

**Sygn. akt I ACa 558/12**

**Sygn. akt I ACa 558/12**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 23 listopada 2012 r.**

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Bogdan Świerczakowski

Sędziowie: SA Beata Kozłowska (spr.)

SO (del.) Adrianna Szewczyk-Kubat

Protokolant: st. sekr. sąd. Marta Rudnik

po rozpoznaniu w dniu 23 listopada 2012 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego (...) sp. z o.o. w likwidacji z siedzibą w P. przeciwko (...) sp. z o.o. w G.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie

z dnia 14 września 2011 r.

sygn. akt X GC 147/10

**1. zmienia zaskarżony wyrok w pkt I (pierwszym) i II (drugim) w ten sposób, że utrzymuje w mocy nakaz zapłaty Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 23 listopada 2009 r. jedynie w zakresie kwoty 70 806,90 zł (siedemdziesiąt tysięcy osiemset sześć złotych dziewięćdziesiąt groszy) z ustawowymi odsetkami od dnia 23 stycznia 2009 r. do dnia zapłaty, uchylając nakaz zapłaty w pozostałej części i w tym zakresie oddalając powództwo,**

**2. oddala apelację w pozostałym zakresie,**

**3. zasądza od powoda na rzecz pozwanego 4 871 zł (cztery tysiące osiemset siedemdziesiąt jeden złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.**

**Sygn. akt I ACa 558/12**

**Uzasadnienie:**

**Powód - Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. kwoty 240 844,78 zł z odsetkami od kwot szczegółowo wskazanych w pozwie tytułem wynagrodzenia za wykonane na rzecz pozwanego prace elektryczne.**

W dniu 23 listopada 2009 r. Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie wydał nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym, w którym uwzględnił powództwo w całości.

**Pozwany - (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G.** w zarzutach od nakazu zapłaty wniosła o uchylenie nakazu i oddalenie powództwa.

Pozwany zarzucił, że ma prawo zatrzymać kaucję gwarancyjną w wysokości 100 022, 28 zł do dnia 17 lutego 2012 r. Zatem roszczenie powoda w tym zakresie nie jest jeszcze wymagalne. Nadto w związku ze znacznym opóźnieniem w wykonaniu robót, pozwany obciążył powodową spółkę karą umowną w wysokości 840 187, 16 zł. W tym zakresie pozwany w dniu 12 grudnia 2009 r. złożył stronie powodowej oświadczenie o potrąceniu kwoty 140 822, 72 zł, stanowiącej część kary umownej.

**Wyrokiem z dnia 14 września 2011 r. Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie**

**I. utrzymał w mocy nakaz zapłaty z dnia 23 listopada 2009 r. w części dotyczącej kwoty 140 822 zł 50 r wraz z odsetkami w wysokości ustawowej od kwoty 100 000 zł od dnia 23 stycznia 2009 r. do dnia zapłaty i od kwoty 40 822 zł 50 gr od dnia 20 marca 2009 r. do dnia zapłaty;**

**II. uchylił nakaz zapłaty z dnia 23 listopada 2009 r. w pozostałej części i w tej części oddalił powództwo;**

**III. zniósł wzajemnie koszty procesu.**

Swe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych i następujących ocenach prawnych:

Dnia 26 października 2007 r. strony zawarły umowę nr (...) dotyczącą wykonania przez powoda instalacji elektrycznych w Zakładzie (...) w G.. Roboty miały być zakończone do dnia 25 listopada 2008 r. Wartość robót strony ustaliły na kwotę 2 000 445, 63 zł.

Na okres gwarancji, wynoszący 36 miesięcy od daty odbioru, pozwany zastrzegł sobie prawo zatrzymania kaucji gwarancyjnej w wysokości 5 % wartości przedmiotu umowy.

Powód zobowiązał się do zapłaty kary umownej w wysokości 0,5 % wartości wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki w wykonaniu robót.

Jednocześnie strony postanowiły, że wszelkie zmiany i uzupełnienia umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Strony pozostawały w sporze co do tego, kiedy prace wykonywane przez powoda zostały zakończone. Zdaniem pozwanego, prace zostały zakończone w dniu 17 lutego 2009 r., co wynika z protokołu odbioru sporządzonego w tym dniu, natomiast według powodowej spółki, prace zostały zakończone do dnia 5 grudnia 2008 r.

