

Sygn. akt I ACa 1082/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 stycznia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Wiesława Kuberska (spr.)

Sędziowie: SA Alicja Myszkowska SA Dariusz Limiera

Protokolant: st. sekr. sąd. Katarzyna Olejniczak

po rozpoznaniu w dniu 26 stycznia 2016 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa **J. A.**

przeciwko (...) **Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Płocku

z dnia 8 maja 2015 r. sygn. akt I C 240/14

1. oddala apelację;

2. zasądza od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. na rzecz J. A. kwotę 3.321 (trzy tysiące trzysta dwadzieścia jeden) zł brutto z tytułu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej powodowi z urzędu w postępowaniu apelacyjnym przez adwokata Z. G. (1).

**Sygn. I A Ca 1082/15**

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 8 maja 2015 r. Sąd Okręgowy w P., w sprawie z powództwa J. A. przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. o zapłatę 463.628,82 zł: zasądził od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 149.978,82 zł z ustawowymi odsetkami od 14 kwietnia 2012 r. do dnia zapłaty (pkt. 1); oddalił powództwo w pozostałym zakresie (pkt. 2), zasądził od powoda na rzecz pozwanej spółki kwotę 4.800 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt. 3), nakazał pobrać od strony pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Płocku kwotę 7.761,30 zł z tytułu części nieuiszczonych kosztów sądowych (pkt. 4), odstąpił od obciążania powoda nieuiszczonymi kosztami sądowymi (pkt. 5) oraz orzekł o kosztach nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej powodowi z urzędu (pkt. 6).

(wyrok – k. 428)

Powyższe rozstrzygnięcie zostało wydane na podstawie ustaleń, które Sąd Apelacyjny w całości podzielił i przyjął za własne. Z ustaleń tych wynikało, że w

w dniu 1 lipca 2011 r. została zawarta umowa pomiędzy (...) sp. z o.o. w S. (zamawiający, inwestor) a Konsorcjum Firm Zakład (...) z siedzibą w M. oraz (...) Z. S. (1) z siedzibą w B. (wykonawca), której przedmiotem było

wykonanie robót budowlanych w ramach inwestycji pod nazwą: „Budowa budynku usługowo-mieszkalnego w Z. k/W. z parkingiem podziemnym”. Szczegółowy zakres robót opisany został w SIWZ, w tym w dokumentacji projektowej. Termin przekazania kompletnej dokumentacji technicznej oraz placu budowy ustalono na dzień 15 lipca 2011 r., zakończenia robót na dzień 14 lipca 2012 r. oraz oddania przedmiotu umowy na dzień 28 lipca 2012 r. Strony ustaliły w umowie między innymi, że do obowiązków wykonawcy należy doprowadzenie na teren budowy na własny koszt wody i energii elektrycznej. W umowie ustalono wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 6 273 000 zł brutto – rozliczenie miało następować fakturami częściowymi w kwotach i terminach zgodnych z opracowanym przez wykonawcę i zatwierdzonym przez inwestora harmonogramem rzeczowo-finansowym i za wykonane roboty następować miało sukcesywnie na podstawie faktur wystawianych przez wykonawcę na podstawie zatwierdzonego protokołu częściowego odbioru robót, nie częściej niż raz w miesiącu; płatności dokonywane miały być w terminie 30 dni od daty otrzymania przez zamawiającego faktury wraz z zatwierdzonym protokołem odbioru robót. Strony ustaliły, iż w wypadku odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy, zapłaci on zamawiającemu karę umowną w wysokości 5% uzgodnionego wynagrodzenia, zastrzegając jednocześnie prawo do dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, o ile wartość faktycznie poniesionych szkód przekroczyłaby wysokość kar umownych. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt a) umowy zamawiający miał prawo odstąpienia od umowy, między innymi, gdy wykonawca przerwał z przyczyn leżących po jego stronie realizację przedmiotu umowy na okres 30 dni. Konsorcjum będące stroną umowy powołane zostało umową zawartą w dniu 20 marca 2011 r. – celem powstania konsorcjum było opracowanie i złożenie wspólnej oferty na realizację w/w zadania inwestycyjnego; jako lider i generalny wykonawca występować miał (...) J. A. – wynagrodzenie za wykonane prace płatne miało być na rachunek bankowy lidera, który miał następnie przekazywać należną część wynagrodzenia uczestnikowi konsorcjum; strony umowy konsorcjum nie dokonały wyodrębnienia majątku konsorcjum.

W dniu 22 lipca 2011 r. pomiędzy J. A. a stroną pozwaną zawarta została odrębna umowa dotycząca wycinki drzew i krzewów na terenie budowy. W sierpniu i wrześniu 2011 r. R. A. powołując się na pełnomocnictwo udzielone przez pozwaną spółkę występował do Burmistrza Miasta Z. z wnioskami o udzielenie zezwolenia na usunięcie z terenu budowy drzew. Wcześniej, przed zawarciem umowy między stronami, z wnioskami takimi dotyczącymi innych drzew, występował przedstawiciel (...).

W dniu 30 sierpnia 2011 r. doszło do przekazania terenu i placu budowy przy udziale inspektora nadzoru Z. G. (2) i kierownika budowy A. P., mimo że już w dniu 3 sierpnia 2011 r. wykonawca przystąpił do wycinki drzew na terenie budowy. W dniu 15 sierpnia 2011 r. kierownik budowy dokonał wpisu w dzienniku informując o brak możliwości prowadzenia robót budowlanych z uwagi na brak przyłączy wody i energii elektrycznej, w dniu 16 sierpnia 2011 r. roboty przerwane zostały z uwagi na bliskość drzewa od krawędzi wykopu. W początkowym okresie budowy prowadzone były roboty ziemne, od 17 października 2011 r. rozpoczęto roboty zbrojeniowe w związku z podłączeniem tymczasowego zasilania budowy w energię elektryczną – wówczas dopiero faktycznie roboty ruszyły. Ze strony firmy (...) faktycznie prace koordynowane były przez synów J. R. i R.; trudności w realizacji przedmiotu umowy wynikały między innymi z usytuowania działki, na której prowadzona była inwestycja, sąsiedztwa innych budynków oraz drzew. Równoległe do inwestycji w Z. firma (...) prowadziła prace budowlane w ramach umów zawartych z innymi inwestorami. Firma (...) w żaden sposób nie uczestniczyła faktycznie w wykonywanych pracach budowlanych. Należności z tytułu częściowych odbiorów robót były regulowane terminowo przez inwestora aż do marca 2012 r. na rachunek firmy (...).

