

## UZASADNIENIE

Pozwem wniesionym 23 grudnia 2013 r. (w postępowaniu elektronicznym upominawczym) powód R. W. zażądał zasądzenia od pozwanego M. B. kwoty 432.198,64 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 29 lutego 2012 r. do dnia zapłaty, oraz kosztami procesu wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu pisma wskazano, że powód w ramach prowadzonej działalności gospodarczej świadczył na rzecz pozwanego prace budowlane, polegające na wykonaniu robót kanalizacyjnych, w ramach zleconego projektu budowy „Sieci wodociągowej i kanalizacji w rejonie G. zlewnia rzeki C. rejon I etap II w ramach realizacji inwestycji p/n - Rozbudowa sieci wodociągowo - kanalizacyjnej w strefie zurbanizowanej Ł. dla dzielnic B. i W. w ramach projektu nr (...)”. W tym celu strony zawarły umowę (...) z dnia 15 września 2008 r. Pozwany spełnił wynikające z przedmiotowej umowy świadczenie wzajemne jedynie w części. W związku z powyższym powód w sprawie rozpoznawanej w Sądzie Okręgowym w Łodzi dochodził kwoty 318.031 złotych, zaś złożony w tamtej sprawie pozew obejmował częściowe roszczenie powoda składające się z kwoty 102.261 zł, z tytułu niedopłaty wynagrodzenia za prace z częściowo wystawionych faktur VAT oraz kwoty 215.770 zł, z tytułu wymaganej, a zatrzymanej przez pozwanego kaucji gwarancyjnej. W niniejszej sprawie natomiast powód dochodzi zapłaty pozostałej części faktur, które miały zostać wystawione i zapłacone po wykonaniu całości prac, odbiorze robót przez inwestora i wystawieniu protokołu przekazania do eksploatacji (zgodnie z § 8 ust. 8 umowy. Powód wskazał, iż w skład tej kwoty wchodzi również zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy i udzielonej gwarancji jakości w wysokości 10% wartości wystawionych faktur, podlegających zatrzymaniu, przy czym 70% tej wartości powinna zostać zwrócona w terminie 40 dni od daty odbioru końcowego, ich przejęcia do eksploatacji i wydania ostatecznego świadectwa przejęcia do eksploatacji przez inwestora, co miało miejsce w dniu 31 grudnia 2010 r.

(pозew k. 2 – 4, uzupełnienie pismo k-16-20)

W dniu 11 lutego 2014 r. został wydany przez Sąd Rejonowy Lublin – Zachód w Lublinie nakaz zapłaty w elektronicznym postępowaniu upominawczym obejmujący żądaną kwotę [nakaz k-4v].

W sprzeciwie wniesionym w elektronicznym postępowaniu upominawczym w dniu 25 marca 2014 r. pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości, zarzucając:

- przedwczesność powództwa z uwagi na treść § 8 ust. 5 umowy z uwagi na brak dokonania zapłaty od inwestora, co zgodnie z umową miało warunkować płatność;
- brak wymagalności roszczenia z uwagi na brak upływu terminu gwarancji i zapłaty przez inwestora oraz brak wystawienia przez inwestora tzw. „świadectwa wykonania”;
- wygaśnięcie zobowiązania na skutek dokonanego potrącenia w zakresie kwoty 279.137,74 złotych.

W uzupełnieniu złożonego sprzeciwu po przekazaniu sprawy do postępowania zwykłego przed tutejszym Sądem pozwany podniósł zarzut wygaśnięcia zobowiązania w pozostałej części z uwagi na złożone w toku sprawy X GC 32/12 oświadczenie o potrąceniu co do dalszej kwoty 237.802,26 złotych.

Ponadto pozwany nie kwestionował samego faktu zawarcia przez strony umowy o wykonanie robót budowlanych nr (...) z dnia 15 września 2008 r., w brzmieniu zgodnym z projektem załączonym do pozwu. Pozwany przyznał również, iż zlecone powodowi roboty objęte umową zostały zrealizowane, nie zaprzeczył także otrzymaniu od powoda faktur VAT załączonych do pozwu ani też nie kwestionował wysokości kwoty objętej pozwem.

[sprzeciw k-6-7v; pismo procesowe, k. 97 i n.].

Na rozprawie z 9 lipca 2015 r. powódka dodatkowo podniosła, że wierzytelność wzajemna zgłoszona przez pozwanego do potrącenia jest przedawniona, niezależnie od jego bezpodstawności (00:12:13 i n.).

Z kolei na rozprawie z 28 czerwca 2016 r. pozwany oświadczył, że poza zarzutem potrącenia, pozostałe zarzuty zgłoszone w niniejszej sprawie straciły aktualność (01:24:41 i n.).

### ***Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny***

Powód R. W. jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców prowadzonego w ramach Ewidencji Działalności Gospodarczej przez Prezydenta Miasta Ł. pod numerem (...). Do przedmiotu jego działalności, prowadzonej pod nazwą R. W. Zakład (...), należy m.in. wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych i klimatyzacyjnych. Pozwany M. B. jest przedsiębiorcą wpisanym do rejestru przedsiębiorców prowadzonego w ramach Ewidencji Działalności Gospodarczej przez Prezydenta Miasta Ł. pod numerem (...). Do przedmiotu jego działalności, prowadzonej pod nazwą „Projektowanie, Wykonawstwo i Konserwacja (...)K.” B. M., należy m. in. wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych i klimatyzacyjnych [zaświadczenia k-82-83].

Pozwany był uczestnikiem konsorcjum, którego liderem była (...) Sp. z o.o. w P.. Konsorcjum z udziałem pozwanego realizowało na zamówienie inwestora - (...) Sp. z o.o. w Ł. zadanie inwestycyjne pod nazwą „Rozbudowa sieci wodociągowo - kanalizacyjnej w strefie zurbanizowanej Ł. dla dzielnic B. i W. w ramach Projektu nr (...)”. [okoliczności niesporne].

Pozwany swoje prace miał wykonać do końca czerwca 2010 r.; był to ostateczny termin zakończenia całej inwestycji (zeznania świadka S. P., rozprawa z 9 lipca 2015 r. – 00:28:03 i n.; zeznania świadka P. W., rozprawa z 9 lipca 2015 r. – 01:09:35 i n.).

Powód był podwykonawcą pozwanego w zakresie części robót zleconych Konsorcjum przez (...) miał wykonać kanały sanitarne i deszczowe, wpusty na poszczególnych odcinkach; był on podwykonawcą wszystkich prac na danym odcinku (zeznania świadka S. P., rozprawa z 9 lipca 2015 r. – 00:28:03 i n.; zeznania świadka A. P., rozprawa z 4 lutego 2016 r. – 00:06:36 i n.; zeznania świadka B. B., rozprawa z 4 lutego 2016 r. – 00:25:46 i n.).

