

Sygn. akt I ACa 171/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 maja 2016 roku

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Tomasz Żelazowski (spr.)
Sędziowie:	SA Danuta Jezierska SO (del.) Agnieszka Bednarek – Moraś
Protokolant:	sekr. sądowy Piotr Tarnowski

po rozpoznaniu w dniu 12 maja 2016 roku na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki jawnej w upadłości likwidacyjnej w S.

przeciwko K. K. (1)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 21 grudnia 2015 roku, sygn. akt VIII GC 535/14

***uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w Szczecinie do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie w zakresie kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.***

SSO (del.) A. Bednarek – Moraś SSA T. Żelazowski SSA D. Jezierska

Sygn. akt I ACa 171/16

## UZASADNIENIE

Powód syndyk masy upadłości Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki jawnej w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w S. złożył dnia 14 października 2014 r. pozew przeciwko K. K. (1) o zapłatę kwoty 273.728,56 zł z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 26 października 2013 r. do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych. Wniósł również o zwolnienie od kosztów sądowych. W uzasadnieniu pozwu powód wskazał, że swoje roszczenie wywodzi z umowy zawartej przez spółkę (...) i K. K. (1) dnia 2 listopada 2011 r., domagając się zasądzenia naliczonej pozwanemu kary umownej na podstawie § 7 ust. 1 umowy w wysokości 349.247,97 zł oraz kary

umownej naliczonej pozwanemu na podstawie § 7 ust. 4 umowy w wysokości 29.348,68 zł, pomniejszonych o kwotę wzajemnych wierzytelności, wynoszącą 104.868,09 zł, co do której wzajemne wierzytelności spółki (...) i pozwanego uległy umorzeniu w wyniku złożonego w dniu 18 października 2013 r. przez spółkę oświadczenia o potrąceniu. Ostatecznie powód dochodził więc pozostałej po dokonanych potrąceniu kwoty 273.728,56 zł (stanowiącej różnicę między sumą kwot z tytułu kar umownych : 349.247,97 + 29.348,68 oraz kwotą 104.868,09).

Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych. W uzasadnieniu wskazał, iż opóźnienie będące podstawą naliczenia przez stronę powodową kary umownej z § 7 ust. 1 nie zostało przez niego zawinione, bowiem spółka (...) nie zapewniła frontu robót, a zatem pozwany nie był w zwłóce, zaś podstawą naliczenia kar umownych z § 7 ust. 1 umowy stanowi zwłoka pozwanego. Pozwany podkreślał, że w dniu 30 października 2012 r. zszedł z placu budowy, nie odstąpił jednak od wykonania umowy, co więcej deklarował wobec spółki pełną gotowość i chęć kontynuowania prac, gdy tylko stanie się to możliwe, to jest gdy plac budowy zostanie odpowiednio przygotowany. Zdaniem pozwanego po jego stronie nie było winy, co przesądza o braku jego odpowiedzialności z tytułu niewykonania zobowiązania. Co więcej przesądza to o braku zasadności naliczenia kary nie tylko na podstawie § 7 ust. 1 umowy, ale także na podstawie § 7 ust. 4 umowy, ponieważ ten ostatni zapis umowny przewidywał karę umowną w przypadku odstąpienia przez zamawiającego od umowy z winy wykonawcy. Ponadto pozwany wskazując na art. 395 § 1 k.c. wywiódł, że dokonane przez spółkę (...) odstąpienie od umowy było nieskuteczne.

W piśmie procesowym z dnia 14 kwietnia 2015 r. - w odpowiedzi na zobowiązanie do sprecyzowania żądania pozwu - powód wyjaśnił, iż potrącenie z wierzytelnością pozwanego dotyczyło w pierwszej kolejności wierzytelności w kwocie 29.348,68 zł, mającej podstawę w § 7 ust. 4 umowy, a w dalszej kolejności części wierzytelności w kwocie 349.247,97 zł, mającej podstawę w § 7 ust. 1 umowy. W związku z tym wskazał, że dochodzone pozwem roszczenie stanowi pozostałą po potrąceniu część wierzytelności mającej podstawę w § 7 ust. 1 umowy, wyrażającą się kwotą 273.728,56 zł.

W wyroku z dnia 21 grudnia 2015 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 273.728,56 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi w stosunku rocznym od dnia 26 października 2013 r. do dnia zapłaty, zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 7.200 zł tytułem kosztów procesu oraz obciążył pozwanego na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Szczecinie kwotą 13.687 zł tytułem kosztów sądowych, których strona powodowa nie miała obowiązku uiścić.

Sąd I instancji ustalił, że Przedsiębiorstwo Budowlane (...) spółka jawna z siedzibą w S. wykonywała roboty budowlane związane z wybudowaniem budynku mieszkalno-usługowego przy ul. (...) w S.. Zawarła ona jako zamawiający w dniu 2 listopada 2011 r. umowę z K. K. (1), reprezentowanym przez pełnomocnika A. K., jako wykonawcą. Przedmiot umowy strony określili w § 1 ust. 1 jako wykonanie przez wykonawcę zleconej przez zamawiającego dostawy i montażu balustrad balkonów z profili aluminiowych z wypełnieniem z litego poliwęglanu w budynku mieszkalno-usługowym przy ul. (...) w S., według projektu architektonicznego wykonanego przez biuro projektów (...) w S. oraz schematu konstrukcji zawartego w załączniku nr 1 do umowy. W ust. 2 wskazano, że szczegółowy zakres prac został zawarty w załączniku nr 2 do niniejszej umowy. W § 2 ust. 1 określono obowiązki zamawiającego, między innymi udostępnienie placu budowy w dniu podpisania umowy (lit. a), nadzorowanie i organizowanie budowy (lit. d). Termin wykonania określono w § 3 postanawiając, że prace zostaną wykonane etapami; postanowiono, że montaż kotew mocujących balustrady w miejscach, gdzie wykonane będzie docieplenie nastąpi:

1) dla elewacji od strony ul. (...) – 15 stycznia 2012 r.,

2) dla elewacji od strony hotelu – 2 lutego 2012 r.,

3) dla elewacji od strony podwórka od ul. (...) – 15 marca 2012 r., natomiast montaż balustrad na stropodachu miał zostać wykonany do 15 marca 2012 r.

Wartość szacunkową umowy określono w § 5 ust. 1 na kwotę 223.746 zł netto powiększoną o VAT według stawki 8%. Kary umowne określono w § 7, w szczególności:

- w ust. 1 wykonawca zobowiązał się do zapłaty zamawiającemu kar umownych z tytułu przekroczenia terminu umownego zakończenia realizacji przedmiotu umowy, w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto wykonawcy za każdy dzień zwłoki,

- w ust. 4 wykonawca zobowiązał się do zapłaty zamawiającemu kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy z winy wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto wykonawcy.

W § 7 ust. 3 wskazano, że w przypadku przekroczenia terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy o 10 dni zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy z winy wykonawcy. W § 8 wskazano, że kierownikiem budowy z ramienia zamawiającego jest D. S. (1), zaś kierownikiem robót z ramienia wykonawcy jest A. K.. Na umowie znajdują się odrębne adnotacje, paraflowane przez osoby podpisujące umowę, m.in. co do osoby kierownika budowy, jak również co do wysokości wynagrodzenia i terminów wykonania. Do umowy sporządzono cztery załączniki. W załączniku nr 2 wyszczególniono pięć rodzajów balustrad, które miały zostać wykonane. Wskazano dla każdej z nich odrębną ilość oraz cenę:

- 1) za balustrady proste w ilości 106 mb w cenie 945 zł/mb (...) miała zapłacić w sumie 100.170 zł netto,
- 2) za balustrady przy klatce schodowej w ilości 16 mb w cenie 1.031 zł/mb miała zapłacić w sumie 16.816 zł netto,
- 3) za balustrady zaokrąglone w ilości 78 mb w cenie 108 zł/mb miała zapłacić w sumie 84.318 zł netto,
- 4) za balustrady przy tarasach w ilości 25 mb w cenie 626 zł/mb miała zapłacić w sumie 15.650 zł netto
- 5) oraz za balustrady (...) w ilości 8 mb w cenie 849 zł/mb miała zapłacić w sumie 6.792 zł netto,

co razem zamykało się kwotą 223.746 zł netto. Schemat konstrukcji balustrad balkonowych przewidywał, że wypełnienie balustrad nastąpi płytami z poliwęglanu litego, bezbarwnego, bez ramki, o grubości 4 mm.

Prace na budowie przy ul. (...) w S. były realizowane przez spółkę (...) bez problemów do etapu stanu surowego otwartego. Kiedy budowa osiągnęła ten etap, pojawiły się trudności finansowe po stronie spółki (...). Spółka nie posiadała środków finansowych aby na bieżąco realizować płatności na rzecz podwykonawców. Kierownik budowy D. S. (1), zatrudniony przez spółkę (...), odczytał ze strony wspólników spółki (...) sugestię, zgodnie z którą powinien rygorystycznie przedstawiać zastrzeżenia do prac wykonywanych przez podwykonawców, co - jak zrozumiał - miało opóźnić bądź wyłączyć płatności na ich rzecz.

Sytuacja ta istniała już w momencie, gdy A. K., jako kierownik robót zatrudniony przez K. K. (1), wraz ze swoją ekipą przystępował do wykonywania prac na budowie, dotyczących montażu balustrad balkonowych. Po podpisaniu umowy w zakładzie należącym do K. K. (1) rozpoczęto prace przy przygotowywaniu balustrad aluminiowych, nie były to bowiem balustrady zakupione jako gotowy produkt, lecz miały być wykonane przez K. K. (1) do zastosowania na tej konkretnej budowie. W tym celu zamówiony został materiał, balustrady zostały przygotowane i pomalowane, co zajęło około miesiąca czasu. Pracownicy K. K. (1) wykonywali balustrady balkonowe w tej części budynku, gdzie były już zakończone prace przy elewacji. Elewacja wykonywana była etapami, co utrudniało prace pracownikom K. K. (1), przerywało ciągłość ich prac oraz zmuszało pracowników do przemieszczania się między różnymi częściami budynku, w których w danym czasie można było przystąpić do montażu balustrad. Miejsce, w którym montaż był możliwy, było ustalane z kierownikiem budowy D. S. (1). A. K. wykonał na początku 2012 r. zdjęcie przedstawiające, że część elewacji budynku była już ukończona, natomiast pozostała część budynku nie miała jeszcze ukończonej elewacji. W części budynku z wykończoną elewacją na balkonach zamontowano balustrady. W budynku większość balkonów nie wymagała wykonania obróbek blacharskich. Część balkonów wykonana była jednak w takiej technologii, że konieczna była obróbka blacharska. Prace przy tej obróbce wykonywała spółka (...) własnymi pracownikami, nadzorował je

kierownik budowy D. S. (1). Prace te nie zostały wykonane przy wszystkich balkonach, ponieważ spółka (...) zaczęła mieć problemy finansowe, co spowodowało, że D. S. (1) nie otrzymał materiałów budowlanych do wykonania tych prac. Przy tych balkonach, gdzie wymagana była obróbka blacharska, D. S. (1) zabronił pracownikom A. K. montowania płyt z litego poliwęglanu, wypełniających balustrady. D. S. (1) był przekonany, że płyty z poliwęglanu powinny być zamontowane na końcu, co miało je uchronić przed ewentualnym porysowaniem czy innymi uszkodzeniami w trakcie dalszych prac.

Dnia 16 kwietnia 2012 r. sporządzono podpisany przez A. K. (pełnomocnika K. K. (1)) oraz przez kierownika budowy D. S. (1), działającego z ramienia spółki (...), protokół odbioru wykonanych robót budowlanych, w którym wskazano, że w okresie rozliczeniowym wykonano roboty etapu II o wartości 23.025 zł, w tym 7.200 zł za balustradę nr 1 prostą i 15.825 zł za balustradę nr 8 zaokrągloną. W protokole wskazano, że od początku budowy wartość robót wynosi 56.234 zł, wymieniono roboty wykonane w etapie I : za balustradę nr 1 prostą 14.400 zł, za balustradę nr 7 prostą 15.664 zł, za balustradę nr p1 (...) 3.145 zł. Dnia 6 lipca 2012 r. kierownik budowy D. S. (1) dokonał wpisu w dzienniku budowy nr (...), zgodnie z którym zakończono roboty dociepleniowe na budynku. Natomiast dnia 13 lipca 2012 r. dokonał wpisu, zgodnie z którym zakończono roboty na elewacji, przy czym pozostało jednokrotne malowanie piątego piętra od strony ul. (...). Dnia 24 lipca 2012 r. sporządzono podpisany przez A. K. oraz przez kierownika budowy D. S. (1) protokół odbioru wykonanych robót budowlanych, w którym wskazano, że w etapie III wykonano roboty o wartości 58.190 zł, w tym za balustradę nr 9 prostą 5.292 zł, za balustradę nr 1 prostą 9.000 zł, za balustradę nr p2 (...) 1.698 zł, za balustradę nr 8 zaokrągloną 42.200 zł. Dnia 6 września 2012 r. sporządzono podpisany przez A. K. oraz przez kierownika budowy D. S. (1) protokół odbioru wykonanych robót budowlanych, w którym wskazano, że w etapie IV wykonano roboty o wartości 58.338 zł, w tym za balustradę nr 1 prostą 10.800 zł, za balustradę nr 5 prostą 16.000 zł, za balustradę nr 8 zaokrągloną 5.275 zł, za balustradę nr 10, 11 przy tarasach 12.550 zł, za balustrady nr 2, 3, 4, 6 przy klatce schodowej 13.713 zł. W tym samym dniu - 6 września 2012 r. - A. K. jako pełnomocnik K. K. (1) wystawił na rzecz spółki (...) fakturę VAT nr (...) na kwotę netto 58.338 zł (brutto z 8% VAT na kwotę 63.005,04 zł) za dostawę i montaż w budynku mieszkalno-usługowym w S. przy ul. (...) IV. Termin płatności przelewem oznaczono na 7 dni. Fakturę doręczono spółce (...) dnia 10 września 2012 r., co potwierdza prezentata tej spółki.