W dniu 8 października 2011 r. (...) sp. z o.o. zawarła umowę o kredyt inwestycyjny na kwotę 5 300 000 zł na okres 60 miesięcy z przeznaczeniem na realizację budowy budynku usługowo-mieszkalnego w Z. przy ul. (...); kredytobiorca oświadczył, że zobowiązuje się do zaangażowania na realizację kredytowanego przedsięwzięcia środków własnych w wysokości 20,18% wartości netto przedsięwzięcia, tj. 1 339 638,60 zł; kwota do wykorzystania przez kredytobiorcę postawiona miała zostać w okresie od 8 października 2011 r. do 31 października 2012 r. – warunkiem postawienia środków do dyspozycji był przedstawienie przez kredytobiorcę kopii dziennika budowy określającego przebieg robót i potwierdzającego stan zaawansowania inwestycji, a także faktur wystawionych przez wykonawcę i udokumentowanie dokonania częściowego odbioru zakresu inwestycji, którego dotyczy fakturowana płatność –

w formie protokołu z postępu prac lub innymi dokumentami potwierdzającymi zgodność realizacji inwestycji z budżetem i harmonogramem; strony zastrzegły, iż okres dostępności kredytu upływa zgodnie z ustalonymi terminami, zaś po upływie terminów kredytobiorca traci prawo do wykorzystania pozostałej części kredytu. Termin postawienia środków do dyspozycji przedłużony został aneksem z dnia 30 października 2012 r. do dnia 30 listopada 2012 r. Harmonogram rzeczowo-finansowy sporządzono w dniu 18 listopada 2011 r.

W dniu 21 grudnia 2011 r. obowiązki kierownika budowy przejął A. S., posiadający niezbędne w tym zakresie kwalifikacje – o czym wykonawca poinformował inwestora drogą elektroniczną. Pod koniec stycznia 2012 r. między wykonawcą i inwestorem zaczęło dochodzić do nieporozumień wynikających z opóźnień i spowolnień w wykonywaniu prac oraz kłopotami finansowymi wykonawcy, które zaczęły się w lutym 2012 r. – wtedy też pojawiły się problemy z wypłatami dla pracowników firmy (...) oraz płatnościami za dostarczany na budowę sprzęt i materiały, zaczęło brakować materiałów.

Pismem z dnia 30 stycznia 2012 r. wykonawca poinformował inwestora, iż w związku ze spadkiem temperatury poniżej  $-15^{\circ}\text{C}$  i wstrzymaniem produkcji mieszanki betonowej w zakładzie wytwórczym, z którym dostawca miał podpisaną umowę na dostawy betonu, zmuszony jest wstrzymać prace betoniarskie na budowie. W piśmie z dnia 31 stycznia 2012 r. inwestor wskazał na opóźnienia w wykonywanych pracach budowlanych w stosunku do ustaleń wynikających z harmonogramu. Pismem z dnia 10 lutego 2012 r. wykonawca zwrócił się do inwestora o niezwłoczne spotkanie na budowie celem wyjaśnienia i doprecyzowania licznych nieścisłości i niedomówień między stronami procesu inwestycyjnego, dotyczących terminu realizacji inwestycji, trybu rozliczania i ubezpieczenia. Pismem z dnia 15 lutego 2012 r. wykonawca poinformował o gotowości przystąpienia do dalszych robót betoniarskich, wskazując na konieczność zapewnienia przez inwestora ciągłości finansowania i bieżącego regulowania należności zgodnie z postępowaniem robót. W piśmie z dnia 21 lutego 2012 r. inwestor wskazał na opóźnienie prac w zakresie betonowania stropu nad parterem; w piśmie wskazano na nieprawidłowości w wystawieniu faktury nr (...) bez zatwierdzenia protokołu odbioru częściowego oraz wezwania do płatności drugi raz w tym samym miesiącu.

W dniu 27 lutego 2012 r. między wykonawcą reprezentowanym przez J. A. a pozwaną spółką podpisany został aneks do umowy, w którym ustalono nowy termin zakończenia robót tj. 31 sierpnia 2012 r. oraz termin oddania przedmiotu umowy tj. 10 września 2012 r.; strony oświadczyły, że dokonały wyjaśnień powstałych dotychczas nieporozumień i postanawiają, że nie mogą one stanowić podstawy zgłaszania w przyszłości jakichkolwiek roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy; strony ustaliły wysokość kary umownej za każdy dzień zwłoki w zakończeniu wykonania przedmiotu umowy, a także zastrzegły inwestorowi prawo do odstąpienia od umowy, gdy wykonawca przerwał realizację robót z przyczyn leżących po jego stronie i przerwa ta trwa dłużej niż 14 dni - § 9 ust. 1 pkt a) umowy. Sporządzono nowy harmonogram rzeczowo-finansowy.

Tego samego dnia wykonawca wystawił fakturę nr (...) na kwotę 463 628,82 zł z terminem płatności 28 marca 2012 r. obejmującą należność za roboty związane z wykonaniem elementów żelbetowych parteru w związku z dokonaniem częściowego odbioru robót tego samego dnia: protokół odbioru wskazywał kwotę należności za wykonane roboty 376 934 zł netto, został podpisany przez inspektora nadzoru Z. G. (2) i kierownika budowy A. S.. W piśmie z dnia 05 marca 2012 r. inwestor wskazał na określone uchybienia w procesie budowlanym ze strony wykonawcy; poinformowano nadto o dokonaniu zwrotu otrzymanej w dniu 2 marca 2012 r. faktury nr (...) w związku z nieprawidłowo wskazanym terminem zapłaty.

W marcu 2012 r. obowiązki kierownika budowy przejął M. K.; ostatniego wpisu w dzienniku budowy kierownik dokonał w dniu 16 marca 2012 r., zgłaszając odbiór zbrojenia schodów piwnicy oraz płyty spocznikowej parteru. Od 23 marca 2012 r. inspektor nadzoru wpisami w dzienniku budowy wskazywał na niezadawalające tempo robót wskazujące na czasowe ich faktyczne wstrzymanie i brak ich kontynuacji, oraz wznowienie od dnia 23 marca 2012 r. W piśmie z dnia 23 marca 2012 r. inwestor wskazał na błędny termin płatności wskazany w fakturze nr (...) – ponieważ została ona otrzymana w dniu 14 marca 2012 r., to właściwy termin płatności upływa w dniu 13 kwietnia 2012 r.; inwestor wskazał, że faktura została wystawiona niezgodnie z zakresem prac wynikającym z zatwierdzonego przez inspektora nadzoru protokołu odbioru, bez zachowania wymogów określonych w umowie – inwestor zagroził, iż jest

