

## UZASADNIENIE

**Wyrokiem z dnia 8 maja 2013 roku 2013 roku Sąd Rejonowy w Skierniewicach w sprawie z powództwa B. M.przeciwko (...) Spółce Akcyjnejz siedzibą w S.o zapłatę 72.239,29 złotych oddalił powództwa i zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 3.617,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.**

Sąd Rejonowy ustalił, że Powódka B. M. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą (...) B. M. w S..

(...) Spółka Akcyjna siedzibą w S. jest przedsiębiorcą.

W dniu 14 grudnia 2011 roku (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S. i B. M. zawarły umowę, w której powódka zobowiązała się do kompleksowego wykonania dachów szczegółowo opisanych w załączniku numer

1 do umowy na budowie obiektu budowlanego (...) w W. -

- § 1 ust. 1 umowy. Termin rozpoczęcia umowy strony określiły na dzień 14 grudnia 2012 roku, a zakończenia na dzień 15 marca 2012 roku - § 2 ust. 1 i ust. 2 umowy. Wynagrodzenie ustalono na kwotę 1.057.277,34 złotych netto, które miało zostać powiększone o podatek VAT - § 6 ust. 1 umowy. Tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy pozwana mogła zatrzymać 10% kwoty netto wynagrodzenia powódki z każdej wystawione faktury VAT - § 7 ust. 4 umowy. Zwrot połowy zatrzymanej kaucji miał nastąpić na wniosek powódki po dokonaniu przez inwestora końcowego odbioru inwestycji i usunięciu przez podwykonawcę wszystkich wad i usterek Pozostała część kaucji może zostać zwrócona powódce po upływie okresu gwarancji, na jej pisemny wniosek i pod warunkiem należytego usunięcia wszelkich ujawnionych wad i usterek w okresie gwarancji oraz po podpisaniu bezusterkowego protokołu przeglądu pogwarancyjnego - § 7 ust. 5 umowy.

Strony umówiły się, że powódka zapłaci pozwanej karę umowną za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień opóźnienia, przy czym kara ta nie mogła przekroczyć 20% wartości netto wynagrodzenia wynikającego z umowy - § 12 ust. 1 lit. a umowy.

Pismami z dnia 4 stycznia 2012 roku i 5 stycznia 2012 powódka otrzymała uwagi do projektu poszycia dachu.

W dniu 21 stycznia 2012 roku (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S. i B. M. zawarły aneks do umowy z dnia 14 grudnia 2011 roku, w którym poszerzono zakres robót oraz zwiększono wynagrodzenie dla powódki do kwoty 1.086.527,34 złote. Nie wprowadzono zmian do terminów wykonania umówionych robót.

W dniu 13 kwietnia 2012 roku (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S. i B. M. zawarły aneks do umowy z dnia 14 grudnia 2011 roku, w którym poszerzono zakres robót oraz zwiększono wynagrodzenie dla powódki do kwoty 1.229.665,98 złotych. Wprowadzono zmianę do terminów wykonania umówionych robót i przesunięto go do dnia 9. maja 2012 roku.

W dniu 6 marca 2012 roku powódka wystawiła fakturę VAT numer (...) na kwotę 270.632,72 złote z terminem zapłaty na dzień 5 kwietnia 2012 roku

W dniu 16 kwietnia 2012 roku powódka wystawiła fakturę VAT numer (...) na kwotę 135.389,89 złotych z terminem zapłaty na dzień 16 maja 2012 roku

W dniu 30 kwietnia 2012 roku powódka wystawiła fakturę VAT numer (...) na kwotę 81 918 złotych z terminem zapłaty na dzień 30 maja 2012 roku.

W dniu 16 maja 2012 roku powódka wystawiła fakturę VAT numer (...) na kwotę 664.680,95 złotych z terminem zapłaty na dzień 15. czerwca 2012 roku.

Mailem z dnia 23 maja 2012 roku podwykonawcy – w tym powódka, zostali zobowiązani do uporządkowania terenu budowy do dnia 25 maja 2012 roku i wywiezienia kontenerów – do dnia 7 czerwca 2012 roku. W piśmie wskazano, iż czynności te są podejmowane w związku z kontrolą inspektora nadzoru budowlanego i w związku ze zbliżającym się terminem zakończenia prac na obiekcie.

Decyzją z dnia 31maja 2012 roku Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego dla miasta stołecznego W. w W. wydał decyzję i udzielił pozwolenia na użytkowanie obiektu.

W dniu 12 czerwca 2012 roku powódka wystawiła fakturę VAT numer (...) na kwotę 54.612 złotych z terminem zapłaty na dzień 12 lipca 2012 roku.

W dniu 25 czerwca 2012 roku powódka wystawiła fakturę VAT numer (...) na kwotę 290.536,68 złotych z terminem zapłaty na dzień 25 lipca 2012 roku.

Pismem z dnia 2 lipca 2012 roku B. M. zgłosiła gotowość do odbioru robót.

W dniu 13 lipca 2012 roku powódka wystawiła fakturę VAT numer (...) na kwotę 151. 248,92 złote z terminem zapłaty na dzień 12 sierpnia 2012 roku.

W dniu 13 lipca 2012 roku strony dokonały bezusterkowego odbioru prac wykonanych przez powódkę B. M.. W protokole stwierdzono, iż umówione prace powódka wykonywała w okresie od dnia 14 grudnia 2011 roku do dnia 27 czerwca 2012 roku ( dowód: protokół odbioru końcowego k. 27 27v ).

W dniu 21 sierpnia 2012 roku powódka B. M. wystąpiła z pisemnym wnioskiem o zwrot połowy zatrzymanej kaucji gwarancyjnej. Wniosek pozwana otrzymała w dniu 22 sierpnia 2012 roku.

W dniu 19 grudnia 2012 roku (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S. wystawiła notę księgową, którą obciążyła powódkę B. M. karą umowną w kwocie 245.933,20 złotych, zgodnie z § 12 ust. 1 lit. a umowy z dnia 14 grudnia 2011 roku za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy, wynoszące 49 dni na budowie marketu (...) w W.. Zobowiązano powódkę do uiszczenia wymienionej w nocie księgowej kwoty w terminie 7 dni od otrzymania noty.

Notę księgową z dnia 19 grudnia 2012 roku powódka B. M. odebrała w dniu 28 grudnia 2012 roku.

Przy piśmie z dnia 2 stycznia 2013 roku powódka zwróciła doręczoną jej notę księgową. Pismo to pozwana otrzymała w dniu 3. stycznia 2013 roku.

Oceniając materiał dowodowy Sąd I instancji uznał zeznania świadka K. Z. za wiarygodne. Są one jasne, logiczne i konsekwentne. Ponadto korelują ze zgromadzonym materiałem dowodowym, przede wszystkich znajdują oparcie w dokumentach oraz wzajemnie się z nimi uzupełniają.

Zdaniem Sądu meriti, zestawienia sporządzone przez powódkę i pisma dotyczące pogody w czasie wykonywania prac wynikających z łączącej strony umowy nie mogą uzyskać waloru wiarygodności. Są to wydruki czy zestawienie sporządzone przez samą powódkę. Nie sposób odnieść się do danych w nich przedstawionych. Złożone pisma nie noszą nawet podpisów osób je sporządzających, więc nie stanowią nawet oświadczeń woli osób je składających. Same te pisma, nie znajdujące odniesienia do innych dokumentów i nie znajdujące w nich potwierdzenia, nie można uznać za wiarygodne. Zwłaszcza, że świadek K. Z. podał, iż powódka przez cały okres wykonywania prac wynikających z umowy nie zgłaszała mu, że zaistniały warunki uniemożliwiające jej wykonywanie prac, jak również takich sygnałów nie miał od pozostałych uczestników procesu budowlanego. Wszyscy podwykonawcy w tym okresie wykonywali swoje prace.

Fakt zaistnienia warunków uniemożliwiających wykonywanie prac nie został odnotowany w żadnym dokumencie, chociażby w dzienniku budowy.

Sąd Rejonowy oddalił wnioski dowodowe zgłoszone przez powódkę na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2013 roku ( k. 144 ). W ocenie Sądu, zgłoszenie tych wniosków nastąpiło z opóźnieniem, a zatem należy je pominąć. Ponadto powódka nie wykazała okoliczności usprawiedliwiających ich zgłoszenie dopiero na tym etapie postępowania. A jej stwierdzenie, iż dowodów nie zgłaszała wcześniej, bo nie uważała je za niezbędne, całkowicie nie usprawiedliwia jej zaniechania. Co prawda B. M. występowała bez profesjonalnego pełnomocnika, jednakże skoro uznała, że jest w stanie samodzielnie występować w niniejszym postępowaniu, to musi ponieść konsekwencje podjęcia takiej decyzji. Zgodnie z treścią art. 217 k.p.c. strona może aż do zamknięcia rozprawy przytaczać okoliczności faktyczne i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub dla odparcia wniosków i twierdzeń strony przeciwnej. Natomiast przepis art. 207 § 6 k.p.c. i art. 217 § 2 k.p.c. precyzują termin składania wniosków dowodowych ( o czym powódka została pouczona ). Zgodnie z ich brzmieniem sąd pomija spóźnione twierdzenia i dowody, chyba że strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła ich w właściwym czasie bez swojej winy lub że uwzględnienie spóźnionych twierdzeń i dowodów nie spowoduje zwłoki w rozpoznaniu sprawy albo że występują inne wyjątkowe okoliczności. Odnosząc się do stwierdzenia „spóźnionych twierdzeń, dowodów i wniosków” ustawodawca dążył do zakreślenia ram procesu i dążył do koncentracji materiału dowodowego i inicjatyw stron, co ma zapobiec przedłużaniu się postępowań sądowych. Odnosząc się do niniejszej sprawy Sąd meriti stwierdził, że powódka wnioski dowodowe powinna złożyć w terminie.

Pozwana na rozprawie w dniu 27 lutego 2013 roku złożyła oświadczenie procesowe o potrąceniu wierzytelności stron. Wskazała skąd wywodzi swoje roszczenie i jaka jest jego podstawa prawna.

Taka sytuacja oznacza, iż w chwili otrzymania oświadczenia o potrąceniu i pisma wraz z załącznikami dotyczącymi przedmiotowego potrącenia powódka powinna złożyć wnioski dowodowe. Wyłuczeniem nie może być fakt podejmowanych negocjacji ugodowych, bowiem pismo z oświadczeniem o potrąceniu B. M. otrzymała w dniu 27 lutego 2013 roku i z tą chwilą zaistniała potrzeba zgłaszania wniosków dowodowych na nową okoliczność podniesioną przez pozwaną, czyli na okoliczność związaną z terminowym wykonaniem dachu. Nie można też uznać, iż powódka nie przygotowała się do przedmiotowej rozprawy, bo była przekonana, że strony zawrą ugodę, bowiem należy zauważyć, iż to warunki stawiane przez powódkę były przeszkodą w zawarciu ugody między stronami. A więc powódka miała wiedzę co do możliwości, bądź jej braku, zawarcia ugody.