W ocenie Sądu Okręgowego, powód wykazał, że uzgodnione prace zostały zakończone przed dniem 5 grudnia 2008 r. Stanowisko to znajduje przede wszystkim potwierdzenie w spójnych i konsekwentnych zeznaniach świadków C. J. (1), R. M., A. O. (1) i A. W. (1).

Sąd Okręgowy wskazał na fakt, iż w dniach 12 września 2008 r. i 20 listopada 2008 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w G. wydał trzy decyzje o pozwoleniu na użytkowanie obiektów budowlanych, których dotyczyła umowa stron.

Jak wynika z treści art. 56 ust. 1 i art. 57 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. Nr 243 z 2010 r., poz. 1623 ze zm.) pozwolenie na użytkowanie obiektu budowlanego może zostać wydane w zasadzie tylko po zakończeniu wszystkich prac.

Zdaniem Sądu Okręgowego przekonujące są również zeznania prezesa zarządu powodowej spółki (...) co do tego, że protokoły z grudnia 2008 r. i lutego 2009 r. były wyłącznie protokołami finansowymi, stanowiącymi podstawy do wystawienia faktur, a nie protokołami odbioru, potwierdzającymi wykonanie określonej części prac w konkretnym terminie.

Natomiast, przesłuchany w charakterze strony pozwanej R. S. nie potrafił wyjaśnić, dlaczego, mimo niezakończenia prac, zostało wydane pozwolenie na użytkowanie, ani kiedy miał miejsce odbiór całej inwestycji.

Istotne jest również w tym kontekście, że strona pozwana nie przedstawiła dziennika budowy. Stosownie do treści art. 233 § 2 k.p.c. Sąd oceni według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, jakie znaczenie nadać odmowie przedstawienia przez stronę dowodu lub przeszkodom stawianym przez nią w jego przeprowadzeniu wbrew postanowieniu sądu.

Nie ulega wątpliwości, że pozwany powinien dysponować oryginałem dziennika budowy. W konsekwencji, zdaniem Sądu Okręgowego, ocena nieprzedstawienia tego dokumentu przez pozwaną spółkę musi zostać dokonana przy założeniu, iż dziennik budowy zawierał informacje niepotwierdzające stanowiska strony pozwanej. W przeciwnym razie, pozwany z pewnością dołożyłby wszelkich starań, aby dziennik budowy w Sądzie złożyć. Okoliczność ta musi mieć wpływ na niekorzystną dla pozwanej spółki ocenę zebranego materiału dowodowego.

Pismem z dnia 12 grudnia 2009 r. pozwany złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu wierzytelności wzajemnej z tytułu kary umownej do kwoty 140 822, 72 zł.

Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Według Sądu Okręgowego, umowa stron z dnia 26 października 2007 r. jest umową o roboty budowlane z uwagi na charakter, jak i rozmiar - rzeczowy i finansowy wykonywanych przez powodową spółkę robót. Mając na względzie fakt, że powód wykonał powierzone roboty w całości - co nie było sporne - roszczenie o zapłatę wynagrodzenia znajduje, co do zasady, oparcie w treści art. 647 k.c.

Powód dochodził również zwrotu kwoty 100.022,28 zł zatrzymanej przez pozwanego tytułem kaucji gwarancyjnej. Powodowa spółka podnosiła bowiem, iż strony uzgodniły ustnie, że kaucja nie zostanie przez pozwanego zatrzymana. Tym niemniej, Sąd Okręgowy uznał, że wszelkie ustne uzgodnienia stron odnośnie kaucji gwarancyjnej nie mogły być skuteczne z uwagi na treść § 8 umowy, który stanowi, że wszelkie zmiany i uzupełnienia umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności. Pozwany jest zatem uprawniony do zatrzymania kwoty 100 022, 28 zł tytułem kaucji gwarancyjnej, nawet przy przyjęciu, że umowa została wykonana przez powoda przed dniem 5 grudnia 2008 r. Wówczas bowiem, roszczenie o zwrot zatrzymanej kaucji stawałoby się wymagalne, zgodnie z § 6 umowy, dopiero po dniu 5 grudnia 2011 r.

