

Sygn. akt **XX GC 248/16**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 kwietnia 2018 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Gospodarczy XX Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący SSO Agnieszka du Château

Protokolant Jakub Brodowski

po rozpoznaniu 19 kwietnia 2018 r. w W.

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółka akcyjna w C. (Republika W.)

przeciwko (...) spółka akcyjna w M. (Królestwo H.), (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

o zapłatę 112.166 złotych

I. Oddala powództwo.

II. Zasądza od powoda (...) spółka akcyjna w C. M. (Republika (...)) na rzecz pozwanych (...) spółka akcyjna w M. (Królestwo H.), (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 5434 zł (pięć tysięcy czterysta trzydzieści cztery złote) tytułem zwrotu kosztów procesu.

III. Nakazuje pobrać od powoda (...) spółka akcyjna w C. M. (Republika (...)) na rzecz Skarbu Państwa – kasy Sądu Okręgowego w Warszawie kwotę 102,56 zł (sto dwa złote i 56/100) tytułem zwrotu wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa.

SSO Agnieszka du Château

Sygn. akt XX GC 248/16

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 28 marca 2016 r. powód M. S. w C. M. (Republika (...)) wniósł o zasądzenie solidarnie od pozwanych (...) S.A. w M. (Królestwo H.) i (...) spółki akcyjnej w W. kwoty 112.166,00 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie oraz kosztów procesu.

W uzasadnieniu podał, że w ramach umowy zawartej z pozwanymi, działającymi w ramach konsorcjum, wykonywał roboty budowlane. Zgodnie z zawartą umową strony umówiły się, że tytułem zabezpieczenia realizacji zleconych robót, konsorcjum dokona potrącenia na poczet zabezpieczenia każdorazowo 10% wartości umowy brutto. Zabezpieczenie to miało następnie być zwrócone powodowi przez zamawiającego w terminie 30 dni, od upływu 12 miesięcy, po uprzednim wezwaniu do zwrotu, z zastrzeżeniem, że powód pozostawi na zabezpieczenie roszczeń z tytułu wad i szkód 30% wartości wysokości zabezpieczenia. Pomimo wystąpienia z żądaniem zwrotu kaucji gwarancyjnej pozwany nie zapłacił.

W odpowiedzi na pozew z dnia 23 maja 2016 r. pozwani wnieśli o oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda kosztów postępowania według norm przepisanych (odpowieź na pozew – k.81).

Strona pozwana nie kwestionowała zasadności żądania powoda zwrotu kwoty kaucji gwarancyjnej jak i jego wysokości. Pozwani złożyli oświadczenie o dokonaniu potrącenia wierzytelności powoda dochodzonej pozwem z kwotą stanowiącą wierzytelność wzajemną pozwanych wobec powoda z tytułu kosztów poniesionych w ramach zastępczego usunięcia wad i usterek oraz naliczonej kary umownej; żądali oddalenia powództwa, zasądzenia kosztów. Uzasadniając istnienie wierzytelności przedstawionej do potrącenia pozwani wskazali, że prace wykonane przez powoda dotknięte były wadami, których powód mimo wezwania nie usunął w wyznaczonym terminie. Z tego względu pozwani zlecili usunięcie wad podmiotowi trzeciemu oraz obciążyli powoda karą umowną za nieusunięcie wad w terminie, wystawiając notę obciążeniową.

W replice na odpowiedź na pozew z dnia 22 czerwca 2016 r. strona powodowa podtrzymała powództwo (pismo – k.122). Powód zakwestionował istnienie wierzytelności przedstawionej przez pozwanych do potrącenia co do zasady oraz co do wysokości.

W dalszym toku postępowania stanowisko stron nie uległo zmianie.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Powód M. S. w C. M. (Republika (...)) zawarł w dniu 30 sierpnia 2013 r. z pozwanymi (...) S.A. w M. (Królestwo H.) i (...) spółką akcyjną w W. działającymi jako Konsorcjum umowę o podwykonawstwo o nr (...), której integralną częścią były załączniki nr (...) (umowa – k.37-53, załącznik nr(...) – k.53v, załącznik nr (...) – k.54, załącznik nr (...) – k.55, załącznik nr(...) – k.59, zeznania świadka M. S. k. 206-207, czas 00:12:48;

okoliczność bezsporna).