W dniu 15 września 2008 r. strony procesu zawarły umowę, na mocy której powód zobowiązał się do kompleksowej realizacji robót budowlanych polegających na budowie kanalizacji sanitarnej oraz deszczowej w ramach inwestycji p/n „Rozbudowa sieci wodociągowo - kanalizacyjnej w strefie zurbanizowanej Ł. dla dzielnic B. i W. w ramach Projektu nr (...)”, według wyszczególnionego zakresu wskazanego w § 1 ust. 2 oraz § 2 ust. 1 i 2 umowy; zaś w § 7 ust. 1 wskazano na wartość netto poszczególnych etapów. W szczególności wskazano, że:

- na etap I robót składa się budowa kanalizacji sanitarnej w ul. (...) (o wartości 70.000 zł netto),
- zaś na etap II składa się kolejne etapu prac, tj. budowa kanalizacji sanitarnej w ul. (...) (o wartości 80.000 zł netto),
- budowa kanalizacji sanitarnej w ul. (...) (o wartości 130.000 zł netto),
- budowa kanalizacji sanitarnej w ul. (...) (o wartości 100.000 zł netto),
- budowa kanalizacji deszczowej w ul. (...) (o wartości 70.000 zł netto),
- budowa odgałęzień bocznych na kanale sanitarnym w ul. (...) (o wartości 11.119 zł netto),
- budowa kanalizacji sanitarnej w ul. (...) (o wartości 90.000 zł netto),
- budowa odcjęć bocznych (wpustów) na kanale deszczowym w ul. (...) (o wartości 14.038 zł netto),

- budowa kanalizacji deszczowej w ul. (...) (o wartości 265.000 zł netto),
- budowa kanalizacji sanitarnej w ul. (...) (o wartości 670.450 zł netto),
- budowa kanalizacji deszczowej w ul. (...) (o wartości 268.900 zł netto).

Za datę rozpoczęcia robót przyjęto 16 września 2008 r. Termin wykonania robót natomiast zgodnie z § 6 ust. 1 umowy zakreślony został przez strony w odniesieniu do etapów tj. etap I do dnia 30 czerwca 2009 r.; etap II do dnia 30 października 2009 r. Ustalono również, iż szczegółowe terminy realizacji robót i terminy zakończenia prac na poszczególnych odcinkach określać będzie harmonogram opracowany przez pozwanego w porozumieniu z powodem (§ 6 ust. 2).

Zgodnie z § 7 ust 1 umowy wynagrodzenie wykonawcy za wykonie robót, określonych powyżej strony ustaliły w formie ryczałtu na kwotę łączną 1.768.607 zł. Do wartości, wynagrodzenia wykonawcy powinien zostać doliczony podatek od towarów i usług w wysokości 22,00% (§ 7 ust. 2 umowy). Ponadto zleceniem dodatkowym pozwany zlecił powodowi prace dodatkowe na ul. (...) w Ł.. Wartości wynagrodzenia z tytułu dodatkowych prac strony ustaliły na kwotę 350.000 zł netto. Łączna wartość robót wynosiła 2.118.607 zł netto, tj. 2.584.700 zł brutto (uwzględniając 22 % stawkę podatku VAT obowiązującą w momencie zawarcia umowy).

Pozwany obowiązany był wypłacić powodowi należne wynagrodzenie w terminie 30 dni roboczych od dnia dostarczenia każdej faktury, lecz nie wcześniej niż po upływie 7 dni od daty otrzymania środków finansowych za dany odcinek robót od inwestora (§ 8 ust. 5 umowy).

Rozliczenie robót objętych umową odbywać się miało do wysokości podanych niżej wartości, według następującego harmonogramu:

- 80% - po wykonaniu zleconych robót do etapu bez nawierzchni drogowej;
- 10% - po wykonaniu i odbiorze nawierzchni drogowej przez gestora drogi danego odcinka robót, oraz Inwestora;
- 10% - po odbiorze całego odcinka robót przez Zamawiającego oraz Inwestora i wystawieniu ostatniego protokołu przekazania do eksploatacji (§ 8 ust. 8 umowy).

W § 9 umowy pozwany wskazał, że jako kierownika robót budowlanych wyznaczył S. P., zaś powód wskazał, iż ze strony wykonawcy on sam będzie sprawował funkcję kierownika odcinka robót.

Zgodnie z § 10 ust. 4 umowy za datę zakończenia robót przyjmowano datę powiadomienia zamawiającego przez wykonawcę o gotowości odbioru końcowego. Po zakończeniu prac powód powinien zawiadomić pozwanego o osiągnięciu gotowości do odbioru i zwróci się do zamawiającego z pisemnym wnioskiem o dokonanie odbioru końcowego. Podstawę zgłoszenia gotowości odbioru stanowiło pismo wykonawcy potwierdzone przez kierownika robót zamawiającego. Przedmiotem odbioru końcowego powinna być całość prac objętych przedmiotem umowy. Faktura końcowa natomiast powinna zostać wystawiona po dostarczeniu kompletnej dokumentacji podwykonawczej oraz dokonaniu przejęcia robót i podpisaniu protokołu odbioru całego zakresu robót powoda przez pozwanego oraz inwestora.

Celem zabezpieczenia należytego wykonania umowy i udzielonej przez powoda gwarancji jakości strony uzgodniły, że pozwany potrąci z faktur wystawianych przez powoda 10 % należnego wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 7 ust. 1 umowy, tj. kwotę 215.770 zł. Zgodnie z § 11 ust. 2 umowy strony ustaliły, iż część zabezpieczenia, o którym mowa powyżej, w wysokości 70 %, tj. kwotę 151.039 zł pozwany zwróci powodowi w terminie 40 dni od daty odbioru końcowego wykonanych robót, ich przejęcia do eksploatacji przez inwestora oraz wydania ostatniego świadectwa przejęcia przez inwestora. Natomiast część zabezpieczenia należytego wykonania umowy służącą do pokrycia roszczeń w ramach udzielonej gwarancji jakości, w wysokości 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy, tj. kwotę

64.731 zł pozwany winien zwrócić powodowi w terminie 40 dni po dniu wystawienia świadectwa wykonania, na pisemny wniosek powoda.

Powód na wykonane prace, stanowiące przedmiot umowy udzielił pozwanemu gwarancji jakości na okres 36 miesięcy, z uwzględnieniem 12 miesięcznego okresu rękojmi, których bieg rozpoczął się od daty podpisania przez strony przy udziale inwestora protokołu odbioru - wydania ostatecznego świadectwa przejęcia (§ 12 ust. 1 umowy).

Wykonawca miał zapłacić zamawiającemu karę umowną, m.in. za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy - w wysokości 1 % wynagrodzenia wykonawcy brutto (określonego w § 7 ust. 1), za każdy dzień opóźnienia, jednak nie więcej niż 20 % wynagrodzenia wykonawcy brutto (§ 12 ust. 4 pkt a)).

(umowa, k. 84-93)

Zgodnie z postanowieniami warunków kontraktowych dla urządzeń oraz projektowania i budowy dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę ( (...)), mających zastosowanie na mocy postanowienia § 18 pkt 2 umowy stron z dnia 15 września 2008 r., do zawartego kontraktu, świadectwo wykonania stanowi akceptację robót. Wykonanie zobowiązań wykonawcy nie będzie uważane za ukończone do czasu aż inżynier wystawi wykonawcy świadectwo wykonania, podające datę ukończenia zobowiązań wykonawcy według kontraktu. Inżynier wystawi świadectwo wykonania w ciągu 28 dni od najpóźniejszej z dat upływu okresów zgłaszania wad, lub później jak tylko wykonawca dostarczy wszystkie dokumenty wykonawcy oraz ukończy wszystkie roboty i dokona ich prób, wyłącznie z usunięciem wszelkich wad (pkt 11.9 (...)).

