

Sygnatura akt VIII Ga 398/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 stycznia 2015 roku

Sąd Okręgowy w Szczecinie VIII Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Krzysztof Górski (spr.)

Sędziowie: SO Leon Miroszewski

SR del. Anna Górnik

Protokolant: st. sekr. sądowy Joanna Witkowska

po rozpoznaniu w dniu 15 stycznia 2015 roku w Szczecinie

na rozprawie

sprawy z powództwa I. S. (1)

przeciwko T. C.

o zapłatę

i powództwa wzajemnego T. C.

przeciwko I. S. (1)

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego - powoda wzajemnego od wyroku Sądu Rejonowego Szczecin - Centrum w Szczecinie z dnia 7 listopada 2013 roku, sygnatura akt XI GC 114/13

I. oddała apelację;

II. zasądza od pozwanego – powoda wzajemnego na rzecz powódki – pozwanej wzajemnej kwotę 1.800 zł (jednego tysiąca ośmiuset złotych) tytułem kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

SSO Leon Miroszewski SSO Krzysztof Górski SSR del. Anna Górnik

Sygnatura akt VIII Ga 398/14

## UZASADNIENIE

Powódka I. S. (1) wniosła o zasądzenie od pozwanego T. C. kwoty 12.615,92 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od kwot: - 1.136 zł od dnia 29 czerwca 2011 r., - 11.070 zł od dnia 26 lipca 2011 r., - 409,92 zł od dnia 29 grudnia 2010 r. oraz o zasądzenie zwrotu kosztów procesu. W uzasadnieniu wskazała, że pozwany zlecił jej wykonanie nawierzchni z kostki granitowej na terenie cmentarza przy ul. (...) w S.. Powódka wykonała roboty i po ich odbiorze wystawiła faktury VAT, a pozwany mimo wezwania nie uregulował zobowiązania.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa oraz zasądzenie zwrotu kosztów procesu. W uzasadnieniu przyznał, iż strony łączyła umowa, której przedmiotem było wykonanie przez powódkę nawierzchni z kostki granitowej, ale powódka nie dochowała ustalonego w umowie terminu – opóźnienie wyniosło 77 dni, ponadto prace zostały wykonane wadliwie, a wad nie usunięto w terminie.

Wraz ze sprzeciwem T. C. wniósł przeciwko I. S. (1) pozew wzajemny, w którym domagał się zasądzenia od niej kwoty 73.668,82 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 28 września 2012 r. oraz kosztami procesu tytułem kar umownych za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień opóźnienia – za 77 dni oraz z tytułem usunięcia wad i usterek stwierdzonych w okresie gwarancji w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu końcowego realizacji prac – za 33 dni. Kary umowne wyniosły w sumie 88.396 zł, a po potrąceniu wzajemnych należności pozostała do zapłaty kwota 73.668,82 zł.

W piśmie z dnia 15 marca 2013 r. I. S. (1) wniosła o oddalenie powództwa wzajemnego w całości, wskazując, że opóźnienie w wykonaniu umowy było spowodowane niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi, co zgodnie z umową wyłącza możliwość naliczenia kary umownej. Ponadto wskazała, że wykonane przez nią prace nie były obciążone wadami ani usterkami, co potwierdza protokół z dnia 10 czerwca 2011 r.

Wyrokiem z dnia 7 listopada 2013 r. w sprawie z powództwa I. S. (1) przeciwko T. C. o zapłatę 12.615,92 zł oraz z powództwa wzajemnego T. C. przeciwko I. S. (1) o zapłatę 73.669 zł w punkcie I sentencji zasądził od pozwanego T. C. na rzecz powódki I. S. (1) kwotę 12.615,92 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od kwot: - 409,92 zł od dnia 29 grudnia 2010 r., - 1.136 zł od dnia 29 czerwca 2011 r., - 11.070 zł od dnia 26 lipca 2011 r., w punkcie II sentencji zasądził od pozwanego na rzecz powódki kwotę 3.048 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, w punkcie III sentencji oddalił powództwo wzajemne T. C., a w punkcie IV zasądził od powoda wzajemnego na rzecz pozwanej wzajemnej kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Powyższe rozstrzygnięcie zostało oparte o następujące ustalenia.

W dniu 18 sierpnia 2010 r. (...) spółka akcyjna z siedzibą w W. zawarła z T. C. umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie przez T. C. robót drogowych w ramach realizacji zadania „Budowa cmentarza komunalnego przy ul. (...) w S. – część I”. Termin zakończenia robót ustalono na dzień 31 sierpnia 2010 roku. Umowa ta była aneksowana w dniach 25 marca 2011 roku i 20 czerwca 2011 roku. W aneksach przesunięto termin zakończenia robót na dzień 20 czerwca 2011 roku.

