

Sygn. akt I ACa 337/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 czerwca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Maria Iwankiewicz
Sędziowie:	SA Dariusz Ryszał (spr.) SO del. Tomasz Żelazowski
Protokolant:	sekr.sądowy Magdalena Goltsche

po rozpoznaniu w dniu 27 czerwca 2013 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa K. N.

przeciwko M. S. (1)

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie

z dnia 8 lutego 2013 r., sygn. akt VI GC 7/12

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

1. zasądza od pozwanej M. S. (1) na rzecz powoda K. N. kwotę 44.152,53 zł (czterdzieści cztery tysiące sto pięćdziesiąt dwa złote i pięćdziesiąt trzy grosze)

z ustawowymi odsetkami od dnia 10 listopada 2007 roku do dnia zapłaty,

2. oddala powództwo w pozostałej części,

3. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 464,02 zł (czteryście sześćdziesiąt cztery złote i dwa grosze) tytułem kosztów procesu;

II. oddala apelację w pozostałej części;

III. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 981,67 zł (dziewięćset osiemdziesiąt jeden złotych i sześćdziesiąt siedem groszy) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Dariusz Ryszał Maria Iwankiewicz Tomasz Żelazowski

UZASADNIENIE

Powód- K. N. domagał się zasądzenia od pozwanej M. S. (1) kwoty 161.704,85 zł z ustawowymi odsetkami i kosztami procesu. Wskazał, iż zawarł z pozwaną umowę na wykonanie instalacji elektrycznej i innych wymienionych w umowie w prowadzonym przez pozwaną hotelu (...). W trakcie wykonywania robót strony porozumiały się co do wykonania robót dodatkowych. Na wykonane roboty dodatkowe powód wystawił fakturę na kwotę dochodzoną pozwem której to należności pozwana nie zapłaciła, mimo dobrowolnego wezwania do zapłaty.

Sąd wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, którym uwzględnił roszczenie powoda.

Pozwana wniosła sprzeciw od powyższego nakazu wnosząc o oddalenie powództwa i zasądzenie na jej rzecz od powoda zwrotu kosztów procesu. Przyznała, iż toku wykonywania umowy zaszła konieczność wykonania robót dodatkowych, jednakże ich wartość nie przekroczyła kwoty 43.60,06 zł netto. Zarzuciła, że powód wykonał roboty wadliwie, a wad robót nie usunął wad w określonym terminie. Nie dostarczył też pozwaną dokumentacji powykonawczej, do czego był zobowiązany. W związku z wadliwością robót pozwana poniosła koszty poprawek w kwocie 21.365,76 zł. Nadto powód wykonał roboty ze znacznym opóźnieniem. Wobec czego pozwana przedstawiła do potrącenia z wierzytelnością powoda kary umowne w kwocie: 76.073 zł z tytułu opóźnienia w wykonaniu robót, 111.414 zł z tytułu opóźnienia w usunięciu wad wykonanych instalacji oraz kwotę 26.278,65 zł tytułem odszkodowania za szkodę w postaci konieczności usuwania wad robót.

Sąd Okręgowy w Koszalinie wyrokiem z 8 lutego 2013 r. oddalił powództwo, zasądził od strony powodowej K. N. na rzecz strony pozwanej M. S. (1) kwotę 3.947,96 zł tytułem zwrotu kosztów procesu w tym kwotę 3.617 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił poniżej wskazany stan faktyczny

Strony w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zawarły w dniu 15.03.2006r. umowę nr (...), zgodnie z którą powód zobowiązał się wykonać roboty instalacyjne w budynku hotelu (...) prowadzonym przez pozwaną. W zakres prac wchodziło wykonanie:

1. instalacji elektrycznej z montażem osprzętu,
2. instalacji AZART, telefonicznej i logicznej
3. instalacji PPOŻ i oddymiania.

Zgodnie z § 1 ust.2 szczegółowy zakres zamówienia zawarty miał być w „dokumentacji technicznej wykonawstwa robót/branża elektryczna, które to dokumenty wraz z ofertą wykonawcy” stanowić miały integralną część umowy.

Wynagrodzenie wykonawcy określono „szacunkowo” na kwotę 119.800 zł +podatek VAT (§ 3 ust.1) zgodnie kosztorysami ofertowymi przedłożonymi pozwaną przez powoda (k-692-734), z tym zastrzeżeniem, iż jego zmiana mogła nastąpić jedynie z uwagi na uzgodnione przez strony zmiany zakresu rzeczowego i konieczność wykonania robót dodatkowych (ust.2). Tryb ustalania konieczności wykonania robót dodatkowych i sposób określenia wynagrodzenia za nie określał § 3 ust.3 umowy.

Umowa przewidywała możliwość naliczenia wykonawcy kar umownych m.in za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy i za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze (§ 9).

Zgodnie z umową (k-25-33) roboty zakończone miały być w terminie do dnia 15.03.2007r. (§ 2 ust.1) Zakończenie robót miało nastąpić wpisem do dziennika budowy potwierdzonym przez inspektora nadzoru z równoczesnym pisemnym powiadomieniem pozwanej (§ 7 ust.6), co skutkować winno dokonaniem odbioru końcowego (§ 7 ust.1,

4, 9). Przed dokonaniem odbioru końcowego wykonawca zobowiązany był przekazać zamawiającemu dokumentację powykonawczą (§ 7 ust.7). Powód wykonał określony w umowie zakres robót, co zgłosił pozwanej przez przesłanie jej protokołów odbioru datowanych na dzień 20.07.2007r. (k-427-433), bez dokonania wpisu w dzienniku budowy (bezsporne).

Roboty objęte umową zostały wykonane, a należność z nich wynikająca została powodowi zapłacona .

Ustalone powyżej okoliczności nie były w istocie pomiędzy stronami sporne. Znalazły też potwierdzenie w dokumentach złożonych przez strony, znajdujących się na kartach akt sprawy wskazanych przy opisie powyższych ustaleń. Strony zgodnie oświadczyły, że co do zasady przedmiotem sporu nie są roboty określone umową, które zostały wykonane (choć, jak zarzucała pozwana- z opóźnieniem i wadliwie), a wynagrodzenie za nie określone umową zostało przez pozwaną zapłacone.

Sporne pomiędzy stronami były przede wszystkim:

- 1\ fakt wykonania, zakres i ewentualnie wartość robót, za które powód domaga się zapłaty,
- 2\ data zakończenia robót objętych umową,
- 3\ szkoda poniesiona przez powódkę w związku z wadliwością robót i jej wartość.

Sąd Okręgowy wskazał, że powód twierdził, iż na podstawie uzgodnień z pozwaną, a właściwie z M. S. (2), wykonał roboty dodatkowe tj. wykonał instalacje określone umową w zakresie większym, aniżeli umówiony, o wartości wskazanej w fakturze nr (...) tj. na kwotę 161.704,85 zł. Twierdzeniom tym przeczy w zasadzie pozwana (co omówione zostanie w dalszej części uzasadnienia). Nie potwierdza ich również świadek S..

Tryb ustalania, iż konieczne jest wykonanie robót dodatkowych uregulowany został przez strony w § 3 ust.3 umowy. Nie budzi wątpliwości i nie jest sporne, iż w odniesieniu do robót, za które powód domaga się wynagrodzenia w niniejszym procesie, tryb ten (choćby w części) zachowany nie został.

Powód w zasadzie nie wskazał jednoznacznie, czy domaga się zapłaty za roboty „konieczne” w rozumieniu § 3 ust.4 umowy, czy za prace rzeczywiście „dodatkowe” zlecone mu ustnie ponad zakres określony w umowie. Niemniej w obu przypadkach żądanie powoda należy uznać za nieudowodnione. W każdym przypadku powód zobowiązany byłby wykazać, iż taki zakres tych robót został mu zlecony, uzgodniona została ich wartość lub stawki do ustalenia wynagrodzenia kosztorysowego, a także że roboty te wykonał.

Zdaniem Sądu Okręgowego , zaoferowane przez powoda w pozwie dowody, nie pozwalają ustalić, iż doszło do uzgodnienia i wykonania jakichkolwiek robót (koniecznych, czy wykraczających poza umowę) w zakresie większym, aniżeli przynajmniej to pozwana tj. w zakresie przekraczającym kwotę 43.690,06 zł netto (uzasadnienie sprzeciwu).