(umowa, k. 84-93; warunki kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę ( (...)), k. 106-108).

W późniejszym terminie strony zawarły aneks do ww. umowy i przedłużyły termin wykonania niektórych prac do 10 czerwca 2010 r. (okoliczność bezsporna).

Jednocześnie strony się umówiły, że nawierzchnię po robotach odtwarza powód. Przy czym powód odtwarzał faktycznie nawierzchnie tłuczone, zaś nawierzchnie bitumiczne odtwarzał Zakład (...) na zlecenie pozwanego, który następnie refakturował te koszty na powoda (przesłuchanie powoda-R. W. w charakterze strony, rozprawa z 28 czerwca 2016 r. – 00:13:12 i n.; przesłuchanie pozwanego-M. B. w charakterze strony, rozprawa z 28 czerwca 2016 r. – 00:49:11 i n.).

Powód nie sygnalizował pozwanemu pisemnie opóźnień w dopuszczeniu do poszczególnych ulic (przesłuchanie powoda-R. W. w charakterze strony, rozprawa z 28 czerwca 2016 r. – 00:40:58 i n.).

Pozwany nie wykonał swoich prac w terminie, jak i powód. Dopiero 31 grudnia 2010 r. zostało wystawione świadectwo przejęcia całości inwestycji, co oznaczało jej koniec. Wobec tego inwestor obciążył generalnego wykonawcę-konsorcjum (w tym pozwanego) karami umownymi za zwłokę (zeznania świadka S. P., rozprawa z 9 lipca 2015 r. – 00:28:03 i n.; zeznania świadka P. W., rozprawa z 9 lipca 2015 r. – 01:09:35 i n.; zeznania świadka B. B., rozprawa z 4 lutego 2016 r. – 00:25:46 i n.; przesłuchanie pozwanego-M. B. w charakterze strony, rozprawa z 28 czerwca 2016 r. – 01:00:43 i n.).

Datą zakończenia robót była data zatwierdzenia przez inżyniera kontraktu dokumentacji odbiorowej, która wchodziła w zakres robót. Inwestor nie przejmował inwestycji do eksploatacji. Inwestycje były uznawane za ukończone zgodnie z kontraktem z datą zakończenia robót wpisaną w świadectwie przejęcia (sporządzane były protokoły robót zakrywanych); przy czym najpierw następował odbiór kanalizacji, a potem protokół przejęcia. Przekazanie inwestycji do eksploatacji użytkownikowi nie miało wpływu na rozliczenia z wykonawcą. Świadectwa te były podpisywane:

- 30 listopada 2009 r. (nr (...)) w zakresie kanalizacji sanitarnej w ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...) (w tym zakresie 27 listopada 2009 r. podpisano protokół końcowego przeglądu technicznego);

- 19 marca 2010 r. (nr (...)) w zakresie kanalizacji sanitarnej w ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...) (w tym zakresie 12 marca 2010 r. podpisano protokół końcowego przeglądu technicznego);
- 19 marca 2010 r. (nr (...)) w zakresie kanalizacji sanitarnej w ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...) (w tym zakresie 12 marca 2010 r. podpisano protokół końcowego przeglądu technicznego);
- 19 marca 2010 r. (nr (...)) w zakresie kanalizacji deszczowej w ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...) (w tym zakresie 12 marca 2010 r. podpisano protokół końcowego przeglądu technicznego);
- 19 marca 2010 r. (nr (...)) w zakresie kanalizacji deszczowej w ul. (...) od ul. (...) do ul. (...);
- 19 marca 2010 r. (nr (...)) w zakresie kanalizacji deszczowej w ul. (...) od ul. (...) do ul. (...);
- 23 kwietnia 2010 r. (nr (...)) w zakresie kanalizacji sanitarnej w ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...) i od ul. (...) do pos. nr 2a (w tym zakresie 20 kwietnia 2010 r. podpisano protokół końcowego przeglądu technicznego);
- 30 czerwca 2010 r. (nr (...)) w zakresie kanalizacji deszczowej w ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...) (w tym zakresie 25 czerwca 2010 r. podpisano protokół końcowego przeglądu technicznego);
- 30 sierpnia 2010 r. (nr (...)) w zakresie kanalizacji sanitarnej w ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...) (w tym zakresie 30 lipca 2010 r. podpisano protokół końcowego przeglądu technicznego);
- 28 września 2010 r. (nr (...)) w zakresie kanalizacji sanitarnej w ul. (...) na odcinku od ul. (...) do pos. nr 29;
- 18 października 2010 r. (nr (...)) w zakresie kanalizacji deszczowej w ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...) (w tym zakresie 15 grudnia 2009 r. podpisano protokół odbiorów robót ulegających zakryciu, a 30 września 2010 r. podpisano protokół końcowego przeglądu technicznego);
- 16 grudnia 2010 r. (nr (...)) w zakresie kanalizacji sanitarnej w ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...);
- 31 grudnia 2010 r. (nr (...)) w zakresie kanalizacji deszczowej w ulicy (...) od ul. (...) do ul. (...) (w tym zakresie od 30 czerwca 2010 r. do 23 lipca 2010 r. podpisywano protokoły odbiorów robót ulegających zakryciu, a 30 września 2010 r. podpisano protokół końcowego przeglądu technicznego);
- 31 grudnia 2010 r. (nr (...)) w zakresie kanalizacji deszczowej w ul. (...) na odcinku od ul. (...) do ul. (...) (pismo, k. 32; świadectwa, k. 36 i n.; protokoły, k. 115 i n. raz 207 i n.; zeznania świadka S. P., rozprawa z 9 lipca 2015 r. – 00:28:03 i n.; zeznania świadka P. W., rozprawa z 9 lipca 2015 r. – 01:09:35 i n.).

Przy czym opóźnienia w wystawianiu świadectw przejęcia występowało z przyczyn formalnych, w związku z czym inwestor za ten okres nie obciążył generalnego wykonawcę karami umownymi; kary te dotyczyły również tych odcinków, na których występował powód jako podwykonawca. Ostatnie z robót na przedmiotowej inwestycji zakończyły się w listopadzie 2010 r. (akta Sądu Okręgowego w Łodzi o sygn. X GC 32/12 – pismo z załącznikami, k. 28 i n.).

Mimo tego Świadectwo Wykonania Kontraktu zostało wystawione przez inwestora w dniu 9 stycznia 2015 r. [świadectwo k-277-277v].

Pismami z dnia 27 maja 2011 r. i 20 sierpnia 2011 r. powód wzywał pozwanego do wskazania daty odbioru końcowego przez inwestora prac objętych zakresem umowy stron oraz daty wydania ostatniego „świadectwa przejęcia przez inwestora” w celu wystawienia faktur końcowych oraz zwrotu kwot zatrzymanych z tytułu zabezpieczenia, z zastrzeżeniem wystawienia faktur z datą wrześniową 2011 r. [wezwania k-30-31].