Sąd Rejonowy ustalił, że w dniu 22 października 2010 r. T. C., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. C. w S. zlecił I. S. (1), prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą (...) w P., wykonanie 4000 m<sup>2</sup> nawierzchni z kostki granitowej 9-11 cm w ramach realizacji zadania „Budowa Cmentarza przy ul. (...) w S. z materiałów dostarczonych przez firmę (...). Termin rozpoczęcia robót ustalono na dzień 25 października 2010 roku, a termin zakończenia – na dzień 25 marca 2011 roku. W § 3 ust. 5 umowy zastrzeżono, że termin zakończenia robót ulega przesunięciu w przypadku wystąpienia niesprzyjających warunków atmosferycznych (opady deszczu, śniegu, ujemne temperatury) uniemożliwiających wykonanie robót zgodnie z zasadami współczesnej wiedzy technicznej, technologii wykonywania robót nawierzchniowych i obowiązujących przepisów. Wysokość wynagrodzenia kosztorysowego oznaczono w § 4 umowy na kwotę 160 000 zł, wskazując, że ostateczne wynagrodzenie strony ustalą obmiarem powykonawczym sporządzonym na podstawie pomiarów zatwierdzonych przez kierownika budowy, a cenę ułożenia jednego m<sup>2</sup> kostki granitowej ustalono na 40 zł netto. Rozliczenie za przedmiot umowy miało odbywać się na podstawie faktur częściowych i faktury końcowej, przy czym faktury miały być wystawiane na końcu każdego miesiąca. Podstawą do wystawienia faktur częściowych miały być protokoły etapowego wykonania robót, a podstawą wystawienia faktury końcowej – protokół końcowego odbioru robót. Termin płatności faktur miał być oznaczony na 28 dni od otrzymania faktury. Odbioru robót miał dokonywać kierownik budowy zamawiającego oraz przedstawiciel wykonawcy. W treści § 8 umowy ustalono warunki rękojmi i gwarancji, w których wskazano, że wykonawca jest odpowiedzialny względem

zamawiającego z tytułu rękojmi za wady przedmiotu umowy zmniejszające jego wartość lub użyteczność, powstałe po odbiorze, lecz z przyczyn tkwiących w przedmiocie w czasie odbioru. Okres gwarancji ustalono na trzy lata od dnia odbioru końcowego. Usterki i wady pilne miały zostać usunięte w terminie 3 dni od ich zgłoszenia, a pozostałe usterki i wady – w terminie 7 dni od ich zgłoszenia. Strony zastrzegły możliwość naliczenia kar umownych wykonawcy w przypadku: odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia przez zamawiającego z przyczyn zależnych od wykonawcy w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego netto, za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy w wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu końcowego realizacji prac oraz za opóźnienie w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorach częściowych lub przy odbiorze końcowym, albo w okresie rękojmi lub gwarancji w wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień opóźnienia liczony od dnia następnego po upływie czasu na usunięcie wad i usterek. Dla zmian w umowie zastrzeżono formę pisemną pod rygorem nieważności (§ 11 ust 3 umowy).

W dniu 30 listopada 2010 r. I. S. (1) wystawiła T. C. fakturę VAT nr (...) na kwotę 33.105,92 zł brutto za ułożenie 678,4 m<sup>2</sup> kostki. Termin płatności oznaczono w fakturze na dzień 28 grudnia 2010 r.

Po zawarciu umowy kierownikiem budowy był M. R., który zakończył współpracę z T. C. w grudniu 2010 r. Od tamtego czasu nie pojawiał się na terenie budowy, stracił też uprawnienie do podejmowania jakichkolwiek czynności związanych z przedmiotową umową. Na jego miejsce jako nowego kierownika budowy T. C. powołał D. M..

Sąd I instancji ustalił, że T. C., w związku z niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi, skutecznie uniemożliwiającymi realizację zaplanowanych robót, w tym robót realizowanych przez I. S. (1), wydał polecenie podwykonawcom, by zaprzestali prowadzenia robót z wyżej wskazanej przyczyny, w stosunku do powódki w powołaniu na § 3 ust. 1 łączącej strony umowy. Na żądanie pozwanego jego podwykonawcy nie prowadzili robót w okresie od dnia 26 listopada 2010 r. do dnia 14 marca 2011 r., czyli przez 108 dni. I. S. (1) w związku z przerwą w pracach sporządziła Aneks z dnia 26 marca 2011 r. do umowy (...), w którym wskazano, że termin zakończenia prac strony oznaczają na dzień 9 lipca 2011 r. Pismo z aneksem wysłano do T. C. w dniu 4 kwietnia 2011 r.

W dniu 31 maja 2011 r. I. S. (1) wystawiła T. C. fakturę VAT nr (...) na kwotę 53.136 zł brutto za ułożenie 1080 m<sup>2</sup> kostki. Termin płatności oznaczono w fakturze na dzień 28 czerwca 2011 r.

Sąd orzekający w I instancji ustalił, że w dniu 10 czerwca 2011 r. I. S. (1) oraz kierownik robót zamawiającego D. M. podpisali protokół robót, wskazując, że wykonano 4018 m<sup>2</sup> kostki, a prace zostały wykonane zgodnie z umową, bez zastrzeżeń do zakresu i jakości. Wskazano, że w poszczególnych miesiącach położono następującą powierzchnię nawierzchni: w październiku 2010 r. – 312 m<sup>2</sup>, w listopadzie 2010 r. – 678,4 m<sup>2</sup>, w marcu 2011 r. – 700,6 m<sup>2</sup>, w kwietniu 2011 r. – 1 022 m<sup>2</sup>, w maju 2011 r. – 1 080 m<sup>2</sup>, w czerwcu 2011 r. - 2 250 m<sup>2</sup>. W protokole wskazano, że stanowi on podstawę do rozliczenia końcowego.

W dniu 27 czerwca 2011 r. I. S. (1) wystawiła T. C. fakturę VAT nr (...) na kwotę 11.070 zł brutto za ułożenie 225 m<sup>2</sup> kostki. Termin płatności oznaczono w fakturze na dzień 25 lipca 2011 r.

W wiadomości e-mail z dnia 14 października 2011 r. P. G. został poinformowany, że płatność została wstrzymana do czasu wykonania poprawek wykonanej usługi, a termin usunięcia poprawek zostaje oznaczony na dzień 19 października 2011 r. Jednocześnie poinformowano, że za przekroczenie terminu zostanie naliczona kara umowna.

Po zakończeniu przez I. S. (1) prac, po wykonanych alejkach jeździły koparko-ładowarki i samochody. Na skutek tego zrobiły się koleiny i zapadała się nawierzchnia.

