

Sygn. akt VI ACa 888/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 sierpnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Urszula Wiercińska

Sędzia SA – Ewa Stefańska

Sędzia SA – Małgorzata Kuracka (spr.)

Protokolant: – sekr. sąd. Mariola Frąckiewicz

po rozpoznaniu w dniu 6 sierpnia 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Syndyka masy upadłości (...) S.A.

w upadłości likwidacyjnej w R.

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

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 28 lutego 2013 r.

sygn. akt XX GC 401/12

I. *prostuje w sentencji punktu pierwszego zaskarżonego wyroku oczywistą niedokładność w oznaczeniu strony powodowej z „Syndyka masy upadłości (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w R.” na „Masę upadłości (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w R.”;*

II. *zmienia zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym w ten sposób, że kwotę 274.370,40 zł (dwieście siedemdziesiąt cztery tysiące trzysta siedemdziesiąt złotych czterdzieści groszy) obniża do kwoty 255.857,92 zł (dwieście pięćdziesiąt pięć tysięcy osiemset pięćdziesiąt siedem złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze), zaś kwotę 131.600 zł (sto trzydzieści jeden tysięcy sześćset złotych) z odsetkami od dnia 17 września 2004 roku do kwoty 113.087,52 zł (sto trzynaście tysięcy osiemdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt dwa grosze) z odsetkami od dnia 14 marca 2005 roku, a w pozostałej części powództwo oddala;*

III. *oddala apelację w pozostałej części;*

IV. *zasądza od (...) S.A. w W. na rzecz Syndyka masy upadłości (...) S.A. w upadłości likwidacyjnej w R. kwotę 7.805,92 (siedem tysięcy osiemset pięć złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.*

UZASADNIENIE

Powód Wytwornia (...) S. A. w C. w dniu 6 stycznia 2005 roku (data stempla pocztowego) wniósł przeciwko (...) S. A. w W. o zasądzenie kwoty 274.370,40 zł wraz z ustawowymi odsetkami: od kwoty 1.180,00 zł od dnia 16 czerwca 2004 roku do dnia zapłaty, od kwoty 141.590,40 zł od dnia 16 sierpnia 2004 roku do dnia zapłaty i od kwoty 131.600,00 zł od dnia 17 września 2003 roku do dnia zapłaty, a także o zasądzenie kosztów procesu zgodnie ze złożonym spisem kosztów.

Nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 7 marca 2005 r. Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Gospodarczy (...) Wydział (...) orzekł zgodnie z żądaniem pozwu.

Pozwany w sprzeciwie od powyższego nakazu, wniósł o oddalenie powództwa. Złożył też zarzut potrącenia odnośnie żądania zapłaty za roboty opisane w fakturach: (...) i (...) ze swoją wierzytelnością w kwocie 181.620,84 zł, wynikającą z umowy sprzedaży złomu żeliwnego i stalowego z dnia 10 marca 2004 r., opisaną w fakturze VAT nr (...), przy czym co do wierzytelności opisanej w fakturze (...) powołał się na potrącenie już dokonane jego zdaniem mocą oświadczenia z dnia 9.11.2004 r., zaś co do wierzytelności opisanej w fakturze (...) oświadczenie o potrąceniu złożył w sprzeciwie pełnomocnik procesowy pozwanego.

Powód kwestionując skuteczność złożonych zarzutów potrącenia podtrzymał swoje stanowisko.

Pozwany w piśmie procesowym z dnia 23 listopada 2006 r. / k-171/ podtrzymał z kolei stanowisko co do potrącenia, zaś z ostrożności procesowej, gdyby Sąd podzielił pogląd powoda o nieskuteczności potrącenia dokonanego pismem z dnia 9 listopada 2004 r. pełnomocnik procesowy pozwanego w niniejszym piśmie złożył oświadczenie o potrąceniu wierzytelności dochodzonej przez powódkę z faktury (...) z dnia 30 czerwca 2004 r. z wierzytelnością pozwanego wynikającą z faktury (...), w kwocie 181 620,84 zł.

Następnie w toku wymiany kolejnych pism procesowych powód przyznał, iż jest w posiadaniu słupów żeliwnych stanowiących własność pozwanego i gotów jest je wydać pod warunkiem zaspokojenia jego roszczeń o zapłatę.

Pozwany w piśmie procesowym z dnia 2 lutego 2007 r. /k. 349/ podniósł, iż powodowi nie przysługuje prawo zatrzymania słupów i dwuteowników, wobec czego na podstawie art. 488 § 2 k.c. zgłosił zarzut odraczający i wniósł o wydanie mu przez (...) słupów żeliwnych i dwuteowników, wskazanych w jednocześnie złożonym załączniku /k-351/.

Po przeprowadzeniu i zakończeniu postępowania dowodowego (po blisko ośmiu latach procesu) i wyliczeniu należnych powodowi kwot, wobec kwestionowania protokołu zaawansowania robót i wysokości odpowiadającej mu należności, objętych trzecią fakturą, przez biegłego B. W. (1) / opinia pisemna - k. 866 – 874, opinia ustna k. 1112 i nast./ pozwany złożył w piśmie procesowym z dnia 19 listopada 2012 r. kolejny „nowy” zarzut potrącenia co do tejże trzeciej faktury roszczeń z tytułu kar umownych, które jednocześnie sformułował w powyższym piśmie. Do pisma dołączył pozasądowe oświadczenie o potrąceniu z dnia 16 listopada 2012r/k-1105/.

Powódka wniosła o nieuwzględnienie przedmiotowego zarzutu.

Wyrokiem z dnia 9 maja 2007 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 274.370,40 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwot: - 1.180,00 złotych od dnia 16 czerwca 2004 roku do dnia zapłaty; od kwoty 141.590,40 złotych od dnia 16 czerwca 2004 roku do dnia zapłaty; a od kwoty 131.600,00 złotych od dnia 14 marca 2005 roku do dnia zapłaty, oddalił powództwo w pozostałym zakresie, oraz zasądził od pozwanego na rzecz powoda koszty procesu w wysokości 22.533,40 zł.

Na skutek wniesionej apelacji pozwanego Sąd Apelacyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 16 czerwca 2009 r. uchylił zaskarżony wyrok z dnia 9 maja 2007 r. w punktach I. i III. i w tym zakresie sprawę przekazał Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania.

Postanowieniem z dnia 9 sierpnia 2011 r. Sąd Rejonowy w Gliwicach ogłosił upadłość (...) SA w W., obejmującą likwidację majątku dłużnika.

Postanowieniem z dnia 10 listopada 2011 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zawiesił postępowanie w sprawie na podstawie art. 174 § 1 pkt.4 k.p.c. i podjął je z udziałem po stronie powodowej Syndyka masy upadłości (...) SA w upadłości likwidacyjnej.

Na skutek ponownego rozpoznania sprawy, Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 28 lutego 2013 r. zasądził od pozwanego na rzecz powoda Syndyka masy upadłości (...) S. A. w upadłości likwidacyjnej w R. kwotę 274.370,40 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od kwot: - 1.180,00 złotych od dnia 16 czerwca 2004 roku do dnia zapłaty; - 141.590,40 złotych od dnia 16 sierpnia 2004 roku do dnia zapłaty; - 131.600,00 złotych od dnia 17 września 2004 roku do dnia zapłaty, a także zasądził od pozwanego na rzecz powoda Syndyka masy upadłości (...) S. A. w upadłości likwidacyjnej w R. kwotę 52.400,51 zł tytułem kosztów procesu, w tym kwotę 19.800 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego za I i II instancję.

Rozstrzygnięcie Sądu zapadło na podstawie następujących ustaleń faktycznych i rozważań prawnych.

W dniu 7 listopada 2003 roku (...) S. A. w W. jako zamawiający i Wytwórnia (...) S. A. w C. jako wykonawca zawarły umowę nr (...) o wykonanie robót budowlano - montażowych.

Mocą tej umowy (...) miał wykonać na rzecz (...) prace przy realizacji Centrum (...) za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 502.404,46 zł wraz z należnym podatkiem VAT.

Rozliczenie między stronami miało być dokonywane na podstawie przejściowych faktur VAT wystawionych w okresach miesięcznych, albo po odbiorze kolejnych elementów (etapów) robót określonych w Harmonogramie rzeczowo - finansowym oraz na podstawie faktury końcowej, wystawionej po odbiorze wstępnym przedmiotu umowy. Do każdej faktury wykonawca miał dołączyć protokół stanu zaawansowania robót, albo odbioru wykonanych robót podpisany przez przedstawiciela zamawiającego, pod rygorem nie przyjęcia faktury. Z każdej faktury zamawiający miał zatrzymywać 10% wartości robót netto tytułem kaucji gwarancyjnej.

Przedstawicielem (...) w ramach kontraktu ustanowiony został dyrektor kontraktu S. K., zaś przedstawicielem (...) szef montażu J. W..

W dniu 4 i 8 grudnia 2003 roku (...) i (...) zawarły odpowiednio Aneks nr (...) i aneks nr (...) do umowy. Aneksem nr (...) zmieniono kwotę wynagrodzenia (...) na 502.404,46 zł.

Aneksem nr (...) z dnia 14 stycznia 2004 roku zwiększono wynagrodzenie (...) do kwoty 29.345,46 złotych. Jednocześnie rozszerzono zakres prac będących przedmiotem umowy o prace wskazane w załączonym do aneksu harmonogramie rzeczowo - finansowym. W ramach zwiększonego zakresu robót (...) miał wykonać renowację słupów żeliwnych fi 110 x 3900 w ilości 97 sztuk za kwotę 17.460,00 złotych w terminie do dnia 20 lutego 2004 roku.

Aneksem nr (...) przyjął rozszerzony zakres prac zgodnie z załączonym harmonogramem rzeczowo - finansowym. Uzgodniono też wynagrodzenie ryczałtowe na kwotę 1 302.037,06 zł.

Po wykonaniu robót (...) wystawił na rzecz (...) faktury VAT: nr (...). (...) z dnia 29 kwietnia 2004 roku na kwotę 31.720,00 złotych, nr (...). (...) z dnia 30 czerwca 2004 roku na kwotę 154.232,40 złotych i nr (...). (...) z dnia 30 lipca 2004 roku na kwotę 143.350,00 złotych.