Z tytułu wykonanych prac powód wystawił na pozwanego (podpisane przez siebie) następujące faktury o nr.:

- 1) (...) z 28 grudnia 2011 r. na kwotę 110.700 zł (90.000 zł netto) płatną do 9 lutego 2012 r.;
- 2) (...) z 28 grudnia 2011 r. na kwotę 8.610 zł (7.000 zł netto) płatną do 9 lutego 2012 r.;
- 3) (...) z 28 grudnia 2011 r. na kwotę 9.840 zł (8.000 zł netto) płatną do 9 lutego 2012 r.;
- 4) (...) z 28 grudnia 2011 r. na kwotę 11.070 zł (9.000 zł netto) płatną do 9 lutego 2012 r.;
- 5) (...) z 28 grudnia 2011 r. na kwotę 33.065,36 zł (26.882,41 zł netto) płatną do 9 lutego 2012 r.;
- 6) (...) z 28 grudnia 2011 r. na kwotę 128.030,71 zł (104.090,01 zł netto) płatną do 9 lutego 2012 r.;
- 7) (...) z 28 grudnia 2011 r. na kwotę 51.529,62 zł (41.894 zł netto) płatną do 9 lutego 2012 r.;
- 8) (...) z 28 grudnia 2011 r. na kwotę 41.574 zł (33.800 zł netto) płatną do 9 lutego 2012 r.;
- 9) (...) z 28 grudnia 2011 r. na kwotę 22.386 zł (18.200 zł netto) płatną do 9 lutego 2012 r.;
- 10) (...) z 28 grudnia 2011 r. na kwotę 12.300 zł (10.000 zł netto) płatną do 9 lutego 2012 r.;
- 11) (...) z 28 grudnia 2011 r. na kwotę 1.725,31 zł (1.402,69 zł netto) płatną do 9 lutego 2012 r.;
- 12) (...) z 28 grudnia 2011 r. na kwotę 1.367,64 zł (1.111,90 zł netto) płatną do 9 lutego 2012 r. (faktury, k. 69 i n.).

W dniu 22 maja 2012 r. pozwany wystawił notę księgową nr (...) na kwotę 516.940,00 zł; kwota ta wynikała z kary umownej z umowy nr (...) z 15 września 2008 r., a jednocześnie wskazano w niej, że umownym terminem zakończenia prac był 10 czerwca 2010 r., a ilość dni zwłoki do dnia wystawienia noty wynosiła 712 (nie wskazano jeszcze faktycznego zakończenia robót), a więc wysokość kary umownej wynosiła 18.403.064 zł, a przy ograniczeniu z § 12 ust. 4 umowy do 20% jej wartości, dawało 516.940 zł. Notę tę pozwany doręczył powodowi 25 maja 2012 r. wraz z oświadczeniem o potrąceniu tej jego wierzytelności wzajemnej z określonymi fakturami powoda; jednocześnie pozwany wskazał, że po dokonaniu kompensaty do zapłaty na jego rzecz z tej kwoty pozostaje kwota 279.137,74 zł (akta Sądu Okręgowego w Łodzi o sygn. X GC 32/12: nota księgową, k. 566; ZPO, k. 567).

Pismem z 20 marca 2013 r. inwestor – spółka (...), w odpowiedzi na pisma z 30 listopada 2011 r. i 7 marca 2012 r., poinformowało powoda, że płatności za wykonane roboty były dokonywane na rzecz generalnego wykonawcy systematycznie na podstawie stopnia zaawansowania robót. Zaawansowanie to było przedstawiane przez wykonawcę w raportach miesięcznych składanych po zakończeniu każdego miesiąca i zatwierdzane przez inżyniera kontraktu. Następnie inżynier wystawiał przejściowe świadectwo płatności i po jego podpisaniu wykonawca wystawiał fakturę. Ostatnia faktura została uregulowana 21 lutego 2011 r.; płatności te zostały zrealizowane w 100% na poczet części prac; dalsze płatności zostały wstrzymane przez spółkę (...) jako zabezpieczenie na poczet naliczonych kar (pismo, k. 32).

Pismem z 7 marca 2014 r., doręczonym 19 marca 2014 r., pozwany złożył pozwanemu oświadczenie o potrąceniu z jego należnościami z faktur: (...), (...) i (...) (tą ostatnią w zakresie kwoty 40.407,03 zł) kwoty 279.137,74 zł z noty księgowej nr (...) z 22 maja 2012 r. (oświadczenie, k. 112, ZPO, k. 114).

3 kwietnia 2014 r. konsorcjum realizujące całość prac, reprezentowane przez lidera konsorcjum – (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, wystąpiło do inwestora – (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł., o wystawienie tzw. „Świadectwa wykonania” dla przedmiotowego kontraktu. W odpowiedzi z dnia 11 kwietnia 2014 r. inwestor odmówił wydania takiego świadectwa powołując się na brak wypełnienia przez wykonawcę wszystkich obowiązków kontraktowych (w zakresie uzyskania wszelkich wymaganych pozwoleń, uzgodnień, opinii i decyzji), wskazując, iż do dnia złożenia wniosku nie zostały złożone decyzje zezwalające na zajęcie pasa drogowego (pisma, k. 27-29).

Pismem z 19 lipca 2012 r., doręczonym 13 sierpnia 2012 r., powód wezwał pozwanego do zapłaty łącznie kwoty 432.198,64 zł w terminie 7 dni pod rygorem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego. Na powyższą sumę składały się:

- 1) 110.700 zł (90.000 zł netto) z faktury (...) dotyczącej robót „ul. (...) kd 400”;
- 2) 8.610 zł (7.000 zł netto) z faktury (...) dotyczącej robót „ul. (...) ks 200”;
- 3) 9.840 zł (8.000 zł netto) z faktury (...) dotyczącej robót „ul. (...) od ul. (...) do ul. (...) ks 200”;
- 4) 11.070 zł (9.000 zł netto) z faktury (...) dotyczącej robót „ul. (...) ks 200”;
- 5) 33.065,36 zł (26.882,41 zł netto) z faktury (...) dotyczącej robót „ul. (...) kd 300”;
- 6) 128.030,71 zł (104.090,01 zł netto) z faktury (...) dotyczącej robót „ul. (...) ks 200”;
- 7) 51.529,62 zł (41.529,62 zł netto) z faktury (...) dotyczącej robót „ul. (...) kd 300”;
- 8) 41.574 zł (33.800 zł netto) z faktury (...) dotyczącej robót „ul. (...)/Z. kds 200”;
- 9) 22.386 zł (18.200 zł netto) z faktury (...) dotyczącej robót „ul. (...)/(...) kd 300”;
- 10) 12.300 zł (10.000 zł netto) z faktury (...) dotyczącej robót „ul. (...)/(...) ks 200”;
- 11) 1.725,31 zł (1.402,69 zł netto) z faktury (...) dotyczącej robót „ul. (...)/(...)”;
- 12) 1.367,64 zł (1.111,90 zł netto) z faktury (...) dotyczącej robót „ul. (...) odgałęzienia boczne” (wezwanie, k. 58-59; (...), k. 60; pismo, k. 65 i n.).