Zgodnie z ustaleniami Sądu Rejonowego w dniu 18 października 2011 r., po uzgodnieniach z T. C., I. S. (1) przystąpiła do dokonania ulepszeń wykonanych nawierzchni, poprzez likwidację zastoisk wody, powstałych na tych nawierzchniach z powodu przemieszczania po nich ciężkiego sprzętu budowlanego, dla którego nawierzchnie nie zostały przewidziane. W piśmie z dnia 18 października 2011 r. kierownik budowy zamawiającego D. M.

potwierdził wykonanie poprawek na drogach granitowych wykonanych przez firmę (...) na terenie budowy cmentarza, polegających na usunięciu zastoisk wody wskazanych przez kierownika firmy (...).

W dniu 2 listopada 2011 r. T. C. został wezwany do zapłaty na rzecz I. S. (1) kwoty 12.615,92 zł w terminie 7 dni od daty otrzymania wezwania.

Sąd Rejonowy ustalił, że w piśmie z dnia 16 listopada 2011 r. T. C. wezwał I. S. (1) do usunięcia usterek w wykonanych pracach. Wskazał, że przeprowadzona przez inspektora nadzoru z ramienia inwestora wizja lokalna wykazała szereg wad w wykonanych pracach, jednak nie ani wad, ani dokumentu, na który się powołał. Termin usunięcia usterek oznaczył na dzień 21 listopada 2011 r., wskazując, że przekroczenie terminu będzie skutkowało naliczeniem kar umownych. Jednocześnie poinformował, że D. M. nie był upoważniony do zatwierdzenia protokołu końcowego odbioru robót, gdyż zgodnie z umową był nim M. R.. Wskazał, że nie poinformowano pisemnie I. S. (1) o udzieleniu takiego pełnomocnictwa D. M., co powoduje brak mocy prawnej i wykonawczej protokołu robót z dnia 10 czerwca 2011 r.

W wiadomości e-mail z dnia 23 listopada 2011 r. T. C. poinformował P. G., że w związku z niestawieniem się wykonawcy do wykonania prac poprawkowych prace te zostaną wykonane przez T. C. we własnym zakresie.

Zgodnie z ustaleniami dokonanymi przez Sąd Rejonowy w piśmie z dnia 23 listopada 2011 r. I. S. (1) odpowiadając na pismo otrzymane w dniu 21 listopada 2011 r., poinformowała T. C., że do usuwania usterek jej firma przystąpi w dniu 24 listopada 2011 r., a termin ten ustaliła z D. M.. Jednocześnie zwróciła się o złożenie oświadczenia woli, że D. M. jest upoważniony do zatwierdzenia protokołu końcowego robót, gdyż zgodnie z umową odbioru dokonuje kierownik budowy zamawiającego.

W piśmie z dnia 26 listopada 2011 r. I. S. (1) poinformowała T. C., że jej firma dokonała usunięcia usterek ułożonych nawierzchni. Wskazała, że uchybienia te powstały wskutek poruszania się ciężkiego sprzętu po tej nawierzchni, co powoduje, że nie są one uważane za usterki stosownie do umowy. W dniu 13 grudnia 2011 r. T. C. został ponownie wezwany do zapłaty na rzecz I. S. (1) kwoty 12 615,92 zł - w terminie 3 dni od daty otrzymania wezwania. W piśmie z dnia 14 i 17 grudnia 2011 r. (...) SA wezwała T. C. do usunięcia usterek, w tym nawierzchnię kostki granitowej do dnia 22 grudnia 2011 r.

W dniu 17 grudnia 2011 r. R. B. wystawił T. C. fakturę VAT nr (...) na kwotę 7.380 zł za poprawienie kostki brukowej na cmentarzu przy ul. (...). Fakturę zapłacono gotówką.

W piśmie z dnia 4 stycznia 2012 r. T. C. poinformował pełnomocnika I. S. (1), że wskazana w wezwaniu należność została zatrzymana na poczet kosztów nieusuniętych usterek. Wskazał, że w dniu 23 listopada 2011 r. z powodu nie stawienia się wykonawcy do usunięcia wad, poinformował firmę (...) o wprowadzeniu na jej koszt wykonawcy zastępczego, któremu zlecił naprawę nawierzchni. Koszty prac wykonawcy zastępczego wyniosły 7.380 zł, a koszty materiałów 4.350 zł. Suma została skompensowana z należnością firmy (...), a pozostała należna jej kwota zatrzymana na poczet kosztów dalszych napraw. Do pisma załączono fotografie stanu nawierzchni na dzień wystosowania pisma.

W piśmie z dnia 12 stycznia 2012 r. pełnomocnik I. S. (1) poinformował T. C., że wykonała ona postanowienia łączącej ich umowy i dwukrotnie dokonała ulepszeń wykonanych robót. Jednocześnie w piśmie wezwano T. C. do zapłaty wynagrodzenia za wykonanie umowy w kwocie 12.615,92 zł wraz z należnymi odsetkami.

W dniu 13 stycznia 2012 r. P. T. wystawił T. C. fakturę VAT nr (...) na kwotę 4.321 zł za prace poprawkowe wykonane na terenie cmentarza przy ul. (...). Należność wskazana w fakturze została zapłacona w całości.

W dniu 24 lutego 2012 r. spółka (...) SA dokonała odbioru końcowego prac wykonanych przez T. C.. odbioru dokonano bez zastrzeżeń.

W dniu 8 marca 2012 r. T. C. został ponownie wezwany do zapłaty na rzecz I. S. (2) kwoty 12.615,92 zł - w terminie 3 dni od daty otrzymania wezwania.

