

Sygn. akt I ACa 409/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 listopada 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Dariusz Małkiński (spr.)
Sędziowie	:	SSA Elżbieta Bieńkowska SSO del. Grażyna Wołosowicz
Protokolant	:	Łukasz Patejuk

po rozpoznaniu w dniu 27 października 2017 r. w Białymstoku na rozprawie

sprawy z powództwa (...) w K.

przeciwko (...) w P.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 25 stycznia 2017 r. sygn. akt VII GC 86/15

I. oddala apelację;

II. zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 8.100 (osiem tysięcy sto) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej.

(...)

Sygn. akt: I A Ca 409/17

UZASADNIENIE

Powód: (...) "P." w K. domagał się zasądzenia od pozwanej (...) w P. 250.778,91 zł wraz z odsetkami ustawowymi od kwoty 128.735,36 zł od dnia 25 września 2014 r. do dnia zapłaty oraz od sumy 122.043,55 zł od dnia 8 grudnia 2014 r. do dnia zapłaty. Wniósł także o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania sądowego wraz z kosztami zastępstwa procesowego.

W toku procesu powód rozszerzył powództwo żądając dodatkowo zasądzenia od pozwanej kwoty 45.200,33 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 22 sierpnia 2014 r. do dnia zapłaty.

W odpowiedzi na pozew, także po rozszerzeniu jego żądań, pozwana domagała się oddalenia powództwa w całości i wskazała m.in., że roboty ujęte w pozwie jako dodatkowe w rzeczywistości wchodziły w zakres umowy podstawowej lub mieściły się w ramach kosztorysu na sumę 144.570,04 zł. Podnosiła także, że przedmiot zamówienia obciążony był wadami, co uniemożliwiło jego odbiór w terminie od 22 lipca 2014 r. do 31 grudnia 2014 r., przez co inwestor był zmuszony do usunięcia istotnych wad fasad budynku przed ostatecznym odbiorem na własny koszt. W oparciu o § 8 umowy pozwana naliczyła powodowi karę umowną z powyższych tytułów i dokonała jej potrącenia z należnościami powoda zgłoszonymi w pozwie.

Wyrokiem z dnia 25 stycznia 2017 r. zapadłym w sprawie o sygn. akt: VII GC 86/15 Sąd Okręgowy w Białymstoku oddalił powództwo (pkt I.), zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt II.) i nakazał pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Białymstoku kwotę 1.662,44 zł tytułem zwrotu części nieuiszczonych w sprawie kosztów sądowych.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne i prawne:

Strony zawarły w dniu 3 lipca 2013 r. umowę nr (...), na mocy której powód jako wykonawca zobowiązał się do wykonania robót budowlanych związanych z realizacją zamówienia – „Rozbudowa infrastruktury bibliotecznej w Gminie Ł.”. Umowa zawarta została w wyniku wyłonienia przez pozwaną wykonawcy w trybie przetargu nieograniczonego na zamówienie p.n. „Budowa i rozbudowa (...) w ramach zadania: Rozbudowa infrastruktury bibliotecznej w Gminie Ł. w ramach realizacji Programu Wieloletniego Kultura + Priorytet „Biblioteka + infrastruktura bibliotek”. Przedmiotem umowy była rozbudowa (...) z siedzibą w P.. Termin zakończenia realizacji zamówienia strony określiły na dzień 30 czerwca 2014 r., przy czym ustalono, że termin ów będzie tożsamy z datą podpisania protokołu odbioru końcowego, a zgłoszenie zakończenia budowy musi wyprzedzać co najmniej o dwa tygodnie wyżej wymieniony termin (§ 2).

Za wykonanie umowy ustalono wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 1.291.438,02 zł brutto (§ 5 ust. 1) i obejmowało ono wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia (§ 5 ust. 2) a niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie mogły być podstawą do jego zmiany (§ 5 ust. 3). Ustalono, że zapłata wynagrodzenia za wykonane i potwierdzone przez inspektora nadzoru roboty będzie realizowana w okresach miesięcznych na podstawie harmonogramu rzeczowo- finansowego robót oraz na podstawie protokołu odbioru części poszczególnych prac (§ 6 ust. 1). Podstawę wystawienia faktury VAT miał być każdorazowo „Protokół odbioru robót w toku” podpisany przez przedstawicieli stron (§ 6 ust. 2).

Wykonawca wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5% wynagrodzenia umownego brutto w kwocie 64.571,90 zł. Część zabezpieczenia w wysokości 70% całkowitej kwoty zabezpieczenia miała zostać zwolniona w terminie 30 dni od daty końcowego odbioru robót, zaś pozostała część nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady (§ 5 ust. 4 i 5). Wykonawca udzielił zamawiającemu gwarancji na wykonane roboty na okres 60 miesięcy od daty końcowego odbioru a poza tym rękojmi na wykonane roboty oraz zastosowane materiały i urządzenia na ten sam okres (§ 7 ust. 1 i 2).

W umowie przewidziano również kary umowne. Ustalono, że zamawiający naliczy je wykonawcy za nieterminowe przekazanie inwestorowi przedmiotu umowy w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki (§ 8 ust. 1 lit. a) oraz za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki, licząc od dnia wyznaczonego przez zamawiającego na usunięcie wad (§ 8 ust. 1 lit. b).

W toku prowadzenia prac doszło do zmian dokumentacji projektowej i decyzji nr (...) o pozwoleniu na budowę z dnia 26 października 2012 r. Pierwsza ze zmian miała miejsce w decyzji nr (...) z dnia 16 lipca 2013 r., w której dokonano korekty inwestycji w zakresie architektonicznym i konstrukcyjno-budowlanym. Kolejna zmiana, która dotyczyła parametrów obiektu budowlanego, nastąpiła w drodze decyzji nr (...) z dnia 10 stycznia 2014 r. Ostatnia ze zmian nastąpiła zaś w drodze decyzji nr (...) z dnia 9 kwietnia 2014 r. i dotyczyła zagospodarowania działki

oraz projektu budowlanego w zakresie zmian charakterystycznych parametrów budynku. Zmiana dokumentacji projektowej i decyzji o pozwoleniu na budowę wpłynęła na zakres prac zleconych powodowi. W dniu 28 lutego 2014 r. sporządzono więc kosztorys dodatkowy/zamienny na kwotę 144.570,04 zł

W dniu 9 maja 2014 r. strony w wyniku udzielenia zamówienia z wolnej ręki zawarły umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie przez powoda robót dodatkowych, polegających na zwiększeniu kubatury budynku w części łącznika (§ 1). Termin zakończenia realizacji robót określono na 18 lipca 2014 r. (§ 2 pkt 3). Ustalono, że powód otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 86.188,49 zł brutto (§ 5), a jego zapłata miała zostać zrealizowana jednorazowo na podstawie protokołu końcowego odbioru robót (§ 6 ust. 1). Kary umowne strony uregulowały w taki sam sposób jak w umowie z dnia 3 lipca 2013 r., tj. za nieterminowe przekazanie przedmiotu umowy oraz zwłokę w usunięciu wad w wysokości 0,2% za każdy dzień zwłoki (§ 8 ust. lit. a i b).

W dniu 18 lipca 2014 r. powód zgłosił pozwanej zakończenie robót wnosząc o wyznaczenie terminu odbioru końcowego, zaś dnia 22 lipca 2014 r. komisja odbiorowa potwierdziła, że przedmiotowe roboty zostały wykonane zgodnie z dokumentacją techniczną oraz wprowadzonymi w toku realizacji zmianami projektowymi i projektami zamiennymi. Potwierdzono, że roboty wykonano w terminie przewidzianym w umowie, tj. do dnia 18 lipca 2014 r. W załączniku do protokołu zawarto jednak wykaz stwierdzonych niedoróbek, m. in. ostre krawędzie parapetów, dziury w ościeżnicy w oknie na I piętrze, stwierdzono konieczność zdjęcia ziemi urobku z wykopów od strony ul. (...) itd.

