

***Sygn. akt I ACa 1755/14***

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 czerwca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Bogdan Świerczakowski (spr.)

Sędziowie: SA Robert Obrębski

SO del. Marta Szerel

Protokolant: st. sekr. sąd. Monika Likos

po rozpoznaniu w dniu 19 czerwca 2015 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa M. Z.

przeciwko J. K.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 19 maja 2014 r. sygn. akt XXVI GC 111/12

**1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym w części w ten tylko sposób, że oddala powództwo o zasądzenie odsetek ustawowych od kwot: 112.986,29 zł (sto dwanaście tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt sześć złotych dwadzieścia dziewięć groszy) i 6.153,75 zł (sześć tysięcy sto pięćdziesiąt trzy złote siedemdziesiąt pięć groszy) za okres od 18 września 2009 r. do 27 czerwca 2011 r.;**

**2. oddala apelację w pozostałej części;**

**3. zasądza od J. K. na rzecz M. Z. kwotę 2700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

Sygn. akt I ACa 1755/14

## UZASADNIENIE

M. Z. pozwał J. K. o zapłatę kwoty 161.877,21 zł wraz z ustawowymi odsetkami od 4 maja 2009 r., tytułem wynagrodzenia za roboty termoizolacyjne wykonane na podstawie umów: pisemnej (137.843,21 zł) i ustnej (24.034 zł).

Wyrokiem z dnia 19 maja 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 145.350,78 zł wraz z odsetkami ustawowymi od kwot: 112.986,29 zł od dnia 18 września 2009 r. i 6.153,75 zł od tego samego dnia, do dnia zapłaty, a nadto kwotę 6.162,79 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, oddalając powództwo w pozostałej części. Nadto Sąd orzekł o nieuiszczonych kosztach sądowych.

Podstawa faktyczna wyroku jest następująca.

J. K. zawarł ze Starostwem Powiatowym w L. umowę na wykonanie termomodernizacji budynku Starostwa Powiatowego na podstawie „Projektu termomodernizacji elewacji budynku Starostwa Powiatowego w L.”. Projekt był załącznikiem do decyzji o pozwoleniu na budowę nr (...) (projekt złożony do akt sprawy, k. 392 opinia biegłego). Ponadto pozwany zawarł ze Starostwem drugą umowę, której zakresu nie przedstawił, co wskazuje, iż zakres prac pozwanego wpływający jednocześnie na przebieg i czas realizacji prac z umowy na wykonanie termomodernizacji był szerszy (umowy: (...) przeanalizowana przez biegłego k. 393 i nast. oraz (...) nieprzedstawiona, okoliczność ustalona w opinii biegłego).

Pozwany ustanowił kierownika budowy w osobie M. B., który wypełniał swoje ustawowe obowiązki od 4 lipca 2008r. (dzienniki budowy – kopie dzienników załączone do akt nr (...); opinia biegłego k. 393).

Roboty budowlane były prowadzone od 18 lipca 2008r. do 28 kwietnia 2009r., co potwierdza wpis inspektora nadzoru o zakończeniu zakresu prac zgodnie z umowami (...) oraz protokołem przeglądu z dnia 3.04.2009r. (dzienniki budowy – kopie dzienników załączone do akt nr (...))

W okresie od lipca do października 2008r. pozwany zmieniał podwykonawców, miał problemy z pracownikami, pojawiały się błędy projektowe, przez co realizacja przeciągnęła się i wkroczyła w niekorzystne warunki atmosferyczne (zeznania świadków: k. 340 G. P. (1), k. 341 R. W., k. 364 M. B.).

Dnia 10 października 2008 r. M. Z. zawarł z J. K. umowę o roboty budowlane i przystąpił do realizacji prac (k.10-12). Była to umowa podwykonawstwa. Wykonawcą inwestycji docieplenia Starostwa Powiatowego w L. pozostał J. K.. Zgodnie z § 1 umowy M. Z. przyjął do wykonania roboty budowlane i budowlano-ociepleniowe polegające na wykonaniu „prac ociepleniowych Starostwa Powiatowego w L.”, obejmujących „wszystkie prace związane z ociepleniem budynku”. J. K. zobowiązał się do zapewnienia wszystkich materiałów. Wartość robót budowlanych określono na 242.986,24 zł. Termin wykonania robót strony ustaliły na 31 grudnia 2008 r.