W piśmie z dnia 20 września 2012 r. I. S. (1) została poinformowana, że T. C. obciążył ją karami umownymi w wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień opóźnienia – za 77 dni oraz z tytułu usunięcia wad i usterek stwierdzonych w okresie gwarancji w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu końcowego realizacji prac – za 33 dni. W sumie obciążono ją kwotą 88.396 zł. W piśmie wskazano też, że T. C. poniósł szkodę związaną z wadliwym wykonaniem umowy przez I. S. (2) w wysokości 56.917 zł. łącznie wierzytelności T. C. zsumowano na kwotę 145 313 zł. T. C. dokonał potrącenia tych wierzytelności z wierzytelnością przysługującą I. S. (1) w kwocie 14.727,18 zł (należność główna 12.615 zł plus odsetki w kwocie 2 112 zł liczone na dzień 20 września 2012 r.). Pozostała po potrąceniu kwota do zapłaty to 130.585,82 zł i do zapłaty tej kwoty w terminie do dnia 27 września 2012 r. wezwano I. S. (1).

W oparciu o dokonane ustalenia faktyczne Sąd Rejonowy uznał powództwo za zasadne, natomiast powództwo wzajemne za niezasadne. Dochodzone roszczenie, z uwagi na fakt, że powódka jako podwykonawca podwykonawcy wykonywała jedynie niewielki odcinek prac, zostało zakwalifikowane przez ten Sąd jako umowa o dzieło, do której znajdują zastosowanie art. 627 i następne k.c. Sąd I instancji podkreślił, że strony nie kwestionowały faktu i treści zawarcia umowy. Pozwany nie zakwestionował faktu, że nie zapłacił powódce kwoty dochodzonej pozwem wskazał, że dochodzoną przez nią kwotę potrącił z należności z tytułu kar umownych, którymi obciążył powódkę, a o zapłatę różnicy powstałej wskutek potrącenia wystąpił z powództwem wzajemnym.

Sąd Rejonowy dokonując ustaleń faktycznych oparł się na niezakwestionowanych przez strony dowodach z dokumentów oraz na podstawie zeznań świadków. Sąd nie uwzględnił zestawienia znajdującego się na karcie 244 akt z uwagi na to, że nie odnosi się do robót wykonanych przez pozwaną.

Dokonując wykładni art. 483 k.c., 471 k.c. i 484 § 1 k.c. Sąd I instancji uznał za prawidłowe zastrzeżenie w zawartej przez strony umowie kary umownej. Za bezsporny uznał fakt zawarcia postanowień dotyczących tej kary umownej w umowie.

W ocenie Sądu Rejonowego pozwany (powód wzajemny) nie wykazał, żeby zostały spełnione przesłanki do naliczenia powódce (pozwanej wzajemnej) kar umownych. Zdaniem Sądu I instancji z przedłożonego przez powódkę protokołu odbioru końcowego wynika, że pozwany odebrał dzieło bez zastrzeżeń.

Sąd Rejonowy uznał, że z treści umowy łączącej strony oraz dokumentów i zeznań świadków wynika, iż wgłębienia powstały nie w wyniku wadliwego ułożenia kostki granitowej przez powódkę, tylko wskutek poruszania się po nawierzchni nieprzystosowanej do tego, ciężkich pojazdów budowlanych oraz wywrotek z ziemią dla zagospodarowania zieleni na tym terenie. W ocenie Sądu powódka dla dobra współpracy poprawiła nawierzchnię po pierwszym wezwaniu do usunięcia wad. Pozwany nie sprecyzował, jakie dalsze wady wykazuje nawierzchnia wykonana przez powódkę. Sąd Rejonowy wskazał, że z przeprowadzonego postępowania dowodowego wynika, iż termin wykonania robót był przesuwany, była zarządzona przerwa zimowa, co potwierdzili również świadkowie ze strony generalnego wykonawcy, którzy zeznali, że termin wykonania robót był przesunięty, a następnie została zarządzona przerwa, wywołana i uzasadniona warunkami atmosferycznym - okres wzmożonych opadów atmosferycznych i niskich temperatur. W ocenie tego Sądu nie sposób podzielić stanowiska pozwanego, że w chwili odbioru dzieła powódka pozostawała w opóźnieniu, uzasadniającym naliczenie kar umownych. Pozwany również nie miał takich wątpliwości w dacie odbioru końcowego. Zdaniem Sądu osobą upoważnioną przez pozwanego do odbioru robót był kierownik budowy ze strony pozwanego. Okoliczność, że w dacie zawierania umowy kierownikiem budowy była oznaczona osoba, nie oznacza, że po zmianie na tym stanowisku, nowy kierownik nie był upoważniony, a nadal upoważniony był z imienia i nazwiska poprzedni kierownik budowy. Takie rozumowanie zdaniem Sądu byłoby wprowadzaniem absurdu. W protokole odbioru nie znalazły się jakiegokolwiek zastrzeżenia zarówno, co do jakości jak i terminowości wskazano, że powódka wykonała prace zgodnie z umową. Pozwany nigdy nie kierował do

niej jakichkolwiek pism w zakresie przystąpienia do prac lub ich kontynuacji, nie sygnalizował nigdy stwierdzonego jakiegokolwiek opóźnienia.

Sąd Rejonowy zasądził odsetki, zgodnie z żądaniem powódki, od dnia wytoczenia powództwa, na podstawie art. 481 § 1 k.c.