Dnia 26 września 2012 r. spółka (...), reprezentowana przez J. S. i K. K. (1), reprezentowany przez pełnomocnika A. K., zawarli aneks nr (...) do umowy z dnia 2.11.2011 r., w którym w § 1 zmieniono brzmienie § 3 pkt 1 umowy, wyznaczając termin wykonania prac etapami do dnia 30 października 2012 r..

W § 2 aneksu ustalono zmianę przedmiotu umowy poprzez zwiększenie zakresu o wykonanie, dostawę i montaż balustrad i poręczy klatki schodowej, zapisano przy tym, że szczegółowy opis prac został zawarty w załączniku nr 5 do umowy. W § 3 aneksu strony zwiększyły wynagrodzenie o kwotę 48.000 zł netto. Zmieniony został § 5 pkt 1 umowy, który w nowym brzmieniu stanowił, że wartość wynagrodzenia za przedmiot umowy wynosi 271.746 zł netto plus podatek VAT wg stawki 8%. W § 4 aneksu wskazano, że pozostała treść umowy z dnia 2 lutego 2011 r. pozostaje bez zmian. W § 5 aneksu strony zastrzegły, że aneks może zostać zmieniony tylko w formie pisemnej pod rygorem nieważności. W załączniku nr 5 do umowy wskazano, że K. K. (1) miał wykonać konstrukcję balustrad z ram aluminiowych z wypełnieniem szybami hartowanymi warstwowo, oraz poręczę ze stali nierdzewnej wzdłuż wszystkich biegów schodowych po stronie przeciwległej do balustrad, mocowane do ścian klatki schodowej.

Dnia 28 września 2012 r. kierownik budowy D. S. (1) zamieścił wpis w dzienniku budowy nr (...), zgodnie z którym na budowie trwały wówczas roboty wykończeniowe, zwłaszcza klatki schodowej, a w toku jest zagospodarowanie terenu. Przy montowaniu konstrukcji balustrady na klatce schodowej pracownicy K. K. (1) napotkali trudności z dostępem do placu budowy, ponieważ na klatce schodowej trwały prace wymagające wykorzystania rusztowań, które zasłaniały dostęp do miejsc, w których miała być osadzona konstrukcja balustrad. Ostatecznie do końca października 2012 r. trudności te zostały usunięte, ekipa K. K. (1) zamontowała na klatce schodowej wykonaną w zakładzie konstrukcję balustrad z ram aluminiowych. Nie zostały zamontowane wypełnienia z szyb hartowanych warstwowych. Nie zamontowano również poręczy ze stali nierdzewnej. W ostatnim dniu terminu przewidzianego umową, tj. 30 października 2012 r., A. K., jako pełnomocnik K. K. (1), sporządził odręcznie pismo zatytułowane „Informacja” i skierowane do kierownika budowy D. S. (1). Poinformował w nim, że w związku z nieprzystosowaniem placu budowy

(niewykonaniem elewacji i obróbek blacharskich na części balkonów oraz balustrady na klatce schodowej) zmuszony jest przerwać wykonywanie robót. Oświadczył, że brak przygotowania placu budowy uniemożliwia mu zamontowanie pozostałych balustrad i pokrycie ich poliwęglanem. Wskazał, że dotychczas wykonał 204,5 mb balustrad, z czego 106,5 mb z wypełnieniami z poliwęglanu oraz balustrady klatki schodowej bez wypełnień, zaś do wykonania pozostało około 100 mb wypełnień poliwęglanowych, a także wypełnienie szybami balustrad klatki schodowej. Dalej wskazał, że w tej sytuacji będzie oczekiwać na informację, kiedy będzie mógł zakończyć zleczone mu roboty. Poinformował jednocześnie że przedstawia właściwe dokumenty zgodności i jakości, w tym certyfikaty i atesty, potwierdzające jakość wykonanych robót. Na sporządzonym przez A. K. piśmie D. S. (1) uczynił odrębną adnotację o treści: "Potwierdzam brak możliwości zamontowania balustrad z uwagi na brak obróbki blacharskiej. Certyfikaty i atesty odebrałem".

Po złożeniu pisma z dnia 30 października 2012 r. pracownicy K. K. (1) nie wykonywali żadnych prac na budowie. Na budowie był natomiast wielokrotnie A. K.. W dniu 6 listopada 2012 r. K. K. (1) zamówił u producenta szyby (...), które miały być wykorzystane do wypełnienia balustrad klatki schodowej. Kierownik budowy D. S. (1) dokonał dnia 15 listopada 2012 r. wpisu w dzienniku budowy nr (...), zgodnie z którym tego dnia nadal trwały roboty wykończeniowe.

Dnia 6 grudnia 2012 r. sporządzono podpisany przez A. K. (pełnomocnika K. K. (1)) oraz przez kierownika budowy D. S. (1), działającego z ramienia spółki (...) protokół odbioru wykonanych robót budowlanych, obejmujący:

- rozliczenie zamontowanych poliwęglanów - 20% wartości balustrad, etap V,
- rozliczenie częściowe balustrad klatki schodowej.

Wartość robót obejmujących rozliczenie zamontowanych poliwęglanów określono na kwotę 21.798 zł, na którą złożyły się: na I piętrze balustrada nr 1 prosta za 2.250 zł i balustrada nr 8 zaokrąglona za 3.957 zł, na II piętrze balustrada nr 1 prosta za 1.800 zł oraz balustrada nr 8 zaokrąglona za 2.638 zł, na III piętrze balustrada nr 1 prosta za 900 zł, balustrada nr 8 zaokrąglona za 5.276 zł, balustrada nr 5 prosta za 800 zł oraz balustrada nr 7 prosta za 979 zł, zaś na IV piętrze balustrada nr 1 prosta za 900 zł, balustrada nr 8 zaokrąglona za 1.319 zł oraz balustrada nr 7 prosta za 979 zł.

Wartość robót obejmujących rozliczenie częściowe balustrad klatki schodowej wskazuje, że odebrano balustrady klatki schodowej bez wypełnień szybami hartowanymi i bez poręczy ze stali nierdzewnej, oceniając zaawansowanie prac na 50% i wyceniając je na 24.000 zł.

Dnia 7 grudnia 2012 r. A. K., jako pełnomocnik K. K. (1), wystawił spółce (...) fakturę VAT nr (...) na kwotę netto 45.798 zł (brutto z 8% podatkiem VAT na kwotę 49.461,84 zł) za dostawę i montaż balustrad balkonów w budynku mieszkalno-usługowym w S. przy ul. (...) Etap V (na kwotę 21.798 zł netto – 23.541,84 zł brutto) oraz za dostawę i montaż balustrad klatki schodowej w budynku mieszkalno-usługowym przy ul. (...) – 50% zaawansowania prac (na kwotę 24.000 zł netto – 25.920 zł brutto). Termin płatności przelewem oznaczono na 7 dni, zaś fakturę doręczono spółce (...) dnia 7 grudnia 2012 r., co zostało potwierdzone prezentatą tej spółki.

Na klatce schodowej do końca grudnia brakowało wypełnienia balustrad szybami. D. S. (1) zdecydował się w miejsce wypełnień wstawić płyty OSB, w przeciwnym wypadku nie można byłoby dokonać procedury odbioru końcowego inwestycji. D. S. (1) domyślał się, że K. K. (1) wstrzymuje się z zamontowaniem wypełnienia balustrad na klatce schodowej, ponieważ nie otrzymał wynagrodzenia za wykonane wcześniej prace. Kierownik budowy D. S. (1) zamieścił ostatni wpis w dzienniku budowy nr (...), zgodnie z którym roboty budowlane ukończono z końcem grudnia 2012 r.

Dnia 8 marca 2013 r. A. K. jako pełnomocnik K. K. (1) wystawił spółce (...) fakturę VAT nr (...) na kwotę netto 19.971,56 zł (brutto z 8% podatkiem VAT w kwocie 21.569,28 zł) za wykonanie szyb hartowanych klejonych klatki schodowej w budynku mieszkalnym wielorodzinnym w S. przy ul. (...). Termin płatności przelewem oznaczono na 7 dni. Fakturę doręczono spółce (...) dnia 8 marca 2013 r., co potwierdza prezentata tej spółki.

Dnia 27 czerwca 2013 r. wspólnik spółki (...) J. S. sporządził pismo zatytułowane "Nota obciążeniowa nr (...) i wezwanie do zapłaty", w którym wskazał, iż obciąża K. K. (1) kwotą 349.247,97 zł z tytułu kar umownych za przekroczenie

terminu umownego zakończenia realizacji przedmiotu umowy z dnia 2 listopada 2011 r. o roboty budowlane na budynku przy ul. (...) w S.. Wskazał, że do dnia 27 czerwca 2013 r. przedmiot umowy nie został wykonany, w związku z powyższym naliczył karę umowną na podstawie § 7 pkt 1 w wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto (293.485,68 zł) za każdy dzień zwłoki, w łącznej kwocie 349.247,97 zł (za okres 238 dni zwłoki liczonych do dnia datowania noty). Ponadto wezwał do zapłaty tej kwoty w terminie 7 dni od otrzymania pisma.

J. S. kolejnym pismem, z dnia 1 lipca 2013 r., skierowanym do K. K. (1), zatytułowanym „Wypowiedzenie umowy, nota obciążeniowa nr (...) i wezwanie do zapłaty”, oświadczył że odstępuje z dniem 1 lipca 2013 r. od umowy z dnia 2 listopada 2011 r. z winy wykonawcy, powołując się na § 7 ust. 3 umowy, z uwagi na przekroczenie przez K. K. (1) terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy o więcej niż 10 dni. Jednocześnie wskazał, że na podstawie § 7 ust. 4 umowy (...) obciąża K. K. (1) karą umowną w wysokości 29.348,68 zł. W treści pisma wskazał ponadto, że przedmiot umowy, zgodnie z aneksem nr (...), powinien zostać wykonany do dnia 30 października 2012 r., tymczasem do dnia 27 czerwca 2013 r. przedmiot umowy nie został przez K. K. (1) wykonany, a zatem przysługuje mu również prawo do naliczenia kary umownej w wysokości 10% od wynagrodzenia brutto w kwocie 293.485,68 zł. W związku z powyższym wezwał K. K. (1) do zapłaty kwoty 29.348,68 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi od 27 czerwca 2013 r., w terminie 7 dni.

A. K., jako pełnomocnik K. K. (1), skierował do spółki (...) pismo z dnia 10 lipca 2013 r., oznaczone jako odpowiedź na pisma z dnia 27 czerwca 2013 r. „nota obciążeniowa nr (...) i wezwanie do zapłaty” oraz z dnia 1 lipca 2013 r. „wypowiedzenie umowy, nota obciążeniowa nr (...) i wezwanie do zapłaty”. W piśmie wskazał, że całkowicie zaprzecza zasadności not spółki (...). Zaznaczył, że spółka zobowiązała się do udostępnienia placu budowy w dniu podpisania umowy (2.11.2011 r.) oraz do nadzorowania i organizowania budowy, ale nie wypełniała tych obowiązków. Wskazał dalej, że definitywna przeszkoda, wynikająca z naruszenia obowiązku organizowania budowy, nastąpiła w październiku 2012 r., kiedy to K. K. (1) został zmuszony do przerwania prac z powodu niewywiązania się przez zamawiającego ze swoich obowiązków. Zaznaczył także, iż miał zamontować balustrady prefabrykowane (bez obróbek blacharskich odprowadzających wodę), co było uzależnione od uprzedniego wykonania elewacji i obróbek blacharskich – przygotowania placu budowy, a brak tego przygotowania uniemożliwił mu wykonanie jego robót. Dodał, że gdyby zamontował balustrady w takim stanie, to aby wykonać elewację i obróbki blacharskie musiałby je zdemontować, jak też nie mógłby ich pokryć poliwęglanem, co byłoby prakseologicznie nieuzasadnione. Dodał również, że plac budowy gotowy był połowicznie w chwili zawarcia umowy, ponieważ w tym czasie na części obiektu nadal trwały prace przy elewacji i obróbkach blacharskich.