Podkreślić należy, iż niniejszy spór (z uwagi na datę wpływu pozwu) toczy się na zasadach określonych dla rozpoznawania spraw gospodarczych. Zatem obowiązują w nim ograniczenia w zgłaszaniu dowodów wynikające z art.479¹² § 1 kpc. Zgodnie z dyspozycją wskazanej normy w pozwie powód jest obowiązany podać wszystkie twierdzenia oraz dowody na ich poparcie pod rygorem utraty prawa powoływania ich w toku postępowania, chyba że wykaże, że ich powołanie w pozwie nie było możliwe albo że potrzeba powołania wynika później; w tym przypadku dalsze twierdzenia i dowody na ich poparcie powinny być powołane w terminie dwutygodniowym od dnia, w którym powołanie ich stało się możliwe lub wynikała potrzeba ich powołania. Zgodnie z dyspozycją art.6 kc na powodzie, jako stronie, która z twierdzenia o uzgodnieniu i wykonaniu robót dodatkowych wyciąga dla siebie korzystne skutki prawne, spoczywał ciężar udowodnienia, iż roboty te zostały uzgodnione z pozwaną i zostały wykonane w zakresie, w jakim powód wskazuje.

Roboty, za które powód domaga się wynagrodzenia są w znaczącym stopniu tożsame z robotami, które wykonać miał na podstawie umowy. Różnica pomiędzy robotami umówionymi, a tymi, za które powód domaga się wynagrodzenia,

jest jedynie, jak się wydaje, różnicą ilościową, a nie jakościową. Roboty „dodatkowe” dotyczą bowiem tych samych instalacji, a jedynie ich rozmiar miał być większy. Jedynie roboty objęte ofertą powoda złożoną na k-36 akt pozwana uznaje za roboty zlecone poza zakresem objętym umową. Jednak za wykonanie tych robót powód wystawił fakturę (...), a z jednoznacznego oświadczenia pełnomocników stron złożonego na rozprawie w dniu 18.12.2013r. wynika, że należność z tej faktury została przez pozwaną zapłacona.

Powód w pozwie nie określił nawet zakresu robót, za które domaga się wynagrodzenia. Wnosił o dopuszczenie dowodu z kosztorysów dołączonych przez niego do pisma kierowanego do pozwanej w dniu 19.02.2007r.

W piśmie tym wymieniona została znaczna liczba kosztorysów na różne kwoty- przewyższające kwotę dochodzoną. Na żądanie Sądu Okręgowego sprecyzował na rozprawie w dniu 22.03.2012r. numerowe oznaczenia kosztorysów powykonawczych, z których wywodzi swoje roszczenie, przy czym tak określona podstawa żądania nie była zgodna z podstawą wskazaną następnie w piśmie z dnia 25.04.2012r.

W kosztorysach tych rodzaj robót jest tożsamy z robotami wskazanymi w umowie. Sposób zaś opisu robót w kosztorysach nie umożliwia oddzielenia robót umówionych od robót dodatkowych.

Zdaniem Sądu I instancji powód nie wniósł nawet o przeprowadzenie dowodu z kosztorysów powykonawczych, które składał pozwanej po wykonaniu robót, za które domaga się wynagrodzenia. W pozwie w zakresie kosztorysów powykonawczych, z których wywodzi swoje roszczenie, domagał się jedynie zobowiązania pozwanej przez Sąd do ich przedstawienia. Kosztorysów tych powód do pozwu nie dołączył, choć były to dokumenty od niego pochodzące i nie wskazał, ani nie wykazał, iż nie jest w ich posiadaniu.

Na poparcie swoich twierdzeń powód powołał w istocie jedynie dokumenty stanowiące jego jednostronne oświadczenia (korespondencja z pozwaną, sporządzone przez siebie wykazy robot i kosztów, pisma składane w postępowaniu o zawezwanie do próby ugodowej). W zasadzie żaden z tych dokumentów nie wskazuje jednoznacznie zakresu i rodzaju prac, które wykraczają poza zakres objęty umową pisemną stron. Jedynie wykaz robót dodatkowych złożony na k-34-35 można uznać za określający (zresztą w stopniu dość ogólnym) roboty wykraczające poza umowę. To jednak jednostronne oświadczenia powoda (przy kwestionowaniu zawartego w nim twierdzenia przez pozwaną) nie może stanowić dostatecznego dowodu uzgodnienia tych prac i ich wykonania.

Sąd Okręgowy zwrócił też uwagę, iż powód w istocie nie powołał nawet dowodu z kosztorysów ofertowych stanowiących podstawę zawarcia przez strony umowy, dla określenia (choćby przez porównanie z kosztorysami powykonawczymi), które z robót przez niego wykonywanych objęte były umową stron, a które poza zakres umowy wykraczały. W pozwie wniósł o dopuszczenie dowodu „z oferty powoda stanowiącej integralną część umowy”- nie konkretyzując owego dokumentu, a przy tym zażądał zobowiązania pozwanej do jego złożenia, choć kosztorysy ofertowe stanowiące podstawę ustalenia jego wynagrodzenia posiadał

Dowód z 4 kosztorysów ofertowych powołany został przez pozwaną w sprzeczności, jednakże dla wykazania zupełnie innych okoliczności, aniżeli dla uzasadnienia twierdzenia powoda, iż strony umówiły się o rozszerzenie zakresu robót. Z uwagi na regulacje z art.479¹² § 1 kpc, powód na te dokumenty nie może się powoływać dla udowodnienia swoich twierdzeń.

Sąd Okręgowy z urzędu dopuścił dowód z kosztorysów ofertowych powoda, jednakże jedynie w takim zakresie, w jakim niezbędne jest to do wykazania, czy ewentualnie podstawa ustalenia wynagrodzenia należnego powodowi mogła ulec podwyższeniu. W § 3 ust.1 umowy strony określiły wynagrodzenie powoda „szacunkowo” na kwotę 119.800 zł netto. Jednak dalsze zapisy zawarte w § 3 umowy jednoznacznie wskazują, iż wynagrodzenie to ma charakter ryczałtowy. Taki charakter wynagrodzenia umownego potwierdza zresztą pełnomocnik powoda w piśmie z dnia 31.01.2012r. (k-480). Ustalenie, że określenie wynagrodzenia ryczałtowego nastąpiło na podstawie zestawienia planowanych prac sporządzonego przez wykonawcę, ma istotne znaczenie z uwagi na uregulowanie zawarte w art.630 § 1 zd.2 kc.

Żadna ze stron w zasadzie nie wskazuje charakteru umowy, która je łączyła. Zdaniem Sądu umowa ta ma charakter umowy o dzieło (art.627 kc). Rodzaj i rozmiar prac, do wykonania których zobowiązał się powód nie uzasadnia kwalifikowania ich jako prac budowlanych, o których mowa w art.647 kc. Charakteru tego nie zmienia fakt, iż roboty miały być wykonywane zgodnie z wycinkiem projektu budowlanego (dokumentacją robót branżowych-elektrycznych), ani to, iż podlegały nadzorowi inspektora nadzoru, który pełnił tę funkcję w odniesieniu do całości inwestycji.

Dowodem dla wykazania zakresu robót objętych umową (co jak się wydaje miało wykazać, iż roboty będące przedmiotem sporu poza zakres ten wykroczyły) miał być dowód z „dokumentacji technicznej wykonawstwa robót branża elektryczna”, który zgodnie z § 1 ust.2 umowy uszczegóławiał jej zakres. Rzecz jednak w tym, iż wbrew zapisom umowy projekt taki przed jej zawarciem nie został wykonany. Jak zeznaje sam powód projektu takiego nie było i jak stwierdził „przypuszcza”, że to on właśnie miał sporządzić projekt stanowiący załącznik do umowy”. Projekt taki – w rozumieniu dokumentacji opisującej przebieg poszczególnych instalacji, pomieszczenia, przez które przebiegały, miejsca montowania poszczególnych elementów osprzętu i rodzaj i ilość tego osprzętu nie został przez powoda sporządzony. Sporządzono jedynie schemat instalacji w jednym „przykładowym” pokoju, który powielany był w innych pokojach hotelowych lub jak twierdzi pozwany- uzgadniany był na bieżąco.