Strony zobowiązały się do sporządzenia aneksu do umowy w przypadku zmiany zakresu lub wartości robocizny i rozpoczęcia nowych robót odpowiednio nie ustalonych/nie określonych w Kalkulacji Wstępnej (§9). Zlecenie takiego zakresu prac na piśmie nie nastąpiło.

Umowa stron w sposób bardzo ogólny opisywała zakres przedmiotu zamówienia i obejmowała jedynie część prac, które wykonywał pozwany w ramach umowy ze Starostwem. Nie obejmowała wszystkich prac dociepleniowych Starostwa, z uwagi na rozbieżne terminy faktycznego rozpoczęcia prac – w lipcu 2008 i zawarcia umowy stron - 10 października 2008 r. Prace przygotowawcze i ociepleniowe na elewacji wschodniej były prowadzone przez innego wykonawcę równolegle, w technologii A. (dzienniki budowy nr (...) (...), (...) opinia biegłego k. 393). Na podstawie materiału dowodowego brak jest możliwości precyzyjnego ustalenia kto wykonywał poszczególne zakresy robót budowlanych umówionych ze Starostwem i w jakim zakresie, gdyż nie zostało to odpowiednio udokumentowane (zeznania świadków: k. 340 G. P. (1), k. 341 R. W., k.364 M. B.). Brak jest notatek z narad koordynacyjnych, dokumentacji zdjęciowej (opinia biegłego k. 393).

W zakresie zapłaty wynagrodzenia ustalono na płatność etapami w terminie 7 dni po odebraniu części, całości zakończonych prac i podpisaniu faktury lub rachunku przez Inwestora (§ 4 umowy).

Poszczególne prace były odbierane protokołami częściowymi (protokoły k.13-14) oraz protokołem końcowym z 4 maja 2009 r. (odbiór przez inwestora, k.23).

M. Z. wystawił na rzecz J. K. następujące faktury VAT: nr (...) na kwotę 12.200 zł brutto (k. 24) oraz nr (...) na kwotę 107.000 zł brutto (k.25), otrzymał też zaliczkę w kwocie 20.000 zł (wynagrodzenie uiszczone 130.000 zł netto k.3,94) oraz fakturę VAT nr (...) na kwotę 137.843,21 zł (k.128).

Strony nie dokonały ostatecznego rozliczenia wykonanych prac.

Pozwany w odpowiedzi na żądanie zapłaty pochodzące od powoda przedstawił własne wyliczenia (rozliczenie k. 20-22). Z wynagrodzenia umownego pozwany odjął następujące kwoty: 27.729 zł tytułem robót z zakresu powoda wykonanych przez pracowników pozwanego, 89.004,30 zł tytułem zafakturowanych prac i 20.000 zł zaliczki, przyznając jednocześnie, iż pozostaje do rozliczenia 106.252,94 zł, bowiem kwota 96.252,94 wynika z omyłki rachunkowej pozwanego.

Wartość prac 27.729 zł podawana przez pozwanego jest niesprecyzowana ani nie można jej zweryfikować zarówno na podstawie zeznań świadków, stron, dokumentów ani opinii biegłych. Za podstawę rozliczenia należy zatem przyjąć wyjściową wartość umowy a nie kwotę pomniejszoną o 27.729 zł. W efekcie od kwoty 242.986,24 zł (bezsporne) należy odjąć 130.000 zł wartości zafakturowanych prac i zaliczek, co daje dokładnie kwotę 112.986,24 zł i ta kwota pozostaje do rozliczenia.

J. K. zlecił M. Z. także wykonanie prac dodatkowych nieobjętych umową. Na stronie 2 rozliczenia z dnia 16 czerwca 2009r. (k. 21) pozwany wskazał, iż rozliczono roboty dodatkowe na 9.000 zł i przyznał, że do rozliczenia pozostaje kwota 6.153,75 zł tytułem robót dodatkowych za odkopanie i zasypanie fundamentów, które wycenił na podstawie kosztorysu ofertowego złożonego do Starostwa na kwotę 8.791,07 zł uznając, iż pozwany wykonał za powoda 30% wartości i zakresu tych prac. Również ta kwota jest powodowi należna. (k. 21 rozliczenie z 16 czerwca 2009r.)