Wskazał, iż w ten sposób wykonał 204,6 mb balustrad oraz 106,5 mb osłon poliwęglanowych. Zaznaczył także, iż nadal na części balkonów w budynkach inwestora nie ma obróbek blacharskich. Ponadto wyjaśnił, że we wrześniu 2012 r. nie mógł przystąpić do wykonania balustrad klatki schodowej, ponieważ wykonywano wówczas prace tynkarskie na słupach konstrukcyjnych klatki schodowej przy użyciu rusztowań uniemożliwiających podejście do obszaru jego prac, a montaż nastąpił dopiero po usunięciu rusztowań w październiku 2012 r. Dalej wskazał, iż dnia 6 listopada 2012 r. zamówił szyby (...), które miały być wykorzystane do wypełnienia balustrad klatki schodowej. Oświadczył, że szyby te nie zostały zamontowane z winy zamawiającego, który swoim niewłaściwym działaniem (zaniechaniem) zmusił go do zejścia z placu budowy, a obecnie w miejscu szyb, które czekają na montaż, zamontowano płyty OSB. Wskazał dalej, że w związku z wymienionymi okolicznościami skontaktował się z D. S. (1) i przekazał mu w dniu 30 października 2012 r. informację o niemożności dalszego prowadzenia budowy. Przyznał, że w chwili przerwania pracy pozostało mu do wykonania około 100 mb wypełnień poliwęglanowych oraz wypełnienie szybami balustrad klatki schodowej. Powołał się przy tym na art. 640 k.c. zarzucając spółce (...) brak współdziałania.

K. S. pismem z dnia 18 października 2013 r., skierowanym do K. K. (1), zatytułowanym „oświadczenie o zaliczeniu potrąceń” wskazał, że na podstawie art. 498 k.c. w zw. z art. 499 k.c. (...) dokonuje potrącenia swoich należności: z noty (...) z 27.06.2016 r. w kwocie 349.247,97 zł oraz z noty 01/07/13 z 1.07.2013 r. w kwocie 29.348,68 zł (łącznie 378.596,65 zł) z należnościami K. K. (1) z faktury (...) z 6.09.2012 r. z terminem zapłaty 28.09.2012 r. na kwotę 47.005,04 zł (z odsetkami na dzień 9.07.2013 r. w kwocie 4.754,59 zł) oraz z faktury (...) z 7.12.2012 r. z terminem zapłaty 14.12.2012 r. w kwocie 49.461,84 zł (z odsetkami na dzień 9.07.2013 r. w kwocie 3.646,62 zł), w łącznej kwocie

104.868,09 zł. Dalej w piśmie wskazał, że do zapłaty przez K. K. (1) pozostało 273.728,56 zł z ustawowymi odsetkami od dnia wymagalności i wezwał do zapłaty tej kwoty w terminie 7 dni od datowania pisma. Pismo zostało wysłane pocztą i odebrane przez K. K. (1) dnia 15 listopada 2013 r.

Postanowieniem z dnia 13 maja 2014 r. Sąd Rejonowy Szczecin-Centrum w Szczecinie, w sprawie XII GU 28/14, ogłosił upadłość dłużnika Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki jawnej w S. obejmującą likwidację majątku dłużnika.

Pełnomocnik syndyka masy upadłości Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) spółki jawnej w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w S. r.pr. K. K. (4) sporządziła dnia 28 lipca 2014 r. wezwanie do zapłaty adresowane do K. K. (1) wzywając go, aby zapłacił kwotę 273.728,56 zł z ustawowymi odsetkami w terminie do dnia 14 sierpnia 2014 r. W treści pisma wskazała, że na żadaną kwotę składają się należności z tytułu kar umownych w wysokości 378.596,65 zł, pomniejszone o dokonane potrącenie w kwocie 104.868,09 zł, zgodnie z pismem z dnia 18 października 2013 r. Pismo wysłano pocztą dnia 1 sierpnia 2014 r.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Sąd I instancji uznał powództwo za uzasadnione. W uzasadnieniu wskazał, że w odpowiedzi na zobowiązanie do sprecyzowania żądania pozwu powód w piśmie procesowym z dnia 14 kwietnia 2015 r. wyjaśnił, że oświadczenie o potrąceniu w pierwszej kolejności objęło wierzytelność upadłej spółki w wysokości 29.348,68 zł z tytułu kary umownej naliczonej na podstawie § 7 ust. 4 umowy, w dalszej kolejności objęło część wierzytelności upadłej spółki obejmującej karę umowną naliczoną na podstawie § 7 ust. 1 w kwocie 349.247,97 zł. Oznacza to, że pozostała do zapłaty kwota 273.728,56 zł, objęta żądaniem pozwu, stanowi nieumorzoną w wyniku potrącenia część wierzytelności z tytułu kary umownej naliczonej na podstawie § 7 ust. 1 umowy. Na rozprawie pełnomocnik powoda potwierdził, że przedmiotem żądania pozwu jest część roszczenia z tytułu kary umownej naliczonej na podstawie § 7 ust. 1 umowy. Rozstrzygnięcie sprawy nie wymagało więc badania skuteczności złożenia oświadczenia o potrąceniu, a więc nie wymagało badania, czy wzajemne wierzytelności stron umorzyły się zgodnie z art. 498 § 2 k.c. do wysokości wierzytelności niższej, wynoszącej w tym przypadku 104.868,09 zł. Roszczenie powoda obejmuje bowiem tą część wierzytelności upadłej spółki (273.728,56 zł), która przewyższała sumę wierzytelności niższej, a więc nie była objęta ustawowym potrąceniem.

Sąd wskazał, że łącząca strony umowa była umową o dzieło uregulowaną w art. 627-646 k.c., a nie umową o roboty budowlane uregulowaną art. 647 i nast. k.c. Art. 627 k.c. stanowi, że przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia. Świadczenie pozwanego nie polegało na oddaniu przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, lecz na wykonaniu oznaczonego dzieła, jakim było zamontowanie w budowanym przez stronę powodową budynku uprzednio wykonanych przez pozwanego balustrad. Przemawia za tym okoliczność, iż balustrady te były wykonane przez pozwanego „na zamówienie”, a zatem stanowiły przedmiot o specjalnie określonych wymiarach, kształcie, wykonany z zastosowaniem określonych materiałów, przeznaczony do konkretnego celu, tj. wyłącznie do wbudowania we wznoszony przez spółkę (...) budynek. Nie zmienia takiej kwalifikacji prawnej fakt, iż dzieło, które miał wykonać pozwany, miało stać się częścią budynku wznoszonego w ramach umowy o roboty budowlane wykonywanej przez spółkę (...).

Jak podstawę prawną roszczenia powoda Sąd wskazał art. 483 § 1 k.c., zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Kara umowna jest zryczałtowanym odszkodowaniem. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie panuje zgoda co do tego, że zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 483 § 1 i art. 484 § 1 w zw. z art. 471 k.c.). Zobowiązany do zapłaty kary może w związku z tym bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika, co najmniej w postaci niedbalstwa. Żądanie zapłaty kary umownej może być uwzględnione tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.). Norma odczytywana ze wskazanych wyżej przepisów art. 471 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. nakazuje dłużnikowi, który

ze swojej winy nie wykonał umownego zobowiązania niepieniężnego (albo wykonał je nienależycie), a w umowie łączącej go z wierzycielem zobowiązał się do zapłaty w takim przypadku kary umownej, naprawienie poprzez zapłatę określonej sumy (czyli kary umownej) szkody wynikłej z faktu niewykonania (odpowiednio nienależytego wykonania) tego zobowiązania. Wskazany obowiązek po stronie dłużnika powoduje po stronie wierzyciela powstanie roszczenia o zrealizowanie przytoczonego obowiązku. Zrealizowanie roszczenia wierzyciela wymaga zatem udowodnienia, iż dłużnik: po pierwsze nie wykonał umownego zobowiązania niepieniężnego, a po drugie na wypadek niewykonania zobowiązania została w łączącej strony umowie zastrzeżona kara umowna. Na wierzycielu nie ciąży natomiast obowiązek wykazania, że niewykonanie zobowiązania niepieniężnego jest przez dłużnika zawinione, albowiem z treści art. 471 k.c. wynika wzruszalne domniemanie prawne, iż niewykonanie tego zobowiązania przez dłużnika jest przez niego zawinione, co sprawia, iż to na dłużniku podejmującym obronę przed realizacją roszczenia wierzyciela spoczywa ciężar wykazania, że niewykonanie zobowiązania niepieniężnego nie zostało przez niego zawinione. Kwestię wysokości kary umownej reguluje natomiast art. 484 § 1 zdanie 1 k.c., który stanowi, że w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Uregulowania zawarte w art. 484 § 1 k.c. zwalniają z kolei wierzyciela z udowodnienia obowiązku wykazania rozmiaru szkody, co więcej rozmiar szkody nie ma znaczenia dla wysokości kary umownej, której zapłaty może domagać się wierzyciel.

W niniejszej sprawie fakt niewykonania umowy przez pozwanego, jak również fakt zastrzeżenia kary umownej w § 7 ust. 1 umowy, nie były sporne między stronami. W odpowiedzi na pozew pełnomocnik procesowy pozwanego wskazywał, że w toku realizacji umowy powstała konieczność zaprzestania wykonywania zleconych robót, jak też, że pozwany wycofał pracowników z placu budowy i nie uzyskał informacji, że usunięto przyczyny umożliwiające mu dalszą pracę. Co istotne pełnomocnik pozwanego również przyznał, że pozwany nie odstąpił od wykonywania zlecenia, lecz wielokrotnie deklarował pełną gotowość i chęć kontynuowania prac. Materiał dowodowy, i to szczególnie ten, który został przedłożony przez stronę pozwaną, również wskazuje na niewykonanie umowy przez pozwanego. W szczególności A. K., działający w toku wykonywania umowy jako pełnomocnik pozwanego, w piśmie do kierownika budowy D. S. (1) z dnia 30 października 2012 r. (a zatem w piśmie złożonym w ostatnim dniu terminu wykonania umowy przez pozwanego określonym w § 1 aneksu nr (...), zmieniającego brzmienie § 3 ust. 1 umowy) oświadczył w imieniu pozwanego, że dotychczas wykonał 204,5 mb balustrad, z czego 106,5 mb z wypełnieniem z poliwęglanu oraz balustrady klatki schodowej bez wypełnień, zaś do wykonania pozostało około 100 mb wypełnień poliwęglanowych, a także wypełnienie szybami balustrad klatki schodowej, zaś dalej oświadczył: „oczekiwać będę na informację, kiedy będę mógł zakończyć zlecone mi roboty”. Co więcej, po raz kolejny A. K. - działając jako pełnomocnik pozwanego - przyznał, że przedsiębiorstwo pozwanego nie wykonało umowy w piśmie z dnia 10 lipca 2013 r. skierowanym do spółki (...) oświadczając, że dnia 6 listopada 2012 r. zamówił szyby (...), które miały być wykorzystane do wypełnienia balustrad klatki schodowej. Dalej we wskazanym piśmie przyznał, że szyby te nie zostały zamontowane. Oświadczenia te A. K. potwierdził zeznając w sprawie jako świadek. Również kierownik budowy – D. S. (1) – w toku postępowania dowodowego zeznał, że pozwany nie zamontował części wypełnień z poliwęglanu, a także nie zamontował szklanego wypełnienia balustrady na klatce schodowej, dlatego też w to miejsce, aby dokonać procedury odbioru końcowego, spółka (...) zamontowała płyty OSB. Porównując opisane wyżej stanowiska stron oraz dowody z treścią umowy spółki (wraz załącznikami i aneksem) Sąd wskazał, że w ostatnim dniu terminu wykonania umowy, tj. w dniu 30 października 2012 r., świadczenie pozwanego nie zostało wykonane w następującym zakresie:

1. 28,5 metrów bieżących balustrady (różnica między metrażem wskazanym załączniku nr 2 i metrażem wskazanym przez A. K. w piśmie z 10 lipca 2013 r.),
2. wypełnienia balustrad balkonowych płytami poliwęglanowymi - około 100 mb,
3. wypełnienia balustrad klatki schodowej płytami szklanymi - w całości,
4. poręcze na klatce schodowej - w całości.



Odnosząc się w pierwszej kolejności do niewykonania umowy w zakresie balustrad balkonowych, a zatem w zakresie ustalonym w umowie z dnia 2 listopada 2011 r. przed jego rozszerzeniem na mocy aneksu nr (...), Sąd wskazał, że z przeprowadzonych dowodów wynika, iż umowa nie została w tej części wykonana z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi strona powodowa. Są to tym samym okoliczności, za które pozwany nie może ponosić odpowiedzialności. Wprost wskazują na to zeznania świadka D. S. (1), który przyznał, że nie pozwolił pozwanemu zamontować części wypełnień z płyt poliwęglanowych na tych balkonach, na których wymagane były prace blacharskie. Takie oświadczenie w formie odręcznej adnotacji umieścił również na piśmie A. K. z dnia 30 października 2012 r. Wskazują na to również zeznania A. K., ponadto opis przeszkód ze strony (...) pojawia się w pismach A. K. przedłożonych jako dowody do akt sprawy. Pośrednio wskazują na powyższe okoliczności również zeznania świadków M. S. oraz W. M.. Bez znaczenia dla niniejszej sprawy miały natomiast przytoczone przez pozwanego okoliczności faktyczne dotyczące opóźnień przy wykonywaniu elewacji budynku oraz związanych z tym trudności po stronie pracowników pozwanego, dla których oznaczało to brak ciągłości prac oraz zmuszało do przemieszczania się między różnymi częściami budynku, w których w danym czasie można było przystąpić do robót. Zdarzenia te miały miejsce przed dniem 30 października 2012 r., który zgodnie z aneksem został wyznaczony jako termin wykonania umowy (por. zapisy kierownika budowy w dzienniku budowy z 13 lipca 2012 r., zgodnie z którym zakończono roboty na elewacji). Do tego dnia (tj. do 30 października 2012 r.) pozwany zamontował te balustrady balkonowe oraz wypełnienia płytami poliwęglanowymi, które - jak twierdzi - kierownik budowy D. S. (1) pozwolił mu montować, pozostałych nie zamontował z powodu braku zgody D. S. (1) spowodowanej brakiem obróbek blacharskich. Tymczasem kara umowna została naliczona za okres po dniu 30 października 2012 r., nie obejmuje więc czasu, kiedy wykonywana była elewacja budynku w sposób utrudniający ciągłość prac pozwanego.