Dowodem uzgodnienia z pozwaną zakresu robót, za które powód dochodzi wynagrodzenia miały być też zeznania świadków: M.S. , P. B. , Ł. J., M. K. i M. D. , jednak żaden z tych świadków nie potrafił określić ani jaki zakres robót obejmowała umowa stron, ani też czy i o jakie roboty strony umówiły się dodatkowo.

Dowodem prawdziwości twierdzeń powoda nie może być też pismo M. S. (2) z dnia 22.08.2007r. Pomijając, iż złożone pismo nie zostało opatrzone podpisem świadka S., to sam fakt, iż informuje on powoda o opóźnieniach w weryfikacji złożonych przez niego kosztorysów powykonawczych nie może być uznany za skuteczne przyznanie, iż powód wykonał objęte nimi roboty i to wykonał w uzgodnieniu z pozwaną.

Na podstawie omówionego powyżej materiału dowodowego, zaoferowanego przez powoda zdaniem Sądu Okręgowego nie jest możliwym ustalenie, które roboty wykonane zostały w ramach umowy, które roboty miały charakter robot koniecznych, a które wykonane zostały w zakresie przekraczającym umowę pisemną- na podstawie ewentualnej ustnej umowy.

Dla rozdzielenia robót wykonywanych w ramach umowy pisemnej (która ostatecznie nie była przedmiotem sporu i powód nie wywodził z niej żadnych roszczeń) i ewentualnie umowy ustnej nie był przydatny dowód z opinii biegłego „rzeczoznawcy” d/s budownictwa wnioskowany przez powoda. Zgodnie z tezą dowodową zawartą w pozwie powód powołał go dla ustalenia „wykonanych prac, ich prawidłowości i wartości”. Ustalenie całego zakresu robót wykonanych przez powoda w hotelu (...) było bezprzedmiotowe wobec przedmiotu sporu, którym było wykonanie robót wykraczających poza zakres umowy. Ustalenie przez biegłego, czy powód wykonał roboty „dodatkowe” należy zaś do kompetencji Sądu, który przed zleceniem biegłemu ewentualnego sprawdzenia, czy roboty zostały wykonane i oszacowania ich wartości, musi ustalić, które roboty poddane zostaną ocenie biegłego. Przy tożsamości robót określonych umową i robót, za które powód dochodzi wynagrodzenia, Sąd nie był w stanie ustalić- na podstawie zaoferowanych przez powoda dowodów- zakresu „robót dodatkowych”. Wobec powyższego wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego oddalił.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa. Zaprzeczyła, aby w uzgodnieniu z nią powód wykonał roboty dodatkowe w zakresie i o wartości, jaką wskazuje i na które opiewa faktura (...). Przyznała jedynie, że powód wykonywał na jej zlecenie „roboty dodatkowe”, jednak jedynie te, których łączna wartość, w\g wyliczeń pozwanej, opartych na kosztorysach ofertowych, kosztorysach powykonawczych sporządzonych przez powoda i kosztorysach powykonawczych przez nią zweryfikowanych wyniosła 43.690, 06 netto (53.301,87 brutto). W powyższej kwocie mieściły się roboty objęte ofertą powoda złożoną na k-36 akt, za wykonanie których powód wystawił fakturę (...) na kwotę 9.500 zł, a z jednoznacznego oświadczenia pełnomocników stron złożonego na rozprawie w dniu 18.12.2013r. wynika, że należność z tej faktury została przez pozwaną zapłacona. Ostatecznie zatem – w granicach, jakie były

przedmiotem niniejszego sporu, pozwana uznała za uzasadnione wynagrodzenie powoda w kwocie 44.151,87 zł brutto (53.301,87 zł – 9.500 zł z faktury (...))

Pozwana nie określiła jednoznacznie, czy uznane przez nią roboty były robotami koniecznymi, czy robotami zleconymi poza zakresem umowy. Niemniej uznać należy, iż powód roboty o tej wartości wykonał za zgodą pozwanej i w tym zakresie powództwo uznać należałoby za uzasadnione. W pozostałym zakresie powód nie może się domagać wynagrodzenia z uwagi na treść art.630 § 2 kc, jak też z uwagi na niewykazanie istnienia ustnej, dodatkowej umowy na roboty wykraczające poza zakres umowy pisemnej.

Sąd Okręgowy podniósł też, że pozwana podniosła jednak zarzut potrącenia z tą wierzytelnością powoda swojej wierzytelności.

1\ w kwocie 26.278,65 zł odpowiadającej kosztowi poprawek w związku z wadliwością wykonanych robót,

2\ w kwocie 76.073 zł z tytułu kary umownej w związku z opóźnieniem w wykonaniu robót,

3\ w kwocie 111.414 zł z tytułu kary umownej za opóźnienia w usunięciu wad wykonanych instalacji.

Rozważenia wymaga zatem, czy oświadczenie o potrąceniu zostało skutecznie złożone. Powód zarzucił bowiem, iż oświadczenie o potrąceniu nie mogło zostać skutecznie złożone z braku umocowania pełnomocnika procesowego do złożenia w tym zakresie oświadczenia woli, z uwagi na przedawnienie oraz z uwagi na zasady z art.479¹⁴ § 4 kpc.

W pierwszym rzędzie ocenić należy możliwość złożenia oświadczenia o potrąceniu przez pełnomocnika pozwanej w toku procesu. Nie ma bowiem wątpliwości, iż oświadczenia o potrąceniu kar umownych sama pozwana nie złożyła.

„Jeżeli dopiero w piśmie procesowym strona dokonuje potrącenia i zarazem z tego względu zgłasza stosowny zarzut procesowy, to tego rodzaju zachowanie należy zakwalifikować do szczególnej kategorii czynności prawnych, które mają podwójny charakter: są oświadczeniami woli w rozumieniu k.c., a jednocześnie stanowią czynność procesową (tak np. SA w Warszawie w wyroku z dnia 11.10.2011r. w sprawie VI ACa 407\11- LEX nr 1101540).

Powód powołał w tym zakresie wyrok SN z dnia 20.10.2004r. w sprawie I CK 204\04, w którym Sąd ten wyraził pogląd, że „Przewidziany w art. 91 k.p.c. zakres umocowania z mocy ustawy nie uprawnia pełnomocnika procesowego do złożenia materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu.”. Rzecz jednak w tym, iż cytując wskazane orzeczenie SN powód powołał jedynie pierwsze zdanie tezy, które rzeczywiście uzasadnia podniesiony przez niego zarzut. Pominął jednak zdanie drugie tezy wyroku, zgodnie z którym „Oświadczenie woli mocodawcy o udzieleniu pełnomocnictwa do złożenia takiego oświadczenia może być jednak złożone w sposób dorozumiany”. Kwestia powyższa jest sporna w orzecznictwie i doktrynie. Identyczne stanowisko w zakresie dorozumianego rozszerzenia pełnomocnictwa procesowego o upoważnienie do składania oświadczeń materialnoprawnych o potrąceniu zajęł np. SA w Warszawie w wyroku z dnia 11.10.2011r. w sprawie VI ACa 407\11 powoływanym już powyżej: „Oświadczenie woli mocodawcy o udzieleniu pełnomocnictwa do złożenia oświadczenia potrącenia może być złożone w sposób dorozumiany. Dyrektywa celowego działania strony pozwala przyjąć, że gdy skutek procesowy (którego realizacji pismo procesowe ma służyć) wymaga złożenia przez stronę określonego oświadczenia woli, to jest ono w piśmie procesowym wyrażone, mimo że bezpośredniej wypowiedzi w tym przedmiocie brak.”. Bardziej restrykcyjne poglądy wyraził SN w wyroku z dnia 10.08.2010r. w sprawie I PK 56\10 (dostępne w Lex przy art.499 kc), który skuteczność takiego rozszerzonego umocowania uzależnia od choćby milczącego potwierdzenia takiego zachowania pełnomocnika przez mocodawcę podkreślając przy tym, że pełnomocnik procesowy strony przeciwnej nie jest uprawniony do przyjęcia oświadczenia o potrąceniu.

Zdaniem Sądu Okręgowego należało się opowiedzieć za stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w zdaniu drugim tezy powoływanego przez powoda wyroku SN w sprawie I CK 204\04 i powoływanym przez Sąd wyroku SA w Warszawie w sprawie VI Aca 407\11. Jeżeli zaś dopuszczalnym jest złożenie przez pełnomocnika procesowego oświadczenia o potrąceniu o charakterze podwójnym (materialnoprawnym i procesowym jednocześnie), to brak jest

podstaw do przyjęcia, iż oświadczenia tego nie mógł przyjąć reprezentujący pozwanego pełnomocnik procesowy i że oświadczenie to nie dotarło do pozwanego.