Pozwana pismem z dnia 26 lipca 2014 r. wyznaczyła powodowi termin na usunięcie wad do dnia 28 lipca 2014 r. W protokole z dnia 13 sierpnia 2014 r. komisja stwierdziła z kolei, że powód m. in. nie zabezpieczył parapetów zewnętrznych wzdłuż chodnika na wysokości przejścia dzieci, nie usunął nadmiaru ziemi przy placach utwardzonych od strony ul. (...), nie usztywnił fasady wejścia głównego i wewnętrznej ścianki z drzwiami, która pod lekkim naciskiem ugina się i drga. Stwierdzono również niedopasowanie skrzydeł oraz niezamykanie się drzwi. Stwierdzono także dziury przy parapetach zewnętrznych i niedomalowania elewacji przy ościeżnicach okien i drzwi, a także zawilgocenie ściany w korytarzu na wprost wejścia do łazienek i korytarza do kotłowni. Wskazano, że roboty wykonane zostały w terminie, tj. do dnia 18 lipca 2014 r., ale podniesiono też opóźnienie terminu zakończenia prac w obiekcie i od dnia 22 lipca 2014 r. rozpoczęto naliczanie kar umownych. Komisja wyznaczyła termin do 19 sierpnia 2014 r. na usunięcie wymienionych w nim usterek. W protokole z dnia 19 sierpnia 2014 r. stwierdzono m.in., że powód nie zabezpieczył parapetów zewnętrznych, nie usztywnił fasady wejścia głównego i wewnętrznej ścianki z drzwiami, nie usunął dziur przy parapetach zewnętrznych, nie usunął zawilgocenia ani nadmiaru ziemi od strony ul. (...).

W dniu 25 sierpnia 2014 r. powód wystawił faktury VAT (...) za budowę i rozbudowę(...) w P. roboty elektryczne, budowlane i sanitarne oraz (...) za zwiększenie kubatury budynku w części łącznika odpowiednio na kwoty 42.546,87 zł i 86.188,49 zł.

Pismem z dnia 26 sierpnia 2014 r. pozwana wyznaczyła powodowi kolejny termin usunięcia wad i usterek – na dzień 2 września 2014 r.

Pozwana zleciła ponadto (...) sp. z o.o. w W. wykonanie badań fasad w zakresie ich sztywności. W protokole z dnia 14 listopada 2014 r. komisja odbiorowa stwierdziła, że nie wszystkie zalecenia wskazane w ekspertyzie sporządzonej przez (...) zostały przez wykonawcę wykonane. Ustalono m.in. odchylenia drzwi; w tych warunkach pozwana zleciła S. Sp. j. N. w J. demontaż istniejącej stolarki w fasadzie budynku i montaż nowej.

W dniu 31 grudnia 2014 r. pozwana wystawiła notę księgową nr (...), którą obciążyła powoda kwotą 325.880,89 zł w związku z nieterminowym wykonaniem umowy. Wskazano, że kwota ta stanowi 0,2% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki w przekazaniu przedmiotu umowy, pomniejszonego o kwotę 128.735,36 zł, stanowiącą różnicę między wartością brutto umowy, a zapłaconymi fakturami. Kara naliczona została za okres od 19 lipca 2014 r. do 30 grudnia 2014 r., a więc obejmowała 165 dni, przemnożonych następnie przez stawkę dzienną kary w kwocie 2.755,25 zł.

Pozwana wezwała powoda do uiszczenia wymienionej w nocie księgowej należności i wezwanie to wpłynęło do powoda w dniu 21 stycznia 2015 r. Natomiast w dniu 26 stycznia 2015 r. pozwana wystawiła notę księgową nr (...),

w której obciążyla powoda kwotą 28.718,91 zł i wskazała, że w związku z nienależytym wykonaniem umowy nr (...) obciążono powoda kwotą 73.919,24 zł, na którą składają się: koszty ekspertyz i opinii – 13.675,88 zł, koszty zastępczego wykonania fasad w parterze – 41.000 zł, koszty odwozu ziemi – 8.610 zł oraz koszty robót niewykonanych – 10.633,36 zł. Suma ta została pomniejszona o kwotę 45.200,33 zł stanowiącą 70% wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wezwano powoda do uiszczenia należności w terminie 7 dni. Pismo to powód najpóźniej otrzymał w dniu 5 lutego 2015 r. (k.257-258).

Pismem z dnia 16 listopada 2016 r. doręczonym powodowi 17 listopada 2016 r. pozwana złożyła oświadczenie o potrąceniu należnych jej kar umownych w wysokości 360.937,75 zł z tytułu nieterminowego wykonania zadania z kwotą roszczeń zgłoszonych przez powoda w niniejszym postępowaniu na kwotę 122.043,55 zł oraz kwotę 45.201 zł. Jednocześnie poinformowała, że kwota 128.735,36 zł została zgłoszona do potrącenia w dniu 21 stycznia 2015 r. wraz z notą księgową nr (...) z dnia 31 grudnia 2014 r.

Następnie pismem z dnia 23 listopada 2016 r. pozwana skorygowała oświadczenia o potrąceniu wierzytelności. Powołała się na § 8 pkt 1b umowy przewidujący karę umowną za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki. Wskazała, że karę naliczono za okres od 19 lipca 2014 r. do 30 grudnia 2014 r. (165 dni) w łącznej kwocie 454.616,25 zł. Pozwana oświadczyła, że z tej kwoty potrącono 128.735,36 zł niewypłaconego wynagrodzenia oraz 122.043,55 zł wynagrodzenia dochodzonego przez pozwanego za roboty dodatkowe. Wezwała ponadto powoda do zapłaty kwoty pozostałej po potrąceniu, tj. 203.837,34 zł i wskazała, że kwota 45.201 zł z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania umowy została już w całości potrącona.

W tych okolicznościach Sąd uznał, że powództwo okazało się niezasadne i podlegało oddaleniu w całości.

Wskazał, że w przedmiotowej sprawie powód dochodził od pozwanej kwoty 128.735,36 zł z tytułu częściowo nieuregulowanego wynagrodzenia za wykonanie umów z dnia 3 lipca 2013 r. i 9 maja 2014 r., kwoty 122.043,55 zł z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe, a także kwoty 45.200,33 zł tytułem zwrotu 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy wraz z odsetkami.

Sąd zauważył również, że ustalone w powyższych umowach wynagrodzenie nie zostało opłacone w całości. Wręcz przeciwnie – jeszcze przed wszczęciem niniejszego postępowania w nocy księgowej z dnia 31 grudnia 2014 r. pozwana dokonała potrącenia należnego powodowi wynagrodzenia z przysługującym jej roszczeniem z tytułu kar umownych. Ponadto bezsporne było to, że przedmiot umowy został przez powoda wykonany i wydany pozwanej.