Pozostałe dokumenty Sąd I instancji uznał za wiarygodne. Są one jasne, logiczne i konsekwentne. Korelują one z pozostałym materiałem dowodowym i wzajemnie się uzupełniają.

W ocenie Sądu Rejonowego, roszczenie powódki B. M. jest niezasadne i jako takie podlega oddaleniu w całości.

Powódka domaga się zwrotu połowy kaucji gwarancyjnej, wynikającej z umowy z dnia 14 grudnia 2011 roku w kwocie 61.483,29 złotych. Oznacza to, iż inwestycja – budowa supermarketu (...) w W. - została odebrana przez inwestora, a pismem z dnia 21 sierpnia 2012 roku powódka B. M. wezwała pozwaną do zwrotu połowy kaucji gwarancyjnej, zgodnie z zapisem § 7 ust. 5 umowy. Umowa bowiem przewidywała zwrot połowy kaucji po złożeniu przez powódkę pisemnego wniosku, po dokonaniu przez inwestora odbioru końcowego inwestycji i usunięciu przez podwykonawcę (powódkę ) wszystkich wad i usterek przedmiotu umowy.

Strony w początkowym etapie niniejszego postępowania pozostawały w sporze co do wymagalności roszczenia powódki. Jednakże składając w dniu 27 lutego 2013 roku zarzut potrącenia kwoty 245.933,20 złotych pozwana (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S. uznała powództwo w całości. Z istoty instytucji potrącenia wynika bowiem, że aby przeprowadzić tę czynność, to strony muszą akceptować i uznawać istnienie chociaż po jednej wymagalnej wierzytelności po obu stronach. Składając zarzut potrącenia kwoty 245.933,20 złotych pozwana uznała istnienie po stronie powódki wierzytelności w kwocie dochodzonej niniejszym

pozwem. Oznacza to, że pozwana przyznała fakt istnienia wymagalnej wierzytelności po stronie powódki, a tym samym uznała dług. Utrwalony jest bowiem pogląd

w orzecznictwie, iż dla uznania długu nie jest konieczne wyraźne oświadczenie woli w tym zakresie, uznanie może nastąpić nawet w sposób dorozumiany. Uznaniem jest bowiem każde zachowanie dłużnika wobec wierzyciela, z którego wynika, że uważa roszczenie za istniejące ( podobnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia

8 października 1982 roku, I CZ 106/82, LEX 8470; w wyroku z dnia 7 marca 2003 roku, I CKN 11/01, LEX 83834 ).

Zgłoszenie zarzutu potrącenia przez pozwaną stanowi, w ocenie Sądu meriti, uznanie długu.

Sąd Rejonowy uznał, iż zarzut potrącenia został zgłoszony w terminie.

W chwili składania odpowiedzi na pozew pozwana nie mogła złożyć oświadczenia

o potrąceniu, bowiem wierzytelność wynikająca z kary umownej nie była jeszcze wymagalna. Stała się wymagalna w terminie 7 dni od otrzymania noty księgowej przez powódkę. Zgodnie bowiem z art. 498 k.c., gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelnością drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym.

Ponadto Sąd I instancji uznał, że pełnomocnik pozwanej była umocowana do złożenia zarówno procesowego, jak i materialnego oświadczenia o potrąceniu. Pismem z dnia 12. marca 2013 roku powódka wskazała, iż jej pełnomocnik jest uprawniony do składania w jej imieniu oświadczeń o potrąceniu w postępowaniach sądowych, w których reprezentuje (...) Spółkę Akcyjną z siedzibą w S. ( pismo k. 118 ).

Zdaniem Sądu I instancji, pozwana również udowodniła w całości roszczenie zgłoszone do potrącenia.

Zgodnie z umową z dnia 14 grudnia 2011 roku i jej § 12 ust. 1 lit. a za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy podwykonawca ( powódka ) ma zapłacić wykonawcy ( pozwanej ) karę umowną w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego netto. W przedmiotowym przypadku doszło do wykonania i oddania umówionego dzieła z opóźnieniem. Z umowy wynika, iż B. M. powinna oddać umówione dzieło w dniu 9 maja 2012 roku, a z protokołu odbioru końcowego wynika, iż prace na budowie trwały do 26 czerwca 2011 roku. Oznacza to, iż termin wykonania prac objętych umową między stronami został przekroczony o 49 dni. Za każdy dzień opóźnienia kara umowna miała wynosić 0,5% kwoty wynagrodzenia netto, czyli 6.148,33 złote. Mając na uwadze czasokres opóźnienia, który wynosi 49 dni, kara ta wynosi 301.168,16 złotych. Pozwana zgłaszając zarzut potrącenia uwzględniła zapis z § 12 ust. 3 umowy, ustalający, iż kara umowna obciążająca którąkolwiek ze stron nie może być wyższa niż 20% umówionej kwoty wynagrodzenia netto.

Zdaniem Sądu meriti, powódka nie wykazała, iż do przekroczenia terminu wykonania dzieła doszło bez jej winy, a z winy pozwanej, jak to wskazała w swoim piśmie z dnia 6. marca 2013 roku. Oceniając rozkład ciężaru dowodu i mając na względzie art. 6 k.c. i jego procesowy odpowiednik, czyli art. 232 k.p.c. Sąd I instancji uznał, iż ciężar dowodu – w tym zakresie - spoczywał na powódce, czyli na osobie wywodzącej z danego faktu skutki prawne. Powódka w tym zakresie i w wymaganym terminie nie wykazała inicjatywy dowodowej. Powinna wykazać dostępnymi i uznanymi przez nią za właściwe środkami dowodowymi, że do opóźnienia doszło

z przyczyn zależnych od pozwanej. Powódka nie zanegowała faktycznie terminu wykonania prac określonego w protokole odbioru końcowego z dnia 13 lipca 2012 roku. Dokument ten podpisała bez żadnych zastrzeżeń i uwag. Nie wskazała nawet w jakim terminie – według jej stanowiska – prace te zostały ukończone.

Protokół odbioru końcowego jest dokumentem prywatnym, który zawiera oświadczenia woli osób go podpisujących. Oznacza to, iż w tym dokumencie powódka B. M. złożyła oświadczenie, iż prace wykonywała w okresie od dnia 14 grudnia 2011 roku do dnia 27 czerwca 2012 roku. Tego oświadczenia woli powódka nigdy nie zakwestionowała i nie odwoła. Nie można uznać, że miało wpływ na opóźnienie w wykonaniu umówionych prac rozszerzenie ich zakresu. Pozwana podpisywała kilkakrotnie aneksy do umowy z dnia 14 grudnia 2011 roku. Ostatni aneks podpisany został

w dniu 13 kwietnia 2012 roku. W czasie podpisywania kolejnych aneksów do umowy z dnia 14 grudnia 2011 roku powódka B. M. znała stan prac na budowie, znała jak one przebiegały, wiedziała czy były warunki atmosferyczne uniemożliwiające prowadzenie przez nią prac. Jednakże dopiero w ostatnim aneksie z dnia 13 kwietnia 2012 roku – po kolejnym rozszerzeniu zakresu prac - przedłużono czasokres na wykonanie prac do dnia 9 maja 2012 roku. W tym czasie powódce do daty oddania dzieła pozostał już tylko jeden miesiąc. Jako profesjonalista w tej dziedzinie wiedziała i musiała zdawać sobie sprawę czy jest w stanie wykonać dzieło w terminie. Podpisując taki aneks nie widziała zatem przeszkód w wykonaniu dzieła w terminie. A zatem we wcześniejszych etapach prac nie zaistniały takie przesłanki – jak np.: wykluczające prace warunki atmosferyczne – bowiem to powódka uwzględniłaby w pospisywanych wcześniej aneksach. Zdaniem Sądu Rejonowego, oznacza to, iż powyższe okoliczności nie miały wpływu na przebieg prac i do czasu podpisania ostatniego aneksu prace przebiegały zgodnie z harmonogramem. W przeciwnym wypadku powódka jako profesjonalista i osoba dbająca o interesy swojego przedsiębiorstwa doprowadziłaby do przedłużenia okresu wykonania prac. Zwłaszcza, że - co wynika z zeznań świadka K. Z. - negocjowała warunki poszczególnych kontraktów i wynegocjowała dla siebie korzystne warunki dotyczące jej udziału w kosztach budowy.

Stwierdzenie, iż warunki atmosferyczne uniemożliwiały powódce B. M. wykonywanie prac jest nieudowodnione. Taki fakt nie został odnotowany w żadnych dokumentach dotyczących budowy. O takim fakcie nie był informowany kierownik budowy K. Z.. Zestawienia dołączone do pisma powódki z dnia 6 marca 2013 roku zostały sporządzone przez pozwaną, nie stanowią nawet dokumentu prywatnego, bowiem nie zostały podpisane przez nikogo, nie stanowią więc żadnego oświadczenia woli czy też wiedzy. Celem wykazania tych okoliczności powódka poza takimi zestawieniami powinna wskazać właściwe środki dowodowe dla udowodnienia stawianej przez nią tezy dowody, jak dowody z dokumentów, chociażby Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej czy też dowody z przesłuchania świadków. Zdaniem Sądu meriti, inicjatywa dowodowa powódki na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2013 roku była po pierwsze spóźniona – o czym wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia. Ponadto okoliczności, że na budowie panował chaos, brak było frontu robót i niemożność prowadzenia prac nie przesądza jeszcze, że było to przyczyną opóźnienia w oddaniu dzieła, skoro powódka we wcześniejszych aneksach nie wskazywała potrzeby wydłużenia terminu ich wykonania, skoro istniały takie przeszkody w wykonywaniu prac na budowie. Ponadto okoliczności takie nie wnikają również z innych dokumentów zgromadzonych w toku niniejszego postępowania.

W ocenie Sądu I instancji, powódka nie może również z faktu, iż w dniu 31 maja 2012 roku obiekt uzyskał pozwolenie na użytkowanie, wyprowadzać wniosku, iż do tego czasu prace zostały na budowie ukończone. Świadek K. Z. zeznał bowiem, iż prace na obiekcie po tym terminie były jeszcze wykonywane, a inwestycja jako całość nie została jeszcze wtedy odebrana. Zgodnie z przepisami ustawy prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 roku (Dz. U. z 2010 roku nr 243 poz. 1623) przystąpienie do użytkowania obiektu budowlanego powinno zostać poprzedzone zawiadomieniem organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy (art. 54). Wyjątki od powyższej zasady zawarte są w art. 55 ustawy prawo budowlane, w którym wymienione zostały przypadki, w których przystąpienie do użytkowania obiektu budowlanego musi zostać poprzedzone decyzją administracyjną - pozwoleniem na użytkowanie, wydawanym na wniosek inwestora przez organ nadzoru budowlanego. Jednym z wyjątków od ustanowionej w art. 54 ustawy zasady, jest przewidziana w art. 55 pkt 3 ustawy możliwość przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego przed wykonaniem wszystkich robót budowlanych. W przypadku takim, zgodnie z treścią powyższego artykułu, należy uzyskać ostateczną decyzję o pozwoleniu na użytkowanie. Przyjmuje się, że powyższy przepis może dotyczyć dwóch sytuacji.