Wszystkie faktury zostały wystawione w oparciu o protokoły zaawansowania wykonanych robót, z tym, że protokoły w przypadku robót - opisanych w fakturach VAT nr (...). (...) i (...). (...) podpisał w imieniu (...) dyrektor kontraktu S. K., zaś protokół robót opisanych w fakturze VAT nr (...). (...) został podpisany przez kierownika robót P. P.. Na wezwanie B. wystosowane w dniu 21 sierpnia 2006 roku w dniu 01 września 2006 roku (...) dostarczył (...) dokumentację jakościową odnośnie robót opisanych w fakturze (...). (...) z dnia 30 lipca 2004 roku.

W dniu 10 marca 2004 roku (...) - jako sprzedawca i (...) - jako kupujący zawarły umowę sprzedaży złomu stalowego i złomu żeliwnego za cenę 850,00 złotych netto za tonę. Zapłata miała następować w formie przelewu w terminie 30 dni od otrzymania faktury. W dniu 18 maja 2004 roku (...) wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 82.789,20 złotych tytułem sprzedaży złomu stalowego według przepustek.

W dniu 28 września 2004 roku (...) wystawił na rzecz (...) fakturę VAT nr (...) na kwotę 181.620,84 złotych. W treści faktury wskazano, że została wystawiona z tytułu sprzedaży złomu stalowego.

W piśmie z dnia 09 listopada 2004 roku K. G., podając, że działa w imieniu (...), złożyła oświadczenie o potrąceniu wierzytelności opisanej w fakturze VAT nr (...) z dnia 28 września 2004 roku w kwocie 181.620,84 złotych z wierzytelnością (...) wynikającą z faktury VAT nr (...). (...) z dnia 30 czerwca 2004 roku.

Oświadczenie dotarło do (...) w dniu 2 grudnia 2004 roku, jednak zostało odesłane. K. G. nie była uprawniona do reprezentacji spółki (...).

W okresie od 4 lutego 2004 roku do 12 maja 2004 roku (...) wywiózł z terenu prowadzonej budowy 276 słupów do renowacji. W okresie zaś 11 grudnia 2003 roku - 20 maja 2004 roku (...) wywiózł z terenu budowy 265.296,64 kg dwuteowników. Część słupów i została odrestaurowana i przywieziona z powrotem na budowę, część zaś została zatrzymana przez (...), z uwagi na to, że były już nieprzydatne na budowie. Po zakończeniu budowy słupy miały być sprzedane.

Pismem z dnia 9 września 2004 roku, działając w oparciu o art. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 lipca 2003 roku o gwarancji zapłaty za roboty budowlane, (...) odstąpił od umowy nr (...) z dnia 7 listopada 2003 roku. W uzasadnieniu wskazał, że (...) nie doręczył mu żądanej pismami z dnia 11 sierpnia 2004 roku i 31 sierpnia 2004 roku ubezpieczeniowej lub bankowej gwarancji zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. Jednocześnie wezwał (...) do zapłaty wynagrodzenia za dotychczas wykonane roboty budowlane.

W dniu 7 grudnia 2004 roku (...) wezwał (...) do zapłaty kwoty 274.370,40 złotych tytułem zapłaty za roboty budowlane opisane w wystawionych fakturach VAT.

Wobec tego, że zapłata nie nastąpiła, (...) wystąpił na drogę postępowania przed tutejszym Sądem.

W oparciu o powyższe ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy uznał, że roszczenie powoda pozostawało zasadne w całości co do wynagrodzenia wynikającego z faktur VAT: nr (...) z dnia 29 kwietnia 2004 roku i nr (...) z dnia 30 czerwca 2004 roku.

Natomiast roszczenie z tytułu faktury VAT nr (...) z dnia 30 lipca 2004 roku było w ocenie Sądu I instancji zasadne jedynie w części, w pozostałym zaś zakresie należało je oddalić, czego Sąd pomyłkowo nie uczynił.

Sąd Okręgowy stwierdził, że pomiędzy stronami niniejszego postępowania nie było sporu co do tego, że roboty budowlane opisane w dwóch spośród trzech protokołów zaawansowania wykonanych robót dołączonych przez powoda do pozwu, zostały podpisane w imieniu (...) przez upoważnioną do tego osobę dyrektora kontraktu S. K. (§5 umowy). Powyższe dawało więc podstawę do zafakturowania robót na podstawie §12 umowy, co też (...) uczynił wystawiając na rzecz (...) faktury VAT: nr (...). (...) z dnia 29 kwietnia 2004 roku na kwotę 31.720,00 złotych i nr (...). (...) z dnia 30 czerwca 2004 roku na kwotę 154.232,40 złotych.

Odebranie zaś robót przez osobę upoważnioną do tej czynności przez (...) oznacza domniemanie, że powód wykonał część robót opisanych w umowie i stanowiącym jej załącznik harmonogramie rzeczowo - finansowym - w takim zakresie, o jakim mowa w podpisanych zgodnie z zasadami wskazanymi w umowie protokołach zaawansowania robót. Fakt odebrania przez pozwanego części robót oznacza również, że nie przysługuje mu wobec powoda zarzut niewykonania w tej części umowy i powstrzymania się ze świadczeniem wzajemnym wynikającym z umowy.

Powyższe zdaniem Sądu I instancji nie oznaczało jednak, że pozwanemu nie przysługiwały wobec tej części dochodzonego przez powoda roszczenia określone przepisami uprawnienia, które mógł w niniejszym procesie realizować.

Ustawa chroni w takim przypadku interesy inwestora poprzez instytucję rękojmi za wady, niezależnie zaś od tego może on skorzystać z ochrony wynikającej z j przepisów o skutkach nienależytego wykonania umowy (art. 471 k.c.).

W tej sytuacji, zgodnie z ogólnymi regułami postępowania dowodowego wyrażonymi w art. 6 k. c. w zw. z art. 3 k. p. c. w zw. z art. 232 k. p. c., to na pozwanym spoczywał ciężar wykazania, że powód wykonał roboty w sposób nienależyty i winien był podnosić w tym zakresie zarzuty udowodnić, dostarczając materiał dowodowy ze wszystkimi konsekwencjami procesowymi bierności dowodowej. Inicjatywa dowodowa pozwanego w powyższym zakresie okazała się jednak zdaniem Sądu Okręgowego niewystarczająca.

Jak wskazał Sąd I instancji pozwany w treści pisma procesowego z dnia 28 listopada 2006 roku w odniesieniu do faktur VAT nr (...) i nr (...) podniósł, że zakres prac w nich opisanych został wykonany przez zatrudnionych przez B. wykonawców zastępczych. Jak wyżej jednak opisano, pozwanemu w stosunku do prac przez niego odebranych, a opisanych we wskazanych fakturach, nie służy już zarzut braku wykonania robót przez powoda. Niezależnie od tego pozwany, reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, zarzutu tego wprost nie sformułował. Wskazywał on wprawdzie, że w zakresach opisanych przez powoda w fakturach (...) wykonywał prace za pomocą wykonawców zastępczych, czego powód nie kwestionował. Powód nie twierdził przecież, że wykonał wszystkie prace objęte łączącą strony umową. Przeciwnie, przyznał on, że wykonał część prac tj. opisane w fakturach, a po opuszczeniu przez niego budowy, pozwany prace te kontynuował (k. 332 - 333). Fakt ten został również potwierdzony zeznaniami świadków: J. W. (k. 538), P. P. (k. 564) i J. K. (k. 662). Tak więc Sąd Okręgowy nie mógł uwzględnić zarzutów pozwanego odnośnie faktur VAT nr (...) i nr (...), gdyż po pierwsze mu nie przysługują po drugie nie poddają się badaniu, bo nie są dostatecznie niesprecyzowane, po trzecie zaś pozwany nie wykazał, że prace objęte fakturami wykonawców zastępczych obejmują te same roboty (nie zaś dalszy ich zakres wykonany po odstąpieniu od umowy), co zafakturowane przez powoda. Nie jest także rzeczą Sądu zastępowanie stron w formułowaniu przez nie zarzutów i podejmowaniu aktywności dowodowej.

O ile pozwanemu nie przysługiwał zarzut braku wykonania robót opisanych w fakturach VAT nr (...) i nr (...), to mógł on podnosić, że prace nie zostały wykonane prawidłowo. Zarzut taki pozwany podniósł co do części robót opisanych w I fakturze nr (...) tj. w zakresie dostawy i montażu konstrukcji stalowych dachu I - obiekt nr 4. Zarzutu tego jednak nie sposób zweryfikować, gdyż nie dość, że pozwany nie sformułował w tym zakresie żadnych wniosków dowodowych, to nie podał nawet jakie wady wykazywały prace wykonane przez powoda (k. 178).

Zasadnie natomiast zdaniem Sądu Okręgowego (...) podniósł, że faktura VAT nr (...) z dnia 30 lipca 2004 roku została wystawiona niezgodnie z zawartą przez strony umową, gdyż protokół zaawansowania nie zawiera podpisu jego przedstawiciela. Fakt, że pozwany płacił kilkakrotnie należności z faktur powoda, w sytuacji gdy protokół zaawansowania podpisał P. P., powyższego ustalenia nie zmienia. Pomimo jednak braku formalnego odbioru przez pozwanego robót opisanych w przedmiotowej fakturze nie ma wątpliwości co do tego, że roboty te zostały przez powoda wykonane. W ocenie Sądu Okręgowego zasadnie zatem powód domaga się za nie wynagrodzenia. Powód wykazał powyższe za pomocą nie budzącego wątpliwości dowodu z opinii biegłego.

Jak wskazał Sąd Okręgowy w opinii z dnia 24 maja 2012 roku biegły B. W. (1) kategorycznie stwierdził, że roboty budowlane objęte protokołem zaawansowania robót z dnia 3 sierpnia 2004 roku oraz fakturą VAT nr (...) z dnia 30

lipca 2004 roku zostały przez powoda i wykonane. Powyższe biegły ustalił na podstawie dokumentów znajdujących się w aktach sprawy, dokonanej wizji lokalnej oraz udostępnionej mu przez Biuro Inwestora Zastępczego (...) dokumentacji powykonawczej, dziennika montażu i malowania oraz dzienników budowy. Biegły w treści opinii szczegółowo przeanalizował dostępne mu materiały, m. in. w opinii powołał się na konkretne zapisy dzienników budowy i doszedł do przekonania, że prace wymienione w protokole zaawansowania z dnia 3 sierpnia 2004 roku zostały wykonane.

