kosztach postępowania apelacyjnego wydano stosownie do wyniku sporu w oparciu o art 98 k.p.c. i § 6 pkt 6 i § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.9.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. nr 163, poz. 1349 ze zm.).

KP