W rozliczeniu pozwany wskazał na kwotę 42.700,94 zł wyjaśniając, że na te roboty wykonano przedmiar robót potwierdzony przez inspektora i inwestora na podstawie, którego wykonano kosztorys szacunkowy. Przedmiar ani kosztorys nie zostały w toku postępowania przedłożone. Zdaniem pozwanego powinna od niej zostać odjęta kwota 14.711,48 zł. Pozwany powinien odjąć potrącenie dokonane z jego wynagrodzenia przez Starostwo do kwoty 42.700,94 zł (opinia biegłego k. 393).

Dodatkowo J. K. naliczył kary umowne za zwłokę w wysokości 262,61 zł za dzień co dało kwotę 31.513,20 zł za okres od 1 stycznia 2009 r. do 30 kwietnia 2009 r. Jednakże powód nie pozostawał w zwłoce, a jedynie w opóźnieniu co do terminu zakończenia prac, podobnie jak sam pozwany. Kierownik M. B. zgłosił prace do odbioru 24 marca 2009 r., zatem już za ten okres powód nie może być obciążony.

Zgodnie z § 8 umowy w przypadku niedotrzymania terminu wykonania robót M. Z. zobowiązał się do zapłaty kary umownej w wysokości 0,1 % za każdy dzień zwłoki. Na warunkach określonych w § 10 pkt 3 przewidziano możliwość przesunięcia terminu zakończenia robót w określonych przypadkach.

Wpływ na opóźnienie powoda miały warunki atmosferyczne – wstrzymanie prac z powodu panujących warunków atmosferycznych w dniach 19.11.2008, 29.12.2008, 16.01.2009, 22.01.2009, 28.01.2009 (dzienniki budowy nr (...), (...), (...))opinia biegłego k. 394), opóźnienia frontów robót niezależnych od powoda, istnienie niezabezpieczonych elementów np. kamer, braki w dostawach materiałów (pisma i oświadczenia potwierdzone przez kierownika budowy M. B., k. 129- 130, zeznania świadka M. B. k. – 363 - 364), zlecenie powodowi prac dodatkowych o niesprecyzowanym zakresie. Opóźnienia powstały jeszcze zanim powód zawarł umowę z pozwanym i przystąpił do prac. Umowa była w założeniu krótkoterminowa a realizacja przeciągnęła się do 9 miesięcy. Były problemy z dostawami materiałów na czas i rozliczeniami z pracownikami (zeznania świadków: k. 341 R. W., k. 339 G. P. (2), k. 363 M. B.).

Zdaniem Sądu Okręgowego postępowanie dowodowe, w tym przeprowadzone dowody z zeznań świadków w powiązaniu z opinią biegłego N. pozwoliły na przyjęcie, że powód wykonał prace, za które domaga się zapłaty prawie w całości oraz nie wystąpiły podstawy do uznania za skuteczne potrąceń, których chciał dokonać pozwany, ani z tytułu naliczonych kar umownych gdyż powód nie pozostawał w zwłoce, ani z tytułu nienaprawienia usterek, za których powstanie powód również odpowiedzialności nie ponosi. Sąd I instancji stwierdził, że zeznania stron nie znajdują potwierdzenia w dokumentach ani w opinii biegłych, w szczególności na ich podstawie nie da się ustalić zakresu prac każdej ze stron z osobna, ani też ustalić, że zostały w całości przez powoda wykonane prace dodatkowe, jak również, by były podstawy do naliczenia kar umownych oraz do dokonania potrąceń w jakimkolwiek rozmiarze.

Sąd Okręgowy ocenił, że powództwo jest zasadne w przeważającej części: w całości jeśli chodzi o rozliczenie umowy podstawowej z modyfikacją daty odsetek od kwoty netto, natomiast w części dotyczącej robót dodatkowych, w zakresie w jakim został on określony przez samego pozwanego w piśmie z dnia 16 czerwca 2009 r., również z modyfikacją w zakresie daty naliczania odsetek ustawowych od kwoty netto (zgodnie z żądaniem pozwu).