23 grudnia 2011 r. do sądu wpłynął pozew powoda, w którym żądał zapłaty od pozwanego m.in. kwoty łącznie 318.031 zł tytułem roszczenia głównego tytułem częściowego wynagrodzenia przysługującego na podstawie umowy o roboty budowlane nr (...). W uzasadnieniu pisma wskazano, że kwota ta obejmuje częściowe roszczenie powoda składające się z kwoty 102.261 zł z tytułu niedopłaty wynagrodzenia za prace z częściowo wystawionych faktur VAT oraz kwoty 215.753 zł z tytułem wymagalnej, a zatrzymanej przez pozwanego kaucji gwarancyjnej (§ 11 pkt 2 i 3 umowy). Dodatkowo powód wskazał, że dochodzona należność nie uwzględnia pozostałej części wynagrodzenia, w którym to zakresie nie został jeszcze wystawione faktury; do pozwu zostało załączone zestawienie, z którego wynikało, że, niezależnie od kwot dochodzonych w tymże postępowaniu, do zafakturowania pozostała jeszcze suma 428.684,84 zł. W postępowaniu tym w piśmie datowanym na 6 czerwca 2012 r., pozwany podniósł zarzut potrącenia kwoty 237.802,26 zł z noty księgowej nr (...); już w piśmie procesowym z 18 czerwca 2012 r. powód odniósł się do tego zarzutu potrącenia (akta Sądu Okręgowego w Łodzi o sygn. X GC 32/12: pozew, k. 2 i n.; wyliczenie, k. 52-53; pisma procesowe, k. 561 i n. oraz 569).

Wyrokiem z 25 marca 2014 r., wydanym w sprawie o sygn. akt X GC 32/12, Sąd Okręgowy w Łodzi zasądził od pozwanego na rzecz powoda m.in. kwotę 318.014 zł tytułem roszczenia głównego. W uzasadnieniu orzeczenia wskazano, że zgodnie z niezakwestionowanym przez pozwanego wyliczeniem z tytułu wystawionych i niezapłaconych należności z faktur pozostała kwota 102.261 zł. Z kolei z dochodzonej kwoty zatrzymanej tytułem kaucji gwarancyjnej zasądzeniu podlegała kwota 215.753,18 zł, a więc kwota z przywołanego powyżej wyliczenia. Na koniec uzasadnienia wskazano, że pozwany nie zgłosił w przywołanym postępowaniu skutecznie zarzutu potrącenia kwoty 237.802,26 zł; zarzut ten był spóźniony (art. 479<sup>14</sup> § 2 KPC w brzmieniu redakcyjnym i numeracji obowiązujących do 2 maja 2012 r.), albowiem pozwany nie powołał się na niego w odpowiedzi na pozew (akta Sądu Okręgowego w Łodzi o sygn. X GC 32/12: wyrok, k. 729; uzasadnienie, k. 736 i n.).

Apelacja pozwanego od tego orzeczenia została oddalona wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 20 listopada 2014 r. wydanego w sprawie o sygn. akt I ACa 1028/14 (akta Sądu Okręgowego w Łodzi o sygn. X GC 32/12 – wyrok z uzasadnieniem, k. 785 i n.).

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

Powództwo, jako usprawiedliwione co do zasady, podlegało uwzględnieniu w części.

W niniejszej sprawie powód dochodził od pozwanego zapłaty za wykonane roboty budowlane (pozwany przyznał fakt zawarcia umowy z powodem). Zgodnie bowiem z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Z całą mocą należy tu zaznaczyć, że na rozprawie z 28 czerwca 2016 r. pozwany oświadczył, że poza zarzutem potrącenia, pozostałe zarzuty zgłoszone w niniejszej sprawie straciły aktualność (01:24:41 i n.). Nadto w sprzeciwie od wydanego w sprawie w elektronicznym postępowaniu upominawczym nakazu zapłaty pozwany przyznał, że strony zawarły umowę oraz że zlecone powodowi roboty zostały wykonane (k. 6v). W istocie oznacza to, że pozwany ostatecznie nie kwestionował (por. art. 316 § 1 KPC) powstania i wymagalności wierzytelności dochodzonej pozvem (zarzucał jedynie, że uległa ona umorzeniu wobec dokonanego potrącenia, ale to przedmiot dalszej części rozważań).

Mając to na uwadze należało zważyć, że po stronie powoda powstała wobec pozwanego wierzytelność o zapłatę kwoty 432.198,64 zł tytułem pozostałego do zapłaty wynagrodzenia z umowy z 15 września 2008 r.

Nie ma tu znaczenia zapis § 8 ust. 5 umowy, albowiem uzależnienie termin zapłaty wynagrodzenia na rzecz powoda od otrzymania przez pozwanego środków finansowych za dany odcinek robót od inwestora jest nieważne z mocy prawa (art. 58 § 3 KC) jako sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego (jak również przyjął to Sąd Okręgowy w Łodzi wyrokując w przedmiocie żądania przez powoda zapłaty przez pozwanego innej części wynagrodzenia z przedmiotowej umowy w sprawie o sygn. akt 32/12). W istocie nie ma tu znaczenia również dostrzeżenie, że – zgodnie z zapisami umowy – pozwany miał prawo zatrzymać część wynagrodzenia dochodzonego przez powoda w niniejszej sprawie tytułem kaucji gwarancyjnej; pamiętać bowiem należy, że kaucja ta podlegała zwrotowi (a więc wynagrodzenie i w tej części stawało się wymagalne) w dwóch transzach: pierwsza (70% zatrzymanej kwoty) w terminie 40 dni od daty odbioru końcowego wykonanych robót, ich przejścia do eksploatacji przez inwestora oraz wydania ostatniego świadectwa przejścia przez inwestora, skoro zaś ostatnie z tych zdarzeń miało miejsce 31 grudnia 2010 r., wynagrodzenie w tej części jest już wymagalne; zaś druga (30% zatrzymanej kwoty) w terminie 40 dni po wystawieniu świadectwa wykonania, na pisemny wniosek powoda, a skoro pozwany nie wykazał, aby w okresie gwarancji zgłoszono do robót wykonanych przez powoda roszczenia gwarancyjne, mogące wpływać na zasadność żądania zwrotu zabezpieczenia, i ta część wynagrodzenia była już wymagalna (także w tym zakresie do paralelnej konkluzji doszedł Sąd Okręgowy w Łodzi wyrokując w przedmiocie żądania przez powoda zapłaty przez pozwanego innej części wynagrodzenia z przedmiotowej umowy w sprawie o sygn. akt 32/12).

Ostatecznie strona pozwana ograniczyła się w niniejszej sprawie do podniesienia jedynie jednego zarzutu, a mianowicie zarzutu potrącenia wierzytelności wzajemnej z tytułu kary umownej z noty księgowej (...).

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutu powoda przedawnienia wierzytelności wzajemnej zgłoszonej do potrącenia. Należy tu wskazać, że – zgodnie z art. 120 § 1 KC bieg przedawnienia rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stało się wymagalne (zd. I); jeżeli wymagalność roszczenia zależy od podjęcia określonej czynności przez uprawnionego, bieg terminu rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony podjął czynność w najwcześniejszym możliwym terminie (zd. II). Skoro więc sam pozwany kary umowne nalicza od 11 czerwca 2010 r., wierzytelność o tak skonstruowaną karę umowną nie mogła stać się wymagalna przed tą datą. 3-letni