Przedmiotem zawartej między stronami umowy było wykonanie prac określonych w załączniku nr (...) do umowy, w ramach inwestycji realizowanej przez Konsorcjum na rzecz Skarbu Państwa – statio fisci Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: GDDKiA) z dnia 28 grudnia 2011 r. o nr (...), polegających na:

1. wykonaniu ogrodzenia,
2. ustawieniu ogrodzenia z siatki stalowej o wysokości 2,2 m, ogrodzenia z siatki stalowej o wysokości 2,4 m,
3. wykonaniu bram w ogrodzeniu z siatki stalowej w ramach z kątownika, furtek w ogrodzeniu z siatki stalowej w ramach kątownika

(§1 pkt 1 i 2 umowy, załącznik nr 1 – k.53v).

Termin realizacji zleconych prac określał załącznik nr 2 do umowy podwykonawstwa (§2 pkt 1 umowy). W § 4 pkt 1 umowy strony ustaliły, że za wykonane przez powoda prace Konsorcjum dokona zapłaty wynagrodzenia, które będzie miało charakter ryczałtowy według cen wskazanych w załączniku nr 1 do umowy podwykonawstwa. Zapłata wynagrodzenia nastąpić miała na podstawie wystawionej przez powoda faktury VAT, płatnej w terminie 30 dni od dostarczenia Konsorcjum (§4 pkt 10 i 11 umowy). Strony w §4 pkt 12 umowy zastrzegły, że pozwani mają prawo dokonać potrącenia swoich należności wobec powoda, wynikających z niniejszej umowy, w szczególności z tytułu kary umownej lub innych, w formie pomniejszenia należności powoda w dokumencie płatności. Dodatkowo strony ustaliły, że w przypadku zaniechania przez powoda wykonania czynności, do których na mocy zawartej umowy był zobowiązany, pozwani po uprzednim wezwaniu pisemnym do podjęcia tych czynności w wyznaczonym terminie oraz po bezskutecznym upływie tego terminu, mogą zlecić wykonanie zastępcze tych czynności oraz koszty z tego tytułu potrącić z wynagrodzenia należnego powodowi (§4 pkt 14 umowy).

W §5 umowy wskazano, że powód udziela pozwany zabezpieczenia wykonania umowy oraz usunięcia wad i usterek w wysokości i na zasadach określonych w pkt III Załącznika nr 3. Zgodnie z treścią pkt III ust 1 Załącznika nr 3 do umowy, zabezpieczenie wykonania wynosiło 10% wartości umowy brutto z każdej kolejnej płatności przysługującej powodowi od pozwanych. Zabezpieczenie wykonania umowy miało zostać powodowi zwrócone w terminie 30 dni, od upływu 12 miesięcy od otrzymania przez pozwanych od zamawiającego Świadczenia Przyjęcia i po złożeniu przez powoda pisemnego wniosku o zwrot zajętej części wynagrodzenia, przy czym strony zastrzegły, że Konsorcjum pozostawi na zabezpieczenie roszczeń z tytułu wad i szkód 30% wartości zabezpieczenia wykonania (pkt III ust 3 Załącznik nr 3 do umowy).

W dalszej części umowy strony ustaliły, że w przypadku stwierdzenia opóźnienia lub nieprawidłowej jakości wykonanych przez powoda prac, o fakcie tym Konsorcjum pisemnie powiadomi powoda. Po bezskutecznym wezwaniu powoda do usunięcia powstałych opóźnień lub nieprawidłowości w jakości prac, pozwani uprawnieni byli do powierzenia części prac innemu podmiotowi i potrącenia wszelkich poniesionych w związku z tym kosztów z wynagrodzenia należnemu powodowi (§9 pkt 1 umowy). Strony zastrzegły w umowie, że w przypadku niedotrzymania przez powoda terminów na usunięcie wad oraz wykonania drobnych prac zaległych stwierdzonych w świadectwie przyjęcia przez inwestora, Konsorcjum uprawnione będzie do naliczenia kary umownej, której wysokość określał pkt II ust 20 Załącznika nr (...) (§9 pkt 5 umowy). Zgodnie z pkt II ust 20 Załącznika nr (...) wysokość kary umownej przewidzianej w §9 pkt 5 umowy, wynosiła 5.000,00 zł za każdy dzień opóźnienia.