Zgodnie z art. 493 § 3 k.p.c. do potrącenia mogą być przedstawione tylko wierzytelności udowodnione dokumentami, o których mowa w art. 485 k.p.c. Przewidziane w art. 493 § 3 k.p.c. wymaganie udowodnienia wierzytelności przedstawionej do potrącenia dokumentami wskazanymi w art. 485 k.p.c. dotyczy sytuacji, w której do potrącenia doszło po doręczeniu pozwanemu odpisu nakazu zapłaty i odpisu pozwu. Skoro pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu (art. 499 k.c.) w dniu 12 grudnia 2009 r., a więc już po doręczeniu odpisu pozwu, to skuteczność potrącenia jest uzależniona od tego, czy wierzytelność wzajemna strony pozwanej została udowodniona dokumentami, o jakich

mowa w art. 485 k.p.c. Bezsporne jest, że pozwany takich dokumentów nie złożył, a co za tym idzie, przedstawiona do potrącenia wierzytelność wzajemna nie może być w wymagany przepisami sposób udowodniona. Tym samym, oświadczenie pozwanej spółki o potrąceniu jest bezskuteczne. Nie wyklucza to oczywiście dochodzenia wierzytelności z tytułu kary umownej w odrębnym postępowaniu.

Dlatego też, Sąd Okręgowy na podstawie art. 496 k.p.c. oraz art. 647 k.c. w zw. z art. 493 § 3 k.p.c. utrzymał w mocy nakaz zapłaty z dnia 23 listopada 2009 r. w części dotyczącej kwoty 140.822, 50 zł (240 844, 78 zł – 100 022, 28zł) wraz z odsetkami w wysokości ustawowej od kwoty 100 000 zł od dnia 23 stycznia 2009 r. do dnia zapłaty i od kwoty 40 822, 50 zł od dnia 20 marca 2009 r. do dnia zapłaty, przyjmując, że pozwany powinien uiścić powodowi należne wynagrodzenie, pomniejszone o kwotę zatrzymanej kaucji gwarancyjnej. Jednocześnie Sąd Okręgowy na podstawie art. 496 k.p.c. oraz art. 76 k.c. w zw. z § 8 umowy uchylił nakaz zapłaty z dnia 23 listopada 2009 r. w pozostałej części i w tym zakresie oddalił powództwo, jako przedwczesne i dlatego bezzasadne.

Na podstawie art. 100 k.p.c., wobec częściowego uwzględnienia żądania powoda, Sąd Okręgowy zniósł wzajemnie koszty procesu.

### ***Pozwany zaskarżył apelacją wyrok w części, tj. w pkt 1 wyroku.***

Zarzucił:

1. naruszenie art. 233 k.p.c. skutkujące błędem w ustaleniach faktycznych polegającym na bezpodstawnym przyjęciu iż:

- protokoły z dnia 23.12.2008 roku oraz z dnia 17.02.2009 roku stanowiły wyłącznie protokoły finansowe, nadto pominięcie i nieodniesienie się przez Sąd I instancji do pozostałych, wcześniejszych protokołów odbioru prac cz. I - VI, w sytuacji, gdy wszystkie protokoły odbioru część I - VIII zostały sporządzone w sposób identyczny, a mianowicie przy udziale obu stron umowy ze wskazaniem zakończonego frontu robót oraz podaniem ich wartości;

- uznanie za spójne i konsekwentne zeznań świadków C. J., R.M., A. O. i A. W. oraz strony Prezesa Zarządu powodowej spółki (...). T. oraz przyjęcie przez Sąd I instancji, wbrew twierdzeniom strony pozwanej, wskazującej jako termin zakończenia prac 5.12.2008r., iż prace zostały zakończone przed 5 grudnia 2008 r., w sytuacji gdy:

- przesłuchani świadkowie nie mieli wiedzy co do daty zakończenia prac wskazanej w umowie, jednocześnie twierdząc, iż prace zostały zakończone w terminie,

- wskazywali różne daty ich zakończenia np. październik - A. O., mimo iż faktycznie w związku z udarem od 23.08.2008 r. nie przebywał on już na budowie lub C. J. - wskazał termin zakończenia prac na 25.11.2008 r., jednocześnie podnosząc, że protokół odbioru w listopadzie podpisał A. O., w sytuacji, gdy w listopadzie nie został sporządzony żaden protokół odbioru;