Sąd Okręgowy zaznaczył też, że wyjaśniając na rozprawie w dniu 22 listopada 2012 roku biegły podał, że nie dysponował wprawdzie książką obmiaru robót, która dokładnie określiłaby zakres robót wykonanych przez powoda, a ulegających zakryciu, jednak na podstawie dziennika budowy i dziennika malowania konstrukcji stalowej oraz w oparciu o oświadczenie złożone w protokole zaawansowania robót podpisanym przez osoby mające uprawnienia budowlane, mógł zweryfikować, czy roboty zostały przez powoda wykonane. W ocenie biegłego nie sposób jest negować zamontowania przez powoda konstrukcji stalowej mimo braku książki obmiaru robót, skoro z dziennika malowania konstrukcji stalowej wynika, że konstrukcja ta została pomalowana. Biegły na podstawie dostępnych mu dokumentów, w szczególności dziennika budowy oraz przeprowadzonej wizji lokalnej ocenił, że ilości podane w protokole zaawansowania robót z dnia 03 sierpnia 2004 roku pozostają wiarygodne (protokół rozprawy k. 1112 - 1114). Biegły dokonał również analizy cen jednostkowych wskazanych w tym protokole i podał, że są one zgodne z wartościami podanymi w umowie i aneksie nr (...) do umowy (opinia k. 856 - 874). Co do wysokości należnego powodowi z tytułu robót opisanych wynagrodzenia biegły stwierdził jednak, że winno ono ulec korekcie w zakresie pkt 7 protokołu zaawansowania robót (k.871). Według protokołu zaawansowania robót całość prac wykonanych przez powoda wynosiła 503.383,00 złotych, zaś powinna wynosić 486.178 złotych (k. 1123). Sąd jednak omyłkowo nie uwzględnił w wyroku dokonanej przez biegłego korekty należnego powodowi wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy podkreślił również, że przed wytoczeniem powództwa w niniejszej sprawie pozwany odmawiał zapłaty należnej powodowi kwoty z tytułu faktury VAT nr (...) z uwagi na brak należytego odbioru robót oraz z uwagi na nie dostarczenie dokumentacji i jakościowej. Nie podnosił on zaś faktu braku wykonania przez powoda opisanych w fakturze robót. W piśmie z dnia 08 października 2004 roku wskazano, że (...) niezależnie od względów formalnych nie może uznać dostaw i wykonanego montażu za wykonane zgodnie z umową, dopóki nie otrzyma dokumentacji jakościowej (k. 258). Tak więc pozwany przyznawał fakt wykonania przez powoda omawianych robót. Fakt ten został również potwierdzony w toku postępowania dowodem z opinii biegłego.

Nie powiodła się też w ocenie Sądu I instancji pozwanemu próba uchylenia się od obowiązku zapłaty za roboty wynikające z faktury nr (...) za pomocą zarzutu braku dostarczenia przez powoda dokumentacji jakościowej. Inwestorowi, w przypadku stwierdzenia wad fizycznych przedmiotu umowy o roboty budowlane, przysługuje uprawnienie w szczególności do żądania obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku, żądania zaś takiego pozwany reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika nie sformułował. Twierdzeniom pozwanego, zawartym w piśmie z dnia 28 listopada 2006 roku, nie sposób jest przypisać sformułowania żadnego z wymienionych w art. 656 k.c. w zw. z art. 637 k.c. roszczeń. Niezależnie od powyższego powód wykazał, że dostarczył pozwanemu żadaną dokumentację jakościową (pismo z dnia 1 września 2006 roku k. 303, zeznania świadków: J. W. k. 537 i H. U. k. 591), zatem podnoszone przez pozwanego braki robót wykonanych przez powoda nie zostały wykazane. Pozwany co prawda podnosił, że dostarczona przez powoda dokumentacja była niekompletna, jednakże na żadne konkretne braki się nie powołał. Twierdził też, że zastępczo wykonał dokumentację jakościową za powoda, ale nie zostało to poparte żadnymi dowodami.

Zdaniem Sądu Okręgowego postępowanie dowodowe przeprowadzone w sprawie wykazało zatem, że powód wykonał prace objęte fakturami wskazanymi w pozwie, choć należność z tytułu jednej z faktur winna ulec obniżeniu. W ocenie Sądu powód wykazał również, że skutecznie odstąpił od zawartej z pozwanym umowy o roboty budowlane, w oparciu o przepisy ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane. Powyższe zaś oznacza, że może się on skutecznie domagać zapłaty przez pozwanego dochodzonego pozwem świadczenia.

W piśmie z dnia 9 września 2004 roku zawierającym odstąpienie od umowy powód powołał się na przepis art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 9 lipca 2003 roku o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (DZ. U. nr 180, poz. 1758). Zgodnie przepisem art. 4 ust. 1 wskazanej ustawy powód mógł zatem żądać od pozwanego w każdym czasie gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z łączącej strony umowy. Zgodnie z art. 5 ust. 1 w braku uzyskania gwarancji w odpowiednim wyznaczonym w tym celu terminie uprawniony był do wstrzymania się od wykonania robót i oddania obiektu zamawiającemu. Po bezskutecznym upływie zaś dodatkowego terminu do udzielenia gwarancji zapłaty powód był uprawniony do odstąpienia od liniowy z winy zamawiającego - § 5 ust. 2 ustawy. Tak też uczynił powód odstępując w dniu 9 września 2004 roku od zawartej z pozwanym umowy.

W ocenie Sądu Okręgowego dokonane przez powoda odstąpienie było skuteczne. Pomiędzy stronami niniejszego postępowania nie było sporu co do tego, że (...) nie dostarczył powodowi żądanej gwarancji zapłaty za roboty budowlane. Pozwany nie podnosił również żadnych zarzutów co do prawidłowości wezwania go przez powoda do dostarczenia gwarancji, w tym wyznaczonych w tym celu przez powoda terminów. Nie ma też znaczenia dla oceny dokonanego przez powoda odstąpienia, że przepis art. 5 ust. 1 i 2 wskazanej ustawy został uznany przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodny z art. 2 Konstytucji RP wyrokiem z dnia 27 listopada 2006 roku, skoro w dacie w której doszło do odstąpienia od umowy przepis obowiązywał (stracił moc z dniem 30 czerwca 2007 roku).

W ocenie Sądu I instancji brak było podstaw do uznania, by powód nadużył przysługującego mu prawa wynikającego z art. 5 ustawy o gwarancji za roboty budowlane, co jak podnosił pozwany zgodnie z art. 5 k.c. (k. 401) nie zasługuje na ochronę. Skoro pozwany reprezentowany przez fachowego pełnomocnika twierdził, że zostały naruszone przez powoda zasady współzycia społecznego, to należało wskazać jaka konkretnie zasada została naruszona oraz podać pełną treść powoływanej zasady (Sąd powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 października 1998 roku, II CKN 928/97, OSNC 1999, nr 4, poz. 75, oraz orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 2006 roku, IV CSK 1263/06, LEX nr 257664). Braki w tym zakresie powodują, że zarzut (...) „literalnego” wykorzystania przez powoda brzmienia ustawy poprzez żądanie w istocie niemożliwej do udzielenia gwarancji (k. 168) nie mógł zostać uwzględniony. Zarzut (...) w tym zakresie nie ma też o tyle znaczenia, że nawet nieskuteczne odstąpienie powoda od umowy nie pozbawia go prawa dochodzenia należnego od pozwanego wynagrodzenia. Strony przewidziały w umowie możliwość częściowych rozliczeń na podstawie przejściowych faktur VAT, zatem powód może domagać się zapłaty części określonego umową wynagrodzenia.

Sąd Okręgowy wskazał też iż nie ma też racji pozwany twierdząc, że dokonane przez powoda odstąpienie od umowy powoduje, iż obowiązek zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane upada, zaś powód może domagać się jedynie zapłaty odszkodowania. Sąd rozpoznający przedmiotową sprawę w pełni podzielił stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 05 listopada 2008 roku (I CSK 198/08, LEX nr 483312), zgodnie z którym, odstąpienie od umowy, w sytuacji gdy świadczenie stron ma charakter podzielny, może wywołać skutek ex nunc, co należy oceniać przez pryzmat zachowania się strony składającej oświadczenie. W przedmiotowym przypadku powód odstąpił od umowy ze skutkiem ex nunc, co wynika już z treści złożonego przez niego oświadczenia. W piśmie z dnia 9 września 2009 roku powód oświadczył, że odstępuje od umowy z dnia 7 listopada 2003 roku o roboty budowlane i zażądał zapłaty przez pozwanego wynagrodzenia. Ponieważ żądał on zapłaty wynagrodzenia za roboty „dotychczas” wykonane, odstąpił on od umowy jedynie w części niewykonanej. (...) nie żądał bowiem zwrotu tego co świadczył w wykonaniu umowy i ewentualnie odszkodowania za zwrotem tego, co sam otrzymał w jej wykonaniu - art. 494 k.c., domagał się zaś wyraźnie od pozwanego spełnienia określonego umową świadczenia. Dalej powód konsekwentnie domagał się zapłaty wynagrodzenia za roboty, które do dnia odstąpienia wykonał, co wynika ze skierowanego do pozwanego w dniu 7 grudnia 2004 roku wezwania do zapłaty (k. 41), następnie zaś wytoczył powództwo domagając się zasądzenia od pozwanego wynagrodzenia.

Powyższe oznaczało w ocenie Sądu Okręgowego, że żądanie powoda należało uwzględnić w oparciu o art. 647 k.c.

Wprawdzie w pismach procesowych składanych w toku postępowania w sprawie powód wskazywał również alternatywną podstawę prawną dochodzonego roszczenia tj. odszkodowanie w wysokości wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, jednakże ta podstawa żądania okazała się nieprawidłowa.

Odnosząc się do zarzutów potrącenia, podnoszonych odnośnie pierwszych dwóch faktur, Sąd wskazał, że strona pozwana nie złożyła skutecznych oświadczeń o potrąceniu. Oświadczenie z dnia 09 listopada 2004 roku zostało podpisane przez K. G., która nie była uprawniona do reprezentacji spółki, ani nie legitymowała się pełnomocnictwem udzielonym jej przez zarząd - art. 38 k.c. Oświadczenie z dnia 09 listopada 2004 roku jest zatem nieważne zgodnie z art. 58 §1 k.c. i nie wywołuje skutków prawnych. Twierdzenia pozwanego, że K. G. była upoważnionym do dokonania potrącenia pracownikiem spółki nie zostały przez niego w żaden sposób wykazane. Nie odniosła też skutku czynność, pozwanego polegająca na „potwierdzeniu dokonania czynności kompensacyjnej” przez członka zarządu i prokurenta spółki (k. 219), gdyż możliwość potwierdzenia ważności ustawodawca przewidział jedynie dla umowy - art. 103 k.c., zaś zgodnie z art. 104 k.c. jednostronna czynność prawna dokonana bez umocowania jest nieważna.