W treści §10 umowy strony uregulowały procedurę dotyczącą usuwania wad i usterek związanych z udzieloną przez powoda gwarancją i rękojmią. Strony ustaliły w ramach tej procedury, że w przypadku wykrycia wady pozwani zawiadomią o fakcie tym stronę powodową, wyznaczając jednocześnie termin i miejsce oględzin. Istnienie wady stwierdzone miało być w ramach protokołu z oględzin, przy czym w przypadku braku zgody stron co do tego czy wada istnieje oraz jej zakresu decydować miało zdanie pozwanych jako wykonawcy. Nieobecność powoda w terminie i miejscu oględzin, nie stanowiła przeszkody w samodzielnym stwierdzeniu istnienia wady przez wykonawcę. W przypadku stwierdzenia istnienia wad Konsorcjum uprawnione było do żądania ich usunięcia, wyznaczając jednocześnie stronie powodowej termin do ich usunięcia z zastrzeżeniem, że w przypadku nieusunięcia wykrytych wad w terminie, lub też odmowy do ich usunięcia stronie pozwanej będzie przysługiwało uprawnienie do ich usunięcia na koszt powoda (§10 pkt 2 umowy). Strony uzgodniły również, że koszty usunięcia wad lub usterek miały być potrącone z należności przysługujących powodowi, lub z kwoty zatrzymanej w ramach kaucji gwarancyjnej, po uprzednim wystawieniu przez stronę pozwaną odpowiedniej faktury korygującej (§10 pkt 4 umowy). Udzielenie gwarancji przez powoda dokonane zostało na zasadach, warunkach i w terminach odpowiadających gwarancji jakości do jakiej udzielenia zobowiązana była strona pozwana na podstawie umowy z zamawiającym, z którą strona powodowa w chwili zawarcia umowy się zapoznała oraz, którą akceptowała, zobowiązując się do usuwania wad w pracach zgodnie z warunkami i we wskazanych w dokumencie tym terminach (§10 pkt 5 umowy).

Zgodnie pkt 4 ust 2 zaakceptowanej przez powoda Gwarancji Jakości - wady nieistotne nie wpływające na eksploatację części przedmiotu kontraktu miały być usuwane w terminie 48 godzin od chwili powiadomienia (Gwarancja Jakości – k.99).

Wszelkie pisemne zawiadomienia w ramach realizacji przedmiotowej umowy strony zobowiązały się wzajemnie doręczać na adresy wskazane w załączniku nr 3 do umowy (§13 pkt 1 umowy). Zgodnie z załącznikiem 3 pkt II ust 24 pisemne zawiadomienia do powoda miały być kierowane na adres: M. S., M. S., (...), (...) P., W.” lub „E., (...) , (...) - (...) Ł.” (załącznik nr 3 – k.57).

Zgodnie z zawartą umową powód wykonał w całości zleczone przez pozwanych roboty budowlane. W związku z wykonaniem części robót powód w dniu 27 listopada 2013 r. wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 390.270,55 złotych brutto. Z faktury tej zgodnie z treścią zawartej umowy pozwany dokonał potrącenia na poczet zabezpieczenia należytej jakości wykonania 10% wartości brutto wynagrodzenia w wysokości (...) zł. Następnie za pozostałą część wykonanych robót w dniu 22 kwietnia 2014 r. powód wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę (...) złotych brutto. Z faktury tej pozwany zgodnie z treścią zawartej umowy dokonał potrącenia na poczet zabezpieczenia należytej jakości wykonania

10% wartości brutto wynagrodzenia w wysokości (...) zł tytułem zabezpieczenia wykonania (faktura – k.62, faktura – k.63, płatność przejściowa – k.64, zeznania świadka M. S. k. 206-207, czas 00:12:48, 0:19:15;

okoliczność bezsporna).

Wobec realizacji zleconych robót, w dniu 22 kwietnia 2014 r. pomiędzy stronami doszło do zawarcia porozumienia w sprawie końcowego rozliczenia umowy (porozumienie – k.73, zeznania świadka J. D. k. 169-17, czas 00:12:00).

W ramach zawartego porozumienia strona ustaliły, że powód udzielił zgody Konsorcjum na dokonanie potrącenia kwoty 150.000,00 zł z całkowitej kwoty wynagrodzenia z tytułu wykonawstwa zastępczego zastosowanego przez pozwanych jednocześnie zastrzegając, iż że kwota ta wyczerpuje wszelkie roszczenia pozwanych związane z wykonanymi przez powoda robotami, jednak za wyjątkiem roszczeń związanych z rękojmią i gwarancją (pkt 1 porozumienia).