Strony łączyła umowa o roboty budowlane, której przedmiot został określony bardzo ogólnie, jako „wszystkie prace związane z ociepleniem”. Wartość prac netto strony określiły na 242.986,24 zł i było to wynagrodzenie określone ryczałtowo na podstawie kosztorysu, którego nie przedstawiono w sprawie. Powód otrzymał od pozwanego 130.000 zł netto (bezsporne), na którą składały się kwoty netto: 100.000 zł, 10.000 zł i 20.000 zł zaliczki. Pozostało do zapłaty 112.986,24 zł netto.

Od wartości netto 242.986,24 zł należy odjąć rzeczywiście zafakturowaną wartość umowy i zaliczkę, tak jak to zrobił powód. Gdyby przyjąć obliczenia pozwanego, to nierozliczona kwota byłaby jeszcze wyższa niż żądana tytułem wynagrodzenia z umowy podstawowej kwota 112.986,24 zł, bowiem pozwany nie wskazał dlaczego przyjął jako rozliczone jedynie 89.004,30 zł plus 20.000 zł (co daje 109.004,30 zł a nie wskazane 119.004,30 zł). Mimo tej pomyłki rachunkowej Sąd przyjął wskazane w rozliczeniu z dnia 16 czerwca 2009 r. dane do weryfikacji i na ich podstawie ustalił stan wzajemnych rozliczeń stron.

Roszczenie zgłoszone przez powoda w wysokości 19.700 zł podlegało w przeważającej części oddaleniu. Sąd zasądził z tej kwoty jedynie 6.153,75 zł netto za odkopanie i zasypanie fundamentów wg cen przyjętych przez pozwanego z kosztorysu ofertowego uznając, że w pozostałym zakresie roszczenie z tytułu prac dodatkowych nie zostało udowodnione.

Sąd Okręgowy stwierdził, że brak jest możliwości potrącenia roszczeń pozwanego z tytułu prac wykonanych za powoda zarówno z przyczyn proceduralnych, gdyż roszczenia zgłoszone do potrącenia nie zostały wykazane dokumentami w postępowaniu gospodarczym w brzmieniu sprzed nowelizacji przepisów o postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych, jak też merytorycznych – przedstawiane wierzytelności nie zostały udowodnione w zakresie i co do wartości, nie ma też możliwości wyceny tych prac ze względu na trudności w ustaleniu jakie prace rzeczywiście powinien był wykonać powód w ramach umowy a wykonał je za niego pozwany. Uwagę tę odniósł również do pozycji określonej w rozliczeniu z 16 czerwca 2009 r. jako „przyklejenie styropianu na ścianach i gładach od strony auli”, ponieważ

brak jest w materiale dowodowym innych niż zaproponowane w rozliczeniu prac niewykonanych przez powoda, że koszty te zostały potrącone powodowi we wzajemnym rozliczeniu. Sąd nie znalazł podstaw by stwierdzić, że doszło do skutecznego potrącenia tej kwoty z wierzytelnością powoda. Nie jest ona skonkretyzowana, ani możliwa do zweryfikowania tak co do zakresu, jak i co do wysokości, ani na podstawie dokumentów ani opinii biegłych (k. 237, k. 395). Pozostałe prace zostały wykonane w całości i bez zastrzeżeń, nie stwierdzono wad (opinia biegłego k. 237-238, k. 394, k. 395).