to ostatnia faktura przyjęta przez niego w takiej formie oraz podniósł, że roboty budowlane są wykonywane niezgodnie z umową i harmonogramem z dnia 27 lutego 2012 r., co grozi stwierdzeniem przerwania realizacji robót z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, wzywając do nadrobienia zaległości czasowych.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2012 r. inwestor poinformował ponownie o zwróceniu faktury nr (...) wskazując dodatkowo, że nie został poinformowany o zmianie osoby kierownika budowy dokonanej w dniu 21 grudnia 2011 r., a następnie w marcu 2012 r. – okoliczności te skutkują uchybieniami w zakresie prawidłowości sporządzenia protokołu odbioru z dnia 27 lutego 2012 r. Pismem z dnia 6 kwietnia 2012 r. inwestor poinformował o odstąpieniu od umowy powołując się na treść § 9 ust. 3 umowy w brzmieniu nadanym aneksem z dnia 27 lutego 2012 r., w związku z przekroczeniem terminu 14-dniowego przerwy w pracach budowlanych. W odpowiedzi na w/w pismo, sporządzonej w dniu 12 kwietnia 2012 r., wykonawca wskazał na bezzasadność odstąpienia od umowy podnosząc, iż niezadawalające tempo prac nie jest wystarczającą przesłanką do zerwania umowy. Wobec braku reakcji na prośby konstruktywnego rozwiązania problemów, pismem z dnia 17 maja 2012 r. doręczonym inwestorowi w dniu 22 maja 2012 r. wykonawca wezwał do zapłaty należności wynikającej z faktury nr (...). Po odstąpieniu od umowy, pismem z dnia 10 kwietnia 2012 r. Prezes Zarządu pozwanej spółki (...) wyznaczyła termin inwentaryzacji prac wykonanych przez firmę (...) na dzień 12 kwietnia 2012 r. J. A. upoważnił kierowników robót do sporządzenia w jego imieniu protokołu inwentaryzacji robót wraz z zestawieniem wartości robót według stanu na dzień 12 kwietnia 2012 r. W dniu 12 kwietnia 2012 r. doszło do sporządzenia protokołu inwentaryzacji robót przez komisję składającą się z przedstawicieli wykonawcy i inwestora – ustalono wartość wykonanych robót oraz zakresy potrąceń wynagrodzenia związane ze stwierdzonymi usterkami.

W dniu 16 kwietnia 2012 r. pomiędzy (...) sp. z o.o. jako zamawiającym a Z. G. (2) jako wykonawcą zawarta została umowa, której przedmiotem była kontynuacja budowy budynku usługowo-mieszkalnego w Z. – strony zastrzegły, iż zakres robót nie obejmuje robót wskazanych w protokole inwentaryzacji z dnia 12 kwietnia 2012 r.; termin rozpoczęcia robót ustalono na dzień 17 kwietnia 2012 r., zaś zakończenia na 24 października 2012 r.; wynagrodzenie ustalono na kwotę 5 688 750 zł brutto przy zastrzeżeniu, iż może ono ulec zmianie w wyniku konieczności wykonania robót dodatkowych po sporządzeniu stosownego protokołu konieczności. Aneksem z dnia 10 lipca 2012 r. strony pomniejszyły przedmiot umowy o wskazane w aneksie pozycje harmonogramu rzeczowo-finansowego, zmniejszając w związku z tym kwotę wynagrodzenia należnego wykonawcy o 739 230 zł, zaś aneksem z dnia 15 października 2012 r. przesunęły termin zakończenia robót do dnia 30 listopada 2012 r. Kwota wynagrodzenia została ostatecznie zmniejszona o 898 607,13 zł aneksem nr (...) z dnia 17 października 2012 r. W dniu 16 kwietnia 2012 r. sporządzony został harmonogram rzeczowo-finansowy, w którym wskazano zakres robót wykonanych przez poprzedniego wykonawcę (określono ich wartość na kwotę 475 625 zł netto), oraz zakres robót pozostałych do wykonania.

Pismem z dnia 3 lipca 2012 r. inwestor dokonał naliczenia i potrącenia z należnością wzajemną wynikającą z faktury nr (...) kary umownej w wysokości 313 650 zł (tj. 5% wynagrodzenia brutto) oraz dalszych kwot stanowiących równowartość wydatków poniesionych w związku z niewłaściwie wykonanymi przez powoda pracami. Pismem z dnia 3 grudnia 2014 r. pełnomocnik pozwanej spółki wezwała J. A. do zapłaty kwoty 840 078,54 zł – w tym kwoty 313 650 zł tytułem kary umownej oraz kwoty 526 428,54 zł tytułem odszkodowania za nienależyte wykonanie zobowiązania. W dniu 14 stycznia 2015 r. pełnomocnik inwestora złożyła wobec wykonawcy oświadczenie o potrąceniu kwoty wskazanej w w/w wezwaniu do zapłaty.

W świetle poczynionych ustaleń faktycznych sąd a quo uznał powództwo za podlegające uwzględnieniu, co do zasady, jednakże z uwagi na fakt uwzględnienia przez Sąd zarzutu materialnoprawnego i procesowego potrącenia należności z tytułu zasadnie naliczonej kary umownej, zasądził na rzecz powoda kwotę dochodzoną w pozwie pomniejszoną o 313 650 zł. Jednocześnie Sąd I instancji uznał za bezskuteczne potrącenie w zakresie obejmującym inne wierzytelności wskazane przez pozwanego z uwagi na niewykazanie w sposób należyty faktu istnienia tych wierzytelności oraz ich ewentualnej wysokości.

Jako podstawę roszczeń powoda jako wykonawcy robót budowlanych Sąd Okręgowy wskazał art. 354 § 1 k.c. i art. 471 k.c. w zw. z art. 647 k.c. Obowiązek spełnienia wzajemnego świadczenia pieniężnego za wykonane przez

wykonawcę prace powstał ipso facto wobec odebrania przez inwestora określonego protokołem częściowym zakresu robót. Odstąpienie od umowy dokonane w piśmie z dnia 6 kwietnia 2012 r. pozostało prawnie irrelewantne w kontekście obowiązku inwestora spełnienia wzajemnego świadczenia pieniężnego i nie anulowało tego obowiązku. Sąd a quo nie podzielił stanowiska strony pozwanej odnośnie braku legitymacji procesowej czynnej, nie uwzględniając zarzutu zgłoszonego w tym zakresie przez pozwanego i nie stwierdzając tym samym braku jednej z formalnych przesłanek zasadności powództwa. Umowa konsorcjum, jakkolwiek nieznajdująca odrębnego uregulowania w przepisach kodeksu cywilnego („umowa nienazwana”), jest stosunkiem obligacyjnym powszechnie dopuszczalnym w ramach zasady swobody umów i stosowanym w obrocie prawnym, w szczególności w wypadku stosunków związanych z procesem inwestycyjnym – istota tego typu zobowiązania sprowadza się do obowiązku podejmowania przez uczestników określonych umownie działań w celu osiągnięcia zamierzonego wspólnego celu gospodarczego. Przyjmuje się, że zastosowanie do tego typu kontraktu mają przepisy regulujące umowę spółki cywilnej, przy czym cechą odróżniającą obie umowy jest brak konieczności powstania wspólnego majątku konsorcjantów. W sprawie niniejszej w świetle treści umowy pisemnej zawartej pomiędzy J. A. a Z. S. (2) nie może budzić wątpliwości, że celem konsorcjantów nie było wyodrębnienie majątku tak powstałego bytu prawnego – ani poprzez wydzielenie określonych składników z majątków uczestników, ani powstanie wspólnego ich majątku („majątku konsorcjum”); ustalony sposób rozliczania konsorcjantów polegający na tym, że lider miał wystawiać faktury, zaś wynagrodzenie przysługujące (...)owi miało być wypłacane na podstawie faktur wystawianych liderowi, odnosi się wyłącznie do procedury wzajemnych „wewnętrznych” rozliczeń, nie świadcząc o istnieniu wspólnego majątku uczestników konsorcjum. Tym samym Sąd I instancji uznał, że J. A. miał prawo samodzielnego wystąpienia z roszczeniem o zapłatę należności za prace wykonane bez jakiegokolwiek udziału konsorcjanta, nie będąc związanym żadną „legitymacją łączną” w wypadku dochodzenia należności od inwestora. Wiąż między konsorcjantami na gruncie sprawy niniejszej nie ma charakteru na tyle bezwzględny, aby uzależniać skuteczność wystąpienia z roszczeniem przysługującym jednemu z konsorcjantów od współuczestnictwa w procesie drugiego z nich.