Pierwsza z nich związana jest z realizacją inwestycji wieloobiektowych, kiedy inwestor zamierza oddać do użytkowania tylko niektóre z planowanych obiektów. Druga dotyczy inwestycji jednoobiektowych i możliwości udzielenia pozwolenia na użytkowanie obiektu, mimo iż pozostały do wykonania jeszcze pewne roboty budowlane lub roboty wykończeniowe. A zatem uzyskanie w dniu 31 maja 2012 roku pozwolenia na użytkowanie obiektu nie oznacza, iż do tego czasu wszystkie prace budowlane zostały zakończone.

Zdaniem Sądu Rejonowego, rzeczywiście należy zgodzić się z powódką, iż przed przystąpieniem do prac powinna uzyskać zgodę biura kontroli – firma (...). Jednakże Sąd zauważył, iż nie sposób uznać ze zgromadzonego materiału dowodowego czy istniały zastrzeżenia do wykonanego projektu, dotyczącego zakresu robót powódki. Ponadto Sąd meriti zauważył, iż powódka przez cały okres wykonywania prac prowadziła korespondencję mailową z biurem kontroli. Oznacza to, iż wszystkie problemy były wyjaśniane na bieżąco. Co potwierdza również fakt, iż przesunięcia terminu wykonania prac nie uwzględniała w kolejnych podpisywanych aneksach.

W ocenie Sądu I instancji, oznacza to, iż na tym poziomie nie było okoliczności uniemożliwiających powódce wykonywanie prac objętych umową z dnia 14 grudnia 2011 roku.

O kosztach procesu Sąd Rejonowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., który wyraża zasadę odpowiedzialności za wynik procesu. Pozwana wygrała niniejsze postępowanie w całości. A zatem przysługuje jej zwrot poniesionych kosztów związanych z obroną jej praw w przedmiotowym procesie. Na koszty poniesione przez pozwaną (...) Spółkę Akcyjną z siedzibą w S. w toku niniejszego procesu złożyła się kwota 3.600 złotych - tytułem kosztów zastępstwa procesowego, ustalona na podstawie § 6 pkt. 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia

28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu

( Dz. U. nr 163, poz. 1349 ze zm. ) oraz kwota 17 złotych – tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, ustalona na podstawie art. 1 ust. 1 pkt. 2 ustawy o opłacie skarbowej z dnia 16. listopada 2006 roku ( Dz. U. nr 225, poz. 1635 ).

(wyrok

k. 147, uzasadnienie k. 153- 165)

Apelację od powyższego wyroku wniosła powódka, zaskarżając go w całości.

Skarżąca zarzuciła wyrokowi:

I/ naruszenie art. 104 k.c. w zw. z art. 499 k.c. oraz art. 91 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie prowadzące do uznania, że pozwana skutecznie złożyła materialno-  
- prawne oświadczenia o potrąceniu, a w efekcie procesowy zarzut potrącenia;

II/ naruszenie art. 207 § 6 k.p.c. oraz art. 217 § 1 k.p.c. poprzez uwzględnienie spóźnionego zarzutu potrącenia podniesionego przez pozwaną;

III/naruszenia art. 207 § 6 k.p.c. oraz art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 217 § 1 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie wniosków dowodowych powódki z dnia 24 kwietnia 2013 r. pomimo, iż nie były one spóźnione, przy jednoczesnym niezasadnym pominięciu przyczyn dla których powódka, bez swej winy, nie przedstawiła ich wcześniej;

IV/ naruszenie zasady równości stron, w tym art. 32 ust. 1 oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji RP poprzez stosowanie przepisów o prekluzji dowodowej tj. art. 207 § 6 k.p.c. oraz art. 217 § 1 k.p.c. wobec wniosków i twierdzeń powódki, przy jednoczesnym pominięciu rygorów wynikających z tych przepisów wobec wniosków dowodowych i twierdzeń pozwanej;

V/ naruszenie przepisu art. 5 k.p.c. oraz art. 212 § 1 i 2 k.p.c. poprzez nieudzielenie stronie powodowej niezbędnych pouczeń przy jednoczesnym braku dążenia do wyjaśnienia istotnych okoliczności sprawy, które są sporne;

VI/ naruszenia art. 5 k.c. poprzez uznanie, z uchybieniem zasadom współżycia społecznego, iż naliczenie przez pozwaną kar umownych za opóźnienie w wykonaniu prac budowlanych przez powódkę stanowi wykonywanie prawa i korzysta z ochrony w sytuacji, gdy opóźnienia te spowodowane zostały zwłoką pozwanej w regulowaniu należności wobec powódki, skutkiem których powódka nie miała środków finansowych na zakup niezbędnych materiałów budowlanych;

VII/naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegające na całkowitym pominięciu dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy oraz poprzez nierozważenie w sposób wszechstronny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, a w efekcie błędnego ustalenia stanu faktycznego sprawy;

VIII/ naruszenia przepisów art. 59 ust. 1, 2 i 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane poprzez jego błędne zastosowanie prowadzące do uznania, iż na mocy decyzji nr (...) udzielającej pozwolenia na użytkowanie możliwe było dalsze prowadzenie prac budowlanych.

Powołując się na powyższe zarzuty powódka wniosła o:

a/ zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie powództwa w całości;

b/ rozstrzygnięcie o kosztach postępowania w obu instancjach, w tym o kosztach zastępstwa procesowego według norm przepisanych;

ewentualnie o:

c/ uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do jej ponownego rozpatrzenia.

Jednocześnie z ostrożności procesowej, na wypadek rozpoznania niniejszej sprawy przez Sąd II instancji powódka wniosła o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych przez powódkę lecz oddalonych w postępowaniu przed Sądem I instancji (punkt VI apelacji) oraz o przeprowadzenie dowodów wskazanych w punkcie VII apelacji, bowiem potrzeba ich powołania pojawiła się z chwilą, gdy okazało się w uzasadnieniu wyroku, iż Sąd I instancji pominął dowody z opracowań (...) twierdząc najpierw, że pozwana ich nie przedłożyła i jednocześnie, że sama je sporządziła.

W punkcie VI uzasadnienia apelacji powódka podniosła, że Sąd Rejonowy oddalił dowody wnioskowane przez powódkę na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2013 r. na okoliczność, iż naliczenie kar umownych przez pozwana było niezasadne:

- korespondencja mailowa stron w okresie od 10-26 kwietnia 2013 r. dotycząca opóźnień w płatnościach i warunków atmosferycznych;

- korespondencja mailowa stron w okresie od 4-18 stycznia 2013 r. dotycząca zwiększenia zakresu robót;

- dowody z zeznań świadków: H. K., R. R., G. B. oraz K. O., inspektora nadzoru na okoliczność przyczyn opóźnień na budowie Marketu Budowlanego (...), w tym chaosu panującego na budowie, niemożności prowadzenia prac, braku frontu robót, notoryczne uszkodzenie prac wykonanych przez powódkę przez innych uczestników procesu budowy, przedłużania odbiorów przez pozwaną, zakończenia budowy i odbioru obiektu przez Inwestora.

W punkcie VII uzasadnienia apelacji powódka powołała dowody:

- pismo przewodnie (...) z dnia 26 lutego 2013 r. doręczone powódce dnia 6 marca 2013 r. do którego załączone zostały opracowania danych meteorologicznych ze stycznia i lutego 2012 przedłożonych przez powódkę wraz z pismem procesowym,

- opracowanie (...) dotyczące danych meteorologicznych z marca i kwietnia 2012 r.

Jednocześnie powódka podniosła, że potrzeba powołania się na dowód z ww. pisma (...) z dnia 26 lutego 2013 r. oraz analogicznych, opracowań (...) dotyczących danych meteorologicznych wyniknęła dopiero z chwilą otrzymania przez powódkę uzasadnienia zaskarżonego wyroku, z którego wynika, iż Sąd I instancji pominął dowody z dokumentów

sporządzonych przez (...), twierdząc z jednej strony, że ich nie przedłożyła i równocześnie, iż sporządzone zostały samodzielnie przez powódkę.

Ponadto powódka powołała dowód: dziennik budowy obiektu: marketu budowlanego (...) prowadzonego przez kierownika budowy pozwanej i wiośła o zobowiązanie strony pozwanej do przedłożenia dziennika budowy wraz z jego odpisem dla strony powodowej oraz wskazała, że potrzeba powołanie się na ww. dowód powstała z chwilą gdy na podstawie uzasadnienia okazało się, że Sąd I instancji dokonuje istotnych dla sprawy ustaleń co do faktów wynikających z treści tego dokumentu, bez jego badania. (apelacja k. 177 - 183)

Pozwana wniosła o oddalenie apelacji, zaliczenie w poczet materiału dowodowego korespondencji mailowej z dnia 29 grudnia 2012r. na okoliczność prowadzenia rozmów na temat ewentualnego zawarcia ugody między stronami i wykazania braku związku pomiędzy późniejszymi negocjacjami a możliwością zgłaszania przez powódkę wniosków dowodowych i zasądzenie kosztów postępowania sądowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych. (odpowiedź na apelację k. 221 - 223, tom II)

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 9 kwietnia 2014 r. pełnomocnik pozwanej wniósł o załączenie do akt protokołów przygotowanych przez firmę (...) na zalecenie inwestora (...) z treści których wynikają istotne okoliczności dla niniejszego postępowania, o ponowne przesłuchanie świadka K. Z. a także A. B. na okoliczność przyczyn opóźnień, wad i niewykonania prac wskazanych w treści protokołów złożonych do akt sprawy. Natomiast pełnomocnik powódki wniósł o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka K. M. na okoliczność przebiegu wykonania prac przez stronę powodową oraz przyczynienia się strony pozwanej do opóźnienia w wykonaniu prac. (protokół z rozprawy apelacyjnej w dniu 9 kwietnia 2014 r. k. 288- 291, tom II)

Postanowieniem z dnia 9 kwietnia 2014 r. Sąd Okręgowy dopuścił dowód z zeznań świadków H. K., G. B. i R. R. na okoliczność niemożności prowadzenia prac i braku frontu robót na budowie marketu budowlanego (...) w W. – W., oddalił wniosek o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków na okoliczność chaosu panującego na budowie i na podstawie art. 381 k.p.c. pominął pozostałe wnioski dowodowe zgłoszone przez powódkę w apelacji oraz zgłoszone przez pełnomocników stron na rozprawie apelacyjnej. (postanowienie z dnia 9 kwietnia 2014 r. k. 289, tom II)

Postanowieniem z dnia 28 maja 2014 r. Sąd Okręgowy dopuścił dowód z zeznań świadka K. O. na okoliczność niemożności prowadzenia prac, braku frontu robót na budowie marketu budowlanego (...) w W. – W. i oddalił wniosek dowodowy w pozostałym zakresie. (postanowienie z dnia 28 maja 2014 r. k. 313, tom II)

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 28 maja 2014 r. pełnomocnik powódki z ostrożności procesowej wniósł o miarkowanie kary umownej. (protokół z rozprawy apelacyjnej w dniu 28 maja 2014 r. k. 313- 315, tom II)

### ***Sąd Okręgowy, Sąd Gospodarczy zważył, co następuje:***

Apelacja powódki B. M. nie zasługuje na uwzględnienie. Sąd Rejonowy dokonał w zasadzie prawidłowych ustaleń faktycznych, które Sąd Okręgowy w pełni podziela i przyjmuje za własne, z tą zmianą że w umowie datowanej 14 grudnia 2011 roku strony określiły termin rozpoczęcia wykonania przedmiotu umowy na dzień 14 grudnia 2011 roku, a zakończenia na dzień 15 marca 2012 roku - § 2 ust. 1 i ust. 2 umowy.