O kosztach postępowania Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Powyższy wyrok w całości zaskarżył pozwany, wnosząc o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. obrazę przepisu postępowania, która miała istotny wpływ na treść wyroku a to art. 233 § 1 k.p.c., poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w konsekwencji błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku, mający wpływ na jego treść i wyrażający się w przyjęciu, że powódka (pозwana wzajemna) wykonała prace niewadliwie i nie dopuściła się opóźnienia w wykonaniu tychże prac oraz w usunięciu usterek w sytuacji gdy zgromadzony w sprawie i oceniony zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego materiał dowodowy prowadzi do odmiennych wniosków;
2. obrazę przepisów postępowania, która miała istotny wpływ na treść skarżonego wyroku a to art. 217 § 1 k.p.c. w zw. 224 § 1 k.p.c. poprzez zamknięcie rozprawy pomimo nieprzeprowadzenia zawnioskowanego przez pozwanego (powoda wzajemnego) dowodu z projektu budowlanego oraz dokumentacji fotograficznej i bezzasadne pominięcie tego dowodu pomimo, iż powołany on został na okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy;
3. obrazę przepisu postępowania, która miała istotny wpływ na treść skarżonego wyroku a to art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c. w zw. z art. 224 § 1 k.p.c. poprzez zamknięcie rozprawy pomimo nieprzeprowadzenia zawnioskowanego przez pozwanego dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa i bezzasadne jego pominięcie pomimo, iż powołany został w celu ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy;
4. nierozpoznanie istoty sprawy.

W uzasadnieniu apelacji pozwany podtrzymał stanowisko zajęte w postępowaniu przed sądem I instancji i uzasadnił zarzuty podniesione w apelacji. Skarżący stwierdził, że Sąd orzekający w I instancji nie uzasadnił przyczyn, z powodu których pominął dowody wskazane w punktach 1 i 2 petitum apelacji. Skarżący wskazał, że przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego było konieczne dla dokonania ustaleń w zakresie prawidłowości wykonanych przez powódkę prac, w tym ustalenia czy wgłębienia w nawierzchni powstały w wyniku nienależytego wykonania przez nią prac, czy też z innych przyczyn. Ocena prawidłowości wykonania tych prac przez powódkę wymaga jego zdaniem wiadomości specjalnych. Natomiast na podstawie tej dokumentacji można ustalić dopuszczalną masę pojazdów, które mogły poruszać się po nawierzchni wykonanej przez powódkę. W ocenie skarżącego tylko dowód z opinii biegłego, który dysponuje materiałem w postaci dokumentacji fotograficznej, zeznań świadków oraz projektem budowlanym pozwoliłby na dokonanie prawidłowych ustaleń faktycznych. Wobec pominięcia tych dowodów przez Sąd Rejonowy nie mógł sprostać obowiązkowi wykazania zasadności naliczonych kar umownych. Zdaniem skarżącego biorąc pod uwagę parametry techniczne drogi, której nawierzchnia wykonywana była przez powódkę nie można przyjąć, że przy jej niewadliwym wykonaniu powstałyby wgłębienia na skutek poruszania się po niej pojazdów samochodowych.

Skarżący zwrócił uwagę, że Sąd I instancji pominął fakt, że pozwany dokonał również potrącenia wierzytelności wynikających z poniesionych przez niego kosztów prac naprawczych. W celu wykazania zasadności swojego roszczenia wniósł o przeprowadzenie dowodów z projektu budowlanego, dokumentacji zdjęciowej oraz opinii biegłego. Tymczasem Sąd Rejonowy w ogóle nie odniósł się do zasadności zarzutu potrącenia.

Powódka (pозwana wzajemna) złożyła odpowiedź na apelację, w której podtrzymała swoje dotychczasowe stanowisko. Wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie od pozwanego zwrotu kosztów procesu wywodząc, że w jej ocenie Sąd dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych i poprzedzającej je oceny dowodów.

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

Apelacja pozwanego (powoda wzajemnego) okazała się nieuzasadniona.

Oceniając materiał procesowy w pierwszej kolejności uznać należy za prawidłowe ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd orzekający w I instancji i przedstawione w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia. Sąd Okręgowy nie stwierdza konieczności uzupełnienia ustalonych faktów czy też ich korygowania a czyniąc ustalenia faktyczne Sądu I instancji częścią uzasadnienia własnego orzeczenia, nie znajduje podstaw do ponownego ich przytaczania.

Za prawidłową należało również uznać (choć z pewnymi uzupełnieniami, które zostaną omówione poniżej) ocenę powództwa głównego i powództwa wzajemnego dokonaną przez ten Sąd.

Apelacja ogniskuje się wokół zarzutów naruszenia przez Sąd I instancji norm prawa procesowego, to jest naruszenia art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 224 § 1 k.p.c. oraz art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. i 286 k.p.c. w zw. z art. 224 § 1 k.p.c., które polegały na pominięciu dowodów z opinii biegłego, z projektu budowlanego oraz z dokumentacji fotograficznej oraz naruszenia art. 233 k.p.c. poprzez dowolną ocenę dowodów. Skarżący zarzucił również nierozpoznanie przez Sąd istoty niniejszej sprawy.

Skoro zarzuty podniesione w punktach 2 i 3 petitum apelacji dotyczyły przede wszystkim niedopuszczenia dowodu opinii biegłego to w pierwszej kolejności należy odnieść się do istoty dowodu z opinii biegłego. Zgodnie z art. 278 § 1 k.p.c. w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych sąd po wysłuchaniu wniosków stron co do liczby biegłych i ich wyboru może wezwać jednego lub kilku biegłych w celu zasięgnięcia ich opinii. Podkreślić należy, że w świetle przywołanej regulacji ten w swojej istocie specyficzny dowód służy pozyskaniu właściwej wiedzy służącej (naukowej lub technicznej) do prawidłowej oceny znaczenia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia. Pozyskiwanie takiej wiedzy (a więc i prowadzenie dowodu generującego zarówno koszty postępowania jak i wydłużającego jego czas) jest uzasadnione jedynie wówczas, gdy na prawidłową ewaluację zdarzeń, procesów, czy też związków między nimi nie wystarcza zasób wiedzy określanej mianem powszechnej oraz pryzmat logiki i zasad doświadczenia życiowego.