Dalej, Sąd Okręgowy wysokość wynagrodzenia za roboty wykonane przez powoda a objęte protokołem częściowego odbioru z dnia 27 lutego 2012 r. i wynikającą z faktury nr (...) w świetle poczynionych ustaleń, ale też i stanowiska procesowego pozwanego, uznał za bezsporną. Określone roboty zostały niewątpliwie wykonane, co nie było kwestionowane przez inwestora na etapie pierwszego przedstawienia faktury do zapłaty, podobnie zarzuty inwestora nie dotyczyły wysokości wynagrodzenia. W toku procesu również nie przedstawiono konkretnych zarzutów mogących podważyć zasadność ustalonego wynagrodzenia; należność zarówno co do zasady jak i wysokość przyjąć należy wręcz za uznaną w sposób przynajmniej dorozumiany przez stronę pozwaną z uwagi na treść oświadczeń o potrąceniu.

Podzielając częściowo stanowisko strony pozwanej Sąd a quo uznał za zasadne po pierwsze naliczenie przez inwestora kary umownej w związku z treścią aneksu do umowy podpisanego w dniu 27 lutego 2012 r., po drugie zaś za skuteczne dokonanie potrącenia wierzytelności wzajemnych między stronami, co faktycznie skutkowało pomniejszeniem wynagrodzenia przysługującego wykonawcy za stwierdzony protokołem częściowego odbioru, zakres robót. Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna); w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody, przy czym żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły (art. 484 § 1 k.c.). Potrącenie nastąpiło na podstawie art. 498 § 1 k.c.

Odnosząc się do dalej idącego zarzutu potrącenia Sąd Okręgowy wskazał, że co prawda strony zastrzegły w tej sprawie prawo do dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, jednakże tylko w sytuacji, gdyby wartość faktycznie poniesionych szkód przekroczyła wysokość kar umownych. Strona pozwana powołująca się na zarzut potrącenia, nie sprostала ciężarowi dowodu w zakresie innym, niż wykazanie przesłanek zastosowania kary umownej, w szczególności nie udowodniła faktu powstania jakiegokolwiek skonkretyzowanej w swej wysokości szkody. Regułą jest, że nienależyte wykonanie umowy wiąże się z powstaniem szkody majątkowej u kontrahenta, jednak dochodząc

odszkodowania należy wykazać jej konkretny zakres – uprawnienie do naliczenia kary umownej stanowi procesowe ułatwienie dla strony, istotnie ograniczając ciężar dowodu w zakresie wykazania wysokości szkody. W sprawie niniejszej jako szkodę strona pozwana traktowała określone wydatki wskazane w piśmie z dnia 3 lipca 2012 r. oraz wzrost wynagrodzenia „następczego” wykonawcy w stosunku do wynagrodzenia umówionego z wykonawcą „pierwotnym”. W obu wypadkach nie udowodniono ani wysokości poniesionych wydatków, ani ich adekwatnego związku przyczynowego z niewykonaniem umowy przez J. A., przy czym co do wzrostu wynagrodzenia to raczej w ogóle nie można mówić o szkodzie podlegającej naprawieniu – podkreślenia przy tym wymaga, że powód pozbawiony był jakiegokolwiek wpływu i kontroli nad uzgodnieniami czynionymi przez inwestora z nowym wykonawcą. W żadnym zaś razie pozwany nie wykazał, aby poniesiona przez niego szkoda rzeczywiście przekraczała kwotę umówionej kary; za nieuprawnione uznać należy skumulowanie kary umownej i roszczenia o odszkodowanie bez jakiegokolwiek powiązania wysokości kary umownej jako kompensaty za doznaną szkodę z zakresem szkody. Jedynie na marginesie zwrócić należy uwagę, iż wyliczenie szkody przekraczającej kwotę kary umownej abstrahuje od treści aneksu umowy zawartej pomiędzy (...) sp. z o.o. a Z. G. (2), którym obniżono wysokość wynagrodzenia wykonawcy o 898 607,13 zł, co przy wynagrodzeniu pierwotnym na poziomie 5 688 750 zł daje kwotę 4 790 142,87 zł, (a więc faktycznie niższą od potencjalnego wynagrodzenia firmy (...) w wypadku dokończenia przez nią prac) – gdy tymczasem dla potrzeb obliczenia kwoty potrącenia pozwany, jak się zdaje, nadal posługuje się kwotą wynagrodzenia wyjściowego uzgodnionego umową w jej pierwotnym brzmieniu.

Reasumując, Sąd a quo wskazał, że skutek potrącenia wierzytelności wzajemnych stron, obie wierzytelności uległy umorzeniu do wysokości niższej wierzytelności z tytułu kary umownej (313 650 zł), co doprowadziło do obniżenia roszczenia powoda do kwoty 149 978,82 zł (463 628,82 – 313 650), i taką też kwotę na rzecz powoda należało ostatecznie zasądzić.

O kosztach procesu Sąd rozstrzygnął w myśl art. 100 k.p.c. i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 4 800 zł (tj. część wynagrodzenia pełnomocnika ustalonego według stawki minimalnej odpowiadająca stosunkowi, w jakim powód nie utrzymał się ze swoim roszczeniem – ok. 67,65%); na podstawie art. 113 ust. 1 Ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1025) w zw. z art. 100 k.p.c. nakazano ściągnięcie od pozwanego części nieuiszczonych kosztów sądowych wg wskazanej wyżej proporcji (część opłaty od pozwu 7 499 zł oraz część wydatków w kwocie 262,30 zł od łącznej kwoty wydatków 810,80 zł). Na podstawie art. 113 ust. 4 Ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych odstąpiono od obciążania powoda nieuiszczonymi kosztami sądowymi oraz przyznano na rzecz adw. Z. G. (1) wynagrodzenie za pomoc prawną świadczoną powodowi z urzędu według stawki minimalnej – stosując § 6 pkt 7 w zw. z § 2 ust. 3 w zw. z § 19 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie (...) (Dz. U. z 2013 r., poz. 461).