Co do zarzutu przedawnienia potrącenia przywołać należy dyspozycję art. 502 kc, zgodnie z którą wierzytelność przedawniona może być potrącona, jeżeli w chwili, gdy potrącenie stało się możliwe, przedawnienie jeszcze nie nastąpiło.

Powód podniósł jednak również zarzut niedopuszczalności zarzutu potrącenia w świetle art.497¹⁴ § 3 kpc, zgodnie z którym w toku postępowania w sprawach gospodarczych do potrącenia mogą zostać przedstawione wyłącznie wierzytelności udowodnione dokumentami. Zarzut ten uznać należałoby za częściowo uzasadniony, jednak w zakresie nie mającym wpływu na rozstrzygnięcie niniejszego sporu. Wątpliwości budzi podniesiony przez pozwaną zarzut w takim zakresie, w jakim obejmuje kwotę 26.278,65 zł odpowiadającą kosztowi poprawek w związku z wadliwością robót wykonanych przez powoda. Pozwana nie przedstawiła na jego poparcie dostatecznie jednoznacznych dokumentów. Podstawą przyjęcia istnienia tej wierzytelności miały być fragmenty rachunków, w których koszt „poprawek” albo nie został w ogóle wyodrębniony (k-461-471), albo wyszczególniony ogólnikowo (k-452-460).

Warunki przedstawienia do potrącenia spełniają jednak wierzytelności z tytułu opóźnienia w wykonaniu umowy i opóźnienia w usunięciu wad. Ta wierzytelność pozwanej oparta jest bowiem na dokumentach tj. na umowie i protokołach odbioru robót.

Zgodnie z § 1 umowy roboty winny były zostać zakończone do dnia 15.03.2007r. Zakończenie robót wykonawca winien był zgłosić wpisem do dziennika budowy oraz zawiadomić pisemnie zlecającego. Nie jest sporne, iż powód nie zamieścił wpisu w dzienniku budowy. Na dowód zakończenia robót przesłał pozwanej sporządzone przez siebie jednostronne protokoły odbioru robót datowane na dzień 20.07.2007r., zeznania powoda. W dacie określonej przez samego powoda w protokołach pozostawał on zatem w zwłoce z wykonaniem robót przez okres 127 dni.

Powód twierdzi, iż roboty wykonane zostały w terminie, czego dowodem ma być protokół odbioru instalacji ppoż dokonany przez przedstawicieli straży pożarnej w dniu 31.05.2007r. Na żądanie Sądu Komendant PSP w S. przesłał znajdujące się w posiadaniu Straży protokoły. Wśród protokołów tych nie ma protokołu z odbioru dokonanego w dniu 31.05.2007r. Gdyby nawet przyjąć, iż powód podaje mylną datę odbioru, to i tak z protokołu z dnia 11.06.2007r. nie wynika, iż w dacie tej zakończone zostały roboty przy wszystkich instalacjach, które powód zobowiązał się wykonać i że instalacja elektryczna (jak to twierdzi powód) wykonana została w całym umówionym zakresie. Wykonania robót w terminie umówionym nie potwierdzają również powołani przez powoda świadkowie: M.S., P. B. Ł. J. , M. K. i M. D.. Z zeznań tych świadków wynika wręcz (M. B. ,

Ł. J.), że prace prowadzone były jeszcze w czerwcu 2007r.

§ 9 ust.3.1 umowy przewidywał kary w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki w oddaniu przedmiotu umowy. Wobec powyższego uznać należy, iż pozwana była uprawniona do naliczenia powodowi kar umownych za opóźnienie w wykonaniu umowy co najmniej za okres od dnia 15.03. do dnia 20.07.2007r. w kwocie 76.073 zł.

Zgodnie z art.498 kc jeżeli dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem (§ 1),a wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej (§ 2). Skoro za uzasadnioną Sąd uznał wierzytelność powoda w kwocie 44.151,87 zł, wierzytelność ta uległa umorzeniu w całości wobec potrącenia jej z wierzytelnością pozwanej z tytułu kary umownej za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy.

Stan powyższy wg Sąd Okręgowego zwalniał go z rozważań nad zarzutem potrącenia pozostałych wierzytelności pozwanej i czyni bezprzedmiotowym prowadzenie postępowania dowodowego w tym zakresie. Wobec powyższego

Sąd oddalił wniosek pozwanej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego „rzeczoznawcy” w zakresie, w jakim dowód ten został powołany w sprzeciwie, a także z uzupełniających zeznań świadka S. i wnioski zgłoszone w pismach.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy oddalił powództwo, a o kosztach orzekł na podstawie art.98 i 108 kpc, obciążając powoda, jako stronę przegrywającą spór, obowiązkiem zwrotu przeciwnikowi kosztów procesu.

Apelacja od powyższego wyroku wniósł powód zaskarżając go w całości, zarzucając mu :

1) naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów i przyjęcie, że w niniejszej sprawie nie został wykazany zakres robót dodatkowych, w sytuacji w której także pozwana wskazuje co było ich przedmiotem,

2) sprzeczność istotnych ustaleń sądu z zebrany w sprawie materiałem i przyjęcie, że pozwana w sposób dorozumiany umocowała swojego pełnomocnika procesowego do zgłoszenia zarzutu potrącenia, mimo iż nie ustalono żadnych zachowań pozwanej związanych z procesem pozwalających na wysnucie wniosku, iż udzieliła ona pełnomocnikowi procesowemu umocowania do podniesienia zarzutu potrącenia wywołującego skutki materialno-prawne.

3) naruszenie art. 498 kc. poprzez przyjęcie, że podniesiony w sprzeciwie od nakazu zapłaty zarzut potrącenia wierzytelności z tytułu kar umownych za opóźnienie w ukończeniu robót doprowadził do umorzenia wierzytelności w sytuacji, w której przedstawiona do potrącenia wierzytelność nie była wymagalna.

Mając na uwadze powyższe powód wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia przez uwzględnieni powództwa, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania oraz o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych,

W uzasadnieniu wskazał odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 223 § 1 k.p.c , że jego zdaniem ocena zgromadzonego materiału nie pozwala na stwierdzenie, że zakres prac dodatkowych, jakie powód miał wykonać nie została wykazany.

Ze zgromadzonego materiału wynika bowiem, że również pozwana wskazywała zarówno na fakt wykonania robót dodatkowych oraz ich przedmiot. W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwana wyraźnie stwierdza : „W toku prac istotnie doszło do ustaleń, iż zachodzi konieczność wykonywania pewnych robót, których wykonanie zwiększyłoby wynagrodzenie powoda”. Pozwana także wskazuje na ich przedmiot. Były to m.in. wykonanie instalacji elektrycznej (w zakresie zweryfikowanym kosztorysami nr (...), (...)), instalacji logicznych, sygnalizacji alarmu pożaru, telewizji przemysłowej, nagłaśniającej i wykonanie tzw. robót dodatkowych. Jak wynika z całości jej oświadczenia, pozwana nie kwestionuje tego co było przedmiotem prac dodatkowych, lecz ich wartość, wskazując na mniejszą liczbę czynności wykonanych w ramach każdego z zadań dodatkowych. Nie zmienia to jednak faktu, że przedmiot prac dodatkowych został wskazany przez obie strony. Było nim wykonanie robót instalacji elektrycznej (w zakresie wynikającym ze zweryfikowanych kosztorysy nr (...), (...)), wykonanie instalacji logicznych, instalacji sygnalizacji alarmu pożaru, instalacji telewizji przemysłowej, nagłaśniającej i wykonie robót dodatkowych, o jakich mowa a kosztorysie nr (...). Jednocześnie pozwana określiła, w formie kosztorysów, wynagrodzenie za te prace w wysokości 43 690,06 zł netto, a powód na poziomie określonym w żądaniu pozwu. Trudno się zatem zgodzić z oceną sądu, że nie był on w stanie określić zakresu prac dodatkowych, skoro zakres ten został wskazany przez obie strony sporu. Niniejszy spór w głównej mierze dotyczy natomiast tego, w jakim wymiarze ilościowym powód wykonał czynności techniczne w zakresie każdego z ww. zadań i tego właśnie sąd nie był w stanie ustalić. Jednakże ustalenie, jakie poszczególne czynności techniczne, i w jakim wymiarze zostały dokonane w ramach wykonywania każdego z zadań dodatkowych (np. montaż telewizji przemysłowej) winien być już dokonany przez biegłego, z uwagi na konieczność posiadania wiadomości specjalnych. Wtedy to już do kompetencji biegłego będzie należała ocena, czy jest on w stanie na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego określić, jakie czynności i w jakiej ilości zostały wykonane w ramach realizacji

każdego z zadań dodatkowych. Tymczasem z uwagi na błędną ocenę sądu, że zakres prac dodatkowych nie został w niniejszej sprawie wykazany, sąd stosowny wniosek dowodowy oddalił.