Skoro powód podnosił, iż wykonał szereg dalszych robót nieobjętych zakresem prac umowy głównej oraz dodatkowej, to Sąd uznał za niezbędne dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa na okoliczność ustalenia jakie roboty dodatkowe zostały przez powoda wykonane, a ponadto ustalenia ich wartości. Biegły miał również ustalić które prace dodatkowe nie były objęte zawartymi umowami, a także czy powód mógł przewidzieć konieczność ich wykonania. Biegły sądowy J. F. (1) w swojej opinii podniósł, że w trakcie wykonywania robót realizowano projekty zamiennie dotyczące wykonywanych robót, w ślad za czym trzykrotnie zmieniono pierwotną decyzję o pozwoleniu na budowę z dnia 26 października 2012 r. Wykonawca w związku z tymi zmianami wykonywał prace dodatkowe, których nie mógł przewidzieć przystępując do postępowania o zamówienie na budowę. Biegły wskazał też, że zmiany dokumentacji wynikały ze zmian w układzie funkcjonalnym pomieszczeń biblioteki, projektu zagospodarowania i zmiany zabezpieczenia fundamentów istniejących w sąsiedztwie szkoły. Podał także, że w trakcie robót stwierdzono występowanie w gruncie głazów, a obowiązkiem inwestora było dokonanie przed rozpoczęciem inwestycji oceny geologicznej gruntu. Zmiany zabezpieczenia fundamentów spowodowały konieczność wykonania przez powoda szeregu robót dodatkowych i zamiennych. Odpowiadając na pytania Sądu biegły wskazał, że nie jest w stanie dokonać jednoznacznego podziału na roboty dodatkowe i zamiennie z wydzieleniem ich i przyporządkowaniem dla każdej z umów, bowiem w trakcie budowy trzykrotnie zmieniana była dokumentacja projektowa i decyzje o pozwoleniu na budowę, a proces budowy trwał niezależnie od dokonywanych zmian i był na bieżąco dostosowywany do potrzeb inwestora. Zakres robót dodatkowych i zamiennych nieobjętych umowami z dnia 3 lipca 2013 r. i 9 maja

2014 r. biegły ustalił w oparciu o korespondencję i notatki służbowe, zapisy dziennika budowy, a także zamiany dokumentacji i decyzji o pozwoleniu na budowę, a ich wartość ocenił na kwotę 110.253,04 zł brutto. Stwierdził także, że wykonane przez powoda prace dodatkowe nieobjęte umowami były niezbędne do wykonania tych umów. Biegły z zestawienia dat zawarcia umów, uzyskiwania decyzji o pozwoleniu na budowę i zmian w dokumentacji technicznej w kwestii zakresu robót w trakcie trwania procesu inwestycyjnego, udokumentowanych w korespondencji między stronami, notatkach służbowych i dziennikach budowy, wyprowadził stanowczy wniosek, że powód przed podpisaniem umów na roboty główne nie mógł przewidzieć konieczności wykonania robót dodatkowych.

Zastrzeżenia do tej opinii zgłosiły obie strony. Ustosunkowując się do zarzutów podniesionych przez pozwaną, która kwestionowała dokonywanie trzykrotnych zmian decyzji o pozwoleniu na budowę oraz wskazywała, że wprowadzenie robót zamiennych leżało w interesie powoda, który złożył ofertę do innego projektu i przedmiaru niż obowiązujące, biegły podtrzymał swoje stanowisko. Przedstawił także obliczenia, z których wynikało że pozwany winien dopłacić powodowi tytułem wynagrodzenia za roboty dodatkowe kwotę 24.427,56 zł. Powód kwestionował opinię w zakresie, w którym biegły wskazywał na wady wykonanej stolarki okiennej.

Opiniując na rozprawie w dniu 21 listopada 2016 r. biegły J. F. (1) podtrzymał opinię główną oraz opinie uzupełniające. Wyjaśnił, że w czasie budowy nastąpiła weryfikacja kosztorysu, który został zmieniony do kwoty 883.231,95 zł, a zatem powstała różnica na plus pozwanej na kwotę 119.802,32 zł. W czasie budowy strony doszły do porozumienia w kwestii wartości robót dodatkowych, które wyceniły na kwotę 144.570,04 zł. Stąd zdaniem biegłego pozwana winna zapłacić na rzecz powoda za roboty dodatkowe różnicę między tymi kwotami wynoszącą 24.427,56 zł. Biegły potwierdził również, że chociaż trudno jest ustalić w niniejszej sprawie, co jest robotą dodatkową, a co zamienną, to jednak na podstawie wielokrotnych analiz akt sądowych i usystematyzowania wszystkich kosztorysów stanowczo wnioskuje, że kosztorys na kwotę 144.570,04 zł zawierał wszystkie wymagane i wykonane roboty dodatkowe.

Zdaniem Sądu wydane przez biegłego opinie zasługiwały na uwzględnienie w całości, ponieważ cechowały się spójnością, rzetelnością i właściwą jakością, ponadto udzielały odpowiedzi na wszystkie pytania istotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia sprawy. Sąd zwrócił również uwagę na to, że po złożeniu przez biegłego stosownych wyjaśnień ustnych, żadna ze stron nie złożyła wniosku o przeprowadzenie dowodu z kolejnej opinii uzupełniającej, względnie o sporządzenie opinii przez innego biegłego tej samej specjalności, godząc się w ten sposób z jej wnioskami. Zaznaczył także, że opinia sporządzona w przedmiotowej sprawie przez biegłego sądowego J. F. (1) w całości korespondowała z pozostałym zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, a zawarte w niej wnioski są kategoryczne i jednoznaczne.

Dokonując oceny dalszych dowodów przeprowadzonych w toku postępowania Sąd doszedł do przekonania, że stanowisko powoda potwierdziły zeznania przesłuchanych świadków, które korelowały z pozostałym materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, w tym z opisaną powyżej opinią biegłego. Wskazał, że świadek J. F. (2) potwierdził, że w toku realizacji inwestycji pojawiały się zmiany, których nie przewidziano wcześniej. Podał m.in., że przystępując do wykonania fundamentów stwierdzono znaczne nieścisłości między rzędnymi terenu określonymi w dokumentacji projektowej, a stanem faktycznym. Twierdził także, że pozwana zdawała sobie sprawę z tego, że powód wykonuje prace dodatkowe nieobjęte żadną z umów. Podał też, że strony odbyły szereg spotkań, na których sygnalizowano błędy projektowe, jak i wynikające z tego tytułu roboty dodatkowe, a pozwana deklarowała, że dojdzie do podpisania umowy bądź aneksu w zakresie tych robót. Świadek miał przekazywać na ręce pozwanej kosztorysy robót dodatkowych w celu uzyskania opinii lub akceptacji, co nie przyniosło żadnego odzewu. Również świadek R. T. potwierdził zaistnienie zmian, na które powód nie miał wpływu i których nie mógł przewidzieć. Wskazał, że zmienił się praktycznie cały przedmiot robót w zakresie wykonania ław betonowych, zbrojeń, płyt stropowych, schodów, balustrad, tynków, malowania, zwiększyła się powierzchnia dachu oraz wysokość budynku. W ocenie świadka zakres robót zwiększył się o 12-15%. Ponadto, błędy projektowe i zwiększenie zakresu prac potwierdzili także świadkowie R. D., Ł. T. i B. G..

W ocenie Sądu opisane przez powoda i udokumentowane oraz poparte omówionymi wyżej dowodami roboty miały charakter prac dodatkowych. Tym samym Sąd nie podzielił stanowiska strony pozwanej, iż roboty te mieściły się w

ramach realizacji zlecenia podstawowego objętego umową. Wprawdzie ich wykonanie nie zmieniało finalnego efektu umowy, jednakże warunkowało osiągnięcie tego rezultatu. (...) dodatkowych powod nie mógł przewidzieć na etapie postępowania przetargowego, gdyż pierwsza zmiana decyzji o pozwoleniu na budowę, pociągająca za sobą zmianę zakresu robót, miała miejsce już po podpisaniu między stronami umowy głównej.

Postępowanie dowodowe przeprowadzone w sprawie wykazało zatem, że strona pozwana zlecała ustnie stronie powodowej wykonanie prac dodatkowych, wiedziała że powód je faktycznie wykonuje i akceptowała ten stan rzeczy. Co więcej, otrzymała kosztorys robót dodatkowych i pomimo braku jego jednoznacznej akceptacji oczekiwała od powoda wykonania objętych nim prac. Ponadto – co potwierdziła opinia biegłego J. F. (1) - wykonanie tych robót było niezbędne do prawidłowego wykonania umowy.