(uzasadnienie wyroku – k. 437 – 449)

Apelację od powyższego wyroku wywiodła strona pozwana, zaskarżając go w części uwzględniającej powództwo, tj. w zakresie pkt. 1 i 4 i zarzucając orzeczeniu (zarzuty przytoczone in extenso):

1. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść wyroku, tj.:

- art. 64 § 1 k.p.c. i art. 65 § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie, że powód jest uprawniony do samodzielnego dochodzenia należności wskazanej w pozwie, pomimo tego, iż umowa z dnia 1 lipca 2011 r. została zawarta przez stronę pozwaną z konsorcjum firm, a w konsekwencji ustalenie, że powodowi przysługuje legitymacja czynna do samodzielnego dochodzenia roszczenia będącego przedmiotem sporu;

- art. 230 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie przyznania przez powoda twierdzeń o faktach podanych przez pozwaną, tj. faktu dokończenia budowy budynku w Z. przez innych wykonawców, adekwatności poniesionych przez pozwaną kosztów dokończenia budowy względem cen rynkowych i ich gospodarczego uzasadnienia, faktu poniesienia szkody przez pozwaną w wyniku niewykonania zobowiązania przez powoda, wysokości poniesionej szkody przewyższającej

wysokość kary umownej oraz związku przyczynowo skutkowego pomiędzy szkodą a niewykonaniem umowy przez powoda;

- art. 207 § 6 k.p.c. w zw. z art. 217 § 1, 2 i 3 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i pominięcie części dowodów z dokumentów w postaci faktur i potwierdzeń zapłaty załączonych do pisma pozwanej z dnia 9 lutego 2015 r.;

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dowolną a nie swobodną ocenę materiału dowodowego i przyjęcie, że pozwana nie udowodniła faktu oraz wysokości szkody poniesionej wskutek niewykonania umowy przez powoda przewyższającej wysokość kary umownej oraz związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą szkodą a działaniem powoda, a tym samym ustalenie nieistnienia wierzytelności będących przedmiotem działania na podstawie oświadczenia z dnia 14 stycznia 2015 r. i w konsekwencji nieuwzględnienie zarzutu potrącenia;

2. błędne ustalenia faktyczne polegające na:

- ustalenie, że prace przy dokończeniu budowy budynku w Z. prowadziła tylko firma (...), w miejsce ustalenia, iż prace te prowadziła ta firma oraz inni wykonawcy, w szczególności: (...) N., Instalatorstwo elektryczne R. Z., WK – B. A. K., S. S. C., K. S., S. S.;

- ustalenie, że pozwana nie poniosła szkody w wyniku niewykonania zobowiązania przez powoda, w miejsce ustalenia, że pozwana poniosła szkodę w wyniku niewykonania zobowiązania przez powoda w wysokości 526.428,54 zł;

- nie ustalenie, że wartość poniesionej przez pozwaną spółkę szkody przewyższa wysokość kary umownej o kwotę 212.778,54 zł;

- nie ustalenie, że dochodzone pozwem zobowiązanie w części co do kwoty 149. 978,82 zł wraz z odsetkami wygasło w wyniku złożenia przez pozwaną spółkę powodowi oświadczenia o potrąceniu z dnia 14 stycznia 2015 r.

W konkluzji skarżąca spółka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości, a także o zasądzenie kosztów postępowania w obu instancjach, w szczególności kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych.

(apelacja – k. 452 – 464)

Strona powodowa wniosła o oddalenie apelacji oraz o zasądzenie kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej powodowi z urzędu w postępowaniu apelacyjnym.

(odpowiedź na apelację k. 473 – 475)

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

Apelacja jest całkowicie bezzasadna i jako taka podlega oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu obrazy przepisów postępowania, mających wpływ na treść wyroku w postaci art. 64 § 1 k.p.c. i art. 65 § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie, że powód jest uprawniony do samodzielnego dochodzenia należności wskazanej w pozwie, pomimo tego, iż umowa z dnia 1 lipca 2011 r. została zawarta przez stronę pozwaną z konsorcjum firm, a w konsekwencji ustalenie, że powodowi przysługuje legitymacja czynna do samodzielnego dochodzenia roszczenia będącego przedmiotem sporu; trzeba kategorycznie wskazać, że zarzut jest oczywiście bezpodstawny z następujących przyczyn.

W piśmiennictwie i orzecznictwie wyróżnia się dwa modele funkcjonowania konsorcjum, tzw. scentralizowany modelu konsorcjum wykonawczego i tzw. model konsorcjum zdecentralizowanego. Pierwszy model przewiduje w umowie funkcję tzw. lidera konsorcjum z szerokimi uprawnieniami do reprezentowania konsorcjum jako całości w jego relacjach prawnych z zamawiającym. Oznacza to, że stosunek obligacyjny wynikający z umowy o np. udzielenie zamówienia publicznego zostaje ukształtowany między tym konsorcjum a zamawiającym (art. 647 k.c.).

Poszczególni konsorcjanci są współwykonawcami wspólnego zadania inwestycyjnego w wielopodmiotowym, ale dwustronnym stosunku obligacyjnym. Wewnętrzny podział robót między poszczególnych konsorcjantów pozostaje sprawą obojętną dla zamawiającego, ponieważ może on oczekiwać od uczestników konsorcjum wykonania całego zadania inwestycyjnego (por. np. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 września 2008 r., III CSK 119/08, OSNC 2009, nr 9, poz. 131). W modelu zdecentralizowanym poszczególni konsorcjanci mogą działać samodzielnie i nawiązywać we własnym imieniu oraz na własny rachunek bezpośrednio stosunki obligacyjne z zamawiającym. Zawierając szczegółowe umowy z zamawiającym, konsorcjanci mogą wprawdzie działać w ramach ogólnej umowy konsorcjalnej, jednakże we wskazanych w tej umowie granicach uczestnictwa we wspólnym przedsięwzięciu – zadaniu inwestycyjnym (por. np. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2014 r., IV CSK 95/14, OSNC 2015, nr 12, poz. 141, LEX nr 1554593).