2. naruszenie art. 233 k.p.c. w zw. z art. 245 k.p.c. oraz art. 247 k.p.c. polegające na uznaniu za niewiarygodne pisemnych protokołów odbioru prac, których treść de facto nie została zakwestionowana przez stronę powodową, w sytuacji, gdy będąc dokumentami prywatnymi stanowiły one dowód tego, że osoby, która je podpisały, złożyły oświadczenie zawarte w dokumencie, nadto, w sytuacji, gdy zeznający w sprawie świadkowie byli nadal zatrudnieni w powodowej spółce, zaś pisemne protokoły odbioru stanowiły wiarygodny i obiektywny materiał dowodowy, a brak było szczególnych okoliczności przemawiających za dopuszczeniem dowodu z przesłuchania świadków ponad osnowę tychże dokumentów;

3. naruszenie art. 217 k.p.c. skutkujące pozbawieniem pozwanego prawa do obrony swoich twierdzeń poprzez oddalenie wniosku dowodowego o przesłuchanie I. B., której teza dowodowa została dodatkowo rozszerzona w piśmie pełnomocnika pozwanego z dnia 25.05.2011 r. oraz P. D. (1) jako sygnatariusza jednego z protokołów odbioru

zgłoszonego w charakterze świadka w piśmie z dnia 25.05.2011 r. w wyniku zmiany stanowiska i w konsekwencji twierdzeń strony powodowej, który to wniosek został złożony z zachowaniem rygorów art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c.;

4. naruszenie prawa procesowego art. 321 k.p.c. poprzez zasądzenie na rzecz powoda kwoty 100 000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 23.01.2009 r. oraz 40 822,50 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 20.03.2009 r., w sytuacji, gdy powód żądał zasądzenia kwoty 100 000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 23.01.2009 r., kwoty 130 000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 20.03.2009 roku oraz kwoty 10 844,78 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 19.04.2009 roku, zaś należność na kwotę 10 844,78 zł stanowiła zapłatę za fakturę obejmującą roboty dodatkowe, nie związane z umową stron o numerze (...), a termin jej zapłaty upływał z dniem 20.04.2009 r., gdyż 19.04.2009 roku przypadła w niedzielę;

5. naruszenie prawa procesowego art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie pisemnego uzasadnienia wyroku z uchybieniem wymaganiam powyższego przepisu poprzez nienależyte uzasadnienie uznania zeznań świadków strony powodowej oraz J. T. za wiarygodne oraz poprzestanie przez Sąd I instancji jedynie na ogólnikowym powołaniu się na ich treść, w sytuacji gdy:

- zeznania te w sposób jednoznaczny w kwestii najistotniejszej, tj. terminu zakończenia prac, jak i charakteru pisemnych protokołów odbioru, różniły się od siebie;

- Sąd I instancji w pisemnym uzasadnieniu wyroku nie odniósł się w żaden sposób do zmiany stanowiska strony powodowej, która początkowo twierdziła, iż pozwany bezprawnie opóźnił termin odebrania prac - nie kwestionując daty ich odbioru przypadającej na dzień 17.02.2009 r., zaś po złożeniu przez stronę pozwaną pozostałych protokołów odbioru linia obrony powoda została zmieniona, by przyjąć tezę, iż protokoły odbioru złożone przez pozwanego stanowiły jedynie protokoły finansowe, które to okoliczności pełnomocnik pozwanego wskazał chociażby w piśmie z dnia 25.05.2011 r.;

Nadto pozwany zarzucił niewyjaśnienie istoty sprawy, tj. terminu zakończenia prac objętych umową, a jedynie poprzestanie na stwierdzeniu, że „w ocenie Sądu prace zostały zakończone przed 5 grudnia 2008 r.”, w sytuacji, gdy strona powodowa sama wskazała jako termin zakończenia prac 5.12.2008 r., nadto niewyjaśnienie czasu rozpoczęcia, jak i zakończenia prac objętych pracami dodatkowymi, które nie były objęte umową numer (...), a objętymi fakturą (...) na kwotę 10.844,78 zł, jak również niewyjaśnienie, które to okoliczności miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy oraz uwzględnienia zgłoszonego zarzutu potrącenia, tym bardziej, iż częściowe protokoły pomiarów elektrycznych części biurowej zostały przekazane pozwanemu dopiero z dniem 5.12.2008 r., co zgodnie z prawem budowlanym uniemożliwiało w sposób zgodny z prawem odbiór budynku przed tą datą, a jedynie umożliwiło uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.

Wskazując na powyższe zarzuty, skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu, ewentualnie zmianę zaskarżonego wyroku i uwzględnienie zarzutu potrącenia.