Odmienne niż w powyższym przypadku w zakresie umowy rozszerzonym aneksem (obejmującym zamontowanie balustrad klatki schodowej ze wypełnieniem i poręczy klatki schodowej) z materiału dowodowego wynikało, że umowa nie została wykonana (nie zamontowano w ogóle szklanego wypełnienia balustrady na klatce schodowej oraz poręczy) z powodu okoliczności, za które pozwany ponosi odpowiedzialność. W tym zakresie Sąd wskazał na pisemne oświadczenie pełnomocnika pozwanego A. K. zamieszczone w piśmie do spółki (...) z dnia 10 lipca 2013 r., w którym wprost wskazano, iż szyby, które miały zostać zamontowane jako wypełnienie balustrad, pozwany zamówił dopiero dnia 6 listopada 2012 r., a zatem siódmego dnia po upływie terminu wyznaczonego umową w brzmieniu zmienionym aneksem, który termin ten określał na dzień 30 października 2012 r. Mimo tego pozwany wywodzi, że nie mógł w dniu 30 października 2012 r. wykonać swojego zobowiązania z uwagi na to, iż spółka (...) nie wykonała ciężącego na niej obowiązku polegającego na udostępnieniu placu budowy, co spowodowało, że pracownicy pozwanego opuścili plac budowy, jednak pozwany nadal był gotowy do wykonania zadania, a nawet - jak wskazano w odpowiedzi na pozew i co nie zostało udowodnione - pozwany po dniu 30 października 2012 r. miałby deklorować pełną gotowość i chęć kontynuowania prac gdy tylko stanie się to możliwe. W piśmie A. K. z dnia 10 lipca 2013 r. wskazano z kolei, że "szyby nie zostały zamontowane z winy zamawiającego, który swoim niewłaściwym działaniem (zaniechaniem) zmusił mnie do zejścia z placu budowy". Nie ulega wątpliwości, że obowiązek spółki (...) polegający na udostępnieniu placu budowy wynika nie tylko z zapisów umownych (§ 2), ale także z art. 354 § 2 k.c. Konsekwencją niewykonania tego obowiązku przez spółkę (...) (występującą w roli wierzyciela) jest unormowana w art. 486 § 2 k.c. zwłoka wierzyciela. W art. 486 § 2 k.c. wskazane zostało, że wierzyciel dopuszcza się zwłoki gdy bez uzasadnionego powodu bądź uchyla się od przyjęcia zaoferowanego świadczenia, bądź odmawia dokonania czynności, bez której świadczenie nie może być spełnione, bądź oświadcza dłużnikowi, że świadczenia nie przyjmie. Stanowisko pozwanego wskazuje na to, że jego zdaniem spółka jako wierzyciel uchylała się od dokonania czynności, bez której świadczenie pozwanego nie mogło być spełnione, co więcej "zmusiła" pozwanego do zejścia z placu budowy, wyrażając w ten sposób swoją wolę co do tego, że świadczenia nie przyjmuje. Wykazanie przez pozwanego zwłoki wierzyciela skutkowałoby tym, że pozwanemu zarzut zwłoki nie mógłby być postawiony. Skutkiem zwłoki wierzyciela jest bowiem m.in. to, że dłużnikowi nie może zostać postawiony zarzut zwłoki (zob. art. 477, 491); nie obciążają go też skutki opóźnienia świadczenia pieniężnego. Ponadto dłużnik może złożyć przedmiot świadczenia do depozytu sądowego oraz żądać od wierzyciela - na zasadach ogólnych - naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki, czyli szkody poniesionej przez dłużnika, bezskutecznie oferującego świadczenie i przechowującego przedmiot świadczenia.

W doktrynie nie budzi wątpliwości, że do zaistnienia zwłoki wierzyciela muszą być spełnione następujące przesłanki (ciężar udowodnienia tych przesłanek spoczywa na dłużniku, czyli w rozpoznawanej sprawie na pozwanym):

1) dłużnik może i wolno mu świadczyć (świadczenie stało się wymagalne lub też dłużnik uprawniony jest do świadczenia przed terminem, zob. art. 457);

2) dłużnik - w wypadku gdy przyczyną zwłoki stanie się odmowa przyjęcia świadczenia - rzeczywiście zaofiarował spełnienie świadczenia zgodnie z treścią zobowiązania (istnieje taki stan rzeczy, w którym wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia, zob. np. art. 450, zatem sama gotowość dłużnika do spełnienia świadczenia jest niewystarczająca),

3) odmowy współdziałania ze strony wierzyciela (odmowa przyjęcia bądź dokonania czynności, bez której świadczenie nie może być spełnione lub oświadczenia o nieprzyjęciu świadczenia nie usprawiedliwiają "uzasadnione powody" (na wierzycielu spoczywa ciężar dowodu, że powody były "uzasadnione").

Ustalone w wyniku postępowania dowodowego okoliczności faktyczne wskazują na to, że nie została po stronie pozwanego spełniona druga z omówionych wyżej przesłanek: w dniu 30 października 2012 r. pozwany nie zaofiarował spełnienia świadczenia zgodnie z jego treścią, ponieważ nie był jeszcze gotowy do jego spełnienia, nie posiadał bowiem szyb, które zostały zamówione dopiero w dniu 6 listopada 2012 r., z materiału dowodowego nie wynika przy tym, w jakiej dacie szyby te zostały dostarczone pozwanemu i tym samym kiedy nastąpił stan gotowości do spełnienia świadczenia po stronie pozwanego.

Mając na względzie powyższy fakt Sąd przyjął, że w omawianym zakresie (dotyczącym szyb i poręczy na klatce schodowej) to nie spółka (...) pozostawała w zwłoce, tylko w zwłoce pozostawał pozwany. Co więcej skoro plac budowy był przygotowany przed dniem 30 października 2012 r. do tego, aby zamontować balustrady, to możliwe było również zamontowanie szyb. Z zeznań kierownika budowy D. S. (1) wynika przy tym, że pozwany nie zamontował szyb nie dlatego, że stan budowy nie był do tego dostosowany, ale dlatego, że spółka (...) nie zapłaciła pozwanemu wynagrodzenia za wcześniej wystawione faktury. Zeznania te znajdują potwierdzenie w treści oświadczenia o potrąceniu z dnia 18 października 2013 r., z którego wynika, że na dzień złożenia oświadczenia (...) nie opłaciła dwóch faktur pozwanego, w tym faktury nr (...) z 6 września 2012 r. z terminem zapłaty 28 września 2012 r. na kwotę 47.005,04 zł. A. K. zeznał, że wielokrotnie po dniu 30 października 2012 r. był na placu budowy w charakterze pełnomocnika pozwanego, a jednak mimo tego pozwany nigdy nie zamontował szyb wypełniających balustrady oraz nie zamontował poręczy na klatce schodowej, tej części umowy pozwany nie wykonał wcale. W świetle powyższego twierdzenia ze strony pozwanego, że miałby deklarować pełną gotowość i chęć kontynuowania prac gdy tylko stanie się to możliwe, są w zakresie montażu szyb oraz poręczy na klatce schodowej nieprawdziwe. Skoro źródłem niewykonania zobowiązania w zakresie szyb i poręczy na klatce schodowej był brak gotowości do spełnienia świadczenia w dniu 30 października 2012 r. (pozwany nie posiadał jeszcze szyb w tej dacie), a w późniejszym terminie źródłem tym był brak płatności ze strony spółki (...), to przyjmując trzeba, iż pozwany ostatecznie nie wykazał, że niewykonanie umowy zostało spowodowane okolicznościami, za które pozwany nie ponosił odpowiedzialności. Sąd dodał, że z uwagi na to, iż balustrady na klatce schodowej zostały zamontowane w całości do dnia 30 października 2012 r., a więc w terminie umownym, bez znaczenia były zarzuty pozwanego dotyczące przeszkód w zamontowaniu tych balustrad w ostatnich dniach września (aneks podpisano 26 września) i w październiku, takich jak rusztowania na klatce schodowej, ponieważ mimo tych przeszkód balustrady zostały ostatecznie zamontowane w terminie umownym. Sytuacja w omawianym zakresie jest więc analogiczna jak w przypadku zarzutów pozwanego odnoszących się do opóźnień w wykonaniu elewacji budynku, wpływających na wykonanie przez pozwanego zobowiązania w zakresie dotyczącym balustrad balkonowych.

Pozwany w toku procesu bronił się, poza dążeniem do wykazania, że niewykonanie umowy spowodowane było okolicznościami, za które nie ponosi on odpowiedzialności, odwołując się do art. 640 k.c., a więc ponownie powołując się na naruszenie przez (...) obowiązków umownych w zakresie nie usuwania przeszkód uniemożliwiających pozwanemu wykonanie umowy. Przepisowi temu ustawodawca nadał następujące brzmienie: jeżeli do wykonania

działa potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, a tego współdziałania brak, przyjmujący zamówienie może wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni termin z zagrożeniem, iż po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Norma odczytywana z tego przypisu przyznaje przyjmującemu zlecenie, w tym przypadku pozwanemu, kompetencję do odstąpienia od umowy, w przypadku braku współdziałania ze strony zamawiającego ((...)). Aby jednak pozwany mógł odstąpić od umowy musiał najpierw wyznaczyć spółce (...) odpowiedni termin pod rygorem odstąpienia od umowy, w wypadku jego bezskutecznego upływu. Pozwany złożenia oświadczenia odpowiadającego art. 640 k.c. upatrywał w piśmie jego pełnomocnika A. K. z dnia 30 października 2012 r. skierowanym do D. S. (1), kierownika budowy, a zarazem reprezentanta zamawiającego. Pismo to nie spełnia jednak wymogów określonych w art. 640 k.c., przede wszystkim dlatego, że A. K. nie wyznaczył w nim żadnego terminu, a jedynie oświadczył że jest gotowy spełnić świadczenie i że to on oczekuje wyznaczenia mu terminu do spełnienia świadczenia przez zamawiającego. Taka postawa ze strony pozwanego nie znajduje podstaw prawnych. Co więcej pozwany nie odstąpił od umowy ani nawet nie planował oświadczenia w tym temacie, co w odpowiedzi na pozew wprost podkreślano. Obrona pozwanego oparta na art. 640 k.c. okazała się zatem nieskuteczna.

Sąd wskazał, że między stronami nie ma sporu co do wysokości naliczonej na podstawie § 7 ust. 1 kary umownej, która zgodnie z notą obciążeniową z 27 czerwca 2013 r. wynosi 349.247,97 zł i której części powód domaga się w niniejszym postępowaniu. Kara umowna została wyliczona jako iloczyn wynagrodzenia brutto, określonego § 5 ust. 1 umowy w brzmieniu ustalonym § 3 lit. a aneksu do umowy na kwotę 293.485,68 zł brutto, dziennej stawki kary umownej w wysokości ustalonej zgodnie z § 7 ust. 1 umowy na 0,5% wynagrodzenia brutto (wynoszącej 1467,4284 zł za każdy dzień zwłoki) i 238 dni zwłoki. W treści noty obciążeniowej wskazano, że pozwany pozostawał w zwłoce po dniu 30 października 2012 r., kara umowna została jednak naliczona za 238 dni zwłoki liczone do dnia datowania noty, a więc za okres: 2 listopada 2012 r. - 27 czerwca 2013 r. (co przyznał również pełnomocnik powoda na rozprawie). Z uwagi na to, że powód - jak ostatecznie sprecyzował - nie dochodził kary umownej na podstawie § 7 ust. 4 umowy, a zatem kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy przez zamawiającego z winy pozwanego, nie ma potrzeby przeprowadzenia rozważań odnoszących się do skuteczności odstąpienia od umowy przez spółkę (...) pismem z dnia 1 lipca 2013 r., nie miało to bowiem wpływu na rozstrzygnięcie sprawy. Zgodnie bowiem z utrwalonym w orzecznictwie poglądem skuteczne odstąpienie od umowy nie pozbawia strony możliwości dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z tytułu jej niewykonania w oparciu o zastrzeżoną w umowie karę umowną (przy czym do zapłaty spółka (...) wezwała pozwanego jeszcze przed odstąpieniem od umowy, bowiem pismo zawierające wezwanie do zapłaty datowane jest na dzień 27 czerwca 2013 r., a pismo obejmujące wypowiedzenie umowy na dzień 1 lipca 2013 r.). Co więcej w przypadku, gdyby odstąpienie od umowy okazało się nieskuteczne, na co zwraca uwagę w odpowiedzi na pozew strona pozwana, to roszczenie objęte żądaniem pozwu tym bardziej przysługiwałoby stronie powodowej.