termin przedawniania takiej wierzytelności wzajemnej (jako związanej z prowadzeniem działalności gospodarczej – por. art. 118 in fine KC), liczony choćby od 11 czerwca 2010 r., upływał więc nie wcześniej – zgodnie z art. 112 KC – niż 11 czerwca 2013 r. Tymczasem w sprawie prowadzonej przed Sądem Okręgowym w Łodzi o sygn. akt X GC 32/12 pozwany już w piśmie z 6 czerwca 2012 r. zgłosił zarzut potrącenia (do tego zarzutu powód w przywołanym postępowaniu odniósł się już w piśmie z 18 czerwca 2012 r., a więc z całą pewnością oświadczenie o potrąceniu zostało złożone najpóźniej 18 czerwca 2012 r.); do tego czasu nie upłynął więc termin przedawnienia wierzytelności wzajemnej. Aktualnie zaś zdaje się dominować pogląd, zgodnie z którym podniesienie przez pozwanego zarzutu potrącenia przerywa bieg przedawnienia jego roszczenia (vide uchwała SN {7} z 19 października 2007 r. III CZP 58/07, OSNC 2008/5/44); co istotne, w treści przywołanego orzeczenia wskazano, że wniosek Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, który zainicjował wydanie przedmiotowej uchwały, dotyczył wypadków nieuwzględnienia zarzutu, co następuje z różnych przyczyn, np. (...) spóźnionego podniesienia zarzutu potrącenia albo wskazania dowodów; nadto w treści uzasadnienia uchwały przywołano art. 479<sup>14</sup> § 2 KPC w brzmieniu redakcyjnym obowiązującym do 2 maja 2012 r. Skutkuje to uznaniem, że podniesienie w sprawie X GC 32/12 zarzutu przedawnienia, nawet jeśli było nieskuteczne z uwagi na treść ostatnio przywołanego przepisu, wywołało skutek przerwania biegu terminu przedawnienia (art. 123 § 1 pkt 1 KC).

Jednocześnie jednak należy wskazać, że skutek przerwania biegu terminu przedawnienia nastąpił jedynie w zakresie tej części wierzytelności, jaka została zgłoszona do potrącenia. Odnosząc się do istoty potrącenia, wyrażoną w ograniczeniu umorzenia do niższej wysokości obydwu wierzytelności (por. art. 498 § 2 KC), a nadto pamiętając, że polski ustawodawca nie wiąże skutków prawnych z samym powstaniem i trwaniem stanu potrącalności, lecz właśnie ze złożeniem konstytutywnego oświadczenia materialnoprawnego o potrąceniu (por. art. 499 KC) i nie jest tu wystarczająca sama wola potrącenia, ale wymagane jest uzewnętrznione oświadczenie woli (A. Olejniczak {red}, System Prawa Prywatnego – tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna, Wydawnictwo C.H.Beck 2009, wyd. 1, str. 1129-1132), należy uznać, że przedmiotem rozpoznania sądu jest jedynie ta część wierzytelności wzajemnej, jaka została zgłoszona do potrącenia. Próbę rozciągnięcia tego skutku na część wierzytelności niezgłoszoną do potrącenia należałoby ocenić jako próbę wydłużenia terminu przedawnienia, niedozwoloną w świetle art. 123 § 1 KC. W stosunku do tej nadwyżki nie może być stosowany art. 123 § 1 pkt 1 KC; wykorzystanie tylko części wierzytelności wzajemnej przez pozwanego nie zmienia statusu pozostałej części, a wypływające z niej roszczenie podlega nadal działaniu czasu (vide przywołana już uchwała SN {7} III CZP 58/07).

Wierzytelność pozwanego o karę umowną ponad kwotę 237.802,26 zł (zgłoszoną do potrącenia w sprawie X GC 32/12) przedawniła się więc. Jak będzie bowiem wynikało z poniższych rozważań w zakresie okresu zwłoki pozwanego, okres ten zakończył się z całą pewnością już 31 grudnia 2010 r., a więc już 1 stycznia 2011 r. pozwany miał możliwość wezwania go do zapłaty kary umownej, i w tej dacie rozpoczął bieg terminu przedawnienia (por. art. 120 § 1 KC). Pamiętać bowiem należy, że najwcześniejszy termin w którym wierzyciel mógł podjąć czynność powodującą stan wymagalności to moment, w którym zrealizują się wszystkie przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej; już wówczas wierzyciel przez wezwanie dłużnika do spełnienia świadczenia odszkodowawczego może spowodować wymagalność powstałego na jego rzecz roszczenia (vide uchwała SN z 22 listopada 2013 r. III CZP 72/13, Lex 1391775); jednocześnie bieg tego terminu rozpoczyna się niezależnie od świadomości uprawnionego co do przysługiwania mu roszczenia (vide wyrok SN z 24 kwietnia 2003 r. I CKN 316/01, OSNC 2004/7-8/117). Okres ten upływał więc – zgodnie z art. 112 i 115 KC – 2 stycznia 2014 r. Zaś sprzeciw od nakazu zapłaty w niniejszej sprawie pozwany wniósł w marcu 2014 r., a więc już po upływie terminu.

Innymi słowy nie przedawniła się wierzytelność pozwanego o zapłatę kwoty 237.802,26 zł. Jak bowiem wskazano, także w zakresie zarzutu potrącenia przedawnienie przerwane w wyniku zainicjowania określonych czynności nie biegnie do chwili zakończenia postępowania, bez względu na treść wyroku (vide przywołana już uchwała SN {7} III CZP 58/07), co znajduje odzwierciedlenie w art. 124 § 2 KC.

Przy czym dla merytorycznej zasadności takiego zarzutu (istnienia wierzytelności wzajemnej) nie ma tu znaczenia fakt nieuwzględnienia zarzutu potrącenia tej części wierzytelności wzajemnej w sprawie X GC 32/12, albowiem

niewwzględnienie zarzutu potrącenia nie stoi na przeszkodzie w późniejszym dochodzeniu tym zarzutem roszczenia (vide zamiast wielu uchwała SN z 20 listopada 1987 r. III CZP 69/87, OSNC nr 4 z 1989 r., poz. 64); ad minori ad maius nie stoi na przeszkodzie nieskuteczne zgłoszenie takiego zarzutu.

Zgodnie z art. 498 § 1 KC gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Z uwagi że obie wierzytelności są wymagalne (jak już wskazano wierzytelność wzajemna co najmniej w zakresie kwoty 237.802,26 zł) oraz pieniężne, a nadto że powód udowodnił swoją wierzytelność, ciężar rozważań przeniesiony został na kwestię istnienia i wysokości wierzytelności wzajemnej pozwanego.

Zgodnie z art. 483 § 1 KC można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Taką klauzulę strony zawarły w § 12 ust. 4 lit. a tiret drugie umowy, gdzie powód zobowiązał się do zapłaty pozwanemu kary umownej za opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy w wysokości 1% wynagrodzenia wykonawcy brutto (określonego w § 7 ust. 1), za każdy dzień opóźnienia, jednak nie więcej niż 20% wynagrodzenia wykonawcy brutto.

Pozwany karę umowną naliczał od 11 czerwca 2010 r. (nie ma więc znaczenia, w jakim zakresie strony przesunęły termin wykonania umowy na 10 czerwca 2010 r., skoro nawet w zakresie nieobjętym aneksem pozwany nalicza karę umowną od 11 czerwca 2010 r.).