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

Apelacja pozwanego zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Pozwany w niniejszym postępowaniu nie kwestionował co do zasady prawa powoda do wynagrodzenia objętego żądaniem pozwu. Podniósł jedynie, że częściowo roszczenie o zapłatę tego wynagrodzenia jest przedwczesne - z uwagi na prawo pozwanego do zatrzymania części wynagrodzenia jako kaucji gwarancyjnej, a w pozostałym zakresie roszczenie to nie jest zasadne z uwagi na podniesiony w sprawie zarzut potrącenia.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił zarzutu potrącenia.

W swej apelacji pozwany zakwestionował dokonaną przez Sąd Okręgowy ocenę zarzutu potrącenia podniesionego w toku niniejszego postępowania.

Pozwany w ramach zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c. wskazał na dokonanie przez Sąd Okręgowy błędnej oceny materiału dowodowego przedstawionego przez stronę pozwaną dla wykazania istnienia i wysokości wierzytelności pozwanego objętej zarzutem potrącenia.

Odnosząc się do tego zarzutu, wskazać przede wszystkim należy, iż niniejsze postępowanie zostało wszczęte jako postępowanie nakazowe, uregulowane w art. 484<sup>1</sup>k.p.c. - 497 k.p.c. Słusznie zatem Sąd Okręgowy wskazał w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż zgodnie z treścią art. 493 § 3 k.p.c. do potrącenia mogą być przedstawione tylko wierzytelności udowodnione dokumentami, o których mowa w art. 485 k.p.c. Problem polega jednak na tym, iż wskazując na tę regułę, Sąd Okręgowy w istocie nie zastosował jej w niniejszej sprawie, bowiem przeprowadził postępowanie dowodowe i uwzględnił wnioski o przeprowadzenie dowodów, które z pewnością nie należą do katalogu dowodów, o których mowa w art. 485 k.p.c.

Tym niemniej, jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z dnia 31 stycznia 2008 r. III CZP 49/07 sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania. Oznacza to, w sytuacji, gdy w apelacji pozwanego nie zostały podniesione zarzuty kwestionujące zakres przeprowadzonego postępowania dowodowego, uchybienia popełnione w toku postępowania pierwszoinstancyjnego jeśli chodzi o zakres przeprowadzonego postępowania dowodowego nie mogły być zweryfikowane na etapie postępowania apelacyjnego. Jak bowiem wyjaśnił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 lutego 2009 r., wydanego w sprawie II CSK 386/08, w sytuacji, gdy sąd pierwszej instancji nie zastosował prekluzji dowodowej, o której mowa w art. 479<sup>12</sup> k.p.c., sąd drugiej instancji, nie może z urzędu, jeżeli strona w apelacji nie formułuje takiego zarzutu, dokonać na nowo oceny materiału dowodowego, z pominięciem dowodów, które, jego zdaniem, uległy prekluzji. Zarzut naruszenia art. 479<sup>12</sup> k.p.c. musi być podniesiony przez stronę, aby sąd drugiej instancji mógł zweryfikować przeprowadzone przed sądem pierwszej instancji postępowanie dowodowe. To na stronach procesu spoczywa obowiązek dostarczenia sądowi orzekającemu faktów. Bierność lub zaniechanie strony nie może być zastępowane działaniem sądu z urzędu. Jeżeli, pomimo powstania warunków, określonych w art. 479<sup>12</sup> k.p.c. sąd pierwszej instancji dopuszcza określone dowody, a strona się z tym godzi, nie wnosząc zastrzeżeń w trakcie postępowania, ani w apelacji, brak podstaw do tego, aby wyręczał ją sąd apelacyjny.

Stanowisko to, w ocenie Sądu Apelacyjnego, należy odnieść w pełnym zakresie do ograniczeń dowodowych wynikających z art. 493 § 3 k.p.c.