Powód podniósł też, że zarzut sprzeczności istotnych ustaleń sądu z zebrany w sprawie materiałem dowodowy poprzez przyjęcie, że pełnomocnik procesowy pozwanej został umocowany przez nią do podniesienia zarzutu potrącenia w sytuacji, w której sąd nie ustalił żadnych okoliczności faktycznych, wskazujących na umocowanie do czynności materialno-prawnych również zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności powód wskazał, że procesowy zarzut potrącenia jest formą obrony pozwanego prowadzący do wzajemnego umorzenie wierzytelności. Z tego względu powszechnie przyjmuje się, że jest to czynność procesowa wywołująca podwójny skutek tj. zarówno skutek procesowy jak i skutek materialno-prawny. Zarzut potrącenie podniesiony w toku procesu, jako środek obrony, jest żądaniem oddalenia powództwa z powołaniem się na umorzenie dochodzonego roszczenia. Przyjmuje się bowiem, że w razie podniesienia procesowego zarzutu potrącenia wchodzi także w rachubę przyjęcie, że jednocześnie zostaje złożone w sposób dorozumiany (per facta concludentia) oświadczenie o potrąceniu (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 9 marca 1972 r., III PZP 2/72, wyrok Sądu Najwyższego z 20 października 2004 r. I CK 204/04, OSNC 2005 nr 10, poz. 176).

Niewątpliwym jest, że strona może złożyć oświadczenie woli zarówno osobiście, jak i przez przedstawiciela. Z uwagi na fakt, że w niniejszej sprawie doszło do podniesienia zarzutu potrącenia przez pełnomocnika procesowego w sprzeczności od nakazu zapłaty, koniecznym było ustalenie czy pełnomocnik był umocowany do dokonania tej czynności (w sensie materialno- prawnym). Z uwagi na podnoszone przez powoda w tej kwestii zarzuty Sąd I instancji uczynił to zagadnienie przedmiotem swoich rozważań..

Powód wskazał, że podziela stanowisko sądu orzekającego co do możliwości umocowania pełnomocnika w sposób dorozumiany, stanął jednak na stanowisku, że w każdej tego typu sprawie koniecznym jest ustalenie faktu, który pozwoli na przyjęcie, że doszło do umocowania pełnomocnika w ten sposób. W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy jednak nie ustalił żadnego zachowania pozwanej, które pozwałaby na przyjęcie, że zachowanie to wyrażało wolę umocowania pełnomocnika procesowego w zakresie szerszym niż określony w art. 91 k.p.c., poprzestał na stwierdzeniu, że pełnomocnictwo do złożenia oświadczenia o potrąceniu może być udzielone w sposób dorozumiany, a następnie przyjął, że taka sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie. W ocenie powoda dokonanie takich ocen bez ustalenia faktów, które to potwierdzają, jest praktyką niewłaściwą, zwłaszcza w odniesieniu do czynności dorozumianych. W przypadku takich czynności ustalenie, że doszło do złożenia oświadczenia woli oraz jego treści wymaga szczególnie wnikliwych zabiegów interpretacyjnych. Dorozumianym jest bowiem takie oświadczenie woli, które stosownie do okoliczności danego przypadku zostaje złożone poprzez inne środki przejawu woli niż te, które z mocy ustawy, ustalonych zwyczajów lub porozumienia jest traktowane jako oświadczenie woli. Ponadto dyrektywa wykładni oświadczeń woli przewidziana w art. 65 kc. „każe rozpatrywać wszelkie przekazy komunikacyjne z uwzględnieniem ich kontekstu sytuacyjnego (...) Przy niejęzykowych postaciach wyrażenia oświadczenia woli kontekst sytuacyjny jest zawsze konieczną przesłanką zrozumienia w ogóle jego sensu". Warto też dodać, że w powołanych przez sąd I instancji orzeczeniach SN wskazujących na możliwość umocowania pełnomocnika w sposób dorozumiany, Sąd Najwyższy nie pominął kontekstu sytuacyjnego, w jakim doszło do złożenia oświadczenia o potrąceniu. W obu wyrokach wskazał na takie zachowania stron procesu w toku jego trwania, które potwierdzały fakt, że ich wolą było dokonanie potrącenia oraz wyrażały wolę udzielenia pełnomocnikom pełnomocnictwa szerszego niż pełnomocnictwo procesowe. Tytułem przykładu można wskazać, że do zachowań takich zaliczono okoliczność, że oświadczenie zostało złożone przez pełnomocnika w obecności mocodawcy, mocodawca nie zgłaszał do niego zastrzeżeń i nie odwołał tych oświadczeń. Zatem w przytoczonych wyżej sprawach ocena, że doszło do ustanowienia pełnomocnika w sposób dorozumiany, była dokonana w oparciu o potwierdzający to stan faktyczny. Tymczasem w niniejszej sprawie sąd ograniczył się do rozstrzygnięcia kwestii umocowania na płaszczyźnie wyłącznie teoretycznej. Sąd natomiast nie ustalił okoliczności faktycznych pozwalających na przyjęcie, że pozwana umocowała swojego pełnomocnika procesowego do czynności materialno-prawnych. Mimo tego uznał, że pełnomocnik został umocowany do nich w sposób dorozumiany.

Powód dodał też, że w jego ocenie wierzytelność pozwanej z tytułu kary umownej za opóźnienie w oddaniu prac była niewymagalna.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 października 2012 r., wydanego w sprawie prowadzonej pod sygn. Akt. I ACa 738/12 wskazał, iż: „ Świadczenie z tytułu kary umownej, o jakim mowa w przepisach art. 483 kc oraz art 484, ma charakter odszkodowawczy i, o ile strony w umowie nie uzgodniły inaczej, bezterminowy. W związku z tym, stosownie do przepisu art 455 kc, staje się ono wymagalne z zasady po wezwaniu dłużnika o zapłatę”. W ocenie powoda pogląd ten należy w pełni podzielić. Zgodnie z art. 455 kc jeżeli termin świadczenia nie jest oznaczony, ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. W świetle tego przepisu koniecznym jest zatem uprzednie wyznaczenie terminu, w którym dłużnik winien swoje świadczenie spełnić. Dopiero z chwilą nadejścia terminu określonego w wezwaniu do spełnienia świadczenia zobowiązanie staje się wymagalne, co oznacza, że wierzyciel uzyskuje możliwość żądania od dłużnika spełnienia świadczenia, a dłużnik może i powinien to żądanie zaspokoić. (K. Pietrzykowski, Kodeks cywilny, Komentarz do artykułów 450-1088, CH. Beck, 2011, str. 19). „Zobowiązanie bezterminowe do momentu wezwania dłużnika przez wierzyciela nie jest jeszcze wymagalne. Staje się wymagalne dopiero niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela do wykonania. Trudno natomiast jest akceptować tezę, że w odniesieniu do zobowiązań bezterminowych dochodzi do swoistego "wymuszenia" początku wymagalności na zasadach określonych w art. 120 § 1 zd. 2 k.c., poprzez odniesienie się do dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony podjął czynność w najwcześniejszym możliwym terminie (wyrok SN z 29 listopada 1999 r., III CKN 474/98, LEX nr 142585).” (A. Kidyba (red.), Z. Gawlik, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, Komentarz do art 455 KC LEX).