Umowa nr (...) datowana 14.12.2011r. została podpisana przez pozwaną w dniu 31 grudnia 2011r. (dowód: umowa nr (...) z załącznikami

k. 9 -15v)

Dodatkowo Sąd Okręgowy ustalił, co następuje:

Zgodnie z § 2 ust. 4 umowy nr (...) terminy wymienione w ustępach (nazwanych w umowie punktami) mogły zostać zmienione za zgodą stron, wyrażoną w formie aneksu podpisanego przez strony umowy. Podwykonawca nie odpowiada za opóźnienia w realizacji swojego zakresu robót, jeżeli nastąpiły one na skutek szczególnie niekorzystnych warunków atmosferycznych, za które strony uznały występowanie temperatur poniżej - 6 ° C liczonych jako średnia dobowa z czterech wartości pomiarów dokonywanych o 7.00, 13.00, 21.00 x 2 oraz opadów deszczu i śniegu poświadczonych wpisami do dziennika budowy i potwierdzonych przez inspektora nadzoru, jeśli miały one wpływ na wystąpienie opóźnienia.

Podstawą wykonania robót dodatkowych lub zamiennych był aneks do umowy określający rodzaj i zakres prac, termin ich wykonania oraz wysokość wynagrodzenia (§ 3 ust. 2 umowy).

Jeżeli w trakcie realizacji przedmiotu umowy zaistniała konieczność wykonania robót, których rodzaj lub zakres nie został przewidziany w załączniku nr 1 do umowy, podwykonawca przed ich wykonaniem miał obowiązek przedstawić wykonawcy ofertę przygotowaną na podstawie cen jednostkowych określonych w załączniku nr 1 i mógł przystąpić do realizacji tych robót wyłącznie po uzyskaniu pisemnego zlecenia wykonawcy. Jeżeli podwykonawca nie przedstawił dodatkowej oferty i zrealizował dodatkowe roboty bez pisemnego zlecenia wykonawcy, to nie może żądać od wykonawcy wynagrodzenia za wykonanie tych robót (§ 6 ust. 5 umowy).

Odbiór prac został szczegółowo uregulowany w § 10 umowy. (dowód: umowa nr (...) z załącznikami k. 9 -15v)

Aneks numer (...) z dnia 13 kwietnia 2012 r. obejmował między innymi położenie 3 warstwy papy na całej powierzchni dachu – załącznik nr 1, pozycja 26. (dowód: aneks numer (...) z dnia 13 kwietnia 2012 r. z załącznikami k. 21 -24)

Przedmiotem odbioru w protokole odbioru końcowego z 13 lipca 2012 r. było wykonanie pokrycia dachów i zadaszeń, obudowa blachą placu materiałów, umowa nr (...), aneks nr (...) z dnia 28.01.2012r., aneks nr (...) z dnia 13 kwietnia 2012r.

W wyniku czynności odbiorowych komisja, poza okresem wykonywania robót (od 14.12.2011r. do 27.06.2012r.), stwierdziła również, że roboty zostały wykonane zgodnie z warunkami umowy, zgodnie z projektem technicznym, zgodnie z wymogami wykonawcy i zapisami w dzienniku. Jakość robót została oceniona jako dobra. (dowód: protokół odbioru końcowego z 13 lipca 2012 r. k. 27 – 27v)

Prowadzone równoległe prace powodowały uszkodzenia izolacji dachu.

W związku z tymi uszkodzeniami została podjęta decyzja o położeniu trzeciej warstwy papy. Na to zgodził się inwestor. (dowód: zeznania świadka K. O. k.314, 315)

W piśmie z dnia 27 lutego 2013r. złożonym na rozprawie w tym samym dniu pełnomocnik pozwanej - radca prawny A. W. zgłosiła zarzut potrącenia co do kwoty 61.483,29 zł z tytułu zwolnienia połowy kwoty zatrzymanej zgodnie z § 7 ust. 5 umowy nr (...) z należnościami wobec powódki wynikającymi z noty księgowej nr (...).12.2012 r., w której powódka zgodnie z § 12 ust. 1 pkt a umowy została obciążona karą za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy. (dowód: pismo z 27 lutego 2013 r. k. 90 – 91)

Na rozprawie w dniu 27 lutego 2013 r. członkowie zarządu pozwanej spółki nie byli obecni. Pełnomocnik pozwanej w trakcie rozprawy złożyła pismo procesowe

wraz z notą księgową nr (...), podniosła zarzut potrącenia i wręczyła powódce odpis pisma z dnia 27 lutego 2013 r. (dowód: protokół rozprawy z dnia 27 lutego 2013 r. k. 94- 95)

W pełnomocnictwie z dnia 4 stycznia 2013 r. pozwana (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S. udzieliła radcy prawnemu A. W. pełnomocnictwa do reprezentowania spółki przed sądami powszechnymi, Sądem Najwyższym, organami administracji oraz Naczelnym Sądem Administracyjnym we wszystkich sprawach, w których (...) SA jest stroną. Pełnomocnictwo obejmuje także umocowanie do reprezentowania (...) SA w postępowaniach egzekucyjnych i do prowadzenia negocjacji, a ponadto do udzielania dalszych pełnomocnictw w zakresie objętym pełnomocnictwem oraz do odbioru kosztów zastępstwa procesowego. (dowód: pełnomocnictwo z dnia 4 stycznia 2013 r. k. 88)

W piśmie złożonym w dniu 12 marca 2013r. ( data pisma 11 marca 2013r.) pozwana oświadczyła, że radca prawny A. W. na mocy pełnomocnictwa z dnia 4 stycznia 2013 r. jest uprawniona do składania w imieniu (...) SA oświadczeń o potrąceniu w postępowaniach sądowych, w których reprezentuje (...) SA. Powtarzając czynność pełnomocnika, z ostrożności procesowej pozwana oświadczyła, że w przedmiotowej sprawie podnosi zarzut potrącenia oświadczając, że potrąca jej należność z tytułu noty nr 112/2012 z należnościami dochodzonymi przez powódkę w niniejszym postępowaniu. (dowód: pismo złożone 12 marca 2013r. k. 118)

Odpis tego pisma został doręczony powódce w dniu 2 kwietnia 2013r. (dowód: potwierdzenie odbioru k. 122)

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o szczegółowo powołane wyżej dowody.

Treść wiążącej strony umowy oraz obu aneksów wynikała wprost z przedstawionych przez powódkę dokumentów i nie była kwestionowana w toku procesu. Okolicznością bezsporną było również, że umówione prace zostały przez powódkę zrealizowane, chociaż po terminie ostatecznym ustalonym w aneksie nr (...) na dzień 9 maja 2012r. W protokole odbioru końcowego robót z dnia 13 lipca 2012r. stwierdzono między innymi, że będący przedmiotem odbioru zakres rzeczowy został wykonany w okresie od 14.12.2011r. do 27.06.2012r. Protokół został podpisany przez osoby uczestniczące w czynnościach odbioru oraz przez powódkę.

Aneks nr (...) został podpisany w dniu 13 kwietnia 2012r., a więc już po upływie pierwotnie określonego w umowie nr (...) terminu zakończenia prac (15.03.2012r.). W załączniku nr 1 do tego aneksu zostało ujęte między innymi zgrzanie papy na całej powierzchni dachu – 3 warstwa izolacji.

W ocenie Sądu Okręgowego, podpisując aneks po upływie terminu wykonania umowy strony uwzględniły wszystkie okoliczności, które miały wpływ na niedotrzymanie terminu zakończenia prac (15 marca 2012r.), a które wystąpiły przed dniem 13 kwietnia 2012r. W dacie tej obu stronom znany był również zakres prac pozostałych do wykonania przedmiotu umowy, jak również zakres prac dodatkowych, których wykonania podjęła się powódka.

W tej sytuacji wszelkie zdarzenia, które miały miejsce przed 13 kwietnia 2012r. (mrozy, opady śniegu, deszczu itd.), jak również uszkodzenia warstw izolacyjnych przed położeniem trzeciej warstwy papy nie mogą być uznane za okoliczności usprawiedliwiające niedotrzymanie terminu zakończenia prac 09.05.2012r. Przedmiotem oceny mogłyby być wyłącznie zdarzenia, które miały miejsce po dniu 13 kwietnia 2012r., a takie nie zostały udowodnione.

Nie ma również znaczenia dla oceny niedotrzymanie terminu zakończenia prac fakt wykonywania przez powódkę innych prac dodatkowych, które nie zostały ujęte w aneksach, ponieważ nie stanowią one przedmiotu umowy wiążącej strony, a karę umowną pozwana naliczyła za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy nr (...). Podejmując się wykonania prac dodatkowych, które nie obejmuje wiążąca strony umowa, powódka powinna zadbać o to aby nie miały one wpływu na termin wykonania prac, których wcześniej się podjęła.

W związku z powyższym nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy są zeznania świadków H. K., G. B. i R. R. oraz w znacznej części zeznania świadka K. O..

Nie mają również istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy warunki pogodowe przed dniem 13 kwietnia 2012r., uszkodzenia izolacji przed położeniem trzeciej warstwy papy.

W wiążącej strony umowie wysokie temperatury nie zostały przewidziane jako okoliczność zwalniająca podwykonawcę z odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie umowy. Odnośnie opadów deszczu powódka nie udowodniła, że po dniu

13 kwietnia 2012r. takie opady miały miejsce, a także, że zostały spełnione warunki określone w § 2 ust. 4 umowy.