A zatem uprawniony jest wniosek, że ostatecznie to umowa konsorcjum będzie regulować kwestię legitymacji czynnej konsorcjantów w związku z utworzeniem konsorcjum wykonawczego i zawarciem umowy o roboty budowlane. Umowa ta może zarówno uzasadniać uczestnictwo konieczne wszystkich konsorcjantów w sprawie o zapłatę jednemu z nich przez zamawiającego wynagrodzenia za wykonaną część robót, jak i możliwość działania w takiej sytuacji samodzielnie przez konsorcjantów lub poprzez lidera konsorcjum. Sąd a quo ustalił, co nie zostało zakwestionowane w apelacji strony pozwanej, że konsorcjum będące stroną umowy o wykonanie budynku w Z., powołane zostało umową zawartą w dniu 20 marca 2011 r. (k. 147 – 148 o.) w celu opracowania i złożenia wspólnej oferty na realizację w/w zadania inwestycyjnego oraz – w przypadku wygrania przetargu lub wyboru oferty w innym trybie – wspólnej realizacji kontraktu. Strony umowy konsorcjum nie dokonały wyodrębnienia majątku konsorcjum. Jako lidera i generalnego wykonawcę wskazano J. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...). Liderowi umowa konsorcjum przyznała cały szereg uprawnień zarówno na etapie opracowywania i składania wspólnej oferty (§ 1, 2 i 6 umowy konsorcjum), jak i podpisywania umowy (§ 3 umowy konsorcjum) oraz jej realizacji (§ 10 umowy konsorcjum). Na tym ostatnim etapie umowa konsorcjum przyznała liderowi prawo do przyjmowania wynagrodzenia za wykonane prace na jego rachunek bankowy (§ 10 ust. 1) oraz kierowania roszczenia o zapłatę wynagrodzenia należnego konsorcjum do zamawiającego (§ 10 ust. 3), w inny sposób nie uregulowano kwestii występowania z roszczeniami wobec zamawiającego. Członkowie konsorcjum przyjęli natomiast solidarną odpowiedzialność wobec zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (§ 5 ust. 2). Te zapisy umowy konsorcjum nie uległy żadnej zmianie, gdyż wbrew stanowisku strony pozwanej wyrażonemu w odpowiedzi na pozew (k. 122), umowa konsorcjum nie była aneksowana po podpisaniu umowy o roboty budowlane. Treść § 4 tej umowy przewidywała sporządzenie takiego aneksu tylko w wypadku podziału robót pomiędzy członków konsorcjum, co ostatecznie niespornie nie miało miejsca.

Przy takim ukształtowaniu statusu tego konsorcjum, oraz przy niespornej okoliczności, że wszystkie prace ostatecznie były wykonywane tylko i wyłącznie przez J. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...), w ocenie Sądu ad quem tylko ten podmiot posiada legitymację procesową czynną do występowania przeciwko zamawiającemu o zapłatę wynagrodzenia z faktury z dnia 27 lutego 2012 r. na kwotę 463.628,82 zł, co najmniej w roli lidera konsorcjum. Powodowi udzielono w ramach konsorcjum nie tylko upoważnienia do prowadzenia rozliczeń finansowych łącznie z fakturowaniem, co ma charakter czynności faktycznych, ale także upoważnienia do dochodzenia roszczeń z tytułu wykonanej umowy na drodze sądowej. Nie można bowiem w świetle zasad doświadczenia życiowego, logiki i celowości zapisu umowy, interpretować § 10 ust. 3 umowy konsorcjum tylko jako upoważnienia do ewentualnego wezwania zamawiającego do uiszczenia należności, bez możliwości wystąpienia na drogę procesu sądowego. Już użycie sformułowania „roszczenie” wskazuje na konkretyzację wierzytelności i jego dochodzenie zgodnie z przepisami prawa.

O trafności tego poglądu musi świadczyć również zachowanie samego zamawiającego, tj. pozwanej spółki, która przyjęła od powoda sporną fakturę na etapie przedsądowym, nie kwestionując legitymacji powoda do jej wystawienia, podobnie jak przyjmowała poprzednie faktury częściowe wystawiane przez powoda i uiszczała powodowi za nie należne wynagrodzenie. Uznawanie legitymacji procesowej czynnej powoda doprowadziło również i do tego, że to J. A. w toku postępowania sądowego zostało złożone w dniu 14 stycznia 2015 r. oświadczenie pozwanej spółki o dokonaniu

potrącenia, do którego odwołuje się w swojej skardze apelacyjnej strona pozwana. Spółka nigdy nie dokonała takiego potrącenia wobec drugiego członka konsorcjum. W tym oświadczeniu wprost wskazano, że powód ma wobec spółki wierzytelność w kwocie 463.628,82 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 14 kwietnia 2012 r. do dnia 29 grudnia 2014 r., w łącznej wysokości 626.826,16 zł (k. 397).

Za zupełnie niezrozumiały należy uznać zarzut apelacji naruszenia art. 230 k.p.c. poprzez nieuwzględnienie przyznania przez powoda twierdzeń o faktach podanych przez pozwaną spółkę, szczegółowo wymienionych w dalszej części tego zarzutu. Pomijając to, że art. 230 k.p.c. dotyczy czynności niezaprzeczonych, a nie okoliczności przyznanych (o czym mowa w art. 229 k.p.c.), do którego to przyznania odwołuje się autor apelacji, co czyni zarzut wewnętrznie sprzecznym i juredycznie błędnym, to zarzut ten nie może być uwzględniony z następujących przyczyn.

Po pierwsze, ani w treści zarzutu, ani w uzasadnieniu apelacji skarżący nie podaje, kiedy, w jaki sposób i w jakich okolicznościach powód przyznał jakąkolwiek z okoliczności opisanych w zarzucie. Sąd Apelacyjny nie znajduje w materiale procesowym tej sprawy podstaw do przyjęcia tezy, że takie przyznanie w ogóle miało miejsce. Fakt dokończenia budowy przedmiotowego budynku w Z. przez innych wykonawców rzeczywiście nie był sporny, ale w rozumieniu art. 229 k.p.c., a zatem zbędne było odwoływanie się do konstrukcji art. 230 k.p.c. Po drugie, okoliczności opisane w zarzucie mają zróżnicowaną wartość i znaczenie dla rozstrzygnięcia w tej sprawie i trudno je traktować w ten sam sposób, budując jeden tak ogólnikowy zarzut apelacyjny. Okolicznością istotną dla rozstrzygnięcia w tej sprawie w rozumieniu art. 227 k.p.c. nie była adekwatność poniesionych przez pozwaną kosztów dokończenia budowy względem cen rynkowych. Taką okolicznością było natomiast, podlegającą udowodnieniu przez pozwaną spółkę, wykazanie przez nią poniesienia szkody w wyniku niewykonania zobowiązania przez powoda i to w wysokości przewyższającej wysokość kary umownej. Takiej okoliczności powód nigdy nie przyznał ani jej nie zaprzeczył, gdyż nawet nie było to możliwe z uwagi na zachowanie samej pozwanej spółki.