Należy odnieść się tu do kwestii podzielności świadczenia powoda. Sama kwestia podzielności świadczenia niepieniężnego (podzielność przedmiotu świadczenia albo samego świadczenia) z umowy o roboty budowlane jest sporna i skomplikowana (vide wyrok SN z 9 lipca 2009 r. III CSK 341/08, Lex 584753). Sąd Okręgowy w Łodzi w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę przychylił się do stanowiska, zgodnie z którym o tym, czy świadczenie niepieniężne przewidziane w umowie o roboty budowlane jest podzielne, czy niepodzielne, decydują przede wszystkim postanowienia umowy (vide wyrok SN z 4 czerwca 2009 r. III CSK 337/08, Lex 512064). Należy więc wskazać, że skoro strony w umowie owo świadczenie charakterystyczne podzieliły na dwa etapy: I i II, to w ocenie sądu w tym samym miejscu leży linia umożliwiająca delimitację świadczeń powoda z punktu widzenia art. 379 § 2 KC, a więc jako podzielnych; skoro bowiem strony część robót powoda określiły jako etap I, a część jako etap II, to tym samym – w ocenie sądu – należy przyjąć, że roboty budowlane powoda mogą być spełnione w zakresie jedynie etapu I (albo etapu II) bez istotnej zmiany ich przedmiotu lub wartości. Z kolei dalsze podziały w ramach etapów – w ocenie sądu – nie mają znaczenia dla podzielności świadczenia powoda, a jedynie dla kwestii rozliczeń finansowo-rzeczowych (brak jakichkolwiek innych racji dla rozróżnienia podziały świadczenia powoda raz na etapy, a dwa na ulice); innymi słowy o ile podział robót na ulice miał znaczenie dla rozliczeń rzeczowo-finansowych, o tyle podział wyższego rzędu, a więc na etapy, miał znaczenia dla przedmiotu i wartości tych robót, a więc ich podzielności. Rekapitulując roboty w ramach etapu II, niezależnie że dotyczyły poszczególnych ulic, nie były podzielne.

Powyższe rozważania mają o tyle znaczenie, że na etap I składała się wyłącznie realizacja prac w ul. (...); w zakresie tych robót już 30 listopada 2009 r. podpisano świadectwo przejścia (nr (...)), a więc w tym zakresie powód zakończył prace zanim pozwany zaczął naliczać karę umowną, a więc kara umowna w tym zakresie nie należała się. Skoro zaś całość świadczenia powoda z etapu II musi być traktowana jako niepodzielna (albowiem ujęta w jednym etapie robót), to nie ma znaczenia, czy część została ukończona wcześniej, czy później; ostatnie świadectwa przejścia zostały w tym zakresie podpisane 31 grudnia 2010 r. i do tej daty powód winien być traktowany jako znajdujący się w opóźnieniu, a więc przez łącznie 204 dni (20 dni czerwca {od 11-go}, 31 dni lipca, 31 dni sierpnia, 30 dni września, 31 dni października, 30 dni listopada i 31 dni grudnia).

Wynagrodzenie za etap II wynosiło 1.699.507 zł netto (suma wartości wszystkich prac wchodzących na etap II), a więc 2.073.398,54 zł brutto (przy zastosowaniu 22% stawki PTU z § 7 ust. 2 umowy). Kara umowna za 1 dzień opóźnienia

– zgodnie z § 12 ust. 4 lit. a tiret pierwsze umowy – wynosiła więc 20.733,99 zł. Jednocześnie jednak nie mogła ona – zgodnie z przywołanym zapisem – wyższa niż 20% wynagrodzenia, a więc 414.679,71 zł.

Na marginesie można wskazać na jedną ciekawą rzecz. Z uwagi na wysokość dziennej kary umownej (1% wynagrodzeni) oraz jej ograniczenie do 20% wynagrodzenia, w istocie można przyjąć, że pozwanemu należała się kara umowna za 20 dni opóźnienia (symplifikując). Skro zaś pozwany nalicza karę umowną od 11 czerwca 2010 r., należała mu się kara umowna do 30 czerwca 2010 r. To, oraz rozważania w zakresie niepodzielności świadczenia powoda z każdego z etapów umowy, w istocie zbędnym czynią szczegółowe rozważania w zakresie, kiedy powód wykonał swoje zobowiązanie. Bowiem w zakresie świadectwa przekazania nr 761/Zo7 ostatni protokół odbioru robót ulegających zakryciu podpisano 23 lipca 2010 r., a więc z całą pewnością roboty te nie zostały zakończone do 30 czerwca 2010 r. Także z tego względu należy przyjąć, że z całą pewnością przez cały okres od 11 czerwca 2010 r. do 30 czerwca 2010 r. powód pozostawał w opóźnieniu z wykonaniem etapu II umowy.

Pamiętając więc, że wierzytelność wzajemna w zakresie wykraczającym poza kwotę 237.802,26 zł przedawniła się z upływem 2 stycznia 2014 r., uznać należy, że z kwoty kary umownej w wysokości 414.679,71 zł nieprzedawniona jest jedynie kwota 237.802,26 zł. Należy tu jednak wskazać, że – zgodnie z art. 502 KC – wierzytelność przedawniona może być potrącona, jeżeli w chwili, gdy potrącenie stało się możliwe, przedawnienie jeszcze nie nastąpiło. Wierzytelności powoda dochodzone w sprawie powstały najpóźniej 28 grudnia 2011 r. (data wystawienia faktów), a ówczasie żadna część wierzytelności wzajemnej z tytułu kary umownej nie była przedawniona; do potrącenia w niniejszej sprawie pozwana mogła więc przedstawić przedawnioną wierzytelność wzajemną z kary umownej. Z drugiej strony nawet jeśli odnieść się do tej części dochodzonego w sprawie roszczenia, w jakiej potencjalnie w 2011 r. pozwanemu przysługiwało prawo zatrzymania części wynagrodzenia tytułem kaucji gwarancyjnej, to i ta część wynagrodzenia powoda stała się wymagalna przed wydaniem wyroku, a więc potencjalnie może podlegać potrąceniu z tą częścią wierzytelności wzajemnej pozwanej, która aktualnie nie uległa przedawnieniu.

W orzecznictwie prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym wniosek o oddalenie żądania kary umownej zawiera również żądanie zmniejszenia tej kary (vide wyroki SN z: 14 lipca 1976 r. I CR 221/76, OSNC 1977, z. 4, poz. 76; 16 lipca 1998 r. I CKN 802/97, OSNC 1999, z. 2, poz. 32). Zgodnie zaś z art. 484 § 2 KC jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Ad primo wskazać należy, że właśnie całość zobowiązania powoda została wykonana (co pozwany przyznał wprost w sprzeciwie od wydanego w sprawie w elektronicznym postępowaniu upominawczym nakazu zapłaty {k. 6v}), co już przemawia za miarkowaniem kary umownej.

Ad secundo pamiętać należy, że kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (vide wyrok S.A. w Katowicach z 17 grudnia 2008 r. V ACa 483/08, Lex 491137), a kryterium oceny rażącego wygórowania takiej kary może być relacja jej wysokości do odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych (vide wyrok SN z 11 października 2007 r. IV CSK 181/07, OSNC-ZD 2008, z. 2, poz. 48). Mając to na uwadze można wskazać, że o ile udowodniono, że również pozwany został obciążony karą umowną przez inwestora za opóźnienie (czy zwłokę), to pozwany nie udowodnił wysokości obciążającej go kary umownej. Innymi słowy o ile fakt poniesienia szkody jako takiej przez pozwanego uzasadnia obciążenie powoda karą umowną, o tyle już nieudowodnienie przez pozwanego wysokości własnej szkody przemawia na rzecz miarkowania kary umownej.