Pozwany nie wykazał zasadności naliczenia kary umownej. Opóźnienia wprawdzie występowały, ale nie z winy powoda. Ten zaś odpowiadałby za niedochowanie terminu wykonania umowy tylko w przypadku, jeśli pozostawałby w zwłoce. Pozwany miał problemy z pracownikami, nie przekazywano na czas powodowi frontu robót, zarzuty powoda o brakach materiałowych również się potwierdziły, świadkowie zeznali, iż były błędy projektowe, które należało skorygować by prowadzić dalej prace na elewacji co wiązało się z przesunięciem czasowym i uzyskaniem zgód oraz pozwoleń. Przede wszystkim powód realizował prace w okresie jesiennym, a następnie także zimowym, gdy warunki atmosferyczne nie pozwalały na kontynuowanie prac bez przerw, co potwierdzają wpisy w dziennikach budowy, zeznania świadków i opinie biegłych. Równocześnie z powodem prace prowadził pozwany oraz firma wykonująca elewację w technice A.. Pozwany miał szerszy zakres prac, łączyły go dwie umowy ze Starostwem i miało to wpływ na przebieg całego procesu budowlanego oraz czas realizacji prac pozwanego, których nie zdołał przez to zakończyć w terminie. Kierownik budowy zgłosił zakończenie wszystkich prac 24 marca 2009 r., a nie tylko prac powoda.

Nieuprawnione byłoby utożsamienie daty odbioru prac przez inspektora w dniu 29 kwietnia 2009 r. z zakończeniem prac przez powoda.

Jak to już zaznaczono, umowy pozwanego ze Starostwem obejmowały dużo szerszy zakres prac niż umowa powoda z pozwanym z dnia 10 października 2008r. Brak jest odpowiedniej dokumentacji, która umożliwiłaby biegłemu ocenę, kto wykonywał poszczególne zakresy umów ze Starostwem i w jakiej części. Brak dokumentów, notatek, protokołów i fotografii. Również zakres prac porządkowych i usterek dotyczy zakresu prac dla całej umowy ze Starostwem i z wykazu z dnia 19 kwietnia 2009r. nie wynika odpowiedzialność powoda (k. 395).

W rozliczeniu z 16 czerwca 2009 r. pozwany dwukrotnie ujmuje kwotę 14.711,48 zł, raz wyszczególniając ją tytułem „Potrąceń dokonanych przez Starostwo” a następnie ujmuje ją w zbiorczej kwocie 42.700,94 zł „Potrącenia przez (...)z wykonanie robót porządkowych i poprawkowych. Nawet jednak różnica tych kwot (tj. 27.989,46zł) jest wartością zawyżoną za poz. 1-29 pisma z dnia 19 kwietnia 2009 r. wg stawek (...) (opinia biegłego k. 396). Przede wszystkim jednak nie zostało wykazane, iż powód ponosi odpowiedzialność za opisany zakres prac. Zarówno przed pracami powoda, jak i po ich zakończeniu prowadzone były przez inne ekipy w tym samego pozwanego prace przy elewacji, prace porządkowe, rozbieranie rusztowania, które zgodnie z dokumentacją przetargową należały do zakresu prac pozwanego. Brak jest podstaw do obciążenia powoda odpowiedzialnością za powstanie usterek i zabrudzeń gdy nie był jedynym podmiotem, który mógł je spowodować. Nie ma możliwości przypisania mu zakresu tej odpowiedzialności i powiązania jej adekwatnym związkiem przyczynowo – skutkowym.

Mając na uwadze powyższe Sąd ostatecznie stwierdził, że powodowi należy się na podstawie art. 647 k.c. wynagrodzenie za wykonane i nierozliczone prace w łącznej kwocie 145.350,78 zł oraz żądane odsetki od kwot netto, od daty wezwania do zapłaty, przy zastosowaniu art. 455 k.c. w zw. z art. art. 481 § 1 k.c. i 482 k.c. Jako podstawę orzeczenia o kosztach Sąd wskazał art. 98 k.p.c.

Pozwany wniósł apelację, skarżąc wyrok w części uwzględniającej powództwo i orzekającej o kosztach. Zarzucił:

1. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c., przez uznanie, że pozwany nie udowodnił wartości prac, które wykonał sam zamiast powoda,
2. naruszenie art. 6 k.c., polegające na błędnym przyjęciu, że ciężar dowodu zakresu i wartości robót niewykonanych przez powoda obciąża pozwanego,
3. naruszenie art. 479<sup>14</sup> § 4 k.p.c., przez zastosowanie wskazanego przepisu do oświadczenia o potrąceniu doręczonego powodowi przed wniesieniem powództwa,
4. naruszenie art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c., przez dwukrotne dopuszczenie dowodu z opinii biegłych na wniosek powoda złożony po upływie terminu, które to uchybienie miało istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem w oparciu o opinię biegłego N. Sąd przyjął, że: „powód wykonał prace za które domaga się zapłaty prawie w całości”,
5. niewłaściwe zastosowanie art. 455 k.c., polegające na błędnym przyjęciu, że roszczenia powoda stały się wymagalne w dniu 18 września 2009 r.