Nie były też skuteczne oświadczenia o potrąceniu złożone w sprzeczności od nakazu zapłaty i |piśmie procesowym z dnia 28 listopada 2008 roku przez procesowych pełnomocników pozwanej spółki, odpowiednio: radcę prawnego i adwokata. Sąd przypomniał, iż dokonanie potrącenia jest jednostronną czynnością materialnoprawną, do której może dojść w toku postępowania sądowego bądź poza tym postępowaniem. W szczególności osoba uprawniona do tej czynności może jednocześnie złożyć oświadczenie o potrąceniu i podnieść zarzut potrącenia zmierzający do oddalenia powództwa. Tymczasem o ile pełnomocnik procesowy pozwanego był uprawniony do podniesienia w jego imieniu procesowego zarzutu potrącenia, nie wykazał on, aby miał umocowanie do dokonania w imieniu pozwanego czynności prawa materialnego. Przewidziany w art. 91 k.p.c. zakres |umocowania pełnomocnika procesowego nie uprawnia go z mocy ustawy do złożenia materialnego oświadczenia o potrąceniu. Sąd przywołał jako poparcie swojego stanowiska wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2004 roku, sygn. akt I CK 204/04, LEX 143184 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 listopada 2006 roku (sygn. I AC 1678/06, LEX nr 307225) - „pełnomocnictwo procesowe nie obejmuje, tak składania, jak i odbierania oświadczeń materialnoprawnych, a li tylko daje uprawnienia stricte procesowe określone w art. 91 k. p. c. ". Także treść złożonych przez pełnomocników pełnomocnictw procesowych/k. 70 i 310/ nie wskazuje, zdaniem Sądu I instancji, aby byli oni uprawnieni do złożenia w imieniu pozwanego oświadczenia o potrąceniu. W okolicznościach niniejszego przypadku nie może też być mowy o dopuszczonym przez orzecznictwo dorozumianym oświadczeniu woli mocodawcy o udzieleniu pełnomocnictwa do złożenia przez pełnomocnika procesowego oświadczenia o potrąceniu. W toku postępowania w niniejszej sprawie na żadnej z rozpraw pozwany nie był reprezentowany osobiście przez członków zarządu, żadne inne okoliczności sprawy nie wskazują także na dorozumiane umocowanie pełnomocnika pozwanego do złożenia materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu. Niezależnie od tego, choć potrącenie jest czynnością jednostronną i prawnokształtującą, nie wymagającą więc przyjęcia przez adresata, to musi do niego dotrzeć, czego nie ma w niniejszej sprawie. Zarówno odpis sprzeciwu, jak i odpis pisma procesowego z dnia 28 listopada 2008 roku zostały doręczone procesowemu pełnomocnikowi powoda, nie zaś stronie, zaś nie może być mowy o dorozumianym pełnomocnictwie materialnym radcy prawnego do odebrania tego rodzaju oświadczenia.

Niezależnie od powyższego postępowanie dowodowe, zdaniem Sądu, nie wykazało istnienia przedstawionego powodowi do potrącenia roszczenia. Pozwany podawał, że przysługująca mu od powoda wierzytelność w kwocie 181.620,84 złotych wynikała z umowy sprzedaży złomu żeliwnego i stalowego z dnia 10 marca 2004 roku (k. 78) i została opisana w fakturze VAT nr (...) (k. 82). Nie negując faktu zawarcia wskazanej umowy powód zasadnie, zdaniem Sądu, podnosił jednak, że dowody przedstawione przez pozwanego nie dotyczą złomu stalowego i żeliwnego kupionego na podstawie umowy z dnia 10 marca 2004 roku. Pozwany przedstawił wykaz konstrukcji stalowej wywiezionej do renowacji oraz przepustki wyjazdowe, z których wynika, że wywiezione zostały słupy żeliwne do renowacji i malowania oraz dwuteowniki. Przywołany przez Sąd dokument prywatny, złożony przez pozwanego wraz ze sprzeciwem (k. 83) - wymienia w pierwszej kolejności „Słupy wywiezione z terenu budowy do depozytu” pod pozycjami 1 - 20, czemu odpowiadają oznaczone datami od 04 lutego 2004 roku do 12 maja 2004 roku przepustki wyjazdowe (k. 84 - 103). Następnie pod pozycjami 21-32 wymienione są dwuteowniki, którym odpowiadają przepustki wyjazdowe z dat 11

grudnia 2003 roku - 20 maja 2003 roku. Nie ma tam zatem mowy o złomie żeliwnym czy stalowym. Sąd wskazał też, że umowa, na którą powołał się powód została zawarta 10 marca 2004 roku i zgodnie z jej zapisem w pkt 4 od tego dnia obowiązywała, zaś słupy z pozycji 1 - 5 oraz dwuteowniki z wykazu przedstawionego przez (...) zostały wywiezione z budowy przed 10 marca 2004 roku. Niezależnie od powyższego faktura VAT nr (...) zawierała dane różne od uzgodnionych przez strony w umowie tj. w zakresie ceny złomu: 0,60 zł/kg zamiast 0,85 zł/kg i terminu zapłaty 14 dni, zamiast 30 dni. Różnicy cen nie wyjaśnia pismo (...) z dnia 31 marca 2004 roku (k. 246), albowiem wynika z niego obniżenie cen złomu do 530 złotych za tonę. Powód natomiast przedłożył przykładowe przepustki wjazdowe, z których treści wprost wynika, że wywoził on z budowy również złom - na podstawie zapisów przywołanej przez pozwanego umowy (k. 131 - 137). Pismo (...) z dnia 02 grudnia 2004 roku nie było w sprawie istotne, w szczególności zaś nie można mu przypisać nadanego przez pozwanego znaczenia. Strony nie traktowały wywożonych z budowy elementów stalowych i żeliwnych jako złomu, co wynika - choćby z zeznań przesłuchanego na tę okoliczność J. W.. Podał on w szczególności, że wywóz złomu z budowy odbywał się na podstawie umowy sprzedaży, a podstawą wystawiania faktury była przepustka materiałowa zawierająca wskazanie, że wywożony jest złom oraz podany był jego tonaż. Natomiast słupy wywożone przez pozwanego do renowacji, część z nich została z powrotem przywieziona na budowę, a część zatrzymana przez (...), zaś strony miały wspólnie i dokonać w przyszłości ich sprzedaży (k. 534 - 535). Fakt różnicowania przez strony rozliczeń w zakresie złomu i elementów wywiezionych do renowacji wynika też, zdaniem Sądu, z zeznań świadka Z. U. (k. 588 - 590). Również z treści umowy sprzedaży złomu - pkt 8 wynika, że złom podlegał segregacji i były z niego wyłączane elementy zabytkowe (k. 78). Tak więc pozwany nie wykazał roszczenia objętego zarzutem potrącenia. Powyższe w zasadzie zostało przyznane przez samego pozwanego w treści pisma procesowego, z dnia 28 listopada 2006 roku/k.171/. Wywóz elementów do renowacji wynikał nie ze złożonej przezeń wraz ze sprzeciwem umowy sprzedaży złomu żeliwnego i stalowego z dnia 10 marca 2004 roku, a zawartego przez strony w dniu 14 stycznia 2004 roku aneksu nr (...) do umowy. Aneks ten dotyczył jednak tylko słupów żeliwnych fi 110 x 3900, tak, że przeważająca większość elementów żeliwnych i stalowych została wywieziona z budowy przez I powoda bez podstawy prawnej (pismo procesowe k. 171).

Sąd rozważył też, zgłoszone przez pozwanego, w wyżej wymienionym piśmie roszczenie windykacyjne od powoda co do wywiezionych do renowacji i nie zwróconych konstrukcji stalowych i słupów żeliwnych, które przekształciło się, zdaniem pozwanego, w roszczenie odszkodowawcze. Sąd jednak uznał, że zarzut ten i naprowadzający na niego dowód nie mógł zostać uwzględniony, pozwany wyraźnie podał, że przysługująca mu od powoda wierzytelność w kwocie 181.620,84 złotych przedstawiona do potrącenia wynikała z umowy sprzedaży złomu żeliwnego i stalowego z dnia 10 marca 2004 roku (k. 78) i została opisana w fakturze VAT nr (...) (k. 82). Pozwany nie złożył natomiast oświadczenia o potrąceniu, ani nie podniósł zarzutu potrącenia co do przysługującej mu - jak twierdził - od powoda wierzytelności wynikającej w wyrządzonej mu szkody. Pozwany był w toku postępowania reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, trudno zatem uznać, że uczynił to w sposób dorozumiany, lub że jego oświadczenia czy zarzuty są innej treści niż wyraźnie wyrażone. Bezcelowym było więc badanie, czy wierzytelność i odszkodowawcza (...) wobec powoda istnienie i ewentualnie w jakiej wysokości; brak jej przedstawienia do potrącenia nie pomniejsza bowiem kwot dochodzonych przez powoda pozwem. Sąd na poparcie swojego stanowiska przywołał orzecznictwo Sądu Najwyższego, podsumowując, iż w zakresie roszczenia odszkodowawczego zarzut potrącenia nie został w ogóle przez pozwanego sformułowany.

Sąd rozważył też zgłoszony na podstawie art. 488 § 2 kc, przez pozwanego, zarzut odraczający. Wniósł on o wydanie przez powoda stanowiących jego własność słupów i dwuteowników i sformułował wyżej wymieniony zarzut. Zarzut ten był, zdaniem Sądu, niezrozumiały, gdyż nie ma żadnego związku z dochodzonym przez powoda żądaniem wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, któremu pozwany mógłby przeciwstawić zarzut odraczający w zakresie własnego świadczenia. Pozwany mógłby zgłosić zarzut odraczający i wstrzymać się z zapłatą należnego powodowi wynagrodzenia tylko wtedy, gdyby żądał wykonania przez (...) świadczenia wzajemnego w postaci zgłoszonych pozwem robót budowlanych.

Sąd pominął twierdzenia i zarzuty/ w tym zarzut potrącenia co do trzeciej faktury/ oraz oddalił wnioski dowodowe zgłoszone przez i pozwanego w piśmie procesowym z dnia 19 listopada 2012 roku jako objęte prekluzją dowodową z art.

479 (14a) k.p.c. w zw. z art. 479 (14) §2 k.p.c., przedstawiając swoją argumentację prawną w tym zakresie. Uzasadniając odsetki od należności objętej trzecią fakturą Sąd wskazał, iż należy traktować ją jako wezwanie do zapłaty i powołał się na treść art. 455kc.