Zdaniem Sądu, podstawą roszczenia powoda z tytułu wykonania prac dodatkowych na kwotę 24.427,56 zł (zgodnie z wyliczeniem biegłego) jest art. 405 k.c. w zw. z art. 410 k.c., który stanowi samoistne źródło zobowiązań. Odwołując się do wybranych poglądów judykatury, wskazał, że przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom Kodeksu cywilnego o bezpodstawnym wzbogaceniu. Mając na uwadze powyższe uznał, że pozwana w wyniku realizacji prac dodatkowych niewątpliwie stała się wzbogaconą skoro ich wykonanie spowodowało, że wartość obiektu jak i jego użyteczność wzrosła, a nie wydatkowała na ten cel koniecznych środków. W związku z tym, roszczenie powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonanie prac dodatkowych w wysokości 24.427,56 zł, niekwestionowanej przez żadną ze stron po wydaniu przez biegłego opinii ustnej, ocenił jako zasadne.

Za uzasadnione Sąd uznał również roszczenie powoda w zakresie 45.200,33 zł z tytułu zwrotu 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Strony w § 5 ust. 5 umowy z dnia 3 lipca 2013 r. przewidziały, że część zabezpieczenia w wysokości 70% całkowitej jego kwoty (wynoszącej 64.571,90 zł) miała zostać zwolniona w terminie 30 dni od daty końcowego odbioru robót. Wobec upływu tego okresu powodowi co do zasady przysługuje zwrot umówionej części kaucji.

Konkludując, Sąd doszedł do wniosku, że powodowi przysługuje wobec pozwanej roszczenie o zapłatę kwot: 128.735,36 zł z tytułu częściowo nieuregulowanego wynagrodzenia za wykonanie umów z dnia 3 lipca 2013 r. i 9 maja 2014 r., 24.427,56 zł z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe nieobjęte tymi umowami oraz 45.200,33 zł tytułem zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy wraz z odsetkami od dat wskazywanych przez powoda.

Jednocześnie zaznaczył, że pozwana składając przed wytoczeniem powództwa oświadczenie o potrąceniu, które następnie modyfikowała, wyraźnie uznawała roszczenie powoda w powyższym zakresie. Niemniej jednak z przeprowadzonego postępowania dowodowego, a w szczególności z dowodu z opinii biegłego sądowego wynikało, że powodowi wobec pozwanej przysługiwało roszczenie z tytułu wykonania robót dodatkowych w wysokości jedynie 24.427,56 zł, nie zaś 122.043,55 zł. Wobec uwzględnienia podnoszonego przez pozwaną zarzutu potrącenia, wyżej wymienione wierzytelności powoda uległy jednak umorzeniu a powództwo podlegało oddaleniu w całości.

Wierzytelność przysługująca pozwanej wobec powoda wynikać miały z tytułu naliczenia kar umownych przewidzianych w zawartych przez strony umowach. Początkowo pozwana powoływała się niesłusznie na roszczenie z tytułu kary umownej za nieterminowe przekazanie przedmiotu umowy. Faktycznie termin wykonania umowy głównej przewidziany został na 30 czerwca 2014 r., a następnie na 18 lipca 2014 r. i w tej ostatniej dacie roboty powoda zostały zgłoszone do odbioru, zaś w dniu 22 lipca 2014 r. komisja odbiorowa w protokole stwierdziła jednoznacznie, że zakontraktowane prace zostały wykonane w terminie umownym i zgodnie z dokumentacją techniczną oraz wprowadzonymi w toku realizacji zmianami projektowymi. Skoro tak, to bezpodstawne było przystępowanie do dalszych odbiorów i twierdzenie w kolejnych protokołach, że obiekt nie nadaje się do odbioru, a w konsekwencji naliczanie kar umownych z tytułu opóźnienia w terminowym przekazaniu zamawiającemu przedmiotu umowy. Zwłaszcza, że na gruncie art. 647 k.c. przyjmuje się, że jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, to inwestor zobowiązany jest dokonać ich odbioru, a w protokole z tej czynności należy zawrzeć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy

za wady ujawnione przy odbiorze. Natomiast zgodnie z utrwalonym orzecznictwem odmowa odbioru robót przez inwestora jest uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia został wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady są na tyle istotne, że obiekt nie nadaje się do użytkowania. Dlatego też Sąd uznał, że do skutecznego odbioru doszło już w dniu 22 lipca 2014 r.

Pismem z dnia 23 listopada 2016 r. pozwany dokonał modyfikacji złożonego uprzednio oświadczenia o potrąceniu wskazując, że potrąca przysługującą mu wierzytelność z tytułu kary umownej za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi (§ 8 ust. 1 lit. b umowy) z wierzytelnościami powoda dochodzonymi w niniejszym postępowaniu. Ustosunkowując się do powyższego stanowiska Sąd zwrócił uwagę, że przeprowadzone postępowanie dowodowe jednoznacznie wykazało, że przedmiot umowy obciążony był wadami. Część z nich została przez powoda usunięta, jednakże pozostałe wady nieprzerwanie istniały aż do dnia zastępczego wykonania napraw przez pozwaną. Początkowo – jak wynika z protokołów odbioru - były to stosunkowo drobne braki. Nie usunięto m.in. ostrych krawędzi parapetów czy nadmiaru ziemi. Świadek D. W. stwierdził także usterki kanalizacji zewnętrznej, a także dostarczenie przez powoda źle wykonanej inwentaryzacji. Braki te zostały według świadka usunięte do dnia 19 sierpnia 2014 r. (protokół rozprawy z dnia 21 września 2015 r., 01:10:25-01:17:27). Zasadniczą natomiast wadą nieusuniętą w wyznaczonym terminie przez powoda była wadliwa i niewłaściwie zamontowana stolarka okienna.

W opinii biegłego J. F. (1) jednoznacznie stwierdzono, że powód nieprawidłowo i niezgodnie z projektem zamontował i wadliwie wykonał stolarkę okienną w trakcie realizacji umowy z dnia 3 lipca 2013 r. Podano także, że wykonawca nie usunął skutecznie wad stolarki okiennej i witryn, ani nie przedłożył stosownej dokumentacji. Ustosunkowując się do zarzutów powoda biegły wskazał, że wady stolarki zostały stwierdzone w korespondencji pozwanej kierowanej do powoda, zapisach dziennika budowy, protokołach komisijnego odbioru końcowego robót, opinii technicznej Państwowego Powiatowego Inspektora w Ł., ekspertyzie technicznej, a także oględzinach biegłego oraz jego analizie załączonej płyty CD z dokumentacją fotograficzną i filmową itd. Biegły wskazał, że co prawda projekt nie przewidywał wykonania dodatkowych wzmocnień stolarki okiennej, jednak obowiązkiem wykonawcy jest wykonanie powierzonych prac zgodnie ze sztuką budowlaną. Wykonawca winien był więc zamontować taką stolarkę jaka ze względu na jej parametry powinna spełniać wszelkie wymogi techniczno-użytkowe, w tym również wytrzymałościowe. Biegły ocenił, że wady stolarki były wadami istotnymi i mogły mieć negatywny wpływ na bezpieczeństwo użytkowania i przyspieszoną degradację obiektu, tj. jego przedwczesne techniczne zużycie, konieczność przeprowadzania napraw i konserwacji, a w efekcie dokonanie niezbędnej i przyspieszonej wymiany montowanej stolarki na nową o właściwych parametrach techniczno-użytkowych.