W oparciu o powyższe zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda kosztów procesu.

Powód wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

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

Apelacja jest zasadna tylko w części w jakiej dotyczy daty od jakiej zostały zasądzone odsetki od należności głównej (zarzut 5.).

Zarzut pierwszy cechuje się znacznym poziomem ogólności. Naruszenie art. 233 § 1 k.p.c., który określa zasadę tzw. swobodnej oceny dowodów, może polegać na ocenie określonego dowodu bądź dowodów wbrew regułom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, bez wszechstronnego rozważenia zebranych w sprawie dowodów, a także twierdzeń stron i innych okoliczności ujawnionych w sprawie i znanych sądowi (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 16 maja 2000 r., IV CKN 1097/00, Lex nr 52624). Powinien więc ów zarzut odnosić się do oceny konkretnych dowodów i jak każdy inny, wskazywać na wymierny dla rozstrzygnięcia skutek błędu popełnionego przez Sąd. Zarzut opisany jako „uznanie, że pozwany nie udowodnił wartości prac, które wykonał sam zamiast powoda” nie spełnia powyższych kryteriów.

Zwraca uwagę fakt, że przytoczonemu zarzutowi nie towarzyszy nawet wskazanie, w jakiej części – zdaniem pozwanego – wykonał on prace które miał wykonać powód. Z twierdzeń skarżącego przedstawianych w toku postępowania pierwszoinstancyjnego ani też w apelacji nie wynika, że wykonał on w całości zakontraktowane roboty za powoda. Powinien zatem skonstruować zarzut w taki sposób, by wiadomo było, jaką część zasądzonej kwoty zwalcza ze względu na wadliwą ocenę dowodów. W apelacji jedynie wskazano na kwotę 31.513,20 zł, jako potrąconą z tytułu kar umownych, bez wdawania się w dalsze szczegóły.

Streszczając zeznania poszczególnych świadków Sąd Okręgowy wykroczył poza reguły sporządzania uzasadnień wyznaczone przepisem art. 328 § 2 k.p.c., jednak na samym relacjonowaniu nie poprzestał. Odniósł się do zgromadzonych dowodów, uwzględniając w ramach oceny także te, na których się nie oparł (w szczególności dowód z przesłuchania stron) i wyprowadził ze swej analizy logiczne wnioski, nie wykraczając poza ramy zakreślone art. 233 § 1 k.p.c.

Ma rację skarżący, że to do powoda należało wykazanie faktów, z których wywodził w procesie skutki prawne. Zarazem należy jednak podkreślić, że doręczenie pozwanemu odpisu pozwu powoduje, że aktualizuje się po jego stronie ciężar udowodnienia faktów, na których opiera swoją obronę (por. H. Dolecki, Ciężar dowodu w polskim procesie cywilnym, Warszawa 1998, str. 201).

Reguła ciężaru dowodu zawarta w art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c. nie została naruszona przez Sąd I instancji. Powód dla wykazania swych racji powołał się na umowę łączącą strony, jak również dodatkowe porozumienie i wskazał na dowody mające wykazać, że umowę wykonał, przy czym poza sporem pozostawał fakt, że pozwany dochodzonych kwot nie zapłacił. Pośród zaoferowanych przez powoda dowodów znalazł się „Protokół końcowego odbioru wykonanych robót” potwierdzający fakt dokonania odbioru robót termoizolacyjnych przez Starostwo Powiatowe w L. (inwestora) od J. K. (k.23). Skoro w dniu 4 maja 2009 r. doszło do końcowego odbioru robót, które obejmowały m.in. przedmiot umowy wykonawczej z dnia 10 października 2008 r. zawartej pomiędzy stronami niniejszego procesu (k.10-12), to dokument ten pośrednio wskazuje także na wykonanie robót przez powoda. Wniosek taki jest uprawniony tym bardziej, że powód przedstawił także już w pozwie dowody na przystąpienie do wykonania umowy i jej realizowanie, w postaci protokołów częściowego odbioru robót (k.13,14) oraz zapłaconych przez pozwanego faktur (k.19,25,26). Wnosił także o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność wykazania, że wykonał roboty za które domaga się zapłaty (pkt II.5- k.5), a więc nie ma racji pozwany podnosząc w ramach zarzutu naruszenia art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c. że „powód w pozwie nie wnosil o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego” – twierdzenie to nie odpowiada prawdzie.