Opinia służy pozyskaniu przez sąd argumentów dotyczących wiedzy naukowej lub technicznej niezbędnych dla oceny faktów przedstawionych i wykazanych zgodnie z regułami prawa procesowego przez same strony.

Opinia biegłego ma więc na celu umożliwienie sądowi należytej oceny zebranego w sprawie materiału wtedy, gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne. Nie może ona natomiast sama być źródłem materiału faktycznego sprawy, ani tym bardziej stanowić podstawy dla ustalania tych okoliczności faktycznych, które powinny być (po ich wykazaniu) dopiero przedmiotem oceny biegłego (podobnie por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 1969 r., I CR 140/69; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2006 r., V CSK 360/06; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 27 listopada 2014 r., I ACa 759/14). Dowód z opinii biegłego nie może też służyć zwłaszcza poszukiwaniu faktów uzasadniających zgłoszone roszczenia lub przyjętą linię obrony (poszukiwaniu argumentacji faktycznej uzasadniającej przyjęte stanowisko). Biegły nie może zastępować (wyręczać) stron w przedstawianiu okoliczności faktycznych tworzących podstawę faktyczną ich stanowisk procesowych.

W świetle treści art. 278 § 1 k.p.c. dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z reguły powinno nastąpić więc w momencie, gdy już został zgromadzony materiał faktyczny umożliwiający biegłemu dokonanie oceny z wykorzystaniem wiedzy fachowej. Dopiero wówczas powstaje możliwość nie tylko dokonania takiej oceny, ale i rozważania zebranego w sprawie materiału w celu jasnego skonkretyzowania nasuwających się wątpliwości i precyzyjnego sformułowania pytań, skierowanych do biegłego (vide: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 września 1979, IV CR 281/79;

wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2006 roku, V CSK 360/06; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2005 roku, V CK 659/04).

Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy, stwierdzić należy, że aby zaktualizowała się konieczność i możliwość przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, konieczne było w pierwszej kolejności przedstawienie tych faktów, w oparciu o które skarżący (wnioskujący o przeprowadzenie takiego dowodu) argumentuje swoje stanowisko procesowe (negację roszczeń powódki i uzasadnienie roszczeń pozwu wzajemnego). Oznacza to, że jeżeli w niniejszej sprawie przedmiotem opinii biegłego miałyby być potwierdzenie wadliwości robót, które zostały wykonane przez powódkę (pozwaną wzajemną), to najpierw pozwany (powód wzajemny) powinien był przedstawić twierdzenia faktyczne (co najmniej) co do dokładnego usytuowania robót wykonanych przez powódkę, dokładnego zakresu tych robót oraz przede wszystkim rodzaju wadliwości, ich zakresu ilościowego czy wreszcie (co istotne w realiach niniejszej sprawy) - związku z pracami powódki. Te dane były niezbędne wobec wynikających z materiału procesowego faktów współwykonawstwa robót polegających na kładzeniu nawierzchni przez różnych podwykonawców pozwanego a także wykonywania istotnych elementów dróg (ich podbudowy) bezpośrednio przez pozwanego. Wobec przedmiotu sporu w niniejszej sprawie pozwany (twierdząc, że to roboty powódki były dotknięte wadami generującymi jego roszczenia) winien więc dla udowodnienia swoich pretensji, przedstawić twierdzenia, w których konkretnie miejscach wady te występowały, na czym konkretnie polegały, a jednocześnie, że w tych miejscach prace były wykonywane przez powódkę. Następnie okoliczności te należało udowodnić.

Dopiero wykazanie takich faktów czyniło zasadnym żądanie dokonanie oceny materiału procesowego przez biegłego celem wykazania, że skonkretyzowane elementy robót powódki posiadały wady pozostające w związku z nienależyty wykonaniem prac przez powódkę oraz określenie kosztów ich usunięcia.

Odnosząc powyższe uwagi do materiału procesowego poddanego pod osąd w niniejszej sprawie, przypomnieć trzeba, że z treści umowy (§ 1 i 4, który określał wynagrodzenie), protokołu odbioru robót z dnia 10 czerwca 2011 r., faktur Vat wystawionych przez powódkę pozwanemu wynika, że specyfika rozliczeń pomiędzy stronami postępowania polegała na tym, że wynagrodzenie powódki ustalano w odniesieniu do powierzchni (metrów kwadratowych) położonej kostki granitowej. Co prawda w § 4 ust. 1 umowy określono wynagrodzenie kosztorysowe powódki wstępnie na kwotę 160.000 zł, jednak w § 4 ust. 2 ustalono cenę ułożenia jednego metra kwadratowego kostki granitowej na kwotę 40 zł netto/m<sup>2</sup>, a w fakturach powódka każdorazowo wskazywała jedynie powierzchnię ułożonej kostki. Z zeznań świadków w osobach M. K., D. M., P. P., M. Ł., R. B., G. M., A. W. i P. S. wynika, że prace polegające na układaniu kostki granitowej na alejkach wykonywali również inni przedsiębiorcy będący podwykonawcami pozwanego. W niniejszej sprawie nie starano się nawet, (np. odwołując się do skonkretyzowanego planu lub rysunku projektowego), wykazać zakresu robót poszczególnych podwykonawców strony pozwanej.

Granice robót poszczególnych podwykonawców nie wynikają ani z umowy, ani z zeznań świadków ani z żadnych przedstawionych przez strony postępowania dokumentów. Nie wykazano więc dokładnie w jakim obszarze prace polegające na ułożeniu kostki należy przypisać powódce.