Odpowiadając na zarzuty do opinii uzupełniającej (k. 959-965) biegły przytoczył uregulowania ustawy Prawo budowlane oraz ustawy O wyrobach budowlanych i jeszcze raz podkreślił, że to na wykonawcy ciąży obowiązek stosowania materiałów i wyrobów budowlanych dopuszczonych do obrotu i spełniających właściwości techniczno-użytkowe, zapewniające właściwe użytkowanie obiektu. Wskazał, że powód nie wykonał stolarki zgodnie z projektem, a przede wszystkim wykonał ją niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i i wbrew warunkom techniczno-użytkowym. Podał, że wykonana stolarka przede wszystkim nie spełniała wymogu sztywności poszczególnych elementów i była niewłaściwie zamocowana.

Sąd zauważył również w ślad za biegłym, że pozwana nie otrzymała od powoda dokumentów aprobaty technicznej, chociaż specyfikacja przetargowa określała wymagane w tym zakresie parametry przenikania ciepła.

Świadek W. R., który dokonywał oględzin i oceny fasady, potwierdził istnienie wad polegających na niedostatecznej sztywności ram fasady i okien oraz zarysowania i ruchomość rys zamocowania okien typu fasadowego na piętrze biblioteki. Podał przy tym jednocześnie, że sprawdził warunek używalności, czyli dopuszczalnych odkształceń ram fasad i stwierdził, że ich wzmocnienia nie zapewniały wymaganej sztywności. Świadek podał również, że pozostawienie takich fasad bez naprawy spowodowałoby nieszczelności - straty ciepła czy przepływ powietrza – już w pierwszym okresie używania, zaś przy dłuższej trwającej eksploatacji mogłyby to doprowadzić do obniżenia ram w ścianach. W ocenie świadka wady fasady miały charakter istotny i wymagały niezwłocznego usunięcia.

Wadliwość stolarki potwierdził również świadek A. M., który na zlecenie pozwanej sporządził ekspertyzę w tym zakresie. Podał on, że w drzwiach zewnętrznych od podwórka wystąpił problem z elementem zaczepowym zamka-drzwi otwierały się samoczynnie. Ponadto skrzydło drzwiowe było wygięte, niedostatecznie uszczelniono połączenie ościeżnicy drzwiowej, drugie drzwi wejściowe nie były zamontowane w pionie, witryny przy zamykaniu wpadały w rezonans, co miało wpływ na funkcjonowanie całego elementu. W ocenie świadka wady te były istotne, ponieważ wpływały na bezpieczeństwo użytkowania, a także nieuszczelnienie budynku. Wady stolarki, a także ich nieusunięcie przez powoda potwierdziła także świadek A. A..

Sąd nie dał wiary zeznaniom świadków: R. T. i J. F. (2), którzy twierdzili, że wady stolarki zostały usunięte. Przede wszystkim pozostawały one w sprzeczności z pozostałym materiałem dowodowym zebrany w sprawie, w szczególności z opinią biegłego sądowego, który – w przeciwieństwie do świadków – posiadał wiadomości specjalne niezbędne do prawidłowej i całościowej oceny jakości wykonanej stolarki. Uznał również, że zeznania świadka W. K., pełniącego funkcję inspektora nadzoru, niewiele wniosły do sprawy, gdyż świadek ten potwierdził jedynie, że usunięte zostały przez powoda usterki w zakresie prac elektrycznych.

Sąd doszedł do wniosku, że wysokość naliczonej kary umownej jaką ustalił pozwany nie była sporna w tym znaczeniu, że powód nie kwestionował matematycznego sposobu jej wyliczenia przecząc jedynie, by wystąpiły podstawy uprawniające do skorzystania z uprawnienia przewidzianego w § 8 ust. 1 umowy. Niemniej jednak Sąd uznał, że materiał dowodowy wykazał niezasadne naliczenie przez pozwaną kary umowne już od dnia 19 lipca 2014 r. Zgodnie bowiem z umową, kara ta mogła być naliczana za każdy dzień zwłoki od dnia wyznaczonego przez zamawiającego na usunięcie wad (§ 8 ust. 1 lit. b umowy). Tymczasem terminem pierwotnie wyznaczonym przez zamawiającego był dzień 28 lipca 2014 r. Zasadne zatem było naliczanie kary od dnia 29 lipca 2014 r., bowiem od tego dnia powód pozostawał w zwłóce. Sąd doszedł zatem do przekonania, że pozwany mógł naliczyć kary umowne za 155 dni, czyli w kwocie 427.063,75 zł (155 dni x 2.755,25 zł).

Wniosek powoda o miarkowanie kary umownej zasługiwał na częściowe uwzględnienie. Sąd doszedł bowiem do przekonania, że w świetle okoliczności faktycznych sprawy oraz poglądów doktryny i orzecznictwa w tym zakresie rację ma powód, że kwota 427.063,75 zł winna być uznana za rażąco wygórowaną. Przede wszystkim za takim stanowiskiem przemawiał fakt, że wady ostatecznie zostały usunięte. Pozwana poniosła co prawda szkodę, bowiem zleciła innemu podmiotowi demontaż i wymianę wadliwej stolarki na nową, jednakże należne z tego tytułu odszkodowanie zostało skutecznie potrącone. Z tych przyczyn Sąd uznał więc, że kwota 153.162,92 zł (128.735,36 zł + 24.427,56 zł = 153.162,92 zł) zasadnie i skutecznie potrącona przez pozwaną z kwotą wynagrodzenia należnego powodowi za wykonane prace, będzie kwotą odpowiednią tytułem zastrzeżonej kary umownej. Stanowi ona bowiem sumę o istotnej wartości ekonomicznej, a jednocześnie nie prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia pozwanej. Sąd podkreślił, że obciążenie powoda karą umową w wysokości 427.063,75 zł stanowiłoby obciążenie nadmierne w stosunku do rangi naruszeń umowy oraz ich skutków. Dlatego też, uznając zarzut potrącenia za skuteczny, należało przyjąć, że oba roszczenia – powoda z tytułu należnego mu wynagrodzenia za wykonane roboty (zarówno wynikające z umów , jak i roboty dodatkowe) oraz pozwanej z tytułu kary umownej - umorzyły się w całości.

Sąd zwrócił również uwagę, że pozwana podniosła zarzut potrącenia dochodzonej przez powoda kwoty 45.200,33 zł stanowiącej równowartość 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy, z przysługującym jej wobec powoda roszczeniem z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania. Uznał przy tym, że w przedmiotowej sprawie powód w sposób nieprawidłowy wykonał umowę, ponieważ nie usunął wad wykonawczych przede wszystkim w zakresie nieprawidłowego i niezgodnego z projektem zamontowania stolarki okiennej, co zostało potwierdzone przez zebrany w sprawie materiał dowodowy.

Pozwana wykazała także, że wskutek niewłaściwego wykonania przez powoda umowy poniosła szkodę. Przedłożyła bowiem faktury potwierdzające, że poniosła wydatki przewyższające dochodzoną przez powoda kwotę, w postaci m.in. wymiany fasady na sumę 33.408,44 zł, montażu stolarki aluminiowej o wartości 8.388,60 zł, sporządzenia

niezbędnej ekspertyzy technicznej za sumę 6.150 zł, które to koszty niewątpliwie pozostawały w bezpośrednim związku przyczynowym z niewłaściwym wykonaniem przez powoda umowy.

Z tych przyczyn należało uznać, że pozwanej przysługiwało wobec powoda roszczenie z tytułu niewłaściwego wykonania umowy, które przewyższało dochodzone przez tego ostatniego roszczenie o zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy w kwocie 45.200,33 zł. W nocy księgowej nr (...) z dnia 26 stycznia 2015 r., pozwana wyraźnie określiła koszty poniesione w związku z usunięciem wad przedmiotu umowy oraz wskazała, że należną jej z tego tytułu kwotę 73.919,24 zł pomniejszyła o 45.200,33 zł stanowiących 70% wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jednocześnie wzywając do zapłaty pozostałej części w/w kwoty. Następnie w dniu 17 listopada 2014 r. złożyła oświadczenie o potrąceniu kwoty 45.201,00 zł, zaś w dniu 23 listopada 2016 r. powtórzyła je.