O kosztach procesu orzekł w oparciu o zasadę odpowiedzialności za wynik procesu i kosztów celowych - art. 98 §1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 108 §1 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku złożył pozwany, który zaskarżając orzeczenie w całości, zarzucił:

I. naruszenie przepisów postępowania i prawa materialnego w następującym zakresie:

1) naruszenie art. 386 § 6 k.p.c. polegające na niezastosowaniu się przez Sąd Okręgowy w Warszawie do wytycznych Sądu Apelacyjnego w Warszawie zawartych w wyroku z dnia 16 czerwca 2008 roku i zaniechanie przez Sąd I instancji zweryfikowania wartości robót budowlanych wykonanych przez powódkę oraz oddalenie na rozprawie w dniu 13 grudnia 2012 roku wniosków dowodowych pozwanej:

a) zawartego w piśmie z dnia 23 listopada 2006 roku wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego ds. budownictwa na okoliczność wartości konstrukcji stalowych i słupów żeliwnych wywiezionych przez powodową spółkę, których posiadanie powódka przyznała w toku procesu,

b) wniosków dowodowych zawartych w piśmie pozwanej z dnia 19 listopada 2012 roku, czyli wniosku o przeprowadzenie dowodu z dokumentu - opinii biegłego A. L. oraz wniosku o przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy toczącej się w tożsamej konfiguracji podmiotowej i dotyczącej prac wykonywanych przez powódkę w tej samej inwestycji - przed tym samym Sądem I instancji pod sygn. akt XX GC 770/06.

2) naruszenie art. 479 (14a) w zw. z art. 479 (14) § 2 k.p.c. w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 16 listopada 2006 roku o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, skutkujące naruszeniem art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez oddalenie na rozprawie w dniu 13 grudnia 2012 roku wniosków dowodowych strony pozwanej, pomimo że w sprawie brak było podstaw do ich pominięcia jako sprekludowanych i nieistotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, to jest:

a) opinii biegłego A. L. powstałej w sprawie o sygn. akt XX GC 770/06,

b) dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy w/w sprawy,

c) dowodu z opinii biegłego ds. budownictwa na okoliczność wartości konstrukcji stalowych i słupów żeliwnych wywiezionych przez powodową spółkę „do renowacji” i nie zwróconych pozwanemu

3) naruszenie art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c. oraz w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. i w zw. z art. 278 k.p.c., a także w zw. z art. 386 § 6 k.p.c. poprzez dokonanie ustaleń faktycznych w sposób niezgodny z zasadą rozkładu ciężaru dowodu co do wartości robót wykonanych przez powódkę, a objętych fakturą VAT nr (...) z dnia 29 kwietnia 2004 roku, z której powódka dochodzi zapłaty kwoty 1.180,- złotych oraz fakturą VAT nr (...) z dnia 30 czerwca 2004 roku, z której powódka dochodzi zapłaty kwoty 141.590,40 złotych, pomimo że z zasady określonej w art. 6 k.c. wynika, że obowiązek wykazania wartości robót wykonanych przez powódkę spoczywał na tejże, argumentując m.in. że właściwym środkiem dowodowym dla wykazania tych okoliczności był wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność zakresu i wartości robót objętych fakturami VAT nr (...) i (...), którego to wniosku strona powodowa w toku procesu nie zgłosiła,

4) naruszenie art. 479 § 1 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez oparcie ustaleń faktycznych Sądu I instancji co do zakresu i wartości robót budowlanych wykonanych przez powódkę, na podstawie sprekludowanego (gdyż nie zgłoszonego w pozwie, lecz w piśmie procesowym k. 126-129) wniosku strony powodowej o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność zakresu i wartości robót budowlanych wykonanych przez

powódkę, określonych w fakturze VAT nr (...) z dnia 30 lipca 2004 roku oraz w załączonym do tej faktury protokole zaawansowania robót z dnia 3 sierpnia 2004 roku,

5) naruszenie art. 384 k.p.c., skutkujące naruszeniem art. 365 § 1 k.p.c. w zw. z art. 366 k.p.c. oraz w zw. z art. 321 § 1 k.p.c. polegające na orzeczeniu przez Sąd Okręgowy skarżonym wyrokiem w zakresie prawomocnie oddalonego powództwa odnośnie do zasądzenia ustawowych odsetek od kwoty 131.600,- złotych (pkt 1 tiret trzecie wyroku) od dnia 17 września 2004 roku, w sytuacji gdy wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 maja 2007 roku zasądzono tę należność z ustawowymi odsetkami od dnia 14 marca 2005 roku, zaś w punkcie II. tego wyroku dalej idące powództwo oddalono i rozstrzygnięcie w tym zakresie jest prawomocne, wobec uchylecia przez Sąd Apelacyjny wyroku Sądu Okręgowego z dnia 9 maja 2007 roku tylko w zakresie punktu I i III,

6) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. polegające na dokonaniu sprzecznego z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego ustalenia co do zasadności roszczenia powódki o zapłatę kwoty 131.600,- złotych tytułem faktury VAT nr (...) z dnia 30 lipca 2004 roku, pomimo że - co Sąd I instancji sam przyznaje (s. 12 i 15 uzasadnienia skarżonego wyroku) - z opinii biegłego B. W. (1) z dnia 24 maja 2012 roku (s. 17-19) wynika, że wartość i zakres wykonanych przez powódkę robót budowlanych ujętych w protokole zaawansowania robót z dnia 3 sierpnia 2004 roku, stanowiącym podstawę do wystawienia w/w faktury VAT, wynosiła kwotę 100.971,- złotych netto, co po potrąceniu 10% kaucji gwarancyjnej w oparciu o § 12 ust. 3 Warunków Ogólnych Umowy, stanowi o ewentualnej zasadności - abstrahując od podniesionego przez pozwaną zarzutu potrącenia - roszczenia powódki tytułem tej faktury co do kwoty maksymalnie 110.866,16 złotych brutto, a nie kwoty 131.600,- złotych brutto i w tym zakresie - niezależnie od innych zarzutów apelacji - zasądzona w punkcie 1) tiret trzecie wyroku kwota 131.600,- złotych winna zostać zmniejszona co najmniej do kwoty 110.866,16 złotych,

7) skutkujące naruszeniem art. 455 k.c. w zw. z art. 481 § 1 k.c. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie dokonania wszechstronnej oceny materiału dowodowego co do terminu wymagalności roszczenia powódki wynikającego z faktury VAT nr (...) i pominięcie przy tej ocenie zapisu § 12 zd. 2 Warunków Ogólnych Umowy o Wykonanie Robót Budowlano-Montażowych, stosownie do którego to zapisu do faktury winien być dołączony protokół zaawansowania robót podpisany przez S. K. „pod rygorem nie przyjęcia faktury” oraz zapisu § 5 ust. 3 w/w Warunków, stosownie do których przed przystąpieniem do wykonania robót powódka obowiązana była dostarczyć dokumentację jakościową, czego nie uczyniła, albowiem w aktach sprawy znajdują się faktury (...) dotyczące kopiowania oraz plotowania rysunków wielkoformatowych, co oznacza że pozwana zmuszona była do odtwarzania na swój koszt dokumentacji dotyczącej robót wykonywanych przez powódkę, wobec czego:

- skoro brak było protokołu zaawansowania robót (protokół zaawansowania robót podpisała osoba nieuprawniona), pozwana mogła popaść w opóźnienie w zapłacie tej należności - kwestionowanej przez pozwaną - dopiero z chwilą uprawomocnienia się wyroku zapadłego w sprawie i dopiero od tej daty mogły być naliczane odsetki ustawowe od żądanej kwoty, albowiem pozwana była uprawniona do odmowy przyjęcia faktury,

8) naruszenie art. 5 k.c. w zw. z art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 9 lipca 2003 roku o gwarancji zapłaty za roboty budowlane oraz art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 386 § 6 k.p.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i pominięcie zarzutu pozwanej nieważności oświadczenia woli powódki o odstąpieniu od umowy o roboty budowlane (k. 42), z uwagi na brak wskazania na sprzeczność z jaką zasadą współzycia społecznego powołuje się pozwana, pomimo że:

a) sprzeczność czynności prawnej z zasadami współzycia społecznego Sąd bierze pod uwagę z urzędu,

b) w piśmie pozwanej z dnia 19 listopada 2012 roku zawarta została szczegółowa argumentacja dotycząca sprzeczności z zasadami współzycia społecznego oświadczenia powódki o odstąpieniu od umowy

II. w zakresie zarzutu dokonania potrącenia wierzytelności pozwanej tytułem faktury VAT nr (...) z dnia 12 października 2004 roku:

9) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnej oceny materiału dowodowego w postaci oświadczenia z dnia 9 listopada 2004 roku o potrąceniu (kompensacie) wierzytelności i bezpodstawne przyjęcie, że osoba składająca to oświadczenie - K. G. nie była umocowana do skutecznego potrącenia wierzytelności przysługujących pozwanej, mimo że m.in. dokonywanie potrąceń należało do jej obowiązków pracowniczych, nadto była ona osobą czynną w lokalu przedsiębiorstwa,

10) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. oraz art. 65 § 1 k.c. poprzez pominięcie przy ustalaniu stanu faktycznego przez Sąd 1 instancji oświadczenia powódki wyrażonego w piśmie z dnia 2 grudnia 2004 roku (k. 76), które należałoby wyłożyć, jako:

a) uznanie roszczenia pozwanej o zwrot złomu żeliwnego,

b) uznanie przez powódkę wartości złomu żeliwnego wynikającej z faktury VAT nr (...) z dnia 28 września 2004 roku w kwocie 181.620,84 złotych,

c) przyznanie przez powódkę, że rozliczenie wartości zatrzymanego przez wykonawcę robót budowlanych złomu wchodzi w zakres rozliczenia wzajemnych roszczeń wynikających z umowy o roboty budowlane,

11) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 230 k.p.c. i art. 65 k.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i dokonanie błędnej wykładni udzielonych pełnomocnikom procesowym pozwanej pełnomocnictw, skutkujące nieprawidłowym ustaleniem faktycznym, że ani pełnomocnik - radca prawny R. S. (k. 70), ani też pełnomocnik - adwokat M. S. (k. 310) nie mieli umocowania do złożenia materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu wierzytelności pozwanej przysługującej tytułem ceny złomu zatrzymanego przez powódkę, wynikającej z umowy nr (...) z dnia 10 marca 2004 roku (k. 78) oraz faktury VAT nr (...) z dnia 12 października 2004 roku (k. 80-82),