W tym miejscu konieczne jest zwrócenie uwagi na kwestię zasadniczą, jaką jest brak konsekwencji i labilność w urzeczywistnianiu przez spółkę (...) możliwości zgłaszania zarzutów potrącenia wobec wierzytelności powoda, wynikającej z faktury z dnia 27 lutego 2012 r. Zarzuty potrącenia, wywołujące skutek materialnoprawny w postaci umorzenia się obu wierzytelności do wysokości niższej wierzytelności, ewoluowały, ostatecznie doprowadzając do sytuacji, że na dzień zamknięcia rozprawy przed sądem drugiej instancji istnieją uzasadnione wątpliwości co do wysokości i tytułu dokonanych potrąceń. Jak prawidłowo ustalił Sąd a quo strona pozwana po raz pierwszy sformułowała oświadczenie o potrąceniu w piśmie z dnia 3 lipca 2012 r. Inwestor dokonał naliczenia i potrącenia z należnością wzajemną wynikającą z faktury nr (...) kary umownej w wysokości 313 650 zł (tj. 5% wynagrodzenia brutto) oraz dalszych kwot stanowiących równowartość wydatków poniesionych w związku z niewłaściwie wykonanymi przez powoda pracami, na łączną kwotę 59.352,42 zł, przy czym nie wskazano czy jest to wyraz zgłoszenia wad z tytułu rękopisami czy potrącenie obejmujące odszkodowania na zasadzie art. 471 k.c. (pismo k. 212). Tego samego dnia spółka wezwała powoda do uiszczenia kwoty 549.559 zł z tytułu odszkodowania za szkodę poniesioną na skutek niewykonania w całości umowy z dnia 1 lipca 2011 r. Kwota odszkodowania nie została w żaden sposób uzasadniona. Żadne z tych pism nie zawiera dowodów na istnienie roszczeń innych niż wynikające z tytułu kar umownych.

W odpowiedzi na pozew z dnia 11 maja 2013 r. pozwana spółka potwierdziła dokonanie w dniu 3 lipca 2012 r. potrącenia swoich wierzytelności z tytułu kar umownych i kwoty 59.352,42 zł, jak również zawarła oświadczenie o „zaliczeniu” reszty ze spornej faktury na poczet „różnicy wynikającej z kosztu powierzenia wykonania umowy przez podmiot trzeci na koszt wykonawcy” (k. 140 – 141 akt). W toku dalszego postępowania strona pozwana w piśmie procesowym z dnia 9 lutego 2015 r. (k. 298b) powołała się na wezwanie powoda pismem z dnia 3 grudnia 2014 r. do zapłaty kwoty 840 078,54 zł – w tym kwoty 313 650 zł tytułem kary umownej, oraz kwoty 526 428,54 zł tytułem odszkodowania za nienależyte wykonanie zobowiązania. Pismo nie zawiera wskazania elementów składowych roszczenia odszkodowawczego, poza wskazaniem, że szkoda jest matematyczną różnicą pomiędzy tym, co pozwana spółka zapłaciłaby powodowi za wykonanie zlecenia a tym, co zapłaciła innym wykonawcom (k.393). Ponadto powołano się również na złożenie w dniu 14 stycznia 2015 r. przez pełnomocnik inwestora wobec wykonawcy oświadczenie o potrąceniu, w którym wyliczono wierzytelność spółki na kwotę 840 078,54 zł, w tym kwotę 526 428,54 zł tytułem odszkodowania za nienależyte wykonanie zobowiązania. (k.397). Z kolei w apelacji pozwana

spółka sformułowała zarzut błędnych ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego, polegający na ustaleniu, że pozwana nie poniosła szkody w wyniku niewykonania zobowiązania przez powoda, podczas gdy pozwana „poniosła szkodę w wyniku niewykonania zobowiązania przez powoda w wysokości 526.428,54 zł” i dlatego Sąd a quo powinien dodatkowo ustalić, że „wartość poniesionej przez pozwaną spółkę szkody przewyższa wysokość kary umownej o kwotę 212.778,54 zł.”

Reasumując, ponieważ zgodnie z § 8 ust.4 umowy o roboty budowlane, strony zastrzegły sobie prawo do odszkodowania na zasadach ogólnych, tylko o tyle o ile wartość faktycznie poniesionych szkód przekracza wysokość kar umownych, strona pozwana musiała najpierw sprecyzować i udowodnić kwotę faktycznie poniesionej szkody na skutek niewykonania przez powoda w całości umowy o roboty budowlane. Następnie należało tę kwotę pomniejszyć o wysokość kar umownych i tylko w wypadku, gdy szkoda przewyższała kary umowne, możliwe było dalsze potrącenie. Nawet gdyby przyjąć, że używane przez spółkę dla potrzeb potrąceń różne określenia są tożsame i w istocie woła spółki było tylko i wyłącznie dokonanie potrącenia z tytułu odszkodowania, to dokonana powyżej analiza stanowiska strony pozwanej prowadzi do wniosku, że sama spółka nie jest w stanie określić, abstrahując od udowodnienia, w jakiej wysokości poniosła szkodę. Zestawienie treści tych dwóch zarzutów apelacyjnych prowadzi do logicznego wniosku, że szkoda pozwanej spółki wynosi jedynie 526.428,54 zł, z czego kary umowne pokrywają 313.650 zł, a zatem niepokryta karami umownymi szkoda wynosiłaby 212.778,54 zł. Wcześniej spółka wskazywała na szkodę w wysokości 840 078,54 zł, która podlegała pokryciu karami umownymi co do 313.650 zł, a więc niepokryta karami umownymi szkoda wynosiłaby 526.428,54 zł. Również i z tych względów powód nie mógł przyznać wysokości szkody poniesionej przez pozwaną spółkę.

W tym miejscu trzeba podnieść jeszcze jeden bardzo wątpliwy aspekt samego sformułowania przez stronę pozwaną roszczenia odszkodowawczego, dostrzeżony już przez Sąd I instancji, do którego skarga apelacyjna nie odniosła się w żadnej mierze. Spółka wskazywała, że wartość zrealizowanych faktycznie przez powoda prac – na podstawie faktur zapłaconych oraz niezapłaconych, z której należność stanowi przedmiot sprawy niniejszej – wynosiła łącznie 1 050 131,68 zł. Różnica między wynagrodzeniem wynikającym z zawartej umowy a w/w kwotą wynosi 5 222 868,32 zł, którą to kwotę pozwany byłby zobowiązany uiszczyć na rzecz powoda w wypadku dokończenia przez niego inwestycji. Z tytułu dokończenia budowy na rzecz nowych wykonawców pozwana spółka zapłaciła kwotę 5 749 296,86 zł, a więc o 526 428,54 zł więcej, niż w przypadku gdyby powód prawidłowo wykonał umowę. Dlatego też w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji wskazywano tę kwotę, jako szkodę spółki w rozumieniu art. 471 k.c. Takie stanowisko strony pozwanej zupełnie pominęło fakt, że ustalona przez Sąd a quo treść umowy wraz z aneksem, zawartej pomiędzy (...) sp. z o.o. a Z. G. (2), wskazuje, iż ostatecznie wysokość wynagrodzenia nowego wykonawcy została pomniejszona o 898 607,13 zł, co przy wynagrodzeniu pierwotnym na poziomie 5 688 750 zł daje kwotę 4 790 142,87 zł, (a więc faktycznie niższą od potencjalnego wynagrodzenia firmy (...) w wypadku dokończenia przez nią prac). A zatem zaproponowany przez spółkę sposób wyliczenia szkody jako matematycznej różnicy nie może zostać zaakceptowany przez tutejszy Sąd. Zagadnienie to pozostaje w związku z następnym zarzutem apelacji w postaci błędnych ustaleń faktycznych polegających na ustaleniu, że prace przy dokończeniu budowy budynku w Z. prowadziła tylko firma (...), w miejsce ustalenia, iż prace te prowadziła ta firma oraz inni wykonawcy, w szczególności: (...) N., Instalatorstwo elektryczne R. Z., WK – B. A. K., S. S. C., K. S., S. S..