Wg powoda w okolicznościach rozpatrywanej sprawy brak jest okoliczności pozwalających na uznanie, że kara umowna z tytułu opóźnienia w oddaniu prac była wymagalna. W sprzeciwie pozwana wskazała jedynie na wysokości należnej jej kary umownej z tytułu opóźnienia w wykonaniu robót oraz na podstawie wyliczenia jej wysokości. Pozwana nie wykazała, by kiedykolwiek wzywała powoda do dokonania zapłaty. Z tego względu przyjęć należy, że przedstawiona do potrącenia wierzytelność była wierzytelnością niewymagalną. Tym samym nie doszło do spełnienia przesłanek o jakich mowa w art 498 kc, a to z kolei nie pozwala na przyjęcie, że w wyniku zarzutu potrącenia doszło do umorzenia wierzytelności przysługującej powodowi.

Natomiast w kwestii zarzutu potrącenia kary umownej z tytułu opóźnienia w usunięciu wad dzieła, sąd I instancji uznał, że nie jest koniecznym rozważenie jego zasadności i zaniechał przeprowadzenia dowodowego w tym zakresie.

W odpowiedzi na apelację pozwana wniosła o jej oddalenie i o zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego

W uzasadnieniu wskazała argumentację, która wg niej czyniła apelację powoda bezzasadną.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje :

Apelacja wywiedziona przez powoda okazała się zasadna jedynie w części, a dokonana w jej wyniku kontrola instancyjna orzeczenia wydanego przez Sąd Okręgowy, skutkowałą jego częściową zmianą.

Sąd Okręgowy w uzasadnieniu skarżonego wyroku przedstawił stan faktyczny przedmiotowej sprawy, podał w jaki sposób go ustalił oraz wskazał dowody, na których się oparł.

Sąd Odwoławczy stwierdził, że ustalenia faktyczne, które zostały dokonane przez Sąd Okręgowy w oparciu o przeprowadzone dowody należy uznać za prawidłowe, ustalenia te jako takie podziela i przyjmuje za własne, co czyni zbędnym ich ponowne przytaczanie w tym miejscu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 sierpnia 2001 roku, V CKN 348/00, LEX nr 52761, Prok.i Pr. 2002/6/40).

Jednakże Sąd Apelacyjny nie podzielił w całości rozważań teoretycznych dotyczących prawnych podstaw orzeczenia przytoczonych przez sąd I instancji , co skutkowało częściową zmianą wyroku.

Wobec postawienia w apelacji zarówno zarzutów naruszenia prawa materialnego jak i procesowego zauważyć trzeba, że prawidłowość zastosowania lub wykładni prawa materialnego może być właściwie oceniona jedynie na kanwie niewadliwie ustalonej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. Skuteczne, zatem zgłoszenie zarzutu dotyczącego naruszenia prawa materialnego wchodzi zasadniczo w rachubę tylko wtedy, gdy ustalony przez sąd pierwszej instancji stan faktyczny, będący podstawą zaskarżonego wyroku, nie budzi zastrzeżeń (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 1997 r. II CKN 60/97 - OSNC 1997/9/128). Powyższe rodzi konieczność rozpoznania w pierwszym rzędzie zmierzających do zakwestionowania stanu faktycznego zarzutów naruszenia prawa procesowego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 1997 r. II CKN 18/97 – OSNC 1997/8/112).

Skarżący podniósł, że doszło do naruszenie przez Sąd Okręgowy przepisu art. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów i przyjęcie, że w niniejszej sprawie nie został wykazany zakres robót dodatkowych, w sytuacji w której także pozwana wskazuje co było ich przedmiotem.

Zgodnie z treścią art. 233 § 1 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

Z cytowanego przepisu wynika zatem, że przedmiotem oceny sądu jest materiał dowodowy, nie tylko z punktu widzenia jego wiarygodności, ale i mocy jaką on przedstawia dla wykazania okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Oczywiście natomiast jest, że ta ocena musi być dokonana w kontekście całokształtu zebranego materiału.

Ocena wiarygodności mocy dowodów przeprowadzonych w danej sprawie wyraża istotę sądenia w części obejmującej ustalenie faktów, ponieważ obejmuje rozstrzygnięcie o przeciwstawnych twierdzeniach stron na podstawie własnego przekonania sędziego powziętego w wyniku bezpośredniego zetknięcia się ze świadkami, dokumentami i innymi środkami dowodowymi. Powinna odpowiadać regułom logicznego rozumowania wyrażającym formalne schematy powiązań pomiędzy podstawami wnioskania i wnioskami oraz uwzględniać zasady doświadczenia życiowego wyznaczające granice dopuszczalnych wniosków i stopień prawdopodobieństwa ich występowania w danej sytuacji. Jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.) i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami, lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona.

Sąd Okręgowy starannie zebrał i szczegółowo rozważył wszystkie dowody oraz ocenił je w sposób nie naruszający swobodnej oceny dowodów, uwzględniając w ramach tejże oceny zasady logiki i wskazania doświadczenia życiowego. Wobec tego nie sposób jest podważać adekwatności dokonanych przez Sąd Okręgowy ustaleń do treści przeprowadzonych dowodów

Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu apelującego uznając go za czysto polemiczny, a nie merytoryczny i z tego też względu na jego odparcie wystarczające będzie stwierdzenie, że w tej części stanowisko i argumentacja Sądu Okręgowego była prawidłowa i tym samym Sąd Apelacyjny uznaje ją za własną, bez konieczności całościowego powielania.

W szczególności należało przyjąć, że powód w zasadzie nie wskazał jednoznacznie, czy domaga się zapłaty za roboty „konieczne” w rozumieniu § 3 ust.4 umowy, czy za prace rzeczywiście „dodatkowe” zlecone mu ustnie ponad zakres określony w umowie oraz, że zaoferowane przez powoda w pozwie dowody, nie pozwoliły ustalić, iż doszło do uzgodnienia i wykonania jakichkolwiek robót koniecznych, czy wykraczających poza umowę w zakresie większym, aniżeli sama pozwana to przyznała.

Również istotne jest to, że powód nie określił w pozwie zakresu robót za który domagał się wynagrodzenia, a także i to, że w toku procesu składał liczne i wzajemnie sprzeczne oświadczenia co do tego, co stanowi podstawę jego żądania, jak w oświadczeniu złożonym na rozprawie w dniu 22.03.2012r., a następnie w piśmie z dnia 25.04.2012r.

Sąd Okręgowy zasadnie też wskazał, że dla rozdzielenia robót wykonywanych w ramach umowy pisemnej (która ostatecznie nie była przedmiotem sporu i powód nie wywodził z niej żadnych roszczeń) i ewentualnie umowy ustanej nie był przydatny dowód z opinii biegłego „rzecznawcy” d/s budownictwa wnioskowany przez powoda, gdyż zgodnie z tezą dowodową zawartą w pozwie powód powołał go dla ustalenia „wykonanych prac, ich prawidłowości i wartości” - ustalenie całego zakresu robót wykonanych przez powoda w hotelu (...) było bezprzedmiotowe wobec przedmiotu sporu, którym było wykonanie robót wykraczających poza zakres umowy. Słusznie też sąd I instancji zaznaczył, że ustalenie przez biegłego, czy powód wykonał roboty „dodatkowe” należy zaś do kompetencji Sądu, który przed zleceniem biegłemu ewentualnego sprawdzenia, czy roboty zostały wykonane i oszacowania ich wartości, musi ustalić, które roboty poddane zostaną ocenie biegłego, a przy tożsamości robót określonych umową i robót, za które powód dochodzi wynagrodzenia, Sąd Okręgowy nie był w stanie ustalić na podstawie zaoferowanych przez powoda dowodów-zakresu „robót dodatkowych”.

Skarżący zarzucił, że pozwana w sprzeciwie wskazała, iż w toku prac doszło do ustaleń, iż zachodzi konieczność wykonania prac, które zwiększyłyby wynagrodzenie powoda.

Jednak zasadnie zdaniem Sądu Apelacyjnego pozwana w odpowiedzi na apelację wskazała, że powód pominął milczeniem i nie odniósł się do jej twierdzeń, iż te prace były rodzajowo tożsame z przedmiotem umowy, a zwiększenie wynagrodzenia mogło wynikać wyłącznie z kwestii ilościowych - co powód sam wielokrotnie przyznał, i co czyniło roszczenie powoda sprzecznym z art. 630 § 1 zd 2 kc, że powód kosztorysy ofertowe, które stały się punktem wyjścia dla ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego przez strony sporządził jak to sam określił „z powietrza”, nie korzystając choćby z dokumentacji projektowej na obiekt, a jedynie na podstawie oględzin placu budowy, na którym w owym czasie obiektu jeszcze fizycznie nie było.