Z kolei zeznania wszystkich świadków, które miały uzasadnić stwierdzenie, że wady robót powódki polegających na ułożeniu kostki rzeczywiście występowały, odnoszą się do bliżej niesprecyzowanego zakresu (obszaru na którym prace miały być wykonane) i brak jest podstaw do uznania, by wady te dotyczyły prac powódki. Nawet R. B. wykonujący na zlecenie skarżącego poprawki robót po jego podwykonawcach nie potrafił powiedzieć po kim dokonywał poprawek, a ze zgromadzonego w niniejszej sprawie materiału dowodowego (zeznań świadków) wynika, że różne podmioty układały na drogach cementarza kostkę brukową, kończąc jakby prace zaczynane wcześniej, polegające na stworzeniu podbudowy, a zaczynane bezpośrednio przez pozwanego.

Wreszcie z twierdzeń strony pozwanej zawartych w złożonych w toku postępowania przed Sądem I instancji pismach (w toku rozpoznawania wniosku o zwolnienie od kosztów) wynika, że wady robót ostatecznie zostały przez nią usunięte i w momencie postępowania przed Sądem I instancji już nie istniały.



W rezultacie z materiału procesowego nie wynika w żaden sposób skonkretyzowany zakres faktów (zdarzeń, czy też stanu rzeczy), który miałby podlegać ocenie biegłego. Zarzucając Sądowi pominięcie tego wniosku nie starano się w apelacji wskazać, co dokładnie miałyby być przedmiotem badania i ocen biegłego oraz jakie dokładnie okoliczności biegły miałyby ustalić. W rezultacie stwierdzić należy, że zaniechanie skonkretyzowania twierdzeń faktycznych w jakim zakresie ilościowym, w których miejscach dokładnie miały być wady prac zakończonych przez stronę powodową w listopadzie 2011 r. i niewskazanie dowodów, oraz niewykazanie udokumentowania wad robót powódki przy jednoczesnym twierdzeniu, że wady te zostały już usunięte czyniło bezprzedmiotowym żądanie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego.

Mają powyższe na uwadze zarzut naruszenia przepisów postępowania sformułowany w punkcie 3 petitum apelacji nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 224 § 1 k.p.c., który sprowadzał się do pominięcia przez Sąd Rejonowy dowodów z projektu budowlanego oraz dokumentacji fotograficznej, wskazać należy, że chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 217 § 1 k.p.c., będącego źródłem uprawnień strony, a nie źródłem obowiązków sądu, i określającym negatywne skutki prawne powstające dla strony w razie zaniechania skorzystania przez nią z przysługujących jej uprawnień. Sąd nie może więc dopuścić się naruszenia art. 217 § 1 k.p.c., który adresowany jest do stron postępowania.

W tym miejscu należy również wskazać, że w apelacji skarżący powinien określić jakie tezy istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy miałyby z tejże dokumentacji wynikać.

Biegły na podstawie samej dokumentacji projektowej nie mógłby wszak siłą rzeczy oceniać tego, czy istniały lub czy nie istniały wady, które miały być podstawą linii obrony strony pozwanej. W niniejszej sprawie skarżący wskazał co prawda, że dowody te były w jego ocenie niezbędne do dokonania ustaleń w zakresie prawidłowości prac wykonanych przez powódkę, w szczególności, czy wgłębienia w nawierzchni powstały wskutek nienależytego ułożenia jej warstwy wierzchniej, czy z innych przyczyn. Pozwany nie tyle określił tezy istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, co przedstawił te dokumenty jako podstawę do wykonania opinii, w której to dopiero biegły miałby ustalać, czy zaistniały jakiegokolwiek odstępstwa od projektu. I to już czyni bezzasadną argumentację pozwanego, która odnosi się do etapu gromadzenia materiału dowodowego.

Pozwany (powód wzajemny) podniósł w apelacji zarzut błędnego ustalenia stanu faktycznego przez Sąd I instancji. Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania przez skarżącego, że Sąd orzekający w I instancji uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu Sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Dla wykazania słuszności zarzutu naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów konieczne jest zatem wykazanie przez skarżącego, iż ocena ta została dokonana sprzecznie z wymaganiami prawa procesowego, w sposób wybiórczy, nie odpowiadający zasadom logiki i doświadczenia życiowego. W ocenie Sądu odwoławczego pozwany nie zdołał wykazać, aby zaistniała którakolwiek z powołanych okoliczności. Z kolei w zwięzłym uzasadnieniu apelacji skarżący skupił się na argumentach dotyczących gromadzenia przez Sąd Rejonowy materiału dowodowego, a nie jego oceny. Skarżący ograniczył się jedynie do wskazania własnej - subiektywnej oceny materiału dowodowego, a dokładnie do zakwestionowania oceny przeprowadzonej przez Sąd Rejonowy, które sprowadziło się do stwierdzenia o nieprawidłowym ustaleniu przez ten Sąd, że powódka wykonała prace niewadliwie i nie dopuściła się opóźnienia w wykonaniu tychże prac i usunięciu usterek.

Sąd odwoławczy nie znalazł żadnych przekonujących argumentów, które by wskazywały, że po tych pracach (naprawach) wykonanych przez powódkę w listopadzie 2011 r. (czy też przez jej podwykonawców), nadal jeszcze jakiegokolwiek wady istniały w tych konkretnych pracach, co zostało szerzej omówione przy ocenie poprzednich zarzutów. Zwrócić należy uwagę na to, że w korespondencji przedprocesowej (pisma z dnia 16 listopada 2011 r., z 4 stycznia 2012 r.) pozwany powołuje się na uwagi inspektora nadzoru z ramienia inwestora o istnieniu szeregu wad w wykonanych pracach. W piśmie tym nie wskazał jednak jakie to były wady, gdzie były umiejscowione (np. na których

alejkach) i na czym te wady dokładnie polegały, nie dając argumentów dowodowych, które pozwalałyby na przyjęcie, na ile te uwagi były skonkretyzowane do zakresu prac wykonanych przez powódkę.