Do pisma z 16 marca 2013 r. powódka załączyła między innymi zdjęcia bez dat, korespondencję mailową z dnia 23 maja 2012r., z 28 i 29 grudnia 2012r., projekty porozumienia, ofertę na izolację rampy wjazdowej z 04.06.2013r., załącznik 1 do pisma OGI – NZms - (...) – średnia dobowa temperatura powietrza atmosferycznego dla W. z okresu: 1 stycznia – 29 lutego 2012 r. - bez podpisu, załącznik 2 do pisma OGI – NZms - (...) – dobową sumę opadu atmosferycznego dla W. z okresu: 1 stycznia – 29 lutego 2012 r. – bez podpisu (pisma OGI – NZms - (...) nie zostało załączone), zestawienie sporządzone przez powódkę - bez podpis (k.102- 116).

Na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2013 r. powódka złożyła wydruki korespondencji mailowej (z 04.01.2012r., 05.2012r., 10.01.2012r., 13.01.2012r., 18.01.2012r., 10.04.2012., 16.04.2012r., 26.04.2012r. k. 125-139) bez sformułowania tezy dowodowej co tych wydruków i wniosła o przesłuchanie świadków: H. K., R. R., G. B. oraz K. O. na okoliczność chaosu panującego na budowie, niemożności prowadzenia prac, braku frontu robót (k.144).

Uznając w części za zasadne zarzuty podniesione w apelacji dotyczące pominięcia przez Sąd Rejonowy dowodów zgłoszonych przez powódkę, co zostanie omówione poniżej na etapie oceny zarzutów apelacyjnych, Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 9 kwietnia 2014 r. dopuścił dowód z zeznań świadków H. K., G. B. i R. R. na okoliczność niemożności prowadzenia prac i braku frontu robót na budowie marketu budowlanego (...) w W. – W., oddalił wniosek o dopuszczenie dowodu

z zeznań świadków na okoliczność chaosu panującego na budowie i na podstawie

art. 381 k.p.c. pominął pozostałe wnioski dowodowe zgłoszone przez powódkę

w apelacji oraz zgłoszone przez pełnomocników stron na rozprawie apelacyjnej

(k. 289, tom II), a postanowieniem z dnia 28 maja 2014 r. dopuścił dowód

z zeznań świadka K. O. na okoliczność niemożności prowadzenia prac, braku frontu robót na budowie marketu budowlanego (...)

w W. – W. i oddalił wniosek dowodowy w pozostałym zakresie

(k. 313, tom II).

Sąd Okręgowy uwzględnił faktycznie zgłoszony przez Sądem I instancji wniosek dowodowy powódki co do faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 227 k.p.c.).

Postępowania dowodowego na okoliczność chaosu panującego na budowie bez określenia osób odpowiedzialnych za tę sytuację nie miało istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Korespondencja mailowa została złożona przez powódkę bez określenia tezy dowodowej, tym samym nie są znane fakty, które powódka złożyła korespondencją chciał udowodnić.

Zgodnie z art. 381 k.p.c. sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty

i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później.

Przez nowe fakty i dowody należy rozumieć te, które nie były stronie znane do chwili wydania wyroku przez sąd pierwszej instancji (art. 316 k.p.c.) lub te, które powstały już po wydaniu wyroku. Można powoływać również fakty i

dowody, które wprawdzie były znane stronie przed wydaniem wyroku przez sąd pierwszej instancji, lecz ich powołanie przez stronę nie było konieczne.

Przepis art. 381 k.p.c. ma charakter wyjątkowy, nie może być więc interpretowany w sposób rozszerzający (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 13.6.2012 r., II CSK 608/11, opubl. Legalis).

Uregulowanie zawarte w tym przepisie jest wyrazem dążenia do koncentracji materiału dowodowego przed sądem pierwszej instancji. Strona, która dopuszcza się zaniedbania w zakresie przysługującej jej inicjatywy dowodowej w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, musi liczyć się z tym, że sąd drugiej instancji wniosku dowodowego nie uwzględni (zob. wyrok Sądu Najwyższego z 17.04.2002 r., IV CKN 980/00, opubl. Legalis).

W przepisie art. 381 k.p.c. chodzi o te fakty i dowody, które mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 227 k.p.c.).

Strona, która powołuje w postępowaniu apelacyjnym nowe fakty lub dowody powinna wykazać, że nie mogła ich powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji lub że potrzeba powołania się na nie wynikła później. Strona powinna zatem przynajmniej uprawdopodobnić wystąpienie okoliczności, o których mowa w art. 381 k.p.c.

Załączone do apelacji pismo przewodnie (...) z dnia 26 lutego 2013 r. znak pisma: OGŁ – NZms - (...) do którego załączone zostały opracowania danych meteorologicznych ze stycznia i lutego 2012 r. jest dokumentem nieprzydatnym, ponieważ dane dotyczące temperatury i opadów w styczniu i lutym 2012 r. nie mają istotnego znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Załącznik do pisma (...) – dobową sumę opadu atmosferycznego dla W. z okresu 1 marca – 30 kwietnia 2012r. powódka złożyła bez pisma przewodniego, a więc nie jest wiadome kiedy go otrzymała. Wbrew stanowisku skarżącej potrzeba powołania tego dokumentu nie wynikła dopiero z chwilą otrzymania uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Przed Sądem Rejonowym dokument ten nie został złożony. Ponadto suma opadów w marcu 2012r. nie ma istotnego znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a suma opadów w kwietniu bez udowodnienia zachowania wymogów przewidzianych w § 2 ust. 4 umowy również nie ma istotnego znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Treść umowy wiążącej strony była znana powódce od dnia jej podpisania, w tym również § 2 ust. 4 umowy. Dowód z dziennika budowy marketu budowlanego (...) powódka mogła i powinna powołać przed Sądem Rejonowym. Wbrew stanowisku skarżącej potrzeba powołania tego dowodu nie powstała z chwilą otrzymania odpisu uzasadnienia zaskarżonego wyroku, a Sąd I instancji nie dokonał istotnych dla sprawy ustaleń co do faktów wynikających z treści tego dokumentu.

Powódka składając na rozprawie apelacyjnej w dniu 9 kwietnia 2014 r. wniosek o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka K. M. na okoliczność przebiegu wykonania prac przez stronę powodową oraz przyczynienia się strony pozwanej do opóźnienia w wykonaniu prac nie uprawdopodobniała, że nie mogła tego dowodu powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji ani też, że potrzeba powołania się na ten dowód wynikła później. Świadek jest mężem powódki i to właśnie on w jej imieniu nadzorował wykonanie prac w ramach wiążącej strony umowy.

Złożony przez stronę pozwaną na rozprawie apelacyjnej w dniu 9 kwietnia 2014 r. dokumenty nie zostały podpisane przez osoby je sporządzające, tym samym nie mogą być uznane za dokumenty a jedynie za projekty tych dokumentów. Ponadto pozwana nie wskazała jakie to istotne okoliczności miały być dowodzone tymi projektami dokumentów. Odnośnie wniosku o ponowne przesłuchanie świadka K. Z. i przesłuchanie A. B. na okoliczność przyczyn opóźnień, wad i niewykonania prac wskazanych w treści protokołów złożonych do akt sprawy pozwana nie uprawdopodobniała, że nie mogła tych dowodów powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji ani też, że potrzeba powołania się na te dowody wynikła później.

W ocenie Sądu Okręgowego, prawnie skuteczne oświadczenie o potrącenia pozwana złożyła w piśmie datowanym 11 marca 2013r. (złożonym do akt 12 marca 2013r.), które zostało doręczone powódce w dniu 2 kwietnia 2013r.

Oświadczenie woli o potrąceniu jest, jak to wynika wprost z art. 499 k.c., oświadczeniem skierowanym do adresata. Pociąga to za sobą określone konsekwencje prawne. Zgodnie z art. 61 k.c. oświadczenie takie jest złożone z chwilą, gdy dotarło do adresata w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią.

Zdaniem Sądu Okręgowego, przewidziany w art. 91 k.p.c. zakres umocowania z mocy samej ustawy nie uprawnia pełnomocnika procesowego do złożenia materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu. Oświadczenie woli mocodawcy

o udzieleniu pełnomocnictwa do złożenia takiego oświadczenia może być złożone

w sposób dorozumiany (stanowisko takie zajął Sąd Najwyższy - Izba Cywilna

w wyroku z dnia 20.10.2004r., I CK 204/04, opubl.: Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2005, nr 10, poz. 176, str. 76).

Jednakże do uznania, że pełnomocnictwo do złożenia oświadczenia woli

o potrąceniu zostało udzielone w sposób dorozumiany nie jest wystarczające samo udzielenie pełnomocnictwa procesowego. Konieczne jest istnienie dodatkowych okoliczności faktycznych, z których tę dorozumianą wolę mocodawcy można wywieść.

W sprawie I CK 204/04 pismo zawierające zarzut potrąceniu złożył na rozprawie pełnomocnik, wobec powoda i w obecności pozwanego mocodawcy i w tym stanie faktycznym Sąd Najwyższy uznał, że jest to wystarczający dowód dorozumianego pełnomocnictwa do złożenia oświadczenia woli o potrąceniu. Dodatkowo Sąd Najwyższy podniósł, że w piśmiennictwie trafnie podkreśla się, że udzielenia pełnomocnictwa dopatrzeć się można nawet w fakcie tolerowania przez mocodawcę występowania danej osoby w jego imieniu. Mamy wówczas do czynienia ze szczególną postacią dorozumianego udzielenia pełnomocnictwa.

Pełnomocnictwo udzielone radcy prawnemu w dniu 4 stycznia 2013 r. z całą pewnością nie zawiera umocowania do złożenia oświadczenia o potrąceniu.

W piśmie z dnia 27 lutego 2013 r. pełnomocnik zgłasza zarzut potrącenia jedynie co do kwoty 61.483,29 zł. Żądaniem pozwu jest objęta kwota 72.239,29 zł (61.483,29 zł tytułem zwrotu połowy kwoty zatrzymanej tytułem zabezpieczenia należytego wykonania przedmiotu umowy zgodnie z § 7 ust. 5 umowy + 10.756,00 zł skapitalizowane odsetki ustawowe od zapłaconych po terminie faktur z dwóch różnych umów).

Na rozprawie w dniu 27 lutego 2013r. żaden z członków zarządu pozwanej nie był obecny, pełnomocnik procesowy pozwanej złożył sporządzone przez siebie pismo

z dnia 27 lutego 2013r. z załącznikami, podniósł zarzut potrącenia i odpis pisma wręczył powódce.

W dacie udzielenia pełnomocnictwa kara umowna została już naliczona

i powódka została wezwana do jej zapłaty (nota księgowa nr (...)) z 19 grudnia 2012r. doręczona powódce 28 grudnia 2012r.).

W pełnomocnictwie z 4 stycznia 2013r. nie zostało zawarte jakikolwiek oświadczenie pozwanej, które wskazywałoby na wolę umocowania pełnomocnika do składania oświadczeń o potrąceniu, chociaż został on umocowany do prowadzenia negocjacji.