Nadto istotne było też i to zasadnie podniesione przez pozwaną, że kosztorysy ofertowe powoda nie wskazywały nadto na zakres przedmiotu umowy w sensie ilościowym, powód w kosztorysach podaje jedynie roboczogodziny niezbędne dla wykonania poszczególnych elementów, a ich rozmiar (ilość) miał i winien był wynikać z dokumentacji technicznej, tej jednakże powód nigdy nie sporządził i rację ma zatem Sąd I instancji, iż nie można na podstawie materiału dowodowego zaoferowanego przez powoda ustalić, jaki zakres robót objęty był umową, a jaki ją w rozumieniu powoda przekraczał.

W oparciu o powyższe rozważania Sąd Apelacyjny nie uznał za wykazaną przez powoda okoliczność, że przedmiot prac dodatkowych został wskazany przez obie strony.

Jedynie na marginesie należy wskazać, że powód w apelacji zawarł stwierdzenie, że z uwagi na błędną ocenę sądu I instancji, że zakres prac dodatkowych nie został w niniejszej sprawie wykazany, sąd stosowny wniosek dowodowy oddalił.

Jednakże na tym konkretnie tle powód nie konstruował żadnych apelacyjnych zarzutów, istotne jest też i to, że nie dokonał zgłoszenia w trybie art. 162 kpc zastrzeżeń do protokołu w dniu 8 lutego 2013r., kiedy to Sąd Okręgowy wnioski dowodowe powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego oddalił.

Kolejny zarzut powoda dotyczył sprzeczności istotnych ustaleń sądu z zebrany w sprawie materiałem dowodowy poprzez przyjęcie, że pełnomocnik procesowy pozwanej został umocowany przez nią do podniesienia zarzutu potrącenia w sytuacji, w której sąd nie ustalił żadnych okoliczności faktycznych, wskazujących na umocowanie do czynności materialno-prawnych również zasługuje na uwzględnienie.

Choć faktycznie w zakresie legitymacji do złożenia zarzutu potrącenia Sąd Okręgowy skoncentrował się na rozważaniach natury teoretycznej i w sposób ścisły nie odniósł ich do realiów w niniejszej sprawie, to jednak nie oznacza

tego, że niezasadnie przyjęto, że pełnomocnik procesowy pozwanej został umocowany przez nią do podniesienia zarzutu potrącenia.

W apelacji powód sam podał, że podziela stanowisko sądu orzekającego co do możliwości umocowania pełnomocnika w sposób dorozumiany.

W niniejszej sprawie pełnomocnik pozwanej po udzieleniu mu pełnomocnictwa, działając w imieniu i na jej rzecz złożył oświadczenie o potrąceniu w sprzeciwie, a okoliczność ta była przedmiotem rozważań stron już na pierwszej rozprawie, na której była obecna osobiście M. S. (1), która nigdy nie zakwestionowała i nie oprotestowała złożonego zarzutu potrącenia ani jego podstaw.

Dlatego też należało w sprawie przyjęć, że pozwana w sposób dorozumiany upoważniła pełnomocnika procesowego do złożenia materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu .

Natomiast Sąd Apelacyjny uznał za zasadny zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy prawa materialnego tj. naruszenia art. 498 kc. poprzez przyjęcie, że podniesiony w sprzeciwie od nakazu zapłaty zarzut potrącenia wierzytelności z tytułu kar umownych za opóźnienie w ukończeniu robót doprowadził do umorzenia wierzytelności w sytuacji, w której przedstawiona do potrącenia wierzytelność nie była wymagalna.

Sąd Okręgowy uznał, że pozwana była uprawniona do naliczenia powodowi kar umownych za opóźnienie w wykonaniu umowy co najmniej za okres od dnia 15.03. do dnia 20.07.2007r. w kwocie 76.073 zł i wskazał na podstawie czego doszedł do takiego przekonania.

Niestety Sąd Okręgowy całkowicie zaniechał analizy zastosowania w niniejszej sprawie przesłanek art.498 kc, ograniczając się w tym zakresie praktycznie jedynie do zacytowania treści przepisu i wskazania, że skoro za uzasadnioną uznał wierzytelność powoda w kwocie 44.151,87 zł, wierzytelność ta uległa umorzeniu w całości wobec potrącenia jej z wierzytelnością pozwanej z tytułu kary umownej za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy.

Sąd I instancji zaniechał w szczególności analizy powyższego przepisu pod kątem wymagalności wierzytelności przedstawionej do potrącenia.

Powód swój zarzut uzasadniał tym, że świadczenie z tytułu kary umownej, o jakim mowa w przepisach art. 483 kc oraz art 484 kc ma charakter odszkodowawczy i o ile strony w umowie nie uzgodniły inaczej, bezterminowy, w związku z tym, stosownie do przepisu art 455 kc, staje się ono wymagalne z zasady po wezwaniu dłużnika o zapłatę.

Wg skarżącego w okolicznościach rozpatrywanej sprawy brak jest okoliczności pozwalających na uznanie, że kara umowna z tytułu opóźnienia w oddaniu prac była wymagalna, gdyż w sprzeciwie pozwana wskazała jedynie na wysokości należnej jej kary umownej z tytułu opóźnienia w wykonaniu robót oraz na podstawie wyliczenia jej wysokości, a nie wykazała, by kiedykolwiek wzywała powoda do dokonania zapłaty, dlatego też przedstawiona do potrącenia wierzytelność była wierzytelnością niewymagalną.

Natomiast pozwana w odpowiedzi na apelację wskazała, że począwszy od dnia 15.03.2007r. (kiedy zobowiązanie powoda z tytułu kary umownej zgodnie z umową powstawało) miała wobec powoda stale powiększającą się wierzytelność z tytułu kary umownej, której naliczanie zakończyło w dniu 20.07.2007r. przedłożenie przez powoda protokołów odbioru, a wierzytelność ta w wysokości wskazanej w sprzeciwie w dniu 20.07.2007r. oraz w dacie wystawienia przez powoda faktury, z której wynika roszczenie objęte niniejszym sporem, była wymagalna w ww. rozumieniu, tj. pozwana miała prawo realizować ją na drodze postępowania sądowego i mogła żądać jej zapłaty od dłużnika - powoda.

Pozwana dodała też, że fakt, iż nie wezwała powoda do zapłaty, czy też nie wystawiła noty odsetkowej ma znaczenie tylko o tyle, że roszczenie to będąc wymagalnym, pozostawało nadal bezterminowym.

Jednakże Sąd Apelacyjny nie zgodził się z powyższą argumentacją i to nie tylko na płaszczyźnie ogólnych rozważań natury jurydycznej, ale i też na podstawie dokonanych w sprawie ustaleń faktycznych.

Chociaż pozwana w przytaczanej już powyżej odpowiedzi na apelację sama wskazała, że jej rolą było wykazać dokumentami przesłankę potrącenia, tj. terminu wykonania umowy i opóźnienia powoda w wykonaniu robot nią objętych, a obie te okoliczności wynikały z umowy i protokołów, które przedłożył sam powód, to niestety należało jej zarzucić niezbyt dobrą znajomość regulacji umowy, na którą zresztą sama się powoływała.

Otóż zgodnie z § 9 ust.4 i 5 przedmiotowej umowy kara umowna powinna być zapłacona przez stronę, która naruszyła postanowienia umowy w terminie 14 dni od daty wystąpienia przez stronę drugą z żądaniem zapłacenia kary, zamawiający w razie zwłoki w zapłacie kary pieniężnej może potrącić należną mu karę z dowolnej należności wykonawcy.

Z powyższego zapisu, nie kwestionowanego przez żadną ze stron wynika w sposób oczywisty, że pozwana mogła potrącić swoją wierzytelność dopiero w razie zwłoki powoda w zapłacie kary pieniężnej czyli przedmiotowej kary umownej.

Zgodnie z art. 476 kc dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela.

Natomiast w myśl art. 498 § 1 kc gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym.

§ 2. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej.