Odsetki Sąd zasądził zgodnie z żądaniem pozwu na podstawie art. 481 § 1 k.c., zgodnie z którym 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. Wierzyciel - (...) - wezwał pozwanego po raz pierwszy do zapłaty kary umownej naliczonej w oparciu o § 7 ust 1 umowy pismem datowanym na dzień 27 czerwca 2013 r., a doręczonym pozwanemu najpóźniej dnia 10 lipca 2013 r. (z tej daty pochodzi odpowiedź pozwanego). Następnie spółka (...) złożyła datowane na dzień 18 października 2013 r. oświadczenie o potrąceniu oraz wezwała pozwanego do zapłaty pozostałej kwoty, tj. 273.728,56 zł, będącej kwotą dochodzoną przez powoda w niniejszej sprawie, w terminie 7 dni od datowania pisma, a zatem w terminie do dnia 25 października 2013 r. Pismo to zostało doręczone pozwanemu dnia 15 listopada 2013 r. W niniejszej sprawie powód domagał się zasądzenia odsetek ustawowych od dnia 26 października 2013 r., a zatem od dnia następującego po upływie terminu określonego w piśmie z dnia 18 października 2013 r. Okoliczność, że pismo to zostało doręczone pozwanemu dopiero 15 listopada 2013 r. nie ma jednak znaczenia dla zasadności żądania odsetek, albowiem (...) już najpóźniej 10 lipca 2013 r. doręczyła skutecznie pozwanemu wezwanie do zapłaty kary umownej naliczonej na podstawie § 7 ust. 1 umowy, a zatem, biorąc pod uwagę określony w piśmie z dnia 27 czerwca 2013 r. siedmiodniowy termin zapłaty od dnia doręczenia, roszczenie powoda w zakresie odsetek jest zasadne od dnia 18 lipca 2013 r.

Ustalając okoliczności faktyczne sprawy Sąd oparł się na przeprowadzonych w sprawie dowodach z dokumentów prywatnych, które stanowią dowód złożenia przez osobę, która dokument podpisała, oświadczenia o utrwalonej w nim treści. Autentyczność dokumentów nie była przez strony kwestionowana, a ponadto sporządzenie niektórych z nich zostało potwierdzone przez osoby zeznające w sprawie w charakterze świadków. Przeprowadzony został również dowód z wydruku zdjęcia obrazującego wykonywanie dzieła, powiązany z zeznaniami osoby, która wykonała zdjęcie (A. K.). W dużej mierze stan faktyczny opiera się również na zeznaniach świadków. Istotne okazały się zeznania świadka D. S. (1), był to również świadek o największej mocy dowodowej, gdyż pomimo tego, że w toku wykonywania umowy reprezentował jedną ze stron, to jednak aktualnie nie jest on już zainteresowany wynikiem sprawy, nie jest powiązany z żadną ze stron, co pozytywnie wpływa na moc jego zeznań. Ponadto był on oczywiście świadkiem naocznym oraz bezpośrednio zaangażowanym w przebieg procesu budowlanego. Poza tym był to świadek wiarygodny, bowiem jego zeznania były spójne z dowodami z dokumentów, w szczególności z dziennikiem budowy, a także z zeznaniami pozostałych świadków (za wyjątkiem zeznań J. S.). Istotne były również zeznania A. K., które pomimo mniejszej mocy dowodowej, z uwagi na stopień pokrewieństwa z pozwanym (jest jego ojcem), jak również jego osobiste zaangażowanie w wykonywanie umowy, były jednak wiarygodne, znajdowały bowiem oparcie w dokumentach oraz w zeznaniach D. S. (1). Świadkowie M. S. i W. M. – pracownicy pozwanego – zarysowali jedynie ogólny obraz wykonywania umowy, jednak ich zeznania zgodne były z zeznaniami D. S. (1) oraz A. K. i jako takie również wiarygodne. Sąd uznał natomiast za nieprzydatne do ustalenia stanu faktycznego zeznania złożone przez J. S. z jednej strony dlatego, że nikła była ich moc dowodowa, gdyż był on współnikiem upadłej spółki, a z drugiej strony z uwagi na ich zasadniczą niewiarygodność, bowiem przeczył im pozostały zebrany materiał dowodowy. Świadek ten był ponadto zainteresowany rozstrzygnięciem w sprawie. Jego zeznania były wiarygodne w ocenie Sądu jedynie w zakresie składanych przez niego oświadczeń zawartych w pismach dołączonych do pozwu jako dowody z dokumentów, przy czym Sąd oparł się w tym zakresie na tych właśnie dowodach, nie było więc potrzeby oparcia się również na zeznaniach J. S., w szczególności dlatego, że fakt zawarcia umowy, jej niewykonania oraz naliczenia kary umownej nie był sporny.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 108 § 1 w zw. z art. 98 § 1 k.p.c., przy założeniu, że powód wygrał proces w całości. Na poniesione przez niego niezbędne do celowego dochodzenia swoich praw koszty postępowania złożyło się: wynagrodzenie jednego pełnomocnika procesowego będącego adwokatem w wysokości 7.200 zł stosownie do art. 98 § 3 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. z 2013 r. poz. 461). Powód został postanowieniem referendarza sądowego w Sądzie Okręgowym w Szczecinie z dnia 18 listopada 2014 r. zwolniony od kosztów sądowych w postaci opłaty sądowej od pozwu, na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w zw. z art. 98 § 1 k.p.c. obciążono tymi kosztami pozwanego. Na koszty postępowania, których powód nie miał obowiązku uiścić, złożyła się opłata stosunkowa od pozwu w wysokości 13.687 zł, stosownie do art. 13 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Apelację od powyższego wyroku złożył pozwany zaskarżając go w całości i zarzucając:

- brak dokonania wszechstronnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, tj. naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c., poprzez przyjęcie niedowodliwego i niczym niewykazanego założenia, jakoby z faktu przygotowania budowy do zamontowania ram balustrad przed 30 października 2012 roku, wynikała wprost możliwość zamontowania szyb (jako wypełnień balustrad), co w konsekwencji skutkowało dopuszczeniem do powstania sprzeczności istotnych ustaleń Sądu pierwszej instancji z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego;

- sprzeczność ustaleń Sadu pierwszej instancji z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, tj. naruszenie przepisów art. 233 § 1 w zw. z art. 258 w zw. z art. 227 k.p.c., sprowadzającą się do błędnego uznania wypowiedzi (świadka D. S. (1)) o charakterze ocennym, a nadto wyrażonej w trybie przypuszczającym, jako wypowiedzi o fakcie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, podczas gdy w rzeczywistości treść zeznań świadka jednoznacznie wskazuje, iż nie był on danej okoliczności pewien, ani nie był jej naocznym uczestnikiem, a prawdopodobieństwa jej wystąpienia jedynie domyślał się, posiłkując się swym dotychczasowym doświadczeniem

wynikającym z długoletniej praktyki zawodowej w budownictwie, przez co Sąd pierwszej instancji doprowadził do tego, że fakty powołane w celu uzasadnienia wydanego wyroku nie znajdują oparcia w zebranych materiale dowodnym, a tym samym zaskarżony wyrok w rozważanym zakresie całkowicie wymyka się kontroli apelacyjnej lub - co najmniej - powoduje jej znaczne utrudnienie;

- naruszenie przepisu art. 278 k.p.c. poprzez pominięcie zgłoszonego przez pozwanego wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa lądowego z uprawnieniami konstruktorskimi (na okoliczności stwierdzenia braku możliwości kontynuowania prac przez pozwanego w chwili wycofania jego pracowników z placu budowy, tj. na dzień 30 października 2012 roku, oraz koniecznego dla ich prowadzenia sposobu przygotowania placu budowy przez powoda), sprowadzające się do rozstrzygnięcia zagadnień wymagających wiedzy specjalistycznej bez jej posiadania, przy czym podniesienie tego zarzutu nie wymaga uprzedniego zgłoszenia zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c.;

- naruszenie przepisu art. 328 k.p.c., poprzez brak wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przyczyn, dla których Sąd pierwszo instancyjny pominął dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa lądowego z uprawnieniami konstruktorskimi (opisany powyżej), co oznacza, że Sąd orzekający nie miał na uwadze okoliczności objętych pominiętym dowodem, a zatem popełnił uchybienie procesowe (nierozpoznanie istoty zawisłej przed sprawą), które miało istotny wpływ na wynik sprawy.

Na podstawie powyższych zarzutów pozwany wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji z uwagi brak rozpoznania istoty sprawy, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku, poprzez oddalenie powództwa w całości. W każdym z wyżej wymienionych przypadków pozwany wniósł o zasądzenie kosztów postępowania za obydwie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu skarżący wskazał, że rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji nie dostrzega istoty procesu budowlanego i wynikającego z niej kolejności wykonania robót. Dostrzegł, że wykonanie powierzonych pozwanemu prac nie było możliwe z przyczyn zawinionych przez powoda, za które pozwany nie ponosi odpowiedzialności, a z drugiej - z przyczyn niezrozumiałych - nie rozciągnął poczynionych konstatacji na przesłanki uniemożliwiające wykonanie szyb do wypełnienia ram balustrad klatki schodowej, przy montowaniu których aspekt kolejności prac jest szczególnie doniosły i bez trudu dostrzegalny. W rozważanym zakresie wnioski wyprowadzone przez Sąd pierwszej instancji są logicznie niespójne, a sam proces rozumowania co najmniej niekonsekwentny. Jednocześnie Sąd nie miał wątpliwości co do tego, że niezamontowanie balustrad z poliwęglanowym wypełnieniem na balkonach i łodziach budynku przy ul. (...) było zawinione działaniami powoda. Te okoliczności nie stanowią przedmiotu rozważań niniejszej apelacji. Sferę faktów, objętą apelacją, stanowi zagadnienie montażu balustrad klatki schodowej, wypełnionych szybami. Zdaniem apelanta, winę za ich niezamontowanie ponosi powód. Zdaniem skarżącego Sąd nie dokonał wszechstronnej oceny materiału dowodowego naruszając art. 233 § 1 k.p.c. Z uzasadnienia wyroku wynika, że Sąd a priori założył, jakoby z faktu przygotowania budowy do zamontowania ram balustrad przed 30 października 2012 roku, wynikała wprost możliwość zamontowania szyb (jako wypełnień tychże balustrad). Twierdzenie to - dla pozwanego w sposób oczywisty wiążące się z doświadczeniem życiowym, wszak jest on profesjonalistą w branży budowlanej, a w procesie cywilnym z wiedzą specjalistyczną właściwą wyłącznie biegłym sądowym - nie zostało wsparte rozumowaniu Sądu pierwszej instancji żadnym dowodem, ani w rozumieniu środka dowodowego, o których mowa w art. 235 - 309 k.p.c., ani w rozumieniu zespołu twierdzeń, niewątpliwie prawdziwych, przesądzających o prawdziwości tezy dowodzonej. Co więcej, twierdzenie to nie licuje z zasadami logicznego rozumowania, stanowiącymi dla rozstrzygnięć sądu orzekającego podstawę oceny dowodów. Szyby mające zostać zamontowane jako wypełnienie balustrad nie są nigdy i nie mogą być przygotowane do montażu już w chwili montażu samych ram balustrad. Wynika to z faktu, że w chwili montażu balustrad znane są jedynie przybliżone wymiary szyb wypełnienia. Dokładny pomiar przestrzeni w balustradach może zostać dokonany dopiero po zmierzeniu już zamontowanych ram balustrad. Jest to konsekwencją faktu, że nawet drobne (milimetrowe różnice) w połączeniu z kruchością szklą i jego podatnością na warunki zewnętrzne (w szczególności naprężenie) mogą powodować stan, w którym szyby - docięte na wymiar nieopbrany na podstawie pomiarów rzeczywiście

istniejących balustrad - nie będą mogły zostać zamontowane. Okoliczność ta ma szczególne doniosłe znaczenie w przypadku szyb o nietypowym kształcie - jak w niniejszej sprawie, w której szyby miały mieć kształt trapezów. Ich zamontowanie oznaczałoby, że wypełnienie balustrad albo nie wyglądałoby estetycznie, albo ulegną zniszczeniu (popękaniu) na skutek nadmiernych naprężeń szkła, spowodowanego zamontowaniem szyb zbyt dużych. Aby uniknąć takich niepożądanych efektów ubocznych niewłaściwego i dokonanego w złym momencie docięcia szyb, konieczne jest wymiarowanie przestrzeni do wypełniania tymi szybami na podstawie rzeczywistych wymiarów balustrady już zamontowanej. Po dokonaniu takiego zwymiarowania przestrzeni do wypełnienia szybami należy sporządzić właściwe rysunki techniczne, zawierające dokładnie oznaczenie pobranych z natury wymiarów. Dopiero na tej podstawie możliwe jest zamówienie szyb i ich właściwe docięcie, po czym następuje ich zamontowanie. Sąd pierwszej instancji nie dostrzegł złożoności rozpatrywanego zagadnienia. Aby przystąpić do prac związanych z montażem balustrad na klatce schodowej konieczne było uprzednie zakończenie przez innych podwykonawców prac tynkarskich, malarskich i posadzkarskich, zaś z uwagi na nietypowy kształt szyb wypełniających ramy balustrad nie można było ustalić ich rzeczywistych gabarytów przed zamontowaniem ram balustrad, co pozwoliłoby na skrócenie rzeczywistego czasu realizacji zamówienia o przeszło dwa tygodnie.