Niezależnie od tego można wskazać, że za okoliczność przemawiającą za miarkowaniem kary umownej należy uznać fakt, że była ona zastrzeżona na wypadek samego opóźnienia powoda, a więc niezależnie od jego winy; o ile dopuszczalność takiego zastrzeżenia nie może budzić wątpliwości (szczególnie w świetle art. 473 § 1 KC), o tyle w takim wypadku kwestia braku winy może być brana pod uwagę właśnie przy miarkowaniu jej wysokości (vide przykładowo wyrok S.A. w Katowicach z 1 lutego 2013 r. V ACa 721/12, Legalis 719151).

Z powyższych względów sąd uznał, że przedmiotowa kara umowna winna ulec miarkowaniu do wysokości jej  $\frac{1}{4}$ . Pozwanemu przysługiwała więc wierzytelność wzajemna w wysokości  $\approx 103.669,93$  zł ( $\frac{1}{4}$  z 414.679,71).

Skoro więc powodowi przysługiwała wierzytelność o wynagrodzenie w wysokości 432.198,64 zł, na skutek złożonego przez pozwanego (dysponującego wierzytelnością wzajemną w wysokości 103.669,93 zł) oświadczenia o potrąceniu, obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej (art. 498 § 2 KC). PO stronie powoda pozostała więc jedynie wierzytelność o zapłatę kwoty 328.528,71 zł i w tej części roszczenie główne podlegało uwzględnieniu.

Już powyższe zważenie, z uwagi na akcesoryjność materialną roszczenia o odsetki względem roszczenia głównego (por. art. 481 § 1 KC) przesądzało, że usprawiedliwione co do zasady było żądanie odsetek od kwoty 328.528,71 zł (accessorium sequitur principale). Natomiast żądanie odsetek od roszczenia głównego w pozostałej części podlegało oddaleniu (na marginesie można wskazać, że skoro oświadczenie ma moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe {art. 499 zd. II KC}, a jednocześnie wierzytelność wzajemna pozwanego była wcześniej wymagalna {jak wskazano 1 stycznia 2011 r.} niż wierzytelność dochodzona pozew {faktury z 2011 r.}, to w zakresie umorzonej na skutek potrącenia wierzytelności nie powstały po stronie powoda jakiegokolwiek odsetki).

Odsetki te należały się zgodnie z żądaniem od 29 lutego 2012 r. Niezależnie bowiem od faktu, że pozwany ostatecznie nie kwestionował wymagalności roszczenia należy wskazać, że roboty powoda z całą pewnością zakończyły się 31 grudnia 2010 r., zaś faktury jako termin płatności wskazują 9 lutego 2012 r., i brak jest podstaw do kwestionowania twierdzenia powoda, że doręczył je pozwanemu 28 lutego 2012 r. (k. 3v).

Wreszcie należy wskazać, że powód żądał tzw. „ustawowych odsetek” (k. 3 i 16v). W tym zakresie przede wszystkim należy wskazać na treść art. 56 ustawy z 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015 r., poz. 1830); zgodnie z tym przepisem do odsetek należnych za okres kończący się przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy (co miało miejsce 1 stycznia 2016 r. zgodnie z art. 57 tejże noweli) stosuje się przepisy dotychczasowe. Oznacza to, że za okres do 31 grudnia 2015 r. powódce należą się odsetki których wysokość jest ustalana zgodnie z art. 359 § 3 KC w brzmieniu redakcyjnym i numeracji obowiązujących do 31 grudnia 2015 r. (por. art. 481 § 2 zd. I KC w brzmieniu redakcyjnym i numeracji obowiązujących do 31 grudnia 2015 r.) – a więc odsetki w wysokości odsetek ustawowych. Również za okres od 1 stycznia 2016 r. należały się odsetki w wysokości odsetek ustawowych obliczonych na podstawie art. 359 § 2 KC w brzmieniu redakcyjnym i numeracji obowiązujących od 1 stycznia 2016 r. Zasądzeniu odsetek w wysokości odsetek ustawowych za opóźnienie sprzeciwia się art. 4a ustawy z 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U. 2013 r., poz. 403 w brzmieniu redakcyjnym obowiązującym od 1 stycznia 2016 r. {por. przywołany art. 56 noweli}), zgodnie z którym do transakcji handlowych nie stosuje się przepisu art. 481 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. Powód zaś nie żądał odsetek ustawowych za opóźnienie w transakcjach handlowych, a więc zasądzeniu odsetek w takiej wysokości sprzeciwiał art. 321 § 1 KPC.

Mając na uwadze powyższe – na podstawie przywołanych przepisów – należało zasądzić od pozwanego na rzecz powoda kwotę 328.528,71 zł wraz z odsetkami w wysokości odsetek ustawowych. Powództwo w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

W niniejszej sprawie powód wygrał w zakresie kwoty 328.528,71 zł – w zakresie zasądzonej na jego rzecz kwoty roszczenia głównego; wygrał więc co do  $\frac{3}{4}$  swojego żądania ( $\frac{328.528,71}{432.198,64} \approx 0,76$ ) i w tej samej części uległ w sprawie pozwany; z kolei odpowiednio pozwany wygrał co do  $\frac{1}{4}$  swojego żądania oddalenia powództwa w całości i w tej części uległ powód. Z powyższego względu koszty procesu należało stosunkowo rozdzielić między strony, stosownie do zakresu, w jakim uległy w sprawie. Zgodnie bowiem z art. 100 zd. I KPC, w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań koszty będą wzajemnie zniesione lub stosunkowo rozdzielone. Na marginesie można wskazać, że z uwagi na zakres, w jakim powód uległ w sprawie, brak było podstaw do włożenia na pozwanego obowiązku ponoszenia całości kosztów w sprawie.

Powód poniósł koszty procesu w wysokości 12.620 zł, na którą to sumę składały się koszty sądowe w postaci opłaty od pozwu (art. 13 ust. 1 w zw. z art. 19 ust. 2 pkt 2 i art. 21 uKSC) w wysokości 5.403 zł oraz koszty zastępstwa procesowego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 7.200 zł (§ 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu {tj. Dz.U. poz. 461 z 2013 r.}; por. § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie {Dz.U. 2015 r., poz. 1800}) i 17 zł tytułem opłaty skarbowej od złożenia kopii dokumentu stwierdzającego udzielenie pełnomocnictwa w postępowaniu sądowym (k. 21 i 22). Z kolei pozwany poniósł jedynie koszty zastępstwa procesowego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości w wysokości 7.200 zł (por. § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu {j.t. Dz.U. 2013 poz. 490}; por. § 21 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych {Dz.U. 2015 r., poz. 1804}); pozwany do złożonego pełnomocnika nie załączył dowodu uiszczenia od niego opłaty skarbowej (k. 105).

W konsekwencji strony poniosły łącznie koszty procesu w wysokości 19.820 zł (12.620 + 7.200), które powoda winny ostatecznie obciążać w 1/4 ich wysokości; powód więc winien ostatecznie ponieść, tytułem kosztów procesu, kwotę 4.955 zł. Mając na uwadze, że powód poniósł fatyczne koszty procesu w wysokości 12.620 zł, należał mu się od pozwanego zwrot z tego tytułu kwoty 7.665 zł.

Mając na uwadze powyższe – na podstawie art. 108 § 1 zd I KPC oraz art. 109 § 2 KPC w zw. z przywołanymi przepisami – sąd postanowił zasądzić od pozwanego na rzecz powoda powyższą kwotę 7.665 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.