Zgodnie z treścią § 1 komentowanego artykułu każdy podmiot prawa cywilnego może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności innego podmiotu, gdy spełnione są łącznie następujące przesłanki pozytywne: 1) dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami (wzajemność wierzytelności); 2) przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku (jednorodność wierzytelności); 3) obie wierzytelności są wymagalne (wymagalność roszczeń); 4) obie wierzytelności mogą być dochodzone przed sądem lub innym organem państwowym (zaskarżalność wierzytelności).

Z uwagi na to, że w niniejszej sprawie sporna była jedynie trzecia przesłanka tj. wymagalność wierzytelności, to Sąd Apelacyjny odnie się właśnie do tej przesłanki.

Sąd Najwyższy w swoim wyroku z 18 stycznia 2008 r., sygn.. V CSK 367/07 uznał, że: „ przez wymagalność należy rozumieć stan, w którym wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności. Jest to stan potencjalny, o charakterze obiektywnym, którego początek następuje od chwili, w której wierzytelność zostaje uaktywniona. Wówczas też następuje początek biegu przedawnienia i dopuszczalności potrącenia (art. 498 § 1 k.c.)”

Wymagalność roszczenia nie została w prawie cywilnym zdefiniowana, powszechnie jednak przyjmuje się, że wyraża ona stan, w którym, obiektywnie rzecz ujmując, wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności. Początek wymagalności roszczenia nie daje się formułować w regułę ogólną, ponieważ dla różnych stosunków prawnych i dla różnych roszczeń może być zróżnicowany. Określa go każdorazowo konkretna wierzytelność oraz treść, charakter lub właściwości zobowiązania, z którego wierzytelność się wywodzi.

Na ogół wymagalność powstaje z chwilą nadejścia terminu spełnienia świadczenia, który może być określony w ustawie bądź oznaczony przez czynność prawną albo wynikać z właściwości zobowiązania. Jeżeli termin spełnienia

świadczenia nie został oznaczony, powinno być ono spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania zobowiązania (art. 455 k.c.), chyba że przepis szczególny stanowi inaczej.

Z kolei Sąd Najwyższy w swoim wyroku z 12 października 2005 r., sygn. III CK 90/05 przyjął, że : „choć z treści art. 498 k.c. można by wnosić, że przesłankę wymagalności odnosi się do obu wierzytelności, to powszechnie przyjmuje się, że tylko wierzytelność potrącającego, czyli strony aktywnej, powinna być wymagalna. Ograniczenie warunku wymagalności tylko do wierzytelności strony aktywnej znajduje uzasadnienie w samej konstrukcji potrącenia. Potrącenie jest bowiem równoznaczne z przymusowym zaspokojeniem wierzytelności przysługującej osobie, która składa oświadczenie woli, a egzekucja wierzytelności niewymagalnej nie może być prowadzona. Dokonując potrącenia strona płaci równocześnie swój dług, a skoro według art. 457 k.c. termin spełnienia świadczenia w razie wątpliwości poczytuje się za zastrzeżony na korzyść dłużnika, to co do zasady nie ma przeszkód, by zobowiązany spłacił dług przed terminem. Dlatego potrącenie z wierzytelnością jeszcze niewymagalną jest dopuszczalne, wystarczy by wobec potrącającego istniała oraz by świadczenie mogło być spełnione. Dłużnik nie może więc sprzeciwić się ściąganiu wymagalnego długu powołując się na to, że jego wierzytelność wzajemna wobec wierzyciela egzekwowanego jest jeszcze niewymagalna”.

Odnosząc powyższe teoretyczne rozważania Sądu Najwyższego, z którym należy się w pełni utożsamiać do realiów niniejszego postępowania należało uznać, że żadna z wierzytelności pozwanej z tytułu kar umownych: w związku z opóźnieniem w wykonaniu robót oraz w związku z usunięciu wad wykonanych instalacji nie była w momencie złożenia oświadczenia o potrąceniu wymagalna, tak więc ostatecznie nie podlegała potrąceniu.

Otóż pozwana, co nie było przez nią samą kwestionowane nigdy wcześniej nie występowała do powoda o zapłatę należności z tytułu jakichkolwiek kar umownych, tak więc nie postąpiła zgodnie z wymogami umowy i nie wystąpiła z żądaniem zapłaty kary,

Natomiast dopiero wówczas mógł by zacząć biec dla powoda 14 dniowy termin do zapłaty przez niego należności z tytułu którejkolwiek kary umownej – a więc termin wymagalności roszczenia pozwanej nastąpiłby dopiero z upływem terminu zapłaty.

Nadto, nawet gdyby nie było powyższego umownego uzgodnienia co do terminu zapłaty kar umownych, to i tak argumentacja pozwanej nie mogła być uznana za przekonującą.

Sąd Najwyższy w wyroku z 2011-06-30r., sygn.. III CSK 282/10 uznał, że zarówno wymagalność roszczeń wynikających z zobowiązań bezterminowych, jak i początek biegu przedawnienia tych roszczeń należy określać przy uwzględnieniu art. 455 k.c. W związku z tym można przyjąć, że roszczenie wynikające z zobowiązania bezterminowego, obejmującego zapłatę kary umownej, staje się wymagalne w dniu, w którym świadczenie powinno być spełnione, gdyby wierzyciel wezwał dłużnika do wykonania zobowiązania w najwcześniejszym możliwym terminie (art. 120 § 1 zd. 2 k.c. w zw. z art. 455 k.c.).

Natomiast w orzeczeniu z Sądu Najwyższego z 30 sierpnia 2006 r., sygn.. II CSK 90/06 wskazano, że roszczenie o zapłatę kary umownej za zwłokę w terminowym usunięciu wady przedmiotu umowy o roboty budowlane staje się wymagalne w pierwszym dniu po upływie terminu do usunięcia wady.

Mając na uwadze powyższe stanowisko Sądu Najwyższego jak i poglądy judykatury i doktryny zaprezentowane przez powoda w apelacji, które w całości podzielił Sąd Apelacyjny, to należało uznać że przesłanką wymagalności roszczenia pozwanej z tytułu kar umownych było uprzednie wezwanie powoda o ich zapłatę, czego jak wiadomo nie było.

Dlatego też nie można była zaakceptować poglądu pozwanej, że fakt, iż nie wezwała ona powoda do zapłaty czy też nie wystawiła noty odsetkowej ma znaczenie tylko o tyle, że roszczenie to będąc wymagalnym, pozostawało nadal bezterminowym, w szczególności wbrew twierdzeniom pozwanej nie przemawiał za tym powoływany przez nią wyrok składu siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 12 lutego 1991 r. w sprawie III CRN 500/90 oraz jego uzasadnienie.

Natomiast Sąd Apelacyjny w całości podzielił stanowisko i argumentację Sądu Okręgowego w zakresie niedopuszczalności zarzutu potrącenia w świetle art.497¹⁴ § 3 kpc kwoty 26.278,65 zł odpowiadającą kosztowi poprawek w związku z wadliwością robót wykonanych przez powoda przyjmując, że pozwana nie przedstawiła na jego poparcie dostatecznie jednoznacznych dokumentów.

Podstawą przyjęcia istnienia tej wierzytelności miały być fragmenty rachunków, w których koszt „poprawek” albo nie został w ogóle wyodrębniony, albo wyszczególniony ogólnikowo, a do potrącenia mogły zostać przedstawione wyłącznie wierzytelności udowodnione dokumentami – inna inicjatywa dowodowa pozwanej w tym zakresie nie mogła zostać uwzględniona.

Mając na uwadze oświadczenie pozwanej jakie roszczenia i z jakiego tytułu uznała dawało to kwotę 44.152,53 zł, natomiast pozwana kwestię określenia wymagalności żądania odsetkowego nie kwestionowała, a Sąd Apelacyjny uznał je za uzasadnione w świetle przesłanek z art. 481 § 1 i 2 kc.

Natomiast , co do kosztów procesu za I i II instancję, to należało zastosować regułę częściowego rozliczenia kosztów z art. 100 kpc, przyjmując, że powód wygrał w stosunku 27,3%.

Dlatego też Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386. § 1 kpc zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od pozwanej M. S. (1) na rzecz powoda K. N. kwotę 44.152,53 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 10 listopada 2007 roku do dnia zapłaty, oddalił powództwo w pozostałej części oraz zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 464,02 zł tytułem kosztów procesu.

Natomiast na podstawie art.385 kpc oddalił apelację w pozostałej części.

T. Żelazowski M. Iwankiewicz D. Ryszał