Skarżący zwrócił uwagę na wewnętrzną sprzeczność stawianych przez Sąd pierwszej instancji tez. W toku postępowania dowodowego Sąd pierwszej instancji ustalił bowiem, że „przy montowaniu konstrukcji balustrady na klatce schodowej pracownicy K. K. (1) napotkali trudności z dostępem do placu budowy, ponieważ na klatce schodowej trwały prace wymagające wykorzystania rusztowań, które zasłaniały dostęp do miejsc, w których miała być osadzona konstrukcja balustrad. Ostatecznie do końca października 2012 r. trudności te zostały usunięte, ekipa K. K. (1) zamontowała na klatce schodowej wykonaną w zakładzie konstrukcję balustrad z ram aluminiowych. Nie zostały zamontowane wypełnienia z szyb hartowanych warstwowych. Nie zamontowano również poręczy ze stali nierdzewnej”. Wynika stąd, że zdaniem Sądu - skoro plac (front) robót został pozwany wydany tuż przed upływem terminu wykonania jego prac, to pozwany musiał (nie bacząc na pozbawienie go znacznej części umownego czasu realizacji prac, wyłącznie z winy powoda) wykonać je terminowo. Takie twierdzenie stoi w rażącej sprzeczności treścią stosunku prawnego łączącego strony. Zgodnie z postanowieniem § 1 aneksu numer (...) do umowy, pozwany miał przeszło miesiąc na wykonanie balustrad klatki schodowej, tj. od 26 września 2012 roku (data zawarcia aneksu numer (...) do umowy) do 30 października 2012 roku. Zatem umówiono się, że przez cały ten czas będzie on mógł wykonywać prace. Nie umówiono się na to, że będzie on mógł wykonywać prace tylko w czasie, w którym powód mu to dopiero umożliwi. Wobec tego, gdyby przyjąć za poprawne powyższe twierdzenie Sądu pierwszej instancji, uznać należałoby, że powód miał uprawnienie do jednostronnego decydowania (przez fakty dokonane) o czasie wykonania przez pozwanego robót.

Skarżący zarzucił również sprzeczność poczynionych przez Sąd ustaleń z treścią materiału dowodowego zebranego w sprawie, tj. przepisów art. 233 § 1 w zw. z art. 258 w zw. z art. 227 k.p.c. Przedmiotowe naruszenie sprowadza się do błędnego uznania wypowiedzi świadka D. S. (1) o charakterze ocennym („D. S. (1) domyślał się”), a nadto wyrażonej w trybie przypuszczającym, jako wypowiedzi o fakcie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. W rzeczywistości treść zeznań świadka jednoznacznie wskazuje, iż nie był on danej okoliczności pewien, ani nie był jej naocznym uczestnikiem, a prawdopodobieństwa jej wystąpienia jedynie domyślał się, posiłkując się swym dotychczasowym doświadczeniem wynikającym z długoletniej praktyki zawodowej w budownictwie. Niemniej jednak nie przesądził on o tym, że okoliczność ta miała miejsce.

W ocenie pozwanego Sąd naruszył przepis art. 278 § 1 k.p.c., poprzez pominięcie (pozostawienie bez rozpoznania) zgłoszonego przez pozwanego wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa lądowego z uprawnieniami konstruktorskimi, na okoliczności stwierdzenia braku możliwości kontynuowania prac przez pozwanego w chwili wycofania jego pracowników z placu budowy oraz koniecznych dla ich prowadzenia sposobów przygotowania placu budowy przez powoda. Tym samym Sąd pierwszej instancji rozstrzygnął zawisłą przed nim sprawę - z zakresie zagadnień wymagających wiedzy specjalistycznej - bez takiej wiedzy. Jednocześnie należy zauważyć, że zgodnie z utrwalonym, jednolitym stanowiskiem doktryny, podniesienie omawianego zarzutu nie wymaga uprzedniego zgłoszenia zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c.

Ponadto zdaniem apelującego Sąd naruszył art. 328 k.p.c., poprzez brak wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przyczyn, dla których pominął dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa lądowego z uprawnieniami konstruktorskimi.

Pozwany podniósł, że Sąd nie rozpoznał istoty sprawy, albowiem bezpodstawnie uznał, że istnieje przesłanka faktyczna uwzględnienia żądania pozwu, która sprowadza się do twierdzenia, jakoby pozwany zawinił w niedochowaniu terminu wykonania zobowiązania umownego. Stan zawinienia miałby polegać na tym, że do dnia ostatecznego wykonania robót pozwany nie zamówił szyb, mających stanowić wypełnienie ram balustrad klatki schodowej.

Powód w piśmie procesowym z dnia 25 lutego 2016 r. wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie od pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych za postępowanie przed Sądem I i II instancji.

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

Apelacja pozwanego okazała się zasadna w tym znaczeniu, że w ocenie Sądu Apelacyjnego zaistniały określone w art. 386 § 4 k.p.c. przesłanki wydania wyroku o charakterze kasatoryjnym. Sąd I instancji nie rozpoznał bowiem istoty sprawy.

W pierwszej kolejności omówienia jednak wymagała kwestia zakresu przeprowadzonego w sprawie postępowania dowodowego w kontekście podniesionego w apelacji zarzutu naruszenia przepisu art. 278 k.p.c. Zarzut ten odnoszony był do braku przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa branży konstruktorskiej. Skarżący podniósł, że wniosek ten zgłosił na okoliczność braku możliwości kontynuowania prac przez pozwanego w chwili wycofania z budowy tj. 30 października 2012 r. oraz koniecznego do ich prowadzenia sposobu przygotowania placu budowy przez stronę powodową. Analiza jednak uzasadnienia apelacji prowadzi do wniosku, że skarżący potrzebę przeprowadzenia tego dowodu wiąże z zupełnie innymi zagadnieniami. Jednoznacznie bowiem dowód nie zmierzał do wykazania wspomnianych wyżej okoliczności, a do kwestii związanej z procesem technologicznym dotyczącym montażu balustrad, a nawet konkretniej, ich wypełnień ze szkła. Tego rodzaju okoliczności nie mieszczą się ani w kwestii braku możliwości wykonania prac (a nawet co do tego zagadnienia jest przeciwna), ani też w kwestii właściwego przygotowania placu budowy. Oczywiście, sam charakter i długość procesu technologicznego wyznacza czas realizacji przedmiotu umowy, jednakże nie z tymi okolicznościami powód wiązał niezasadność stanowiska strony powodowej naliczającej kary umowne. Skarżący jednoznacznie zmierza do wykazania, że pomimo zamontowania balustrad klatki schodowej w terminie umownym nie był w stanie z uwagi na istniejące opóźnienia wykonać w tym terminie samych szyb, a tym samym ukończyć dzieła. Analiza natomiast odpowiedzi na pozew wskazuje, że wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego złożony został tylko z ostrożności procesowej i tylko na okoliczności związane z brakiem możliwości kontynuowania prac przez pozwanego z powodu nieprzygotowania placu budowy przez powoda, co skutkowało wycofaniem pracowników. Jak sam pozwany wskazał, „innymi słowy biegły miałby stwierdzić, czy pozwany mógł wykonywać powierzone mu roboty bez uprzedniego odpowiedniego przygotowania placu robót przez powoda i w efekcie zakończyć je w terminie”. Co istotne pozwany w odpowiedzi na pozew okoliczności te odnosił wyłącznie do kwestii prac tynkarskich, prac elewacyjnych, prac związanych z obróbką blacharską balkonów. W żadnym miejscu nie wskazywał w ogóle na kwestię montażu szklanych wypełnień, w żadnym miejscu nie odnosił się do kwestii technologii wykonania tego elementu i wpływu tej okoliczności na możliwość wykonania prac. Brak zarówno w tezie dowodowej, jak i nawet w przytoczeniach faktycznych mających stanowić podstawę stosowania przepisów prawa materialnego, tego rodzaju twierdzeń. Pojawiły się one dopiero w związku z treścią pisemnych motywów wyroku i to z argumentacją wskazującą na oczywistość podnoszonych twierdzeń dla profesjonalistów zajmujących się procesem budowlanym. Niewątpliwie wiedza w tym zakresie, nawet jeżeli rzeczywiście oczywista dla stron umowy, wymagała wiadomości specjalnych, a tym samym wykazania w toku procesu za pomocą dowodu z opinii biegłego. Dowód na takie okoliczności nie został jednak zaoferowany. Stanowczego podkreślenia wymaga, że nie z tymi okolicznościami strona pozwana wiązała przyczyny opóźnienia w wykonaniu prac. Stąd też uznać należy, że treść apelacji wskazuje na próbę poszerzenia zarówno podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, jak i samej tezy dowodowej. Inaczej rzecz ujmując pozwany próbuje określone kwestie techniczne, nigdy wcześniej nie artykułowane utożsamiać z kwestiami związanymi z możliwością wykonania w terminie przedmiotu umowy. Należy zaznaczyć, że w piśmie z

dnia 30 października 2012 r. (karta 138 akt) wystosowanym w dacie, w której prace miały zostać wykonane, pozwany na kwestie te się w ogóle nie powoływał wskazując tylko, że z uwagi na brak przygotowania palcu budowy wiązany zresztą z wykonaniem elewacji i obróbek blacharskich nie jest w stanie wykonać całości prac, wymieniając wśród nich instalację szyb balustrad. Dokładna analiza tego pisma prowadzi do wniosku, że przyczyny braku wykonania szyb nie były w ogóle poruszane, a już na pewno nie były związane z procesem technologicznym związanym z ich montażem. Uwag w tym zakresie nie zawarł także kierownik budowy D. S. (1) w swojej adnotacji, która dotyczy wyłącznie obróbek blacharskich i braku możliwości wykonania balustrad i ich wypełnień na zewnątrz budynku. W piśmie z dnia 10 lipca 2013 r. pozwany wskazał natomiast, że balustrady na klatce mógł wykonać dopiero w październiku 2012 r. dodając, że 6 listopada 2012 r. zamówił szyby, które nadal oczekują na montaż. Także w tym przypadku nie odwoływał się do procesu technologicznego uniemożliwiającego montaż szyb natychmiast po ich otrzymaniu. Reasumując więc stwierdzić należy, że podniesione dla uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 278 k.p.c. twierdzenia noszą cechę nowości. Zgodnie natomiast z treścią art. 381 k.p.c. nowe twierdzenia lub dowody na etapie postępowania apelacyjnego mogą zostać podniesione jeżeli strona nie mogła tego uczynić we wcześniejszej fazie procesu lub, gdy potrzeba w tym zakresie dopiero się pojawiła. Żadna z tych okoliczności nie zaistniała w niniejszej sprawie. Sama potrzeba przedstawienia nowych twierdzeń i dowodów istniała od samego początku postępowania. Niewątpliwie bowiem wiązała się z kwestiami opóźnienia w wykonaniu prac, możliwości ich wykonania przy udostępnionym froncie robót, samym sposobem wykonania poszczególnych elementów, które w budynkach miał montować pozwany oraz z czasem niezbędnym do ewentualnego ich przygotowania do montażu. Sam zresztą powód dołączył do pozwu oba wymienione wyżej pisma, a nadto w toku procesu niesporna była okoliczność, że szyby w balustradach nie zostały zamontowane, że zastosowano tymczasowe wypełnienia celem umożliwienia odbioru budynku. Tak więc pozwany odwołując się do kwestii braku zawinięcia w opóźnieniu prac winien przedstawić wszystkie okoliczności mające na to wpływ. Jednocześnie skarżący nawet nie próbował wskazywać na zaistnienie tego rodzaju okoliczności, z których wynikałoby, że wcześniejsze przedstawienie nowych twierdzeń, czy też poszerzenia tezy dowodowej nie było możliwe, że istniały w tym zakresie jakiegokolwiek utrudnienia. Nawet jeżeli dla stron kwestia technologii wykonania, czy montażu szyb w balustradach była oczywista, to kwestie te w żaden sposób nie zostały wyartykułowane, natomiast Sąd tego rodzaju wiedzą specjalną nie dysponował. Potrzeby takiej natomiast w żadnym razie nie można utożsamiać z treścią uzasadnienia zapadłego w sprawie wyroku. Przyjęcie poglądu przeciwnego prowadziłoby do modyfikacji twierdzeń oraz przedstawiania nowych dowodów mających na celu ich dostosowanie do aktualnej sytuacji procesowej. Nie ulega więc wątpliwości, że brak było podstaw do przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego na okoliczności wskazywane w apelacji. Odrębnej oceny natomiast wymaga kwestia braku przeprowadzenia tego dowodu przez Sąd I instancji na okoliczności, które objęte były pierwotną tezą dowodową. Zostanie ona omówiona w dalszej części uzasadnienia.