12) naruszenie art. 61 § 1 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że oświadczenie woli o potrąceniu złożone w toku procesu cywilnego przez pełnomocnika strony przeciwnej dla swej skuteczności wymaga umocowania pełnomocnika drugiej strony do odbioru oświadczeń o charakterze prawnomaterialnym, przy uwzględnieniu, że zgodnie z regulacją art. 61 § 1 zd. 1 k.c., oświadczenie woli uznaje się za skutecznie złożone, gdy strona miała co najmniej możliwość zapoznania się z jego treścią, zaś działanie w procesie przez pełnomocnika nie wyłącza osobistego działania strony (art. 93 k.p.c.), nadto tak zasady wykonywania zawodu adwokata (§ 49 Kodeksu Etyki Adwokackiej), jak i radcy prawnego (art. 28 pl.t 5 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego) nakładają na pełnomocników obowiązek informowania mocodawców o przebiegu postępowania,

13) naruszenie art. 60 k.c. w zw. z art. 65 § 1 k.c. poprzez ich błędne zastosowanie i dokonanie niewłaściwej wykładni oświadczeń woli złożonych przez osoby uprawnione do reprezentacji pozwanej zawartych na oświadczeniu o potrąceniu (kompensacie) wierzytelności z dnia 9 listopada 2004 roku (k. 219), jako nieskutecznego potwierdzenia nieważnej czynności prawnej (art. 104 zd. 1 k.c.), podczas gdy w okolicznościach niniejszej sprawy winno być traktowane jako nowe oświadczenie woli złożone w imieniu spółki (...) S.A. o potrąceniu wzajemnych wierzytelności,

14) naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego i błędne ustalenie, że posiadane przez powódkę konstrukcje nie stanowiły przynajmniej w części złomu, będącego przedmiotem umowy sprzedaży złomu z dnia 10 marca 2004 roku, zawartej wcześniej przez strony także ustnie (co wynika z zeznań świadków P., W. oraz K.), w związku z czym brak było podstaw do wystawienia przez pozwaną faktury VAT nr (...) z dnia 28 września 2004 roku na kwotę 181.620,84 złotych, z której wynikające roszczenie było przedmiotem potrącenia, i pominięcie przy tej ocenie pisma powódki z dnia 2 grudnia 2004 roku, w którym nazywała one zatrzymane elementy „złomem”, pisma pozwanej z dnia 2 grudnia 2004 roku, załączonych do sprzeciwu od nakazu zapłaty przepustek wyjazdowych, dowodu wskazanego w punkcie (I) 2 lit. c) niniejszej apelacji,

15) nierozpoznanie istoty sprawy, gdyż Sąd Okręgowy oddalając wniosek pozwanej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego uniemożliwił ustalenie ilości i wartości znajdujących się niespornie u powódki elementów pobranych z

budowy oraz ustalenie, które z tych elementów stanowiły złom, a które początkowo były przeznaczone do renowacji, konsekwencją czego był brak merytorycznego rozpoznania zarzutu potrącenia dokonanego przez pozwaną,

co skutkowało naruszeniem art. 471 § 1 k.c. poprzez ich niezastosowanie, gdyż przy prawidłowo ustalonym w powyższym zakresie stanie faktycznym pozwana miałaby możliwość sprecyzowania co do wysokości zgłoszone roszczenie odszkodowawcze, zaś Sąd I instancji winien uwzględnić zarzut potrącenia z wierzytelnością dochodzoną przez powódkę wierzytelności pozwanej tytułem szkody wynikającej z bezprawnego zatrzymania przez, powódkę należących do pozwanej złomu oraz słupów żeliwnych;

III. w zakresie zarzutu odraczającego:

16) naruszenie art. 386 § 6 k.p.c. w z a t. 488 § 2 k.c. w zw. z art. 496 k.c. poprzez ich błędną wykładnię i ustalenie przez Sąd I instancji, że podniesiony przez stronę pozwaną zarzut odraczający do czasu zaoferowania przez powódkę świadczenia wzajemnego w postaci słupów i dwuteowników wskazanych w pozycjach nr 1-32 załącznika do pisma procesowego pozwanej z dnia 2 lutego 2007 roku jest bezzasadny, albowiem pozwany mógłby zgłosić zarzut odraczający i wstrzymać się z zapłatą należnego powodowi wynagrodzenia tylko wtedy, gdyby zażądał przez (...) świadczenia wzajemnego w postaci zgłoszonych pozwem robót budowlanych,

17) naruszeniem art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 496 k.c. poprzez uwzględnienie roszczeń powódki o zapłatę odsetek ustawowych od zasądzonej części świadczenia głównego, pomimo że strona powołująca się na zarzut uchylenia się od zwrotu świadczenia do czasu zaoferowania przez drugą stronę świadczenia wzajemnego nie pozostaje w opóźnieniu;

IV. w zakresie zarzutu dokonania potrącenia kar umownych za opóźnienie w wykonaniu robót przez powódkę (oświadczenie o potrąceniu z dnia 16 listopada 2012 roku):

18) naruszenie art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. w zw. z art. 479^{14a} k.p.c. w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy zmieniającej oraz w zw. z art. 386 § 6 k.p.c., względnie naruszenie art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. poprzez pominięcie podniesionego w piśmie procesowym pozwanej z dnia 19 listopada 2012 roku zarzutu potrącenia wierzytelności powódki z wierzytelnością przysługującą pozwanej tytułem kar umownych za opóźnienie w wykonaniu robót budo wlnych w łącznej wysokości 183.521,53 złotych, pomimo że:

a). art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą nie miał w sprawie zastosowania,

b). nawet gdyby jednak przyjąć, że w sprawie niniejszej obowiązywały zasady prekluzji określone w art. 479¹⁴ § 2 k.p.c., to podniesiony zarzut potrącenia nie jest spóźniony, gdyż potrącenie nastąpiło na podstawie złożonego poza procesem oświadczenia o potrąceniu z dnia 16 listopada 2012 roku (k. 1105-1107), a zatem możliwość podniesienia procesowego zarzutu potrącenia powstała dopiero w tym dniu, skutkujące:

- naruszeniem art. 316 § 1 k.p.c., z uwagi na pominięcie przez Sąd I instancji stanu rzeczy istniejącego w chwili zamknięcia rozprawy (umorzenia roszczenia powódki na skutek dokonanego poza procesem potrącenia wzajemnych wierzytelności),

- nierozpoznaniami przez Sąd I instancji istoty sprawy poprzez zaniechanie poczynienia ustaleń faktycznych co do zasadności podniesionego zarzutu potrącenia, pozostawiania przez powódkę w opóźnieniu z wykonaniem prac wskazanych w oświadczeniu z dnia 16 listopada 2012 roku.

W związku z zarzutami (I) 1) a) i b) oraz (I) 2) a), b) i c), na podstawie art. 380 k.p.c. i art. 381 k.p.c. w zw. z art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. skarżący wniósł o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego ds. budownictwa na okoliczność ustalenia wartości konstrukcji stalowych (złomu) i słupów żeliwnych wywiezionych przez powodową spółkę „do renowacji” i nie zwróconych pozwanej (stosownie do wniosku z pisma pozwanej z dnia 23 listopada 2006 roku, s. 3, k. 166),

2) zażądanie od Sądu Okręgowego w Warszawie na rozprawę akt sprawy toczącej się przed tym Sądem pod sygn. akt: XX GC 770/06 o tożsamer konfiguracji podmiotowej oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w tych aktach, w tym z opinii biegłego A. L. oraz z protokołów rozpraw zawierających zeznania świadków na okoliczność: opóźnienia powódki w wykonaniu prac, zakresu i wartości prac wykonanych w ramach umowy przez powódkę, wywożenia przez powódkę konstrukcji stalowych oraz słupów żeliwnych z terenu budowy, przyczyn opuszczenia budowy przez powódkę, ograniczenia wykonywania prac w związku z katastrofą budowlaną i wykonawstwa zastępczego zleconego przez pozwaną (stosownie do tezy dowodowej sprecyzowanej przez pozwaną na rozprawie w dniu 13 grudnia 2012 roku).

Podnosząc powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości, poprzez oddalenie powództwa w całości wraz z zasądzeniem od powódki na rzecz pozwanej kosztów procesu za wszystkie instancje, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego za wszystkie instancje według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Okręgowy w Warszawie wraz z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach procesu za wszystkie instancje.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje.

Apelacja pozwanego okazała się jedynie częściowo zasadna: co do korekty należności z trzeciej faktury nr (...), co do kwoty 18 512,48 zł i tym samym zmniejszenia należności z tej faktury do kwoty 113 087,52 zł i w konsekwencji należności głównej o tę pierwszą kwotę, tj. do kwoty 255 857,92 zł oraz odsetek od kwoty z powyższej faktury, wobec spetryfikowania tej kwestii, mocą prawomocnej części wyroku z dnia 9 maja 2007 r, pkt. II i obowiązującego po ponownym rozpoznaniu sprawy zakazu reformationis in peius. Sąd Okręgowy generalnie dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych /z wyjątkiem określenia wartości robót objętych trzecią fakturą o nr (...). Ustalenia te Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne z poniższą korektą, co do wartości tychże robót objętych trzecią fakturą, stosownie do wniosków opinii biegłego B. W. (2). Zasadny okazał się zatem zarzut sprzeczności ustaleń z treścią opinii biegłego /pkt.6/, choć nie chodziło tutaj o naruszenie art.233 § 1 k.p.c., gdyż Sąd dał wiarę tej opinii w całości, a jedynie pomyłkowo nie uwzględnił jej wniosków w tym zakresie/ co przyznał w uzasadnieniu/. W tej sytuacji skoro wartość prac wynosi zgodnie z podsumowującą opinią ustną biegłego nie 117 500 zł, lecz 100 971 zł netto/k- 1113/, to po doliczeniu 22%VAT w wysokości 22 213,62 zł, otrzymuje się kwotę 123 184,62zł oraz po odjęciu 10 % kaucji gwarancyjnej/ liczonej zgodnie z treścią faktur od wartości robót netto/ w kwocie 10 097, 10 zł- wynika wartość robót na kwotę 113 087, 52 zł . Do takiej kwoty/ mniejszej o 18 512,48 zł/ została skorygowana należna wysokość za prace objęte rozważaną fakturą i w konsekwencji należność końcowa/ suma trzech faktur/ do kwoty 255 857,92 zł. Jeżeli chodzi od odsetki od należności opisanej tą fakturą to zarzut strony pozwanej/pkt.7/ , iż winny być zasądzone od daty wyroku nie był trafny, jednakże okazał się częściowo zasadny zarzut naruszenia art. 384 k.p.c w zw. art. 366 k.p.c. /pkt. 5/. Należy zauważyć, że wprawdzie protokół zaawansowania rozważanej części robót /mający z istoty rzeczy potwierdzać dokonanie prac/ został podpisany przez nieuprawnionego przedstawiciela strony pozwanej /kierownika robót P. P., nie zaś dyrektora kontraktu S. K./ nie mniej jednak fakturę tę , jak zasadnie argumentował Sąd , należało traktować jako wezwanie do zapłaty. Jednakże z uwagi na fakt, iż „pierwszy” wyrok Sądu Okręgowego z dnia 9 maja 2007 r. /k-415/ w punkcie drugim się uprawomocnił, zaś odsetki od tej należności zasądzono od daty doręczenia pozwu/dowód doręczenia k-66/, to zasadnie podnosił pozwany , iż stosownie do treści art. 384 k.p.c. nie mogły być one zasądzone od daty wcześniejszej, nawet jeżeli, zdaniem Sądu I instancji, który to pogląd Sąd Apelacyjny podziela, roszczenie było już wymagalne z chwilą doręczenia faktury.