Dopiero w piśmie z dnia 11 marca 2013r. (złożonym 12 marca 2013r.) pozwana oświadczyła, że radca prawny A. W. na mocy pełnomocnictwa

z dnia 4 stycznia 2013 r. jest uprawniona do składania w imieniu (...) SA oświadczeń o potrąceniu w postępowaniach sądowych, w których reprezentuje (...) SA.

To oświadczenie pozwanej z 11 marca 2013r. nie może stanowić podstawy uznania dorozumianego udzielenia pełnomocnictwa zarówno w dniu 4 stycznia 2013r., jak i w dniu 27 lutego 2013r.

Ponadto zarzut potrącenia zgłoszony przez pełnomocnika nie dotyczył całości roszczenia powódki objętego żądaniem pozwu a jedynie jego części.

Dopiero w piśmie z dnia 11 marca 2013r. pozwana podniosła zarzut potrącenia i oświadczyła, że potrąca jej należność z tytułu noty nr 112/2012 z należnościami dochodzonymi przez powódkę w niniejszym postępowaniu.

Mając na względzie okoliczności rozpoznawanej sprawy, brak jest podstaw do uznania, że oświadczenie pełnomocnika procesowego złożone na rozprawie w dniu 27 lutego 2013r. zawierało w sobie zarówno czynność prawną potrącenia, jak i nawiązujący do tej czynności procesowy zarzut potrącenia.

W związku ze sformułowaniem zawartym w § 12 ust. 1 lit a umowy: podwykonawca zapłaci wykonawcy karę umowną za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy(...), konieczne jest dokonanie oceny, czy powódka, jak twierdzi pozwana, faktycznie przyjęła na siebie rozszerzoną odpowiedzialność za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy, to jest również za niewykonanie na skutek okoliczności, za które nie ponosi ona odpowiedzialności.

Zgodnie z art. 473 § 1 k.c. dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

W doktrynie wskazuje się, że w przypadku rozszerzenia odpowiedzialności, umowa powinna jednoznacznie wskazywać, jaki jest zakres tego rozszerzenia

(T. Wiśniewski, [w:] Bieniek, Komentarz. Zobowiązania, 2011, t. I, art. 473, pkt 1;

W. Popiołek, [w:] Pietrzykowski, Komentarz 2011, t. II, art. 473, Nb 1). Strony nie mogą ograniczyć się do wskazania, że „dłużnik odpowiada bez względu na przyczynę” (zob. stan faktyczny wyr. SN z 29.3.1949 r., Wa C 286/48, DPP 1950, Nr 1, s. 57-58,

a także wyr. SN z 29.11.2002 r., IV CKN 1553/00, Legalis; M. Piekarski, [w:] Resich, Komentarz 1972, t. II, s. 1167; T. Wiśniewski, [w:] Bieniek, Komentarz. Zobowiązania, 2011, t. I, art. 473, pkt 1; Z. Gawlik, [w:] Kidyba, Komentarz 2010, t. III, art. 473, Nb 4), chyba że możliwe będzie określenie w drodze wykładni umowy, jaki zakres przypadków strony chciały objąć rozszerzoną odpowiedzialnością dłużnika (w tym zakresie zob. szerzej K. Zagrobelny, [w:] Gniewek, Machnikowski, Komentarz, 2013, art. 473, Nb 8; a także F. Zoll, [w:] System PrPryw, t. 6 - Suplement, 2010, s. 108-109).

Zdaniem Sądu Okręgowego, w umowie rozszerzającej, na podstawie

art. 473 § 1 k.c., odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej należy wyraźnie określić, za jakie inne, niewynikające z ustawy okoliczności dłużnik ponosi odpowiedzialność. Nie mogą to być okoliczności obciążające wierzyciela - art.

353<sup>1</sup> k.c. ( stanowisko takie zajął również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 września 2013r., opubl. Biuletyn SN 2013/11, a także w wyroku z dnia 6 października 2010 r., II CSK 180/10, opubl. Legalis).

Zgodnie z art. 483 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna) /§ 1/. Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej /§ 2/.

Zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie przyjmuje się powszechnie, że chociaż odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody, to jest uwarunkowana pozostałymi przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 k.c. Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie

wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaze, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa (porównaj między innymi wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 26 stycznia 2011 r. II CSK 318/10, z dnia

6 października 2010 r. II CSK 180/10, z dnia 11 stycznia 2008 r. V CSK 362/07, opubl. Legalis, wyroki z dnia 21 września 2007 r. V CSK 139/07, OSNC-ZD 2008/B/44,

z dnia 11 marca 2004 r. V CSK 369/03, z dnia 11 czerwca 2003 r. III CKN 50/01,

z dnia 27 czerwca 2003 r. IV CKN 300/01, z dnia 11 lutego 1999 r. III CKN 166/98, opubl. Legalis).

Zgodnie z art. 56 k.c. czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego

i ustalonych zwyczajów, a w świetle art. 353<sup>1</sup> k.c. swoboda umów ograniczona jest właściwościami (naturą) stosunku prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współżycia społecznego - strony nie mogą w umowie tak rozszerzyć odpowiedzialności dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania ani dotyczącej kary umownej, by jej zakres był sprzeczny z istotą (naturą) odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania oraz z naturą kary umownej. Nie mogą zatem przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika.

Kara umowna, zgodnie z uregulowaniami zawartymi w art. 483 k.c. i art.

484 k.c., pełni funkcje odszkodowawczo - kompensacyjne, stymulujące dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania oraz represyjne. Jej istotą jest obciążenie dłużnika obowiązkiem zapłaty określonej kwoty za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez niego umowy, niezależnie od tego, czy wierzyciel poniósł szkodę.

Uwzględniając powyższe rozważania, Sąd Okręgowy uznał, że pomimo użytego sformułowania „za opóźnienie” zastrzeżona w umowie nr (...) kara umowna na rzecz pozwanej nie przewidywała rozszerzonej odpowiedzialności powódki, obejmującej nawet niezawinione przez nią opóźnienie w wykonaniu robót w umówionym terminie.

W konsekwencji kara umowna zastrzeżona na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, należy się jedynie, gdy dojdzie do zwłoki dłużnika (art. 476 k.c.). Dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że nieterminowe spełnienie świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność.

Pomimo uzupełnienia postępowania dowodowego, powódka nie obaliła domniemania z art. 471 k.c. i nie wykazała, że nieterminowe wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi ona odpowiedzialność.

W tej sytuacji powódka zobowiązana była do zapłaty kary umownej określonej w § 12 ust. 1 lit. a podniesiony przez pozwaną zarzut potrącenia jest prawnie skuteczny.

Przechodząc do oceny zarzutów podniesionych w apelacji w pierwszej kolejności rozważenia wymagają zarzuty dotyczące naruszenia przepisów postępowania cywilnego, gdyż poprawność zastosowania przepisów prawa materialnego może być oceniana jedynie w odniesieniu do stanu faktycznego ustalonego zgodnie z zasadami procedury cywilnej (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 lipca 2004 roku w sprawie o sygn. akt II CK 409/03, opubl. Lex nr 148384).

Zasadny jest zarzut naruszenia art. 207 § 6 k.p.c. oraz art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 217 § 1 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie wniosków dowodowych powódki z dnia 24 kwietnia 2013r.

Zarzut ten Sąd Okręgowy uwzględnił pomimo braku zastrzeżeń powódki na podstawie art. 162 k.p.c. do postanowienia z dnia 24 kwietnia 2013r. o pominięciu wniosków dowodowych powódki (k. 145), ponieważ do akt nie został dołączony tekst pouczenia przesłanego powódce zgodnie z zarządzeniem z dnia 2 stycznia 2013r. (k.73) i na potwierdzeniu odbioru wezwania na termin rozprawy 27 lutego 2013r. przy rodzaju przesyłki brak jest adnotacji o przesłaniu pouczenia (k.74), a w apelacji powódka zaprzeczyła aby została pouczona o przepisach wskazanych w zarządzeniu.

Powódka nie mogła zgłosić w pozwie dowodów na okoliczność braku podstaw do naliczenia kary umownej, ponieważ w dacie złożenia pozwu kara nie była jeszcze naliczona przez pozwaną i oświadczenie o potrącenia nie zostało złożone.

Po podniesieniu zarzutu potrącenia przez pozwaną nie został powódce zakreślony żaden termin na zgłoszenie wniosków dowodowych, ani też nie została ona zobowiązana do złożenia pisma przygotowawczego na podstawie art. 207 § 3 k.p.c.

Nawet gdyby powódka otrzymała pouczenie zgodnie z punktem 3 podpunkt a zarządzenia z dnia 2 stycznia 2013r. (pouczyć o treści art. 162 k.p.c., art. 207 k.p.c., art. 217 k.p.c., art. 229 k.p.c. i art. 230 k.p.c.), to i tak w zarządzeniu tym nie został określony jakikolwiek termin na zgłaszanie nowych twierdzeń i dowodów.

W tej sytuacji do wniosków dowodowych powódki dotyczących kary umownej i zarzutu potrącenia zastosowanie ma przepis art. 217 § 1 k.p.c., który stanowi, że strona może aż do zamknięcia rozprawy przytaczać okoliczności faktyczne i dowody na uzasadnienie swoich wniosków lub dla odparcia wniosków i twierdzeń strony przeciwnej.

Wnioski dowodowe zgłoszone przez powódkę na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2013r. nie były spóźnione w rozumieniu zarówno art. 207 § 6 k.p.c. jak i art. 217 § 2 k.p.c., dlatego też nie mogły być pominięte na podstawie tych przepisów.

Postępowanie dowodowe Sąd Okręgowy uzupełnił przeprowadzając dowody co do faktów mających istotne znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy ( art. 227 k.p.c.) i oddalając wniosek w pozostałej części.

Chybiony jest natomiast zarzut naruszenie art. 207 § 6 k.p.c. oraz art. 217 § 1 k.p.c. poprzez uwzględnienie spóźnionego zarzutu potrącenia podniesionego przez pozwaną.

W dacie złożenia odpowiedzi na pozew kara umowna naliczona przez pozwaną w dniu 19 grudnia 2012 r. była niewymagalna (termin jej płatności upływał w dniu 4 stycznia 2013r., a odpowiedź na pozew została złożona w dniu 31 grudnia 2012r.), tym samym nie mogła być potrącona z wierzytelnościami powódki w dniu składania odpowiedzi na pozew.

Oświadczenie pozwanej o potrąceniu zostało złożone w toku procesu.