Należy zgodzić się z Sądem I instancji, że po sprecyzowaniu stanowiska powoda co do żądania objętego pozwem, nie istniała konieczność badania skuteczności złożonego przez powodową spółkę w dniu 18 października 2013 r. oświadczenia o potrąceniu, albowiem powód dochodził w niniejszej sprawie kwoty 273.728,56 zł z tytułu kar umownych naliczonych na podstawie § 7 ust. 1 umowy (za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy) w części, jaka nie uległa umorzeniu wskutek powyższego potrącenia. Nie można natomiast zgodzić się z Sądem I instancji, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie istniała również konieczność badania skuteczności odstąpienia od umowy przez powoda w piśmie z dnia 1 lipca 2013 r. Wbrew stanowisku wyrażonemu w pisemnych motywach wyroku, okoliczność ta miała istotne, a nawet decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Oceny tej nie zmienia okoliczność, że powód nie dochodził kwoty 29.348,68 zł z tytułu kar umownych naliczonych na podstawie § 7 ust. 4 umowy (za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy) z uwagi na jej umorzenie wskutek złożonego oświadczenia o potrąceniu. Oczywiście należy przyznać rację Sądowi I instancji, że odstąpienie od umowy nie uniemożliwia naliczenia kar umownych za zwłokę w wykonaniu dzieła. Stanowisko judykatury w tym względzie jest jednoznaczne (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2005 r., sygn. akt V CSK 105/05, niepubl., z dnia 5 października 2006 r., sygn. akt IV CSK 157/06, OSNC 2007/7-8/114, z dnia 20 października 2006 r., sygn. akt IV CSK 154/06, OSNC 2007/7-8/117, z dnia 2 października 2007 r., sygn. akt II CNP 101/07, LEX nr 490505, z dnia 25 marca 2011 r., sygn. akt IV CSK 401/10, LEX nr 1108517, z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. akt V CSK 512/11, nie publ.). Co więcej, wyrażane jest stanowisko, że utrzymanie kar umownych za zwłokę po odstąpieniu od umowy poczytuje się za możliwe wówczas gdy strony w umowie tak postanowią, przy czym kara taka ulegałaby



przekształceniu w karę za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, o ile w umowie takiej kary odrębnie nie zastrzeżono (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2015 r., sygn. akt II CSK 585/14, LEX nr 1793694). Tym samym rzeczywiście możnaby konstruować pogląd odnośnie braku potrzeby, w świetle żądań pozwu, analizy, czy złożone oświadczenie zostało złożone, czy wywarło skutki prawne i w konsekwencji w jaki sposób kształtuje sytuację prawną stron umowy. Należy jednak zaznaczyć, czego jak się zdaje nie dostrzegł Sąd Okręgowy, że ugruntowane jest w orzecznictwie również stanowisko zgodnie z którym roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2012 r., sygn. akt III CZP 39/12, OSNC 2013/2/17, Prok.i Pr.-wkł. 2013/6/50, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2011 r., sygn. akt I CSK 315/10, OSNC-ZD 2011, nr D, poz. 85, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. akt V CSK 512/11, nie publ., uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 1984 r., sygn. akt III CZP 70/83, OSNCP 1984, Nr 8, poz. 131). Wprawdzie zarzut w tej mierze nie został podniesiony w apelacji, jednak sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiąże go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania (tak: uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego - zasada prawna z dnia 31 stycznia 2008 r., sygn. akt III CZP 49/07, OSNC 2008/6/55, Prok.i Pr.-wkł. 2009/6/60, Biul.SN 2008/1/13, Wspólnota 2008/7/44). W orzecznictwie podkreśla się, że kara umowna za nienależyte wykonanie zobowiązania należy się wierzycielowi w razie jej zastrzeżenia, gdy świadczenie zostało wprawdzie spełnione przez dłużnika, ale w sposób nienależyty, tzn. gdy zaistniała rozbieżność między zakresem zaspokojenia wierzyciela przewidzianym w treści zobowiązania a zaspokojeniem uzyskanym w rzeczywistości. Rozbieżność ta może dotyczyć takich elementów należytego wykonania zobowiązania, jak termin świadczenia, wykonawcy świadczenia, miejsca świadczenia lub jakości świadczenia. Obowiązek zapłaty kary umownej za niewykonanie zobowiązania powstaje, gdy zobowiązanie nie zostało wykonane, a zatem gdy dłużnik nie spełnił świadczenia, które zgodnie z treścią zobowiązania należało się wierzycielowi. Podkreśla się przy tym, że spełnienie jedynie części świadczenia - jak to miało miejsce w niniejszej sprawie - jest równoznaczne z niespełnieniem świadczenia, a tym samym z niewykonaniem zobowiązania. W związku z tym nie może być kumulowana kara umowna przewidziana za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. kara umowna za zwłokę w wykonaniu zobowiązania i kara umowna za niewykonanie zobowiązania. Nie można bowiem jednocześnie spełnić wymagań, od których naliczenie tych kar jest uzależnione, tj. wykonać, choćby w sposób nienależyty, i nie wykonać tego samego zobowiązania. Wierzyciel nie może zażądać zapłaty obu wymienionych kar umownych, gdyż wzajemnie się one wykluczają. Jest to logiczne, skoro bowiem zobowiązanie nie zostało wykonane, nie mogła nastąpić zwłoka w jego wykonaniu, gdyż byłaby to *contradictio in adiecto*. Ustawodawca w sposób jednoznaczny w art. 494 k.c. przesądził, że wskutek odstąpienia od umowy - na podstawie upoważnienia ustawowego, jak również umownego (art. 492 k.c.) - powstaje stan, który należy zakwalifikować jako niewykonanie zobowiązania, skoro strona odstępująca od umowy może dochodzić naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Z tego względu, że odstąpienie od umowy powoduje przekształcenie się stanu zwłoki lub opóźnienia w stan niewykonania zobowiązania, strona może dochodzić kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy, tj. kary przewidzianej na wypadek niewykonania zobowiązania z wyłączeniem możliwości równoczesnego dochodzenia kary umownej zastrzeżonej z tytułu zwłoki lub opóźnienia jako jednej z postaci nienależytego wykonania zobowiązania. Jak już wspomniano, konsekwencją przyjęcia stanowiska, że zakresy pojęć nienależytego wykonania zobowiązania oraz niewykonania zobowiązania nie są tożsame, jest również konieczność rozróżnienia odpowiedzialności za szkodę spowodowaną nienależytym wykonaniem zobowiązania oraz za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania. W razie odstąpienia od umowy wchodzi w rachubę odpowiedzialność za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, która pochłania odpowiedzialność za szkodę, wcześniej doznaną, z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, które miało miejsce przed odstąpieniem od umowy. Kara umowna stanowi natomiast swego rodzaju surogat odszkodowania. W uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03 (OSNC 2004, Nr 5, poz. 69), mającej moc zasady prawnej, wyjaśniono, że pogląd, iż kara umowna jest tzw. surogatem odszkodowania, nie oznacza bynajmniej tego, że kara umowna ma "zastąpić" jedynie odszkodowanie w związku z powstającą po stronie wierzyciela szkodą majątkową. Sformułowanie "surogat odszkodowania" należy rozumieć w tym sensie, że strony przy zawarciu umowy określają z góry wysokość należnego wierzycielowi odszkodowania na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika i

odszkodowanie (kara umowna) kompensuje wszystkie negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające ze stanu naruszenia zobowiązania. Uwzględniając to oraz treść art. 494 k.c., można wyprowadzić wniosek, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy ma rekompensować szkodę wierzyciela - w szerszym ujęciu, niż szkodę majątkową wynikającą z art. 361 § 2 k.c. - spowodowaną niewykonaniem zobowiązania wynikającego z umowy, od której odstąpiono. Podstawą przyjęcia w umowie określonych co do wysokości kar umownych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest zawsze pewna kalkulacja przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką poniesie strona w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Zakres szkody spowodowanej niewykonaniem zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy jest specyficzny. Na jej rozmiar wpływa szkoda doznana na skutek określonego przejawu nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika w okresie poprzedzającym odstąpienie od umowy, jak również wszelkie koszty, jakie poniosła strona w związku z koniecznością odstąpienia od niej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2002 r., I CKN 486/00, OSP 2003/3/36). Z drugiej strony, w razie odstąpienia od umowy, strona wykonująca to uprawnienie będzie zwolniona z obowiązku świadczenia wzajemnego, co powinno być uwzględnione przy określaniu wysokości doznanej przez nią szkody, zgodnie z zasadą *compensatio lucri cum damno* (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 1956 r., I CR 1505/54, OSN 1958/1/11). Jeżeli więc w umowie przewidziano odrębną karę umowną w związku z odstąpieniem od umowy, to należy przyjąć, że tak określona kara miała rekompensować szkodę - w przewidywanym przez strony rozmiarze - jakiej dozna strona na skutek niewykonania zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy. Wniosek ten jest tym bardziej uzasadniony, że strony, zastrzegając karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy, mogą różnicować jej wysokość w zależności od przyczyn, które były przyczyną złożenia przez jedną z nich oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Jeżeli więc strony umowy wzajemnej przewidziały karę umowną w związku z odstąpieniem od umowy, nie różnicując jej wysokości w zależności od przyczyn, które spowodowały skorzystanie z tego uprawnienia prawokształtującego, należy przyjąć, że kara ta miała rekompensować całą szkodę, jakiej dozna strona na skutek niewykonania zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2012 r., V CSK 260/11, G.Prawna 2012/101/1).

Jak już wskazano, uznaniu niedopuszczalności kumulowania kar umownych z obu powyższych tytułów nie stoi na przeszkodzie przywołane orzecznictwo dotyczące możliwości dochodzenia kar umownych zastrzeżonych na wypadek zwłoki lub opóźnienia w wykonaniu zobowiązania także po odstąpieniu od umowy. W sprawach tych nie wystąpiło zagadnienie równoczesnego dochodzenia takich kar oraz kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy, a problem sprowadzał się do rozstrzygnięcia możliwości dochodzenia kar umownych zastrzeżonych za nieterminowe wykonanie zobowiązania także po odstąpieniu od umowy, przy założeniu, że na skutek odstąpienia od umowy następują skutki *ex tunc* polegające na zniesieniu stosunku obligacyjnego, a w konsekwencji, zgodnie z przyjmowaną w nauce prawa zasadą *accessorium sequitur principale*, powinno upaść również akcesoryjne względem zobowiązania głównego postanowienie umowne dotyczące kary umownej. Nawet jednak przy założeniu, iż wskutek odstąpienia od umowy w sytuacjach objętych hipotezą art. 494 k.c. następuje - na podstawie analogicznie stosowanego art. 395 § 2 zdanie pierwsze k.c. - zniweczenie *ex tunc* węzła obligacyjnego wynikającego z umowy, utrzymują się, przełamując zasadę akcesoryjności, postanowienia umowne dotyczące kar umownych, przewidziane przez strony właśnie na wypadek odstąpienia od umowy, gdy zgodnie z art. 494 k.c. aktualizuje się odpowiedzialność jednej ze stron umowy za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania.

W niniejszej sprawie strony w umowie z dnia 2 listopada 2011 r. (karty 10 – 14 akt) zastrzegły kary umowne zarówno za nienależyte wykonanie umowy, jak i niewykonanie umowy. W § 7 ust. 1 przewidziały, że wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne z tytułu przekroczenia terminu umownego zakończenia realizacji przedmiotu umowy w wysokości 0.5% wynagrodzenia brutto wykonawcy za każdy dzień zwłoki. Z kolei w § 7 ust. 4 przewidziały, że wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne z tytułu odstąpienia od umowy z winy wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto wykonawcy. Co więcej powód skorzystał z uprawnienia do naliczenia tych kar. Istotne jest przy tym, że naliczył kary umowne z obu tych tytułów, a w dalszej kolejności złożył oświadczenie o ich potrąceniu z wierzytelnościami pozwanego z tytułu należnego mu wynagrodzenia za wykonane prace. Powód wystawił notę obciążeniową nr (...) z dnia 27 czerwca 2013 r. (karta 22 akt) dotyczącą kwoty 349.247,97 zł wskazując, że dotyczy ona zwłoki w wykonaniu dzieła wynoszą 238 dni za okres od 1 listopada 2012 r. do 27 czerwca 2013 r. Jednocześnie

powód wystawił notę obciążeniową nr (...) (karta 23 akt) dotyczącą kwoty 29.348,68 zł, która odnosiła się do kary umownej z tytułu niewykonania umowy z odwołaniem się do jej § 7 ust. 4. W piśmie z dnia 1 lipca 2013 r. (karta 23 akt) powód złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z uwagi na przekroczenie przez pozwanego o więcej niż 10 dni terminu wykonania umowy wskazując na naliczenie kar umownych z tego tytułu. Wreszcie powód złożył wspomniane oświadczenia o potrąceniu z dnia 18 października 2013 r. (karty 24 – 25 akt).