W tym stanie rzeczy przyjąć należy, iż mimo tego, że Sąd Apelacyjny, jako sąd odwoławczy, dokonuje własnych ustaleń faktycznych, to wobec braku stosownych zarzutów apelacji, w szczególności zarzutu naruszenia art. 493 § 3 k.p.c., ustalenia faktyczne winny być dokonane na podstawie całokształtu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a więc również przy uwzględnieniu dowodów z zeznań świadków oraz przesłuchania stron, pomimo tego, że nie są to dowody, o których mowa w art. 485 k.p.c. Co prawda pozwany w swej apelacji zarzucił, iż doszło do naruszenia art. 233 k.p.c. w zw. z art. 245 k.p.c. oraz art. 247 k.p.c. polegającego zdaniem pozwanego na dopuszczeniu dowodu z przesłuchania świadków, ale zarzut ten był zapełniony inaczej skonstruowany. Opierał się on bowiem nie na twierdzeniu, iż dowody osobowe nie powinny być w ogóle w niniejszym postępowaniu przeprowadzane, lecz na twierdzeniu, że dowody z zeznań świadków zostały przeprowadzone ponad osnowę dokumentów, jakimi były dowody z dokumentów prywatnych w postaci protokołów odbioru robót. Tak skonstruowany zarzut apelacji nie zasługuje na uwzględnienie chociażby z tej tylko przyczyny, iż pozwany nie zgłosił w toku postępowania pierwszoinstancyjnego zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c.

Pozwany w ramach zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c. wskazał na bepodstawne ustalenie przez Sąd Okręgowy, że protokoły z dnia 23 grudnia 2008 r. oraz z dnia 17 lutego 2009 r. stanowiły wyłącznie protokoły finansowe, a nie protokoły potwierdzające zakończenie prac. Nadto pozwany zarzucił pominięcie i nieodniesienie się przez Sąd I instancji do pozostałych, wcześniejszych protokołów odbioru prac, w sytuacji, gdy wszystkie protokoły odbioru zostały sporządzone w sposób identyczny, a mianowicie przy udziale obu stron umowy ze wskazaniem zakończonego frontu robót oraz podaniem ich wartości.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zarzut ten jest niezasadny. Otóż, zauważyć należy, iż w zawartej umowie strony nie ujęły postanowień regulujących kwestie odbioru robót. Przyjąć zatem należy, iż obowiązkiem pozwanego był jedynie odbiór robót wykonanych przez powoda. Skoro strony w umowie nie przewidziały trybu dokumentowania odbioru robót, w szczególności nie przewidziały obowiązku sporządzania z tych czynności protokołów odbioru i, co więcej, nie nadały protokołom odbioru charakteru dokumentu mającego stanowić wyłączny dowód wykonania robót, przyjąć należy, iż fakt wykonania robót mógł być wykazany wszelkimi środkami dowodowymi. W ocenie Sądu Apelacyjnego zgromadzony w sprawie materiał dowodowy dawał podstawy do ustalenia, jak przyjął Sąd Okręgowy, iż co prawda były sporządzane protokoły odbioru robót, ale charakter tych dokumentów był inny, niż wskazywany przez pozwanego. Otóż, protokoły te zostały sporządzone dla celów rozliczeniowych i potwierdzały jedynie fakt wcześniejszego wykonania robót. Wbrew twierdzeniom pozwanego sporządzone przez strony protokoły odbioru robót nie pozwalają na identyfikację robót, których wykonanie miałyby potwierdzać. W protokołach tych wskazana jest jedynie wartość robót, brak jest natomiast szczegółowego wskazania jakich konkretnie prac poszczególne protokoły dotyczą. Protokoły wskazują jedynie na numerycznie określone części prac, tym niemniej w umowie strony nie podzieliły robót, będących przedmiotem umowy, na jakiegokolwiek części. W sytuacji zatem, gdy strony przewidziały rozliczenia fakturami przejściowymi, za wiarygodne uznać należy twierdzenie powoda, iż protokoły odbioru były sporządzane w związku z rozliczeniami finansowymi stron, a nie w celu udokumentowania wykonania przez powoda określonego zakresu robót. Fakt ten potwierdził w toku przesłuchania w charakterze strony prezes pozwanej spółki (...) oraz świadek C. J. (1), który wyjaśnił, że protokoły odbioru były de facto protokołami finansowymi, a terminy wystawiania faktur z protokołami były uzależnione od chęci zapłaty danej części należności przez pozwanego. Dokumenty te były wystawiane po poczynieniu odpowiednich uzgodnień przez strony. W ocenie Sądu Apelacyjnego zgodzić się należy z Sądem Okręgowym, iż zarówno przesłuchanie J. T., jak i zeznania świadka C. J. (1) zasługują na wiarę.