Już sam sposób sformułowania zarzutu poprzez użycie określenia „oraz inni wykonawcy, w szczególności:” wskazuje na niedopuszczalne podejście do obowiązków procesowych stron w rozumieniu art. 3 k.p.c. i art. 232 zd. 1 k.p.c. Zgodnie z pierwszym z powołanych przepisów każda strona ma obowiązek dawać wyjaśnienia co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą i bez zatajania czegokolwiek oraz przedstawiać dowody. Strona pozwana reprezentowana przez zawodowego pełnomocnika ani w odpowiedzi na pozew, ani w piśmie procesowym z dnia 9 lutego 2015 r., nie powoływała się na okoliczność zawierania przez siebie umów z wykonawcami innymi niż Z. G. (2), celem dokończenia przedmiotowej budowy. Dobitnie świadczy o tym również przedstawiony wcześniej sposób skonstruowania przez pozwaną spółkę roszczenia odszkodowawczego. Do pisma z lutego 2015 r. zostały załączone dowody w postaci umowy ze Z. G. (2) wraz z trzema aneksami oraz 16 fakturami wystawionymi przez tego wykonawcę. Sąd Okręgowy ustalił te okoliczności i wywiódł z nich wniosek, że dokumenty te nie udowadniają faktycznego poniesienia przez pozwaną

spółkę szkody przewyższającej wartość uznanych kar umownych. Sąd a quo nie odnosił się natomiast do dalszych 12 faktur załączonych do tegoż pisma, gdyż pochodziły one od podmiotów, które nie zostały opisane w żaden sposób w powoływanym piśmie procesowym, oraz nie wyjaśniono, jakie prace i z jakiego powodu były przez te podmioty wykonywane. Nie można wykluczyć, że byli to podwykonawcy Z. G. (2) lub wykonawcy prac, które wcale nie były objęte sporną umową o roboty budowlane. Warto zacytować, że na karcie 298 e akt w punkcie 16 pisma pełnomocnik strony pozwanej wskazał, że są to „faktury wystawione przez innych wykonawców wraz z potwierdzeniem ich zapłaty przez pozwanego.” Z faktur tych nie wynika jakikolwiek związek przyczynowo – skutkowy pomiędzy ich pracami, a umową strony pozwanej z powodem, a w szczególności jej niewykonaniem w całości. Opis wykonanych przez te podmioty prac jest bardzo lapidarny, często odwołujący się do treści umów, których już nie załączono, ani na nie się nie powołano w tymże piśmie procesowym, np. faktura z karty 381 i 371.

Sposób sformułowania zarzutu apelacyjnego wskazuje, że mogą być jeszcze inni wykonawcy, jednakże nawet na tym etapie postępowania skarżący nie uznał za stosowne złożenia kategorycznego oświadczenia o faktach, nie mówiąc już o ich udowodnieniu. W konsekwencji zarzut ten jest bezzasadny, podobnie jak zarzut naruszenia art. 207 § 6 k.p.c. w zw. z art. 217 § 1, 2 i 3 k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i pominięcie części dowodów z dokumentów w postaci faktur i potwierdzeń zapłaty załączonych do pisma pozwanej z dnia 9 lutego 2015 r. Sąd I instancji nie pominął faktur z uwagi na ich spóźnione złożenie – w ogóle nie zastosował art. 207 § 6 k.p.c., gdyż pismo wraz ze wszystkimi załącznikami przyjął, a nie zwrócił go – tylko z uwagi na brak ich znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie.

Jeżeli chodzi o zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. to trzeba przede wszystkim podnieść, że rzeczywista treść tego zarzutu nie wskazuje na to, aby dotyczył on ustaleń faktycznych. W istocie skarżący kwestionuje jurydyczną ocenę Sądu a quo, że w sprawie nie powinien znaleźć zastosowanie art. 471 k.c. Podobnie należy odczytać również ostatni zarzut – nazwany wadliwie zarzutem poczynienia błędnych ustaleń faktycznych – polegających na nie ustaleniu, że dochodzone pozwem zobowiązanie w części co do kwoty 149. 978,82 zł wraz z odsetkami wygasło w wyniku złożenia przez pozwaną spółkę powodowi oświadczenia o potrąceniu z dnia 14 stycznia 2015 r. W istocie jest to zarzut naruszenia prawa materialnego w postaci art. 498 i n. k.c. Oba zarzuty są nietrafne.

Strona pozwana ze wszystkich opisanych powyżej przyczyn nie udowodniła w znaczeniu art. 6 k.c. w zw. z art. 232 zd. 1 k.p.c. istnienia swojej wiarygodności w postaci odszkodowania na zasadach ogólnych, obejmującego faktyczną szkodę na skutek niewykonania przez powoda w całości umowy o roboty budowlane, pomniejszoną o wysokość kar umownych. Szkada taka niewątpliwie nie mogłaby być matematyczną różnicą pomiędzy tym, co pozwana spółka zapłaciłaby ostatecznie powodowi, a co zapłaciła innym wykonawcom, choć nawet taka koncepcja ostatecznie nie była do uwzględnienia, gdyż doszło do zapłaty innemu wykonawcy kwoty niższej. Strona pozwana powinna była, jak podniósł to już Sąd I instancji, udowodnić tożsamość zakresu robót budowlanych, tożsamość wykorzystanych materiałów i tożsamość jakości prac i to nie według treści zawartych umów, ale według kryteriów obiektywnych, wymagających niewątpliwie wiedzy specjalnej. Takich dowodów nie zgłoszono. Takimi dowodami w szczególności nie są te, na które powołuje się skarga apelacyjna.

O kosztach postępowania apelacyjnego w postaci wynagrodzenie za nieopłaconą pomoc prawną świadczoną powodowi z urzędu w postępowaniu odwoławczym orzeczono zgodnie z art. 98 k.p.c. w zw. z art. 122 k.p.c. i § 13 pkt 2 w zw. z § 2 ust. 3 w zw. z § 19 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie (...) (Dz. U. z 2013 r., poz. 461).