Nadto dostrzec należy, że pozwany wskazując zakres prac wykonywanych przez powódkę powołuje się na roboty, które co wynika z materiału dowodowego a zwłaszcza z zeznań świadków, nie mogą dotyczyć prac wykonywanych przez powódkę. Przesłuchani w niniejszej sprawie świadkowie zeznali np., że prace przy bramie wykonywał zupełnie inny podmiot niż powódka, na własny rachunek, na podstawie umowy zawartej z pozwanym a mimo to w argumentacji pozwanego również konieczność poprawiania prac w tym rejonie służy uzasadnianiu odmowy zapłaty należności.

Mając na uwadze powyższe sąd nie znalazł podstaw do tego żeby przyjąć, że strona pozwana - powodowa wzajemnie wykazała, że po 26 listopada 2011 r. istniały rzeczywiście jakiegokolwiek wady, które obciążałby stronę powodową - pozwaną wzajemnie, że wykazała zakres tych wad i ich konkretne umiejscowienie, że wykazała wysokość kosztów poniesionych w celu usunięcia tych wad.

Odnosnie poniesionych przez pozwanego (powoda wzajemnego) kosztów usunięcia wad, należy dodatkowo podkreślić, że z załączonych do pozwu dokumentów ani z zeznań przesłuchanych świadków nie wynika żeby R. B. i P. T. usuwający na zlecenie skarżącego wady położonej nawierzchni, usuwał wady w robotach wykonanych przez powódkę (pozwaną wzajemną). Nie sposób również ustalić, jaka wartość wykonanych robót poprawkowych przypadłaby na usunięcie ewentualnych wad w robotach wykonanych przez powódkę. Okoliczność, co do zakresu i miejsca usuwania wad nie wynika również z przedłożonych przez pozwanego faktur Vat za te prace wystawionych przez R. B. i P. T.. Nie wiadomo jakiego zakresu robót dotyczą wystawione przez tych podwykonawców faktury, a nadto wskazane w nich kwoty odbiegają całkowicie od tej sumy, która ma wynikać z wyliczenia nazywanego w sprzeciwie od nakazu zapłaty kosztorysem (karta 244 akt).

Kosztorys ten natomiast jest w swojej istocie sporządzonym przez pozwanego zestawieniem kosztów jakie pozwany (powód wzajemny) miał ponieść przy wykonaniu poprawek nawierzchni. Nie potwierdza w żaden sposób faktu poniesienia kosztów w tej wysokości ani też nie odnosi ich w do konkretnych miejsc na wybudowanych drogach. Stąd też nie sposób uznać, że pozwany wykazał powstanie wierzytelności z tytułu prac naprawczych, które zgłosił do potrącenia z wierzytelnościami powódki (pозwanej wzajemnej).

W punkcie 4 petitum apelacji, skarżący kładzie nacisk na kwestię nierozpoznania istoty sprawy. Tak sformułowany zarzut jest całkowicie bezzasadny. Kodeks postępowania cywilnego posługuje się pojęciem "istota sprawy" w wielu miejscach i w różnych kontekstach normatywnych. O wdaniu się w spór lub złożeniu wyjaśnień co do istoty sprawy jest mowa przykładowo w art. 25 § 2, art. 202, 221, o odpowiedzialności co do istoty sprawy - w art. 105 § 2, o orzekaniu (rozstrzyganiu, wyrokowaniu) co do istoty sprawy - w art. 386 § 1 i 4, 405, art. 477<sup>14</sup> § 2 i 3, , art. 518, art. 521, 523, 524 § 1 k.p.c., a o środku zaskarżenia co do istoty sprawy - w art. 394 § 1 pkt 9 k.p.c. Powyższe unaocznia, że ilekroć ustawodawca odwołuje się do pojęcia "istota sprawy", zawsze nawiązuje do jej meritum, a więc do tych czynników postępowania, które warunkują orzeczenia o istocie żądań i twierdzeń stron. Nierozpoznanie istoty sprawy oznacza zaniechanie przez sąd pierwszej instancji zbadania materialnej (istotnej) podstawy żądania pozwu albo całkowite pominięcie merytorycznych zarzutów pozwanego, a nie - jak chce skarżący - ustalenie stanu faktycznego w sposób odmienny niż prezentowany przez stronę w toku postępowania.

W ocenie Sądu Okręgowego Sąd orzekający w I instancji zbadał materialnoprawną podstawę żądań stron, odniósł się do podnoszonych przez nie argumentów, dokonał oceny dowodów i na ich podstawie ustalił stan faktyczny, który następnie ocenił w oparciu o powołane przez strony postępowania przepisy prawa.

Reasumując, apelujący nie przedstawił żadnych zarzutów, mogących skutkować orzeczeniem w postulowanym przez niego kierunku. Apelacja wniesiona przez niego okazała się bezzasadna, zatem Sąd Okręgowy zgodnie z dyspozycją art. 385 k.p.c., orzekł o jej oddaleniu.

Orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego zapadło przy zastosowaniu przepisu art. 98 k.p.c. zw. z art. 99 k.p.c., w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 6 i § 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 (Dz.U.2013.490 j.t.).

SSO Leon Miroszewski SSO Krzysztof Górski SSR (del.) Anna Górnik