Słusznie też wskazał Sąd Okręgowy na fakt uzyskania przez pozwanego do 20 listopada 2008 r. trzech decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu budowlanego. Z faktu wydania przez organy budowlane pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego można bowiem wyprowadzić w oparciu o art. 231 k.p.c. domniemanie faktyczne, iż obiekty w postaci hali (...), linii kablowej (...) i stacji trafo, instalacji elektroenergetycznych(...) wraz z niezbędną infrastrukturą, budynku biurowego i budynku portierni oraz przebudowanej hali produkcyjnej wraz z instalacją elektryczną, zostały faktycznie wykonane. W ocenie Sądu Apelacyjnego, zwrócić należy uwagę na jeszcze jedną okoliczność. Otóż, pozwany, który twierdzi, iż pozwany dopuścił się znacznego opóźnienia w realizacji prac, gdyż jego zdaniem protokoły odbioru odzwierciedlają faktyczną realizację robót, nie przedstawił żadnego pisma, w którym sygnalizowałby opóźnienie, a notę obciążeniową obejmującą kary umowne za opóźnienie wystawił dopiero po otrzymaniu nakazu zapłaty wydanego przeciwko niemu w niniejszej sprawie. W tym stanie rzeczy twierdzenia pozwanego o znacznym opóźnieniu powoda w realizacji prac uznać należy za niewiarygodne.

Skoro protokoły odbioru robót były dokumentami sporządzanymi głównie dla celów rozliczeniowych, a nie dla odzwierciedlenia faktu zakończenia określonego zakresu robót, uznać należy, iż sam fakt, iż w/w osoby twierdziły jednocześnie, że prace zostały wykonane w terminie, nie podważa wiarygodności twierdzeń tych osób o jedynie rozliczeniowym charakterze protokołów odbioru. W tym stanie rzeczy akcentowany przez pozwanego fakt sporządzenia wcześniejszych protokołów odbioru nie może być inaczej odczytany jak tylko wcześniejsze sporządzenie protokołów odbioru, jako dokumentów związanych z rozliczeniem finansowym stron. W sytuacji zatem, gdy protokoły odbioru nie wskazują nawet na konkretne roboty, których dotyczą, a były sporządzane jedynie w ramach uzgodnień stron jako podstawy do wystawiania faktur częściowych, dokumenty te, mimo że część z nich została faktycznie

sporządzona po terminie realizacji prac uzgodnionych w umowie i terminie realizacji prac wskazanym przez powoda, nie mogą być uznane za wystarczającą podstawę do przyjęcia, że powód dopuścił się z włoki w realizacji robót.

Pozwany w ramach zarzutów naruszenia prawa procesowego wskazał na naruszenie art. 217 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku dowodowego o przesłuchanie I. B. oraz P. D.. Zarzut ten uznać należy za niezasadny z tej prostej przyczyny, iż oddalenie zgłoszonych przez pozwanego wniosków dowodowych nastąpiło na rozprawie w dniu 8 września 2008 r. Pozwany reprezentowany na tej rozprawie przez zawodowego pełnomocnika nie zgłosił zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. wobec oddalenia jego wniosków dowodowych. Celem regulacji zawartej w art. 162 k.p.c. jest m.in. zapobieganie nielejalności procesowej przez zobligowanie stron do zwracania na bieżąco uwagi sądu na uchybienia procesowe w celu ich niezwłocznego wyeliminowania i niedopuszczenie do celowego tolerowania przez strony takich uchybień z zamiarem późniejszego wykorzystania ich w środkach odwoławczych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r. V CSK 234/09). Oznacza to, że strona nie może skutecznie zarzucać w apelacji uchybienia przez sąd pierwszej instancji przepisom postępowania, dotyczącego wydania postanowienia oddalającego wniosek o przeprowadzenie dowodów, jeżeli nie zwróciła uwagi sądu na to uchybienie w trybie art. 162 k.p.c.

Pozwany podniósł również zarzut niewyjaśnienia istoty sprawy, tj. nieustalenie faktycznego terminu zakończenia prac objętych umową, a jedynie poprzestanie na stwierdzeniu że „w ocenie Sądu prace zostały zakończone przed 5 grudnia 2008 r.”, w sytuacji, gdy powód sam wskazał jako termin zakończenia prac 5 grudnia 2008 r. Kwestionując ustalenia Sądu Okręgowego co do terminu zakończenia przez powoda robót podniósł również zarzuty błędnej oceny zeznań świadków, którzy zdaniem pozwanego nie mieli wiedzy co do daty zakończenia prac wskazanych w umowie, wskazywali różne daty zakończenia robót, co więcej, zeznawali terminy zakończenia robót sprzecznie z twierdzeniami samego powoda, który wskazał w toku postępowania datę 5 grudnia 2008 r. jako datę zakończenia prac.