Pośród trzech załączników protokołu końcowego wymienione zostało „Zestawienie potrąceń za niewykonane roboty”, oznaczone jako załącznik nr 2. Dokument ten pozwany załączył do odpowiedzi na sprzeciw. Jego treść nie zawiera jednak zapowiadanego zestawienia niewykonanych robót, lecz spis wad nie nadających się do usunięcia, wycenionych na przez autora pisma na 17.925,88 zł (k.103).

W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany podniósł trzy grupy zarzutów: przedwczesności żądania ze względu na nie wystawienie faktury stanowiącej podstawę roszczenia i niedoręczenie jej pozwanemu, niewykonania części robót i potrącenia kary umownej (k.92-98). Nie znalazły się wśród nich twierdzenia o oddaniu robót obciążonych wadami,

ani o realizowaniu wobec powoda uprawnień o jakich mowa w art. 637 § 1 i 2 k.c. (obecnie już nie obowiązującym ale mającym jeszcze zastosowanie w przedmiotowej sprawie) w zw. z art. 656 § 1 k.c.

Reasumując, Sąd Okręgowy mógł już na podstawie dowodów zaofiarowanych w pozwie ustalić, że powód wykonał umowę jaka łączyła strony i należy mu się za to umówione wynagrodzenie. Rzeczą pozwanego było wykazanie zasadności swego stanowiska dotyczącego istnienia podstaw i zakresu pomniejszenia wynagrodzenia należnego wykonawcy za przeprowadzone prace (z jakiegokolwiek przyczyny), ustalonego przecież ryczałtowo, w ściśle określonej wysokości (242.986,24 zł – k.10). Skoro twierdzeniem powoda popartym powołanymi wyżej dowodami przeciwstawił własne o tym, że część robót wykonał samodzielnie, to okoliczność tę powinien wykazać dowodami przeciwnymi. Należy jednak zarazem pamiętać, że co do zasady wykonanie części prac przez zamawiającego wbrew postanowieniom umowy, w sytuacji gdy przyjmujący zamówienie jest gotów je wykonać, zgodnie z art. 639 k.c. nie zwalnia zamawiającego od zapłaty wykonawcy wynagrodzenia, pomniejszonego jedynie o to, co wykonawca oszczędził z powodu niewykonania dzieła. Ciężar dowodu w odnośnie owego pomniejszenia spoczywa na zamawiającym (inwestorze). A zatem samo tylko powołanie się na wykonanie części robót objętych umową przez zamawiającego, bez wykazania, że doszło w tym względzie do modyfikacji umowy, bądź też, że takie działanie było następstwem odmowy wykonania umowy ze strony wykonawcy albo wyczerpania trybu przewidzianego w art. 636 k.c., nie mogłoby być uznane za skuteczną obronę w procesie o zapłatę wynagrodzenia.

Skarżący akcentuje zawarte w motywach rozstrzygnięcia stwierdzenie, że powód wykonał roboty „prawie w całości”, co ma przemawiać za przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów. Nie jest to stanowisko trafne. Sąd zamieścił wprawdzie w motywach orzeczenia taką konstatację, ale w zdaniu zawierającym to stwierdzenie, przytoczonym również w apelacji, mowa jest o tym, że powód wykonał prawie w całości prace, „za które domaga się zapłaty”. Powód domagał się zapłaty także za prace dodatkowe, co do których Sąd uwzględnił powództwo tylko w niewielkiej części, zatem przytoczone, szeroko kwestionowane przez pozwanego zdanie, jest logicznie poprawne. Nie pozostaje w sprzeczności z treścią wyroku i nie wynika z niego, że Sąd zasądził część wynagrodzenia (bliżej nieokreślonego) nie mającego pokrycia w wykonanych robotach.