O kosztach procesu orzeczono na mocy art. 98 k.p.c. zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik sporu. Powód przegrał proces, w związku z czym to stronie pozwanej należał się zwrot poniesionych kosztów postępowania w łącznej wysokości 7.217 zł. Na powyższą kwotę składały się: wynagrodzenie pełnomocnika pozwanej ustalone na podstawie § 2 oraz § 6 pkt. 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. 2002, Nr 163, poz. 1349 ze zm.) oraz koszt opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

O nieuiszczonych kosztach sądowych Sąd orzekł na mocy art. 83 ust. 2 w zw. z art. 113 ust. 1 ustawy O kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Apelację od tego wyroku złożył powód, który zarzucił Sądowi Okręgowemu naruszenie:

1. art. 233 § 1 k.p.c. polegające na dokonaniu przez Sąd I instancji dowolnej oceny dowodów, w sposób przekraczający granice takiej oceny, co skutkowało błędnymi ustaleniami w zakresie stanu faktycznego poprzez:

a) uznanie przez Sąd I instancji, iż w przedmiotowej sprawie pozwana naliczyła powodowi kary umowne za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi w sytuacji gdy z każdej noty księgowej jasno wynika, iż obciążyła powoda karami umownymi z tytułu nieterminowego przekazania przedmiotu umowy;

b) ustalenie, iż roszczenie powoda z tytułu wynagrodzenia za wykonanie prac dodatkowych wynosi 24.427, 56 zł., w sytuacji gdy z opinii biegłego jasno wynika, iż kosztorys na kwotę 144.570, 04 zł. zawiera wszystkie roboty dodatkowe, a więc z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia przewidzianego w umowie z dnia 3 lipca 2013 r. kwota wynagrodzenia za roboty dodatkowe winna wynosić 144.570, 04 zł, a nie jak uznał Sąd, 24.427, 56 zł;

c) ustalenie, iż pozwana dokonała skutecznego potrącenia z wierzytelnością powoda z tytułu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 45.200,33 zł swojej wierzytelności z tytułu niewłaściwego wykonania umowy w sytuacji, gdy w aktach sprawy brak jest wyżej wymienionego oświadczenia o potrąceniu;

2. art. 498 § 1 k.c. w zw. art. 6 k.c. poprzez jego błędną wykładnię przejawiającą się w przyjęciu, że na dzień złożenia przez pozwaną oświadczenia o potrąceniu z dnia 23 listopada 2016 r. było możliwe potrącenie wierzytelności pozwanej z tytułu kar umownych za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi z wierzytelnością powoda z tytułu części nieuregulowanego wynagrodzenia oraz wynagrodzenia za roboty dodatkowe, podczas gdy przesłanką skutecznego potrącenia na podstawie art. 498 § 1 k.c. jest istnienie stanu wymagalności obu wierzytelności, zaś z ustalonego w sprawie stanu faktycznego wynika, że wskazana przez pozwanego do potrącenia wierzytelność na dzień składania oświadczenia o potrąceniu była niewymagalna z uwagi na to, że:

a) pozwana nigdy nie naliczyła powodowi kar umownych z tytułu zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi i

b) nigdy nie obciążyła powoda sumą 73.919, 24 zł. tytułem nienależytego wykonania zobowiązania, a co więcej- pozwana nigdy nie złożyła powodowi oświadczenia o wyżej wymienionej treści;

3. art. 455 k.c. w zw. z 498 k.c. poprzez błędną ich wykładnię i tym samym przyjęcie, iż dokonane przez pozwaną potrącenie wierzytelności z tytułu kar umownych jest skuteczne, pomimo że w przedmiotowej sprawie nie doszło do spełnienia przesłanki wymagalności wierzytelności pozwanej, tj. naliczenia kar umownych z tytułu zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi;

4. art. 481 § 1 k.c. i art. 455 k.c. przez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na oddaleniu powództwa w całości, pomimo uznania przez Sąd roszczeń powoda o zapłatę kwot: 128.735, 36 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 25 września 2014 r. do dnia zapłaty oraz 24.427, 56 zł z odsetkami od dnia 8 grudnia 2014 r. do dnia zapłaty i potrąceniu ich z karą umowną pozwanego w wysokości 153.162, 92 zł, co w konkluzji spowodowało oddalenie przez Sąd roszczenia powoda o zasądzenie odsetek od uznanych przez Sąd roszczeń.

W oparciu o powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku w całości poprzez zasądzenie od pozwanej na jego rzecz 295.979,24 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwot: 128.735, 36 zł od dnia 25 września 2014 r., 122.043, 55 zł od dnia 8 grudnia 2014 r. i 45.200, 33 zł. od dnia 22 sierpnia 2014 r. do dnia zapłaty a ponadto o zasądzenie od pozwanej na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych za obie instancje.

Pozwana w odpowiedzi na apelację powoda wносиła o oddalenie tego środka odwoławczego na koszt strony skarżącej.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda nie zasługuje na uwzględnienie.

Kwestionowane w początkowych jej fragmentach ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego i zaprezentowana przezeń analiza wagi poszczególnych dowodów bynajmniej nie naruszają dyspozycji art. 233 § 1 k.p.c. i znajdują pełne potwierdzenie w zebranych w niniejszej sprawie i poddanych prawidłowej ocenie Sądu meriti materiale procesowym. Sąd Apelacyjny uznał w tych warunkach dokonaną w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku rekonstrukcję stanu faktycznego za integralny składnik swojego stanowiska i obszernie ją przytoczył w niniejszym uzasadnieniu, co uchyła potrzebę dalszego, detalicznego roztrząsania tych kwestii.

W świetle pisma pozwanej z dnia 23 listopada 2016 r. (k. 1039 akt sprawy) naliczyła ona karę umowną za „zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi, w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki licząc od dnia wyznaczonego przez zamawiającego na usunięcie wad. Kara została naliczona za okres od 19.07.2014 r. do 30.12.2014 r., co stanowi 165 dni. Kara za jeden dzień wynosi 2.755, 25 zł- łącznie wynosi 454.616,25 zł na dzień 30.12.2014 r.” Treść cytowanego dokumentu, doręczonego powodowi dnia 24.11.2016 r. (por. widniejącą na nim pieczęć prezentaty) nie pozostawia więc wątpliwości, że pozwana skorzystała w niniejszym procesie z przywileju zagwarantowanego jej w § 8 ust. 1 lit. b łączącej strony umowy z dnia 3 lipca 2013 r., czemu nie sprzeciwia się widniejące we wcześniejszym fragmencie pisma wtrącenie o innej rodzajowo karze umownej z tytułu zwłoki w przekazaniu przedmiotu umowy.

Zgodzić się też należy z przeważającym obecnie w judykaturze i doktrynie poglądem, wedle którego oświadczenie wierzyciela stanowiące wezwanie do zapłaty kary umownej jako świadczenia bezterminowego (art. 455 k.c.) może być złożone w sposób dowolny, zarówno wyraźny, jak też dorozumiany, byleby dostatecznie wyrażało żądanie zapłaty oraz źródło zobowiązania. Wezwanie nie wymaga też zachowania żadnej szczególnej formy i może być dokonane w wybrany przez wierzyciela sposób (np. telefonicznie). Musi jednak z niego wynikać – choćby przy zastosowaniu reguł wykładni zawartych w art. 60 k.c. – to, że wierzyciel domaga się od dłużnika otrzymania należnego świadczenia (zob. Komentarz do art. 455 k.c., red. Osajda 2017, wyd. 17/W. Borysiak i powołane w nim źródła orzecznicze i komentatorskie, a mianowicie: wyrok S.N. z dnia 22 listopada 1972 r., III CRN 2/72, Legalis nr 16729 wyrok S.A. w Łodzi z dnia 7 sierpnia 2013 r., I A Ca 291/13, Legalis nr 736119, K. Korzan, Miejsce i termin zapłaty, s. 11; tenże, Glosa do uchwały S.N. z 19.5.1992 r., III CZP 56/92, OSP 1994, Nr 3, poz. 48, s. 136; T. Wiśniewski, w: Gudowski, Komentarz, 2013, Ks. III, cz. 1, art. 455, Nb 3).