Co do zasady zgodzić się należy z pozwanym, iż w tym zakresie Sąd Okręgowy nie dokonał wystarczająco wnikliwej oceny nie tyle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, co stanowisk stron, w szczególności stanowiska samego powoda. Zauważyć bowiem należy, iż co prawda powód wnosił o nieuwzględnienie zarzutu potrącenia obejmującego kary umowne za opóźnienie w realizacji prac, tym niemniej, na rozprawie w dniu 14 stycznia 2011 r. pełnomocnik powoda jednoznacznie oświadczył, że prace zostały zakończone do dnia 5 grudnia 2008 r. i wyjaśnił, że świadkowie zgłoszeni w odpowiedzi na zarzuty mają zeznawać na okoliczność tego, że prace zostały zakończone w tej właśnie dacie. Powód tym samym przyznał fakt niedotrzymania terminu realizacji prac ustalonego w umowie. Strony bowiem uzgodniły ostatecznie w umowie termin zakończenia prac na 28 listopada 2008 r. Skoro zakończenie prac według twierdzeń powoda nastąpiło 5 grudnia 2008 r., to za okres od 28 listopada do 5 grudnia 2008 r. pozwany może żądać kar umownych, o których mowa w § 4 pkt 1 ust. 1 umowy, wynoszących 0,5 % wartości wynagrodzenia umownego, licząc za każdy dzień zwłoki, czyli 10 002,22 zł dziennie. Łącznie kara umowna za wyżej wskazany okres opóźnienia wyniosła 70 015,59 zł i w tym zakresie zarzut potrącenia uznać należy za zasadny. W pozostałym zakresie zarzut potrącenia nie zasługiwał na uwzględnienie. Jak zostało już wyżej wskazane, przedstawione przez pozwanego protokoły odbioru robót, wbrew ich nazwie, nie odzwierciedlały faktycznych terminów realizacji robót, a pozwany, wbrew ciężącemu na nim obowiązku przedstawienia dowodów świadczących o dalszej zwłoce powoda w realizacji prac, takich dowodów nie przedstawił.

Z tych też powodów, w ocenie Sądu Apelacyjnego, nakaz zapłaty z dnia 23 listopada 2009 r. mógł być utrzymany w mocy jedynie co do kwoty 70 806, 90 zł, a w pozostałym zakresie nakaz zapłaty, z uwagi na zasadność podniesionego zarzutu potrącenia co do kwoty 70 015,59 zł należało uchylić i powództwo oddalić.

Z tych też powodów, w ocenie Sądu Apelacyjnego, nakaz zapłaty z dnia 23 listopada 2009 r. mógł być utrzymany w mocy jedynie co do kwoty 70 806, 90 zł, a w pozostałym zakresie nakaz zapłaty, z uwagi na zasadność podniesionego zarzutu potrącenia co do kwoty 70 015,59 zł należało uchylić i powództwo oddalić. Dlatego też Sąd Apelacyjny w oparciu o art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w pkt I (pierwszym) i II (drugim) w ten sposób, że utrzymał w mocy nakaz zapłaty Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 23 listopada 2009 r. jedynie w zakresie kwoty 70 806,90 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 23 stycznia 2009 r. do dnia zapłaty, uchylając nakaz zapłaty w pozostałej części i w tym zakresie oddalając powództwo.



W pozostałym zakresie apelacja pozwanego, jako bezzasadna, została oddalona w oparciu o art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 zd. pierwsze k.p.c. Koszty postępowania apelacyjnego poniesione przez pozwanego wyniosły łącznie 9742 zł i obejmowały opłatę od apelacji w kwocie 7042 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 2700 zł, ustalone na podstawie § 2, § 6 pkt 6 i § 12 ust.1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163 poz. 1349 z późn. zm.).

Pozwany wygrał w postępowaniu apelacyjnym w ok. 50 %, dlatego też Sąd Apelacyjny zasądził od powoda na rzecz pozwanego 50 % kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym, czyli 4871 zł.