W takiej sytuacji, przy uwzględnieniu przedstawionego orzecznictwa przedmiotem oceny Sądu winna być i to w pierwszej kolejności kwestia złożenia przez powodową spółkę oświadczenia o odstąpieniu od umowy. W tym kontekście zbadania wymagała przede wszystkim kwestia, czy oświadczenie to zostało złożone przez uprawnionego do tego osoby, czy dotarło ono do pozwanego. W dalszej kolejności przedmiotem analizy winny być kwestie związane z istnieniem podstaw do złożenia tego rodzaju oświadczenia woli. Sąd I instancji powinien zbadać, czy zaistniały umowne, ewentualnie ustawowe przesłanki odstąpienia od umowy, przy uwzględnieniu oczywiście tych okoliczności, które przywołane zostały w samym oświadczeniu spółki. Jedynie marginalnie zwrócić należy uwagę, że strony w § 7 ust. 3 umowy zawarły postanowienie, zgodnie z którym w przypadku przekroczenia terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy o 10 dni, zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy z winy wykonawcy. Zgodnie z treścią art. 395 § 1 k.c., można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Jednocześnie § 2. Tego artykułu stanowi, że w razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą. To, co strony już świadczyły, ulega zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu. Za świadczone usługi oraz za korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie. W orzecznictwie przy tym utrwalone jest stanowisko, że przesłanką umownego zastrzeżenia odstąpienia od umowy jest określenie terminu, w którym może to nastąpić, co stosuje się do każdego wypadku takiego zastrzeżenia (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2004 r., sygn. akt II CK 261/03, LEX nr 174165). Brak stosownej wzmianki w umowie wyklucza możliwość przyjęcia, że strony zastrzegły umowne prawo odstąpienia (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2013 r., sygn. akt IV CSK 668/12, LEX nr 1365727). W świetle powyższego orzecznictwa Sąd winien więc ocenić, czy zapis umowny spełniał wymogi określone w przywołanej wyżej regulacji i stosownie do tej oceny dokonać analizy zaistnienia podstaw do odstąpienia od umowy. W przypadku odpowiedzi negatywnej konieczne stawało się przeanalizowanie zaprezentowanych przez spółkę w piśmie z dnia 1 lipca 2013 r. podstaw faktycznych złożonego oświadczenia pod kątem ustawowych przesłanek odstąpienia, a więc z odwołaniem się albo do przepisów regulujących dany typ stosunku zobowiązaniowego, albo do przepisów ogólnych dotyczących zobowiązań. Zaistnienie takich podstaw z kolei determinowało kwestię wzajemnych uprawnień stron, w tym w szczególności istnienia wierzytelności z tytułu kar umownych. Konieczne było ustalenie, jaki skutek wywoływało zawarcie w umowie kar umownych zarówno za odstąpienie od umowy, jak i za zwłokę w wykonaniu zobowiązania, czy istniała możliwość naliczenia kar z obu tych tytułów, czy wolą stron umowy było zastrzeżenie kar za odstąpienie, pomimo ewentualnego ustania węzła obligacyjnego. Ustalenia te przy tym winny uwzględniać skutki złożonego oświadczenia o potrąceniu oraz podstaw żądania zawartego w pozwie. To właśnie brak zbadania tych podstawowych, w ocenie Sądu Apelacyjnego, kwestii skutkowało uznaniem, że nie doszło w sprawie do rozpoznania jej istoty. Pojęcie to zawarte w art. 386 § 4 k.p.c. dotyczy nierozpoznania istoty roszczenia będącego podstawą powództwa, czy też wniosku. Istota sprawy oznacza jej sedno, kwintesencję roszczenia dochodzonego pozwem, czy też objętego wnioskiem. Jest to jednocześnie pojęcie węższe niż rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy w ogóle. Nie może być ono kojarzone z rozpoznaniem wyłącznie kwestii formalnych. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 lipca 1998 r. (I CKN 897/97) wskazał, że nierozpoznanie istoty sprawy oznacza brak merytorycznego rozpoznania zgłoszonych w sprawie roszczeń. Oznacza to zaniechanie przez Sąd I instancji zbadania materialnej podstawy żądania, albo pominięcie merytorycznych zarzutów (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 września 1998 r. - II CKN 896/98). Takie także stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 września 2002 r. (IV CKN 1298/00) podnosząc, iż pojęcie istoty sprawy, o którym mowa w art. 386 k.p.c. dotyczy jej aspektu materialnego i w tej jedynie płaszczyźnie może być oceniany zarzut jej nierozpoznania. Będzie ono zachodzić wówczas, gdy sąd nie zbadał podstawy materialnej pozwu, jak też skierowanych do niego zarzutów merytorycznych i w swoim rozstrzygnięciu nie odniósł się do tego, co jest przedmiotem sprawy. W wyroku z dnia 22 kwietnia 1999 r. (II UKN 589/98) Sąd Najwyższy wskazał, iż oceny, czy sąd I instancji rozpoznał istotę sprawy dokonuje się na podstawie z jednej strony analizy żądań pozwu, a z drugiej przepisów prawa materialnego

stanowiącego podstawę rozstrzygnięcia. W doktrynie utrwalony jest pogląd, że treścią powództwa, czy też wniosku jest żądanie urzeczywistnienia w konkretnym przypadku określonej normy prawnej przez wydanie orzeczenia sądowego określonej treści. Nierozpoznanie więc istoty sprawy sprowadza się do pozostawienia poza oceną sądu okoliczności faktycznych stanowiących przesłanki zastosowania norm prawa materialnego.

Jak wyżej wskazano, tego rodzaju uchybień dopuścił się Sąd I instancji w niniejszej sprawie. Niezależnie od powyższych uwag wskazać należy, że Sąd, pomimo, że przedmiotem żądania powoda oraz zarzutów pozwanego były kwestie związane z opóźnieniem w wykonaniu przedmiotu umowy i w konsekwencji zasadności naliczania kar umownych, Sąd skupił się na kwestiach związanych z niewykonaniem umowy dzieląc je na te, które były wynikiem okoliczności leżących po stronie zamawiającego oraz te, które leżą po stronie wykonawcy. Przedmiotem oceny winny być natomiast okoliczności związane z przygotowaniem frontu robót i ich wpływem na możliwość realizacji umowy. Faktycznie poza oceną Sądu pozostała kwestia, czy pozwany był w stanie wykonać do końca bariery wraz z wypełnieniami na balkonach przy warunkach panujących na udostępnionym mu placu budowy, kiedy stan uniemożliwiający wykonanie prace z tego powodu ustał, a tym samym w jakim terminie powód winien prace wykonać. Nie ulegało bowiem wątpliwości (pismo pozwanego z dnia 30 października 2012 r. wraz z oświadczeniem kierownika budowy), że na umownie określony dzień zakończenia prac, stan budynku, a konkretnie balkonów uniemożliwiał dalsze wykonanie prac przez pozwanego. Już tylko z tego powodu analizie winna zostać poddana kwestia naliczania kar umownych za okres bezpośrednio następujący po dacie 30 października 2012 r. i to niezależnie od kwestii zamówienia w dniu 6 listopada 2012 r. szyb do balustrad zamontowanych w klatkach schodowych. Logicznie bowiem rzecz oceniając, przedmiot umowy i tak nie mógł zostać zrealizowany. Co równie istotne, skoro Sąd ustalił, że pozwany nie wykonał w tym zakresie prac z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, to trudno jednocześnie uznać, że popadł w zwłokę w ich wykonaniu. W tym kontekście niezrozumiałe jest stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku, zgodnie z którym okoliczności związane z brakiem przygotowania frontu robót, jako zaistniałe przed określoną w umowie datą zakończenia prac, pozostawały bez znaczenia. Po pierwsze bowiem istniały one nadal na ten dzień, a po drugie przekonująca jest argumentacja skarżącego, że strony ustalając w umowie określony czas na wykonanie jej przedmiotu, dokonują oceny w zakresie własnych możliwości wykonawczych, dokonują oceny co do uwarunkowań technologicznych, co do warunków wykonywania prac na konkretnej budowie, w odniesieniu do konkretnego budynku itd. Tymczasem stanowisko Sądu prowadziłoby do sytuacji, w której czas na wykonanie umowy i to w sposób zależny od zamawiającego byłby skrócony. Idąc tropem rozumowania Sądu należałoby uznać, że nawet okoliczność uniemożliwiająca wykonanie prac, która ustanie na dzień przez terminem ich zakończenia nie ma wpływu na ocenę opóźnienia w wykonaniu prac i w przypadku ich wykonania z przekroczeniem umownego terminu, naliczenia kar umownych. To samo odnieść należy zresztą również do kwestii wykonania szklanych wypełnień w balustradach na klatkach schodowych. Sam Sąd ustalił, że pozwany nie mógł ich wykonywać w pewnym okresie z uwagi na trwające prace tynkarskie. Wszystkie te kwestie nie zostały przez Sąd w jakikolwiek sposób ocenione.

W tym miejscu odnieść się należało do podniesionego w apelacji zarzutu naruszenia zarówno art. 278 k.p.c. (oczywiście poza omówionym już zagadnieniem dotyczących technologii wykonania szyb), jak i art. 328 § 2 k.p.c. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Sąd nie wydał w zakresie wniosku pozwanego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego żadnej decyzji procesowej. Jednocześnie w uzasadnieniu wyroku nie znalazła się jakakolwiek argumentacja odnośnie tego zagadnienia. Nie jest więc możliwe zdekodowanie motywów postępowania Sądu. Nie wiadomo, czy Sąd uznał ten dowód za zbędny, nie odnoszący się do okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, czy też uznał go za niedopuszczalny, jako odnoszący się do okoliczności nie wymagających wiadomości specjalnych, czy wreszcie zaistniały inne przesłanki skutkujące faktycznym pominięciem zgłoszonego dowodu. Jak już wskazano, pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o jego przeprowadzenie na okoliczności związane z brakiem możliwości kontynuowania prac przez pozwanego z powodu nieprzygotowania placu budowy, związane z koniecznością wykonania swoich prac przez powoda celem umożliwienia ich wykonania pozwanemu, związane z możliwością zakończenia przez pozwanego prac w terminie. W tym więc względzie Sąd I instancji winien dokonać oceny przydatności zawnioskowanego dowodu dla rozstrzygnięcia sprawy i w zależności od wyników tej oceny albo dowód dopuścić i przeprowadzić czyniąc tym samym dodatkowe ustalenia faktyczne stanowiące podstawę wyrokowania, albo dać jednoznaczny wyraz decyzji odmownej z przedstawieniem właściwej argumentacji.

Na koniec odnieść się należało do podniesionego w apelacji zarzutu naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez wadliwą ocenę dowodu z zeznań świadka D. S. (1) w części dotyczącej przyczyn niewykonania umowy przez pozwanego utożsamianych z brakiem płatności ze strony powodowej spółki. Rację ma skarżący, że wypowiedzi świadka nie mogły stanowić podstawy stanowczych ustaleń faktycznych i to w kluczowej dla rozstrzygnięcia kwestii. Rzeczywiście świadek wprost wskazał, że jest to tylko jego przypuszczenie, że okoliczności tej się tylko domyśla, że wniosek odnośnie przyczyn niewykonania prac przez pozwanego wysnuwa nie z własnych obserwacji, nie z wypowiedzi pozwanego, czy jakichkolwiek innych samodzielnie stwierdzonych okoliczności, a jedynie z praktyki panującej na innych budowach. Faktycznie nie jest to więc wypowiedź co do faktu, a więc, jak wyżej wskazano, nie mogła stanowić podstawy faktycznej wyroku.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności wyrok Sądu I instancji należało uchylić w oparciu o przepis art. 386 § 4 k.p.c. Brak było przy tym dostatecznych podstaw prawnych, które czyniłyby uzasadnionym dokonanie takiej oceny po raz pierwszy przez sąd odwoławczy. Wprawdzie zgodnie z art. 382 k.p.c., postępowanie apelacyjne ma charakter merytoryczny i w tym znaczeniu jest kontynuacją postępowania przeprowadzonego przed sądem pierwszej instancji, to konieczne jest zarazem zapewnienie instancyjności postępowania, gwarantowanej przez art. 176 ust. 1 Konstytucji. Oznacza to, że sąd drugiej instancji nie powinien zastępować orzeczenia sądu pierwszej instancji własnym orzeczeniem, gdyż mogłoby to doprowadzać do sytuacji, w których sąd odwoławczy orzekałby jako jedna i ostateczna instancja (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2007 r., sygn. akt III UK 20/07, OSNP 2008/ 17-18/264). W myśl art. 386 § 4 k.p.c. sąd odwoławczy może więc uchylić zaskarżony wyrok w razie nierozpoznania przez sąd pierwszej instancji istoty sprawy albo gdy wydanie wyroku wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości. Zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem, nierozpoznanie istoty sprawy oznacza zaś zaniechanie przez sąd pierwszej instancji zbadania materialnej podstawy żądania pozwu albo pominięcie zwalczających je zarzutów pozwanego.

Ponownie rozpoznając sprawę Sąd I instancji dokona oceny wszystkich przedstawionych wyżej szczegółowo kwestii. Nie ma więc sensu ponownego ich przytaczania w tym miejscu.

Zgodnie z treścią art. 108 § 2 k.p.c., sąd drugiej instancji, uchylając zaskarżone orzeczenie i przekazując sprawę sądowi pierwszej instancji do rozpoznania, pozostawia temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach instancji odwoławczej.

SSO (del&gt;) A. Bednarek - Moraś SSA T. Żelazowski SSA D. Jezierska