W konsekwencji Sąd Apelacyjny zmienił wyrok Sądu I instancji poprzez określenie odsetek od tej późniejszej daty. W pozostałej części/przekraczającej kwotę skorygowanego roszczenia głównego i odsetek/ powództwo zostało oddalone. Należy zauważyć również, iż niezasadny okazał się zarzut prekluzji, naruszenia art. 479(12) § 1 k.p.c. w zw. art. 233 § 1 k.p.c. /pkt.4/, skoro wniosek dotyczący biegłego, celem wyliczenia wartości robót, objętych trzecią fakturą został zgłoszony w odpowiedzi na sprzeciw. Trudno wymagać od strony powodowej, aby wnosząc pozew antycypowała wszystkie ewentualne i możliwe zarzuty strony pozwanej, tym bardziej , iż protokół zaawansowania robót z dnia 3 sierpnia 2004 r. podpisał przedstawiciel tejże strony pozwanej, a nadto strony rozliczały się również na podstawie

takowych protokołów, choć niewątpliwie winien być podpisany przez S. K.. Tym samym wniosek dowodowy powoda w zakresie dowodu z opinii biegłego należy uznać za złożony w terminie.

Natomiast całkowicie niezasadny okazał się zarzut naruszenia art.6 k.c. w zw. art. 232 k.p.c. i 233 § 1 k.p.c. w zw. art 278 k.p.c., a także 386 § 6 k.p.c., poprzez dokonanie ustaleń faktycznych w sposób niezgodny z zasadą rozkładu ciężaru dowodu co do wartości robót wykonanych przez powódkę, a objętych pozostałymi dwoma fakturami /pkt.3/. Należy zauważyć, iż protokoły zaawansowania robót potwierdzające zgodnie z umową wykonanie prac o wskazanej wartości, dołączone do tychże faktur, zostały podpisane przez upoważnionego przedstawiciela strony pozwanej, dyrektora kontraktu, S. K./par 12 Warunków Ogólnych Umowy- k. 22 w zw. § 5 ust.1 umowy - k. 12/. W wytycznych Sądu Apelacyjnego zawartych w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 czerwca 2008 r., uchylającego poprzedni wyrok Sądu Okręgowego, nie ma żadnych wskazań co do dopuszczenia dowodu z opinii biegłego, w zakresie zasadności i wysokości roszczenia; mają one charakter bardzo ogólny /k. 494/. Natomiast jeżeli pozwany kwestionował rzetelność czy zgodność z rzeczywistością protokołów podpisanych przez jego własnego, należycie umocowanego przedstawiciela, to sam winien podjąć stosowną inicjatywę dowodową w tym przedmiocie i złożyć stosowne, należycie uzasadnione okolicznościami sprawy wnioski dowodowe. Należy podzielić również trafność spostrzeżeń Sądu, iż nie wskazał on żadnych konkretnych wad przedmiotu umowy, objętego rozważanymi dwoma fakturami Sądu, ani nie zgłosił w stosownym trybie żadnych roszczeń z tytułu rękojmi za wady bądź odszkodowawczych.

Nietrafne są zarzuty zawarte w pkt. 1 i 2 apelacji, a dotyczące oddalenia wniosków dowodowych z dokumentów w postaci opinii biegłego i protokołów zeznań świadków z innej sprawy, tj. XX GC 770/06 Sądu Okręgowego w Warszawie/doprecyzowanych i oddalonych na rozprawie w dniu 13.12.2 r. /k. 1135-1136/. Wnioski te są niezasadne, jako niedopuszczalne już z uwagi na obowiązującą zasadę bezpośredniości, ponadto jak wskazano wyżej strona pozwana nie zgłosiła właściwie wyżej wskazanych roszczeń. Kwestia dowodu z opinii biegłego na okoliczność wartości konstrukcji stalowych i słupów żeliwnych zostanie omówiona w dalszym toku rozważań.

Niezasadny okazał się też zarzut naruszenia art. 5 k.c. w zw. art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane oraz art. 58 § 2 k.c. w zw. art. 386 § 6 k.p.c. Sąd Apelacyjny podziela tutaj rozważania prawne Sądu I instancji. Należy zauważyć ponadto, iż strona pozwana nie wykazała zarzucanej dysproporcji roszczeń powódki do żądanej gwarancji. Roszczenie w niniejszej sprawie zostało wykazane na kwotę 255 857,92 zł, zaś sprawa XX GC 770/06, w której dochodzona jest inna część żądań nie została jeszcze prawomocnie zakończona. Nie wykazała również, aby zarzucane opóźnienia w robotach powstały na skutek działań powódki, nie zaś nie prawidłowego przygotowania frontu robót przez inwestora, co zarzucała strona powodowa. Tym samym twierdzenia jakoby oświadczenie o odstąpieniu było nieważne na podstawie art. 58 § 2 k.c. jest chybione.

Nietrafny okazał się zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnej oceny oświadczenia z dnia 9 listopada 2004 r. o potrąceniu wierzytelności /pkt. 9 /. Kwestionowana ocena Sądu Okręgowego dotyczy w istocie nie tyle oceny materiału dowodowego, lecz subsumpcji w płaszczyźnie oceny właściwej reprezentacji osoby prawnej. Niewątpliwie K. G. składająca przedmiotowe oświadczenie /k-77/ nie była członkiem Zarządu strony pozwanej, ani nie dysponowała pełnomocnictwem władz spółki do działania w jej imieniu. Zasadnie więc Sąd Okręgowy mając na uwadze treść art. 38 k.c. ocenił, iż oświadczenie przez nią złożone było nieważne. Brak było również podstaw do traktowania, wbrew twierdzeniom zawartym w zarzucie 13 apelacji /dotyczącym naruszenia art. 60 k.c. w zw. art. 60 k.c./, potwierdzenia /k. 219/, dokonanego przez członka zarządu i prokurenta pozwanej spółki powyższego oświadczenia o potrąceniu - jako nowego oświadczenia woli. Interpretacja pozwanego w żaden sposób nie wynika z treści oświadczenia członków zarządu, którzy „potwierdzili dokonanie czynności kompensacyjnej przez pracownika K. G.". Zasadnie zatem stosownie do treści art. 104 zd.1 k.c. Sąd ocenił oświadczenie to jako nieskuteczne, skoro jednostronna czynność prawna dokonana bez stosownego umocowania jest nieważna. Brak było też jakichkolwiek podstaw do domniemywania zgody strony przeciwnej skoro oświadczenie z dnia 9 listopada 2004 r. o potrąceniu zostało zwrócone stronie pozwanej przez powoda mocą pisma z dnia 2grudnia 2004 r. /k-76/. Sąd Apelacyjny podziela również cytowane przez Sad Okręgowy poglądy orzecznictwa, iż pełnomocnictwo procesowe o zakresie uregulowanym w treści art. 91 k.p.c. nie obejmuje z mocy ustawy umocowania do złożenia oświadczenia o charakterze materialnoprawnym. Natomiast z dokumentów złożonych do akt sprawy /k-70 i 310/ wynika, iż pełnomocnictwa dla

radcy prawnego R. S. i adwokat M. S. miały charakter stricte procesowy, a zatem dokonane przez nich w toku procesu oświadczenia o potrąceniu są nieważne. W tej sytuacji bezprzedmiotowe jest analizowanie braku pełnomocnictw materialnoprawnych strony przeciwnej /zarzut 12/ do odbioru tychże oświadczeń.