W aktualnym stanie prawnym ustawodawca w żadnym z przytaczanych przepisów nie wymienia zarzutów. Powstaje więc pytanie, czy zabieg ten jest celowy, czy też stanowi przeoczenie ustawodawcy. Część doktryny wskazuje, że pominięcie kwestii zarzutów było przemyślanym zabiegiem legislacyjnym. Twierdzenia bowiem dotyczą okoliczności faktycznych, zaś zarzut jest twierdzeniem o istnieniu okoliczności faktycznej. Zarzut więc mieści się w tej koncepcji w twierdzeniu i jest objęty zakresem zastosowania art. 207 § 6, art. 217 § 2 k.p.c.. Uwaga ta nie dotyczy jednak zarzutów procesowych, które nie są objęte dyskrecyjną władzą sędziego, a co do których k.p.c. wyznacza jednoznaczne terminy na ich powołanie. Bardziej skomplikowana jest sytuacja, w której twierdzenia faktyczne połączone są z realizacją prawa podmiotowego, np. zarzut potrącenia. Część doktryny uznaje, iż są one również objęte zakresem zastosowania rozważanych przepisów (K. Weitz, P. Grzegorzczak [w:] op. cit., s. 137, 1040. Por. K. Weitz, System

koncentracji..., op. cit., s. 27, który podkreśla jednak, iż z punktu widzenia oceny zgłoszenia we właściwym czasie będą podlegać twierdzenia, co do podstawy faktycznej oświadczenia materialnego oraz twierdzenia do jego dokonania, ale już nie samo złożenie tego oświadczenia). Według zaś odmiennego stanowiska, sąd nigdy nie może pominąć zarzutów procesowych i materialnoprawnych, natomiast może pominąć dowody zgłoszone do ich udowodnienia (tak A. Zieliński [w:] A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Warszawa 2012, opubl. Legalis, art. 217, nb. 19. Por. H. Pietrkowski, op. cit., s. 60, który wskazuje, że zarzuty merytoryczne nie są objęte systemem dyskrecjonalnej władzy sędziego).

Zdaniem Sądu Okręgowego, strona, która podjęła określone działania wywołujące skutki w sferze materialnoprawnej, może się na nie powołać w toku postępowania, przytaczając w istocie okoliczności faktyczne stanowiące twierdzenia o tym działaniu. Przykładowo, jeżeli strona złożyła przed procesem oświadczenie o potrąceniu swojej wierzytelności z wierzytelnością strony przeciwnej (art. 498 k.c.), to w toku postępowania powinna przytoczyć ten fakt możliwie najszybciej (np.

w odpowiedzi na pozew), pod rygorem pominięcia tego twierdzenia jako spóźnionego. Za spóźnione nigdy nie będzie jednak mogło być uznane oświadczenie o potrąceniu złożone w toku procesu (tak też E. Rudkowska-Ząbczyk [w:] E. Marszałkowska-Krześ, Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego on line, Legalis, art. 217, nb. 7).

Sąd może jednak pominąć spóźnione dowody, które mają zarzut potrącenia udowodnić.

Uwzględniając powyższe rozważania, pozbawiony racji jest też zarzut naruszenia zasady równości stron, w tym art. 32 ust. 1 oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji RP poprzez stosowanie przepisów o prekluzji dowodowej tj. art. 207 § 6 k.p.c. oraz art. 217 § 1 k.p.c. wobec wniosków i twierdzeń powódki, przy jednoczesnym pominięciu rygorów wynikających z tych przepisów wobec wniosków dowodowych i twierdzeń pozwanej.

Wbrew stanowisku skarżącej, Sąd meriti nie naruszył zasady równości stron wynikającej z ustawy zasadniczej, gdyż nie różnicował stron przy stosowaniu przepisów art. 207 § 6 k.p.c. oraz art. 217 § 2 k.p.c.

Przepisy te nie mają zastosowania do oświadczenia o potrąceniu złożonego w toku procesu, a dowody uzasadniające to potrącenie pozwana złożyła do akt przed skutecznym oświadczeniem o potrąceniu.

Uniemożliwienie powódce przedstawienia dowodów niweczających zgłoszony po raz pierwszy w procesie przez stronę pozwaną zarzut potrącenia stanowi naruszenie przepisów procesowych: art. 207 § 6 k.p.c. oraz art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 217 § 1 k.p.c., które mogło mieć wpływ na wynik sprawy i zarzut ten został uwzględniony przez Sąd Okręgowy. W stanie faktycznym sprawy brak jest podstaw do uznania, że to uchybienie procesowe stanowi naruszenie art. 32 ust. 1 oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Nowelizując kodeks ustawą z 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 233, poz. 1381), ustawodawca zrezygnował z instytucji tzw. prekluzji i przyjął system dyskrecjonalnej władzy sędziego.

W ocenie Sądu Okręgowego, pozbawiony racji jest zarzut naruszenie przepisu art. 5 k.p.c. oraz art. 212 § 1 i 2 k.p.c. poprzez nieudzielenie stronie powodowej niezbędnych pouczeń przy jednoczesnym braku dążenia do wyjaśnienia istotnych okoliczności sprawy, które są sporne.

Uzasadniona potrzeba udzielenia pouczeń przez sąd występuje wówczas, gdy w procesie czynności procesowe podejmuje osoba nieporadna lub niemająca dostatecznej znajomości prawa. Jeżeli strona, wykazuje w postępowaniu aktywność oraz znajomość prawa w stopniu wskazującym na umiejętne popieranie powództwa, to zarzut naruszenia art. 5 i art. 212 k.p.c. (stanowisko takie zajął również Sąd Najwyższy - Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w postanowieniu z 23.05.2013r., II UK 52/13, opubl.: Legalis).

Z art. 5 k.p.c. nie wynika powinność sądu o charakterze ogólnego obowiązku udzielania w każdym wypadku pouczeń osobom stającym przed sądem tylko dlatego, że występują bez zawodowego pełnomocnika. Udzielenie pouczenia musi być uzasadnione oraz zależy od oceny i uznania sądu (tak też Sąd Najwyższy - Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w postanowieniu z 07.01.2013r., I UK 508/12, opubl.: Legalis).

Przepis art. 212 § 1 zd. 1 k.p.c. reguluje instytucję tzw. informacyjnego przesłuchania stron. Instytucja ta ma na celu, poprzez zadawanie pytań stronom, ustalenie istotnych okoliczności sprawy. Chodzi o to, aby strony, zwłaszcza w wypadku nieprecyzyjnych, ogólnych sformułowań co do okoliczności faktycznych, zawartych w pozwie lub w odpowiedzi na pozew, przytoczyły lub uzupełniły swoje twierdzenia oraz by wskazały dowody na ich poparcie.

Natomiast zdanie 2 art. 212 § 1 k.p.c. ma na celu usprawnienie postępowania (art. 6), bowiem dowody prowadzi się wyłącznie na okoliczności (fakty) mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie (art. 227 k.p.c.), o ile są one sporne między stronami.

Podstawa faktyczna dochodzonych przez powódkę roszczeń nie budziła żadnych wątpliwości i nie była sporna pomiędzy stronami. Ze złożonych pism jednoznacznie wynikały okoliczności sporne pomiędzy stronami. Tym samym wysłuchanie informacyjne stron było zbędne.

Pominięcie przez Sąd I instancji dowodów i twierdzeń powódki podnoszonych na okoliczność braku podstaw naliczania przez pozwaną kar umownych z tytułu nieterminowego wykonania prac budowlanych, oddalenie wniosków dowodowych na tę okoliczność w żaden sposób nie uzasadnia zarzutu naruszenia art. 212 § 1 k.p.c.

Nie jest też zasadny zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegające na całkowitym pominięciu dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy oraz poprzez nierozważenie w sposób wszechstronny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, a w efekcie błędnego ustalenia stanu faktycznego sprawy.

Stosując zasadę swobodnej oceny dowodów według własnego przekonania, Sąd obowiązany jest przestrzegać zasad logicznego rozumowania, a więc może z zebranego materiału dowodowego wyciągnąć wnioski tylko logicznie uzasadnione. Sąd może dać wiarę tym lub innym świadkom, czyli swobodnie oceniać ich zeznania, nie może jednak na tle tych zeznań budować wniosków, które z nich nie wynikają. Przy ocenie dowodów tj. ich wiarygodności i mocy, istotną rolę odgrywają zasady doświadczenia życiowego.

Wszechstronne rozważenie zebranego materiału oznacza uwzględnienie wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu oraz wszystkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych środków dowodowych, a mających znaczenie dla ich mocy i wiarygodności (stanowisko takie zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 czerwca 2003 roku, V CKN 417/01, LEX nr 157326).

W tym zakresie należy brać pod uwagę cały materiał sprawy. W wyniku swobodnej oceny dowodów sąd dokonuje selekcji zebranego materiału pod kątem widzenia istotności poszczególnych jego elementów. Dalszym założeniem prawidłowej oceny dowodów jest ich poprawna interpretacja: np. wykładnia dokumentu, wykładnia zeznań świadka itd.

Jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi pozostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo wbrew zasadom doświadczenia życiowego nie uwzględnia jednoznacznych, praktycznych związków przyczynowo - skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być

skutecznie podważona (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2002 roku, sygn. akt IV CKN 1316/00, LEX nr 80273, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2000 roku, sygn. akt I CKN 1169/99, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2000 roku, sygn. akt IV CKN 1097/00, LEX nr 52624).

W rozpoznawanej sprawie brak jest podstaw do przyjęcia, że rozstrzygnięcie Sądu I instancji jest sprzeczne z tymi okolicznościami, które zostały ustalone w toku postępowania. Nie można zarzucić temu Sądowi, iż wyprowadził logicznie błędny wniosek z ustalonych przez siebie okoliczności, czy też przyjął fakty za ustalone bez dostatecznej podstawy (fakty, które nie zostały potwierdzone materiałem), bądź przeciwnie - uznał za nieudowodnione pewne fakty mimo istnienia ku temu dostatecznej podstawy w zebranych materiale.

Powódka faktycznie nie udowodniła, że do przekroczenia terminu wykonania przedmiotu umowy doszło bez jej winy, a z winy pozwanej. Warunki pogodowe w styczniu i lutym 2012r. nie mogły mieć żadnego wpływu na termin zakończenia prac określony przez strony na 9 maja 2012r. w aneksie z dnia 13 kwietnia 2012r.

Wraz z pismem z dnia 6 marca 2012r. powódka załączyła do akt jedynie załączniki do pisma Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej z pieczętą ale bez podpisu. Pismo przewodnie Instytutu nie zostało załączone.

W § 2 ust. 4 umowy nr (...) zostały określone warunki oraz tryb postępowania w sytuacji niekorzystnych warunków atmosferycznych z powodu, których podwykonawca nie odpowiada za opóźnienie w realizacji swojego zakresu robót.

Dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie mogły mieć wyłącznie warunki atmosferyczne po dniu 13 kwietnia 2012r., a takich dowodów przed Sądem Rejonowym powódka nie zgłaszała.

W dacie podpisania aneksu nr (...) stan wykonania przedmiotu umowy oraz występujące wcześniej utrudnienia w jego wykonaniu były stronom znane. Aneks ten obejmował między innymi prace dodatkowe związane z położeniem trzeciej warstwy papy w związku ze wcześniejszymi uszkodzeniami warstwy izolacyjnej.