Z treści pisma pozwanej z dnia 23.11.2016 r. wynika, że znaczna część naliczonej kary umownej została przez nią potrącona z należnością powoda, ale w pozostałym zakresie wierzycielka kary domagała się jej zapłaty w określonym terminie na wskazany rachunek bankowy. Nie ulega więc wątpliwości, że pozwana całą należną jej kwotę uznawała za wymagającą zaspokojenia (przez potrącenie lub zapłatę), co czyni zadość wymaganiom skutecznego wezwania do spełnienia świadczenia bezterminowego.

Oczywistym jest, że pozwana nie była uprawniona równocześnie (w ramach jednego pisma) wezwać dłużnika kary do spełnienia świadczenia, czyli uczynić je wymagalnym, i w jednej chwili potrącić wymienioną wierzytelność z należnością powoda. Niewątpliwie bowiem przedstawienie przez powoda wierzytelności do potrącenia, bez wcześniejszego wezwania pozwanego do zapłaty jest prawnie nieskuteczne, ponieważ „dłużnik zobowiązania bezterminowego powinien spełnić świadczenie niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela do wykonania zobowiązania. Oznacza to, że po dojściu do wiadomości dłużnika wezwania wierzyciela o spełnienie świadczenia, ma on obowiązek spełnienia tego świadczenia i winien to uczynić niezwłocznie, ale nie natychmiast. Czas owej „niezwłoczności” nie może być utożsamiony np. z terminem czternastodniowym, ale powinien być ustalany każdorazowo, w zależności od okoliczności sprawy. Chodzi tu o taki czas jaki jest niezbędny do spełnienia świadczenia, przy założeniu, że dłużnik działałby, uwzględniając całokształt okoliczności rzutujących na wykonanie zobowiązania, bez nieuzasadnionej zwłoki. Dopiero więc upływ okresu „niezwłoczności” powoduje, że roszczenie w zobowiązaniu bezterminowym staje się wymagalne” (tak S.N. w uzasadnieniu uchwały z dnia 5 listopada 2014 r., III CZP 76/14, Biul. SN 2014 nr 11, OSNC 2015 nr 7-8, poz. 86, s. 52, zob. także uzasadnienie wyroku S.N. z dnia 16 grudnia 2015 r., IV CSK 141/15, Legalis nr 1396490).

Określona w art. 498 § 1 k.c. wymagalność obu wierzytelności potrącanych doznaje szeregu wyjątków; zasadniczo przyjmuje się więc konieczność wymagalności wierzytelności aktywnej, natomiast brak wymagalności wierzytelności pasywnej nie jest przeszkodą do potrącenia (patrz: teza 20 Komentarza do art. 498 k.c. red. Gniewek 2017, wyd. 8/ Zagrobelny). W niniejszej sprawie z pewnością aktywna (zgłaszana do potrącenia) wierzytelność pozwanej z tytułu kary umownej za zwłokę w usunięciu braków i niedoróbek dzieła budowlanego powoda nie była wymagalna w dacie 23.11.2016 r. (należy przyjąć, że jej wymagalność ziściłaby się dopiero w terminie do zapłaty wskazanym w tym piśmie). Z tej przyczyny, o ile przyjąć trzeba skuteczność tego pisma jako wezwania do zapłaty kary, to nie sposób uznać go równocześnie za skuteczne oświadczenie o potrąceniu.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego oświadczenie o potrąceniu w znaczeniu materialnoprawnym jak i zarzut potrącenia w znaczeniu procesowym powyższej kary umownej z należnością powoda z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane zostały skutecznie złożone na rozprawie dnia 28 grudnia 2016 r. Bezsprzecznie strona pozwana poparła w trakcie tego posiedzenia (zob. w szczególności końcowe wystąpienie pełnomocnika pozwanej- upoważnionego do składania także oświadczeń materialnoprawnych o potrąceniu, vide: k. 1003- 00:53:44 do 01:09:43) wszelkie złożone dotychczas oświadczenia i zarzuty potrącenia (włącznie z tym wyartykułowanym dnia 23.11.2016 r.), czyniąc to w obecności nie tylko pełnomocnika procesowego powoda, którego zdolność do przyjęcia oświadczenia w znaczeniu prawnomaterialnym może być skutecznie podważona, ale także wobec zastępcy dyrektora powoda: M. R., który w świetle aktualnego odpisu z K.R.S. (k. 1117v.) jest również pełnomocnikiem tego podmiotu zdolnym m.in. do „reprezentowania interesów instytucji przed wszelkimi władzami, organami wymiaru sprawiedliwości itp.” a ponadto do „składania oświadczeń, zapewnień wniosków” i „zaciągania zobowiązań i zawierania umów cywilnoprawnych”. Brzmienie pełnomocnictwa legitymowało więc w/w do przyjęcia oświadczenia o potrąceniu; wyjaśnił on zresztą (znacznik czasowy- 00:13:54 do 00:17:03), że treść ostatniego dokumentu potrącenia, który wpłynął do powoda, jest mu znana. Zauważyć także wypada, że pełnomocnik procesowy pozwanej także w odpowiedzi na apelację, k. 1191, konsekwentnie popierał procesowy zarzut potrącenia wynikającego z pisma z dnia 23.11.2017 r.

Sąd Apelacyjny aprobuje przeważające obecnie wśród praktyków przekonanie, że brak jest szczególnych wymagań ustawowych w odniesieniu do formy oświadczenia o potrąceniu (zob. wyroki S.N.: z dnia 28 października 1999 r., II CKN 551/98, OSNC 2000, Nr 5, poz. 89 oraz z dnia 22 stycznia 2015 r., III CNP 7/14, Legalis NR 1182763 I wyrok S.A. w Warszawie z dnia 13 listopada 2015 r., I A Ca 324/15, Legalis nr 1372778), zaś dla złożenia oświadczenia

woli o potrąceniu wystarczająca jest forma ustna, o ile oświadczenie doszło do drugiej strony w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią (por. uzasadnienie uchwały S.N. (7) z dnia 19 października 2007 r., III CZP 58/07, OSNC 2008, Nr 5, poz. 44, s. 32, wyrok S.N. z dnia 10.sierpnia 2010 r., I PK 56/10, OSNAPiUS 2011, Nr 23–24, poz. 295 oraz wyrok S.N. z dnia 28 października 1999 r., II CKN 551/98, PPH 2001, Nr 2, s. 44). Zdaniem Sądu odwoławczego pozwana spełniła powyższe wymagania nie tylko w odniesieniu do potrącenia swojej wierzytelności z wynagrodzeniem powoda, ale także z jego wierzytelnością z tytułu zwrotu znacznej (0,7) części pobranej z jego wynagrodzenia kaucji.