Odnosząc się z kolei do problematyki konstrukcji stalowych i słupów żeliwnych należy podzielić konstatację Sądu I instancji, iż brak jest podstaw do utożsamiania wywiezionych przez powoda/ fakt wywiezienia i posiadania sam przyznał/ z budowy słupów i dwuteowników / konstrukcji stalowych i słupów żeliwnych /, wymienionych w załączniku do sprzeciwu od nakazu zapłaty /k-83/ ze złomem, który był przedmiotem osobnej umowy z dnia 10 marca 2004 r. / k-78/, a której miała dotyczyć przedstawiona do potrącenia faktura nr (...). Z powyższego wykazu /k-83/ wynika jasno, iż chodzi o konkretne elementy, wskazane rozmiarowo i ilościowo, nie zaś wagowo, jak to ma miejsce w przypadku złomu. Z tym opisem korespondują dołączone do sprzeciwu przepustki /k-84-103/, również dotyczące konkretnych elementów, nie zaś złomu określanego wagowo. Należy również podzielić spostrzeżenia Sądu co do niezgodności cen z faktury z umową, brak jest aneksu z którego wynikałaby podstawa „do sprzedania taniej”, na co powoływał się pozwany. Kwestia rozliczenia z kolei złomu z umowy z dnia 10 marca 2004 r. została objęta fakturą nr (...) /k-130/, z którą korespondują przepustki dotyczące *expressis verbis* złomu /k-131-137. Brak było zatem podstaw do wystawiania na podstawie tej umowy przedmiotowej faktury z dnia 29.09.2004 r. nr (...). Trudno natomiast wywodzić z treści pisma powoda z dnia 2.12.2004 r. /k-76/, podpisanego notabene przez jednego z członków Zarządu i Kierownika Projektu /niezgodnie zatem z wymogami reprezentacji powoda/odpis pełny KRS-k682 i nast./, tezę o tożsamości konstrukcji stalowych i słupów żeliwnych i złomu skoro pismo to ma charakter bardzo ogólnikowy i nieprecyzyjny, zaś żadna ze stron nie powoływała się na uregulowania umowne / czy to z umowy z dnia 10 marca 2004r bądź z 7 listopada 2004r., czy jej aneksu/ w przedmiocie „depozytu złomu”. Pismo to jedynie zapowiada rozliczenie kontraktu, w tym „przekazanego w depozyt złomu żeliwnego”, co należy w świetle wyżej wskazanych rozważań rozumieć jako rozliczenie wraz z kontraktem kwestii wywiezionych z budowy elementów żeliwnych i stalowych. Brak jest natomiast jakichkolwiek podstaw do traktowania powyższego pisma jako oświadczenia woli w postaci uznania właściwego / nawet wobec wadliwej reprezentacji złożonego w sposób dorozumiany/ bądź oświadczenia wiedzy w postaci uznania niewłaściwego. Nie wymienia ono bowiem w sposób precyzyjny wierzytelności, której miałoby domniemane uznanie dotyczyć: rodzaju, rozmiarów, ilości, ceny, względnie wagi towaru etc. Brak było również podstaw do przyznawania przez powódkę, że rozliczenie wartości złomu wchodzi w zakres rozliczenia wzajemnych roszczeń wynikających z umowy o roboty budowlane, skoro sprzedaż złomu dotyczyła odrębna umowa. Ponadto powódka nie mogłaby skutecznie złożyć takiego oświadczenia, skoro stosownie do § 6 ust.4 umowy zmiany umowy wymagają pod rygorem nieważności formy pisemnej/k-12/, zaś rozważane oświadczenie, jak wskazano wyżej nie zostało złożone zgodnie z zasadami reprezentacji strony wynikającymi z KRS. Rozważania te prowadzą do wniosku, iż zarzuty 10 i 14 apelacji należy uznać za niezasadne. Trafna jest w tej sytuacji ocena Sądu I instancji, iż niezależnie od nieważności potrącenia roszczenie opisane fakturą z dnia 29.09.2004 r. nr (...) nie istnieje. Należy zwrócić uwagę, iż pozwany w dalszym toku procesu zajął stanowisko, niejako sprzeczne z dotychczasowym, iż przysługuje mu w takim razie roszczenie odszkodowawcze, w które się przekształciło roszczenie windykacyjne/k-171-172/, z uwagi na wywiezienie przedmiotowych elementów stalowych i żeliwnych z budowy. Złożył również wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego celem ustalenia wartości wywiezionych przez powódkę z budowy konstrukcji stalowych i słupów żeliwnych. Roszczenia tego jednak, jak zasadnie zauważył Sąd Okręgowy, nie zgłosił do potrącenia /nie podniósł nawet zarzutu w tym zakresie/, przedmiotem bowiem oświadczenia o potrąceniu było domniemane żądanie z umowy z dnia 10.03.2004 r., dotyczące należności za sprzedaż złomu stalowego i żeliwnego. Tym samym brak było podstaw do rozpoznawania tegoż roszczenia przez Sąd i w szczególności dopuszczania powyższego dowodu z opinii biegłego na okoliczność wartości wywiezionych elementów. Tym samym zarzut nierozpoznania istoty sprawy, jak i naruszenia art. 471§ 1 k.c. /pkt 15/ należało uznać za chybiony. Nietrafny tym samym okazał zarzut zawarty w pkt 1 apelacji, a dotyczący niedopuszczenia tegoż dowodu z opinii biegłego. Natomiast z wytycznych Sądu Apelacyjnego, na które się pozwany powołuje, formując jednocześnie zarzut naruszenia art. 386 § 6 k.p.c. /pkt1/ nie wynikała w żaden sposób konstatacja o celowości dopuszczania dowodu, w sytuacji kiedy nie zgłoszono skutecznie roszczenia; Sąd Apelacyjny zajmował się jedynie problemem prekluzji, nie przesądzał natomiast merytorycznie zgłoszonych roszczeń, wręcz przeciwnie - nakazał je zbadać co do istoty i wysokości.

Rozważając z kolei zarzut 16 apelacji należy zauważyć, iż wbrew subsumpcji przyjętej przez Sąd Okręgowy, rację ma pozwany wskazując, iż obowiązek renowacji i zwrotu słupów i dwuteowników wynikał z umowy, bezsporny był fakt ich wywożenia, świadczenie było podzielne, zaś skutek odstąpienia od umowy ma charakter ex nunc. Zatem pozwany mógł zgłosić zarzut odraczający w trybie art. 488 § 2 k.c., dotyczący świadczeń objętych okresem trwania umowy od momentu jej zawarcia do rozwiązania. Brak jest podstaw do powoływania się na art. 496 k.c., skoro dotyczy on sytuacji, kiedy na skutek odstąpienia umowa przestaje istnieć ex tunc, bądź na przyszłość/po rozwiązaniu/ za dany okres, którego dotyczy właśnie rozliczenie oraz powstają inne roszczenia, tj.: dwa niezależne od siebie zobowiązania zwrotne co do dokonanych już świadczeń. W niniejszej sprawie zaś dochodzone jest świadczenie za okres obowiązywania umowy, za wykonane prace. Tym samym skoro faktury obejmujące roszczenie powoda są powiązane z konkretnymi protokołami zawansowania robót, potwierdzającymi wykonanie określonych w nich prac, strona pozwana zgłaszając zarzut odraczający w trybie art. 488 § 2 k.c. /k349-351/, zakładając wzajemność świadczeń, winna wykazać, którym elementom z tych protokołów odpowiadają, które z wymienionych słupów i dwuteowników, wskazanych w wykazie dołączonym do pisma i sprzeciwu /k. 351, k83/. Innymi słowy winny być to słupy wymienione w protokołach zawansowania robót, te zaś według twierdzeń powoda powróciły na budowę /k-1308/. W innym przypadku nie można mówić o wzajemności świadczeń, odnośnie okresu obowiązywania umowy, umożliwiającą zastosowanie art. 488 § 2 k.c. Natomiast odnośnie okresu po rozwiązaniu umowy brak jest podstaw prawnych do zastosowania art.488 § k.c. Strona pozwana natomiast nie była w stanie sprecyzować tych kwestii, tj. wskazać z powodu zatrzymania, których konkretnie słupów i innych elementów wstrzymuje się ze spełnieniem świadczenia, nie umiejscawiając ich w ramach protokołów, wnosząc o udzielenie terminu/ protokół rozprawy przed Sądem Apelacyjnym - z dnia 6.08.2014 r./k-1307-108/. Sąd Apelacyjny oddalił jednak wniosek o udzielenia terminu na sprecyzowanie roszczenia z uwagi na treść art. 381 k.p.c. W tej sytuacji Sąd Apelacyjny uznał zgłoszony zarzut odraczający za niewykazany, a wręcz nie sprecyzowany, a tym samym zarzut zawarty w pkt.16 i 17 za ostatecznie nie mogący odnieść skutku, a zatem niezasadny. Tym samym Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do zmiany postanowienia dowodowego Sądu Okręgowego w trybie art.380 k.p.c. i uwzględnia wniosku dowodowego oddalonego przez Sąd i oddalił wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego jako nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia oraz z przyczyn wcześniej wskazanych, uzasadniających prawidłowość decyzji Sądu I instancji. Z wyżej wskazanych przyczyn /sprzeczność z zasadą bezpośredniości/ niedopuszczalne był wniosek o dopuszczenie dowodu z protokołów zeznań świadków i opinii biegłego z innej sprawy, co skutkowało również analogiczną decyzją Sądu Apelacyjnego w tym zakresie.

Natomiast rozważając zarzut zawarty w pkt. 18 należy wskazać, iż rację miał pozwany argumentując brak prekluzji. Oświadczenie woli w przedmiocie potrącenia ma bowiem charakter materialnoprawny, mogło być więc złożone w dowolnym czasie. Tym samym złożony zarzut procesowy w tym przedmiocie nie był spóźniony. Ponadto z uwagi na to, iż zastosowanie miały przepisy k.p.c. przed zmianami, dokonanymi ustawą z dnia 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw /DU 235 poz.1699/, art.479(14a)kpc nie obowiązywał. Tymczasem sprawa toczy się cały czas w pierwszej instancji, brak było więc podstaw prawnych, tak jak to uczynił Sąd Okręgowy do różnicowania i przyjęcia, iż do postępowania po uchyleniu wyroku Sądu Okręgowego z dnia 9 maja 2007 r. mocą wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 16 czerwca 2008 r. będą miały zastosowanie przepisy nowe, tj. art.479(14a)k.p.c.. W konsekwencji tego zarzutu potrącenia nie można było uznać za sprekludowany, choć negatywnie należy ocenić zgłoszenie do potrącenia kar umownych po przeprowadzeniu całego wówczas 8 - letniego, pracochłonnego procesu, w tym opinii kolejnego/ostatniego/ biegłego, nie zaś na jego początku.

Jednakże zarzut powyższy nie mógł być uwzględniony z innych przyczyn. Mianowicie przedmiotowe pozaprocesowe oświadczenie o potrąceniu z dnia 16 listopada 2012 r. nie mogło być uznane za skutecznie złożone w stosunku do strony powodowej, z uwagi na jego złożenie niewłaściwemu podmiotowi. Postanowieniem z dnia 9 sierpnia 2011 r. Sąd Rejonowy w Gliwicach ogłosił upadłość (...) S.A. w W., obejmującą likwidację majątku dłużnika. Zatem stosownie do treści art. 144 pr. upadłościowego właściwym podmiotem reprezentującym masę upadłości /działającym na jej rzecz a w imieniu własnym/ jest Syndyk masy upadłości. W konsekwencji to jemu winno być złożone oświadczenie o potrąceniu, jemu bowiem jak wskazano wyżej służy prawo zarządu masą upadłości. Oświadczenie złożone upadłemu jest nieskuteczne, w związku z tym niedopuszczalne było podniesienie zarzutu potrącenia w niniejszym procesie aktualnie toczonym przeciwko wierzycielowi przez Syndyka (por. A. Jakubecki [w:] A. Jakubecki, F. Zedler Prawo

upadłościowe i naprawcze. Komentarz. LEX, 2011, komentarz do art. 96). Tym samym Sąd Okręgowy był władny zarzutu tego nie badać merytorycznie i go pominąć.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. i art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji. Orzeczenie o sprostowaniu wyroku Sądu I instancji zapadło na podstawie art. 350 § 3 kpc. Postanowienie o kosztach postępowania apelacyjnego uzasadnia treść art.108 § 1 k.p.c. w zw. art. 98 § 1 i 3 kpc.