Zarzut apelacji nawiązujący do kwestii potrącenia jest chybiony dlatego, że Sąd nie uwzględnił skutków przedprocesowego oświadczenia o potrąceniu nie z przyczyn formalnych, a więc na podstawie art. 479<sup>14</sup> § 4 k.p.c. (jedynie ubocznie poruszył zagadnienie prekluzji), lecz z racji niewykazania przez pozwanego materialnoprawnych podstaw do potrącenia. Sąd ustalając skuteczność oświadczenia o potrąceniu, musi w każdym wypadku badać, czy przedstawiona do potrącenia wierzytelność istniała w zgłoszonym rozmiarze (por. np. wyroki Sądu Najwyższego: z 25 czerwca 1997 r., III CKN 116/97, OSNC 1997/11/184; z 6 października 2006 r., V CSK 198/06; z 14 listopada 2006 r., II CSK 192/06).

Sąd Okręgowy poddał wnikliwej analizie przyczyny opóźnienia powoda w wykonaniu robót i wyciągnął niezakwestionowany w apelacji wniosek, że opóźnienie to nie miało charakteru kwalifikowanego, a więc nie przybrało postaci zwłoki o jakiej mowa w § 8 umowy z 10 października 2008 r. W takiej zaś sytuacji strony nie przewidywały kar umownych. Podzielając takie ustalenia i ocenę prawną, Sąd Apelacyjny nie znajduje podstaw do zmiany wyroku i oddalenia powództwa także jeśli chodzi o kwotę 31.513,20 zł.

Ma oczywiście rację pozwany, zarzucając Sądowi Okręgowemu brak precyzji w posługiwaniu się pojęciem potrącenia. Nie ulega wszakże wątpliwości, że użycie go w odniesieniu do wszystkich podstaw odmowy spełnienia świadczenia przez pozwanego miało znaczenie potoczne. Z uzasadnienia wyroku jako całości wynika, że Sąd rozpoznawał zarzut potrącenia tylko w takich granicach, jakie zakreślił pozwany poprzez odwołanie się do swego przedprocesowego oświadczenia.

Jak to już zaznaczono na wstępie, apelacja jest zasadna w zakresie dotyczącym odsetek od zasądzonej należności głównej. Strony w umowie powiązały płatność wynagrodzenia z podpisaniem faktury przez inwestora (§ 4 umowy – k.11) co oznacza, że by domagać się zapłaty, powinien powód dostarczyć pozwanemu fakturę. Powód nie udowodnił, by fakturę nr (...) z dnia 20 czerwca 2009 r. dostarczył powodowi przed wszczęciem procesu, przy czym trzeba odnotować,

że nie została ona również dołączona do pozwu. Faktura ta została załączona dopiero do pisma procesowego z 31 maja 2011 r. (k.140) i doręczona pozwanemu wraz z jego odpisem, w dniu 27 czerwca 2011 r. (k.155). W aktach sprawy brak jest dowodu na wcześniejsze odesłanie faktury przez pozwanego, o czym mowa jest w piśmie powoda z 17 czerwca 2011 r. (k.147), a wcześniej także w piśmie z 31 maja 2011 r. Zatem pozwany popadł w opóźnienie dopiero z dniem 27 czerwca 2011 r. i od tej daty należą się powodowi odsetki ustawowe od kwoty 119.140,04 zł (112.986,29 + 6.153,75), na podstawie art. 455 k.c. w zw. z art. 481 § 1 i 2 k.c.

Z przedstawionych względów, przyjmując za swoje przytoczone ustalenia faktyczne Sądu I instancji, Sąd Apelacyjny orzekł jak w sentencji wyroku na podstawie art. 385 k.p.c. i art. 386 § 1 k.p.c. Orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego zapadło na podstawie art. 100 zd. 2 k.p.c. (powód uległ tylko co do nieznaczącej części swego żądania) i obejmuje wynagrodzenie adwokata reprezentującego powoda w stawce minimalnej.