Tym samym okoliczności faktyczne które miały miejsce przed 13 kwietnia 2012r. nie mogą usprawiedliwiać wykonania przedmiotu umowy po terminie 9 maja 2012r.

Ocena przesłanek uzasadniających zwrot połowy kaucji gwarancyjnej na podstawie § 7 ust. 5 umowy należy do oceny prawnej a nie ustaleń faktycznych.

Przesłanki te zostały określone przez Sąd meriti prawidłowo (str. 9 uzasadnienia Sądu Rejonowego, k.161).

Problematykę prac dodatkowych, które nie zostały ujęte w aneksach i ich znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy Sąd Okręgowy omówił już w ocenie dowodów przeprowadzonych przez Sąd Okręgowy (strona 16 uzasadnienia).

Trafnie powódka zarzuca naruszenie art. 104 k.c. w zw. z art. 499 k.c. oraz art. 91 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie prowadzące do uznania, że pozwana skutecznie złożyła materialno- prawne oświadczenia o potrąceniu, a w efekcie procesowy zarzut potrącenia.

Swoje stanowisko odnośnie zarzutu potrącenia i oświadczenia o potrąceniu złożonego przez pełnomocnika procesowego Sąd Okręgowy przedstawił już w ocenie prawnej na stronach 19 – 21 uzasadnienia.

Skarżąca zasadnie podnosi, że przewidziane w art. 499 k.c. jednostronne oświadczenie woli ma charakter kształtujący i ocena, czy oświadczenie o potrąceniu złożone zostało wobec drugiej strony skutecznie winna nastąpić z uwzględnieniem przepisu art. 104 k.c.

Pełnomocnik strony pozwanej na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 stycznia 2013r. nie był umocowany do złożenia materialno-prawnego oświadczenia o potrąceniu wzajemnych wierzytelności stron i zarzut potrącenia nie został skutecznie podniesiony na rozprawie w dniu 27 lutego 2013 r.

Zarówno oświadczenie jak i zarzut potrącenia zostały złożone przez pozwaną w piśmie z dnia 11 marca 2013r. złożonym do akt 12 marca 2013r., a doręczonym powódce 2 kwietnia 2013r.

Nie sposób uznać również zasadność zarzutu naruszenia art. 5 k.c. poprzez uznanie, z uchybieniem zasadom współzycia społecznego, iż naliczenie przez pozwaną kar umownych za opóźnienie w wykonaniu prac budowlanych przez powódkę stanowi wykonywanie prawa i korzysta z ochrony w sytuacji, gdy opóźnienia te spowodowane zostały zwłoką pozwaną w regulowaniu należności wobec powódki, skutkiem których powódka nie miała środków finansowych na zakup niezbędnych materiałów budowlanych.

Zgodnie z art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Przepis art. 5 k.c. ma charakter wyjątkowy. Może mieć on zastosowanie w przypadku nadużycia prawa przez osobę korzystającą z formalnie przysługującego jej uprawnienia. Istnieje jednak domniemanie, że osoba uprawniona korzysta z przysługującego jej prawa podmiotowego w sposób legalny, tj. zasługujący na ochronę prawną. Kwestionujący takie uprawnienie musi wykazać racjonalne przesłanki swojego stanowiska (art. 6 k.c.; por. wyrok Sądu Najwyższego z 09.7.2008 r., V CSK 43/08, opubl.: Legalis; podobnie w wyroku Sądu Najwyższego z 19.12.2007 r., V CSK 315/07, opubl.: Legalis). Oznacza to, że pozwany aby skorzystać z zarzut nadużycia prawa musi go podnieść i udowodnić w toku postępowania, że występują szczególne okoliczności, uzasadniające nieudzielenie ochrony prawnej uprawnionemu.

Przy ocenie czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współzycia społecznego, należy brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku, a nie tylko jedną z tych okoliczności, choćby jej znaczenie było doniosłe (tak Sąd Najwyższy w uchwale z 17.1.1974 r., III PZP 34/73, OSN 1975, nr 1, poz. 4; w uchwale SN(7) z 27.10.1983 r., III CZP 35/83, OSN 1984, nr 6, poz. 86; wyr. SN z 26.6.1997 r., I CKN 131/97, opubl.: Legalis; w wyroku z 15.4.2011 r., II CSK 494/10, Legalis; z 20.10. 2011 r., IV CSK 16/11, Legalis). Nie jest możliwe zastosowanie art. 5 k.c. bez ustalenia okoliczności faktycznych uzasadniających twierdzenie, że określona osoba nadużywa swojego prawa podmiotowego.

Odmowa udzielenia ochrony, z uwagi na sprzeczność korzystania z prawa podmiotowego z zasadami współzycia społecznego musi być uzasadniona okolicznościami rażącymi i nieakceptowanymi, ze względu na system wartości istniejących w społeczeństwie, z którym nierozłącznym związku pozostaje całokształt okoliczności sprawy, występujących po stronie powoda i pozwanego (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 11.04.2013r., II CSK 438/12, opubl.: Legalis).

W rozpoznawanej sprawie brak jest podstaw do uznania, że naliczenie przez pozwaną kar umownych uchybia bliżej nieokreślonym przez skarżącą zasadom współzycia społecznego. Skarżąca, wbrew swojemu stanowisku prezentowanemu w apelacji, nie udowodniła, że nie ponosi odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy i to w znaczeniu zwłoki a nie opóźnienia. W sprawie brak jest dowodów uzasadniających twierdzenie, że pozwana pozostawała w zwłoce z zapłatą należnego powódce wynagrodzenia oraz, że nieterminowe wykonanie prac budowlanych spowodowane było zwłoką pozwaną w regulowaniu należności wobec powódki, skutkiem których powódka nie miała środków finansowych na zakup niezbędnych materiałów budowlanych.

Załączone do akt dowody dają jedynie podstawę do stwierdzenia, że pozwana opóźniała się z zapłatą wystawionych przez powódkę faktur, co uzasadnia naliczenie odsetek ustawowych za opóźnienie (art. 481 § 1 i 2 k.c.).

Według danych określonych w nocie odsetkowej z dnia 26 września 2012r. opóźnienia w płatnościach wynosiło: 14, 15, 25, 30, 38, 56 dni.

Sąd Rejonowy nie mógł naruszyć przepisów art. 59 ust. 1, 2 i 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane poprzez jego błędne zastosowanie, ponieważ przepisów tych nie stosował. Analizowanie przepisów prawa budowlanego w rozpoznawanej sprawie jest w zasadzie zbędne, gdyż nie stanowią one podstawy oceny ani dochodzonego roszczenia, ani też kary umownej naliczonej przez pozwaną.

Z decyzji powiatowego inspektora nadzoru budowlanego z dnia 31 maja 2012r. jednoznacznie wynika, że została ona wydana na podstawie art. 59 ust. 1 prawa budowlanego. Z protokołu odbioru końcowego wynika natomiast, że powódka wykonywała prace określone w umowie nr (...) oraz aneksach nr (...) do dnia 27 czerwca 2012r.

Na zakończenie Sąd Okręgowy odniesie się do zgłoszonego przez powódkę na rozprawie apelacyjnej wniosku o markowanie kary umownej.

Zgodnie z art. 484 § 2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Przepis ten stanowi wyjątek od zasady pacta sunt servanda oraz zasad sformułowanych w przepisach: art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 354 § 1 k.c. i art. 484 § 1 k.c. Z tego też powodu nie może być interpretowany rozszerzająco. Stosując instytucję miarkowania, sąd powinien mieć na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczenia jej wysokości, co znakomicie ułatwia realizację dochodzonego uprawnienia. Redukując karę umowną pamiętać należy, że miarkowanie osłabia skutek stymulacyjno- represyjny oraz kompensacyjny kary umownej, a nadto redukcja stanowi modyfikację treści zobowiązania określonego w umowie.

Rażące wygórowanie jako okoliczność uzasadniająca miarkowanie kary umownej musi być postrzegana jako porównanie rozmiaru poniesionej szkody w wyniku naruszenia zobowiązania w stosunku do wysokości zastrzeżonej kary umownej. Sama dysproporcja, nawet znaczna, nie uzasadnia zarzutu o rażącym wygórowaniu.

Katalog możliwych kryteriów zredukowania kary umownej przez sąd jest otwarty i należy do uznania sędziowskiego. To samo dotyczy ewentualnej kwestii odpowiedniej hierarchii takich kryteriów. W każdym razie chodzi o kryteria miarodajne do skonstatowania „rażącego wygórowania” kary umownej w jej aspekcie wartościowym. Rzecz jasna, mogą tu wchodzić w grę kryteria o charakterze wartości bezwzględnych (np. sama wysokość kary umownej), kryteria relatywizujące (np. ocena wysokości kary umownej w stosunku do innych elementów, tj. wobec ogólnej wartości świadczenia, wysokości szkody poniesionej przez uprawnionego do kary umownej lub rozmiaru przysługującego mu odszkodowania) lub inne jeszcze kryteria (m.in. o charakterze słusznościowym) (tak też Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18.04.2013r., III CSK 247/12, opubl.: Legalis).

Powódka nie wskazała, na którą przesłankę się powołuje. Ponieważ kara została zastrzeżona na wypadek nie wykonania przedmiotu umowy w terminie, to w zasadzie pod uwagę brane może być rażące wygórowanie kary, ponieważ z założenia kara ta miała motywować do wykonania zobowiązania w całości w umówionym terminie, a miarkowanie tej kary z powodu wykonania zobowiązania podważałoby sens jej zastrzeżenia..

W przypadku zgłoszenia wniosku o miarkowanie kary umownej (zarzutu jej rażącego wygórowania) na dłużniku spoczywa ciężar udowodnienia występowania jednej lub obu przesłanek redukcji kary (art. 6 k.c.).

Powódka nie udowodniła, że zastrzeżona kara jest rażąco wygórowana.

Mając powyższe na uwadze i nie znajdując podstaw do wzruszenia z urzędu zaskarżonego orzeczenia, Sąd Okręgowy na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację pozwanego.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w związku z art. 99 k.p.c., art. 109 § 2 k.p.c. i art. 391 § 1 k.p.c. Zasądzoną od powódki na rzecz pozwanej kwotę 1.800,00 zł stanowi wynagrodzenie pełnomocnika pozwanej będącego radcą prawnym, którego wysokość została określona na podstawie § 6 pkt 6 w związku z § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu ( tekst jednolity Dz. U. nr 77 z 2013r. poz. 490).

Koszty podróży i utraconego zarobku świadków w związku ze stawiennictwem na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2014 roku w kwocie 747,58 zł pokryte tymczasowo przez Skarb Państwa Sąd Okręgowy na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., nr 90, poz. 594 z późn. zm.) w związku z art. 98 § 1 k.p.c. nakazał je ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Łodzi.