Niewątpliwie w nocie z dnia 26 stycznia 2015 r. o nr (...) (k. 259) pozwana wyartykułowała powodowi swoje roszczenie o zapłatę odszkodowania na kwotę 73.919,24 zł, w której mieściły się koszty: ekspertyz i opinii (13.675,88 zł), wywozu ziemi (8.610 zł), zastępczego wykonania fasad na parterze (41.000 zł) oraz robót niewykonanych ostatecznie przez powoda (10.633, 36 zł) a jej roszczenie w tym zakresie znalazło potwierdzenie nie tylko w złożonych dowodach (k. 568- 570 i 579), ale także w opinii biegłego sądowego J. F. (1), który potwierdził (k. 814- 815) wady zamówionej przez powoda stolarki okiennej i fasad, których ten nie usunął. Postawa powoda rodząca potrzebę weryfikacji prawidłowości wykonanych robót także w kontekście możliwego sporu sądowego stały się przyczyną wydatków pozwanej na usługi ekspertów (zob. k. 572- 581). W tych warunkach Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia Sądu I instancji o istnieniu wyżej opisanej wierzytelności pozwanej. W zgodzie z wcześniej zaprezentowanymi rozważaniami zakwestionować oczywiście należy skuteczność potrącenia odszkodowania pozwanej z należnością pozwanego w kwocie 45.200, 33 zł z tytułu zwrotu 0,7 kaucji dokonanego w nocie z dnia 26.01.2015 r., która dotarła do powoda najdalej do 5.02.2015 r. (por. k. 257). Jeżeli się jednak zważy, że oświadczenie o potrąceniu obu należności było jeszcze parokrotnie powtarzane w pismach adresowanych do organów powoda (ostatni raz miało to miejsce w piśmie z dnia 23.11.2016 r.), zaś zarzut potrącenia w tej materii pozwana zgłosiła już w odpowiedzi na rozszerzony pozew (k. 562- 567), później go ponawiając, to uznać należy analizowane potrącenie za skuteczne.

Sąd Apelacyjny nie zgadza się także z forsowanym w pkt I b apelacji poglądem o niezasadnym zmniejszeniu powodowi należności za roboty dodatkowe nieujęte w umowie z dnia 9 maja 2014 r., które biegły (niespornie) wyszacował na kwotę 144.570,04 zł, zaznaczając jednak, że kompleksowe rozliczenie inwestora i wykonawcy obejmuje w niniejszej sprawie także wynagrodzenie za roboty zaniechane przez powoda a objęte wynagrodzeniem ryczałtowym zagwarantowanym w umowie z dnia 3 lipca 2013 r. Apelujący zdaje się nie dostrzegać, że bezpośrednio przed zawarciem drugiej z umów sporządził on kosztorys robót wykonanych, który został następnie zweryfikowany przez służby pozwanej do kwoty 883.231,95 zł, co oznacza niewykonanie pierwotnie zakontraktowanych prac na sumę 119.802,32 zł. Zmniejszenie pierwotnego wynagrodzenia ryczałtowego powoda o tę sumę było zgłaszane przez pozwaną w ramach negocjacji, które doprowadziły do zawarcia umowy z dnia 9.05.2014 r. i nie podlegało dalszej dyskusji. W tych warunkach biegły sądowy słusznie uznał za konieczne uwzględnić w rozliczeniach stron powyższą różnicę, co finalnie doprowadziło do zmniejszenia należności z tytułu wykonania robót dodatkowych nieujętych w umowie z dnia 9.05.2014 r. do 24.767,72 zł (por. notatki, kosztorysy i korespondencja e- mailowa spięte w żółtej obwolucie i złożone w kopercie, ostatnia karta tomu pierwszego akt niniejszej spraw oraz opinia biegłego, k. 788 i k. 1009).

Nadmienić też należy, że zabieg polegający na zredukowaniu powyższej wierzytelności powoda, rozliczanej na podstawie jednej z kondycji bezpodstawnego wzbogacenia (strony nie zawarły bowiem w tej mierze ważnej umowy na piśmie- art. 139 ust. 2 Prawa zamówień publicznych) wymaga ustalenia zakresu wzbogacenia pozwanej i zubożenia powoda. Skoro ten pierwszy nie wykonał prac na kwotę 119.802,32 zł, to nie sposób twierdzić, że w ramach swojego majątku doznał w tym zakresie zubożenia połączonego z automatycznym wzbogaceniem pozwanej.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny uznał wszelkie zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego i powiązane z nimi zarzuty wadliwej subsumpcji ustalonego stanu faktycznego pod normy: art. 455 i 498 § 1 k.c. w zw. z art. 6 k.c. za niezasadne.

Odnosząc się do nieomówionego dotychczas zarzutu naruszenia art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 455 k.c. (pkt 4 apelacji) Sąd Apelacyjny zauważa, że złożone przez pozwaną oświadczenia o potrąceniu, chociaż odwołują się do pełnej dochodzonej przez powoda kwoty nie mogą być uznane za surogat uznania roszczenia. Niewątpliwie bowiem istotą zgłoszenia

zarzutu potrącenia w procesie jest zabezpieczenie się także przed należnościami, które potrącający kwestionuje, ale skoro nie jest pewny końcowo rozstrzygnięcia, to zgłasza potrącenie (niejako pod warunkiem niekorzystnych dla niego ustaleń sądu) także w zakresie kwestionowanym. Poprawność procesowa i materialnoprawna takiego postępowania nie budzi obecnie wątpliwości przedstawicieli judykatury i piśmiennictwa.

Nie sposób także zaakceptować stanowiska, że w ramach zgłoszonych przez pozwaną oświadczeń i zarzutów potrącenia nie doszło do wzajemnego umorzenia należnych obu stronom wierzytelności odsetkowych. Z treści wystąpień procesowych i pozaprocesowych pozwanej wynika niedwuznaczny zamiar umorzenia poprzez potrącenie całości należności stron wynikających z przedmiotowej inwestycji, włącznie z należnościami ubocznymi; już w odpowiedzi na pozew główny i rozszerzony pozwana wnosząc o oddalenie powództwa w całości z uwagi na podniesiony zarzut potrącenia odniosła się w ten sposób do wszystkich roszczeń pozwu, a nie jedynie do żądania zapłaty kwoty głównej. Z treści kolejnych oświadczeń pozwanej, w tym zeznań jej dyrektora złożonych w obecności organu powoda na rozprawie dnia 28 grudnia 2016 r. (znaczniki od 00:31:58 do 00:36:01) również wynika wola całościowego rozliczenia wzajemnych należności. W tych warunkach ustnego oświadczenia woli o potrąceniu, które dotarło do drugiej strony i w kontekście towarzyszących temu okoliczności, wynikających także z wymienianej dotychczas między stronami korespondencji, było zrozumiałe i konkretne, nie sposób uznać za nieskuteczne. Niezależnie od powyższego podkreślić także wypada, że oświadczenie o potrąceniu ma moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe, co oznacza, że w wyniku złożenia oświadczenia w dowolnym momencie trwania tzw. fazy kompensacyjnej powstaje taki stan prawny, jaki istniałby, gdyby oświadczenie zostało złożone w chwili jej rozpoczęcia. W świetle ugruntowanego poglądu komentatorów i judykatury (por. np. wyrok S.A. w Łodzi z dnia 28 listopada 2014 r., I A Ca 1098/14, Legalis nr 1164245) „potrącenie wywołujące skutki dopiero od chwili dokonania go pozbawione byłoby w znacznej mierze swej wartości gospodarczej w obrocie. W ten sposób unicestwiony zostaje między innymi obowiązek płatności odsetek za opóźnienie”.

Mając na uwadze powyższe, apelacja powoda podlegała oddaleniu na zasadzie art. 385 k.p.c.

O kosztach procesu odwoławczego Sąd Apelacyjny postanowił w zgodzie z art. 98, 99 i 108 § 1 k.p.c. w zw. z § 2 pkt 7 i § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015, poz. 1804 ze zmianami obowiązującymi od dnia 27.10.2016 r.).

(...)