W trakcie prowadzonych przez GDDKiA przeglądów, które miało miejsce w dniu 13 sierpnia 2014 okazało się, że wykonane w ramach umowy z dnia 30 sierpnia 2013 r. przez powoda roboty były obciążone wadami w zakresie prac polegających na ogrodzeniu drogi oraz montażu słupków. O fakcie wykrycia wad i usterek w pracach wykonywanych przez powoda dotyczących ogrodzenia trasy (...), w szczególności osadzenia słupków, GDDKiA poinformowała pisemnie z dnia 14 sierpnia 2013 r. Konsorcjum, wzywając jednocześnie do podjęcia natychmiastowych działań (pkt 3 pisma GDDKiA – k.105, załączniki do pisma GDDKiA – k.106-108, zeznania świadka T. S. k. 170-171, czas 00:39:00, zeznania świadka M. M. (2) k. 208-209, czas 00:44:00).

Pismem z dnia 22 września 2014 r. Konsorcjum przesłało do powoda pisemne zawiadomienie o stwierdzeniu istnienia wad i usterek w wykonanych pracach, wzywając jednocześnie do ich usunięcia w terminie do dnia 29 września 2014 r., pod rygorem ich zastępczego usunięcia na koszt powoda oraz naliczenia kary umownej za opóźnieniem. Pismo to zostało odebrane przez powodową spółkę w dniu 26 września 2014 r. (korespondencja – k.104, zpo – k.109).

Ponieważ powód nie przystąpił do usunięcia wad i usterek w wyznaczonym terminie oraz zgodnie z treścią udzielonej w ramach wykonanych robót Gwarancji Jakości, pozwani w dniu 08 października 2014 r. zlecieli ich zastępcze usunięcie firmie (...). W związku z zastępczym usunięciem usterek firma (...) wykonała usunięcie usterek związanych z ogrodzeniem drogi oraz montażem słupków w dwóch etapach postaci: montażu brakującego słupka ogrodzenia, montaż 4 mb siatki ogrodzeniowej na drodze (...), wykonanie zakończenia balustrady przy wiadukcie nr (...), poprawienie naciągu siatki na odcinku 19 mb pod (...), wyrównanie wysokości słupków ogrodzeniowych w ilości 42 na trasie (...). W ramach zastępczego usunięcia wad i usterek firma (...) obciążyła stronę pozwaną kosztami w kwocie 1.836,00 zł (zlecenie - k.110, 111, protokoły odbioru – k.112, 113, faktura – k.114, k.115, zeznania świadka T. S. k. 170-171, czas 00:50:00).

W dniu 22 grudnia 2014 r. wydane zostało Świadcstwo Wykonania potwierdzające wykonanie zobowiązań ciążących na powodzie w ramach realizowanej umowy. W związku z wydaniem przez zamawiającego Świadcstwa Wykonania, dnia 25 września 2015 r. powód pisemnie zwrócił się do pozwanego o zwrot kaucji gwarancyjnej potrąconej z faktur nr (...), stanowiącej równowartość 70% zatrzymanej kaucji w łącznej wysokości 112.166,00 zł (świadcstwo - k.65, wniosek o zwrot – k.67;

okoliczność bezsporna).

W odpowiedzi na żądanie zwrotu kaucji, pismem z dnia 03 grudnia 2015 r. pozwani wezwali powoda o zapłatę kwoty 366.836,00 zł w terminie 3 dni od dnia otrzymania pisma z tytułu wystawionej w dniu 03 grudnia 2015 r. noty obciążeniowej o nr (...), obejmującej koszty zastępczego usunięcia wad i usterek 1492,68 zł oraz naliczonych kar umownych za brak usunięcia wad i usterek w wyznaczonym terminie 365.000,00 zł. Pismo to zostało doręczone i odebrane przez osobę wyznaczoną do kontaktów z powodem w dniu 11 grudnia 2015 r. W odpowiedzi na to wezwanie strona powodowa odmówiła jednak zapłaty żądanej kwoty (korespondencja – k.68, nota obciążeniowa – k.69, korespondencja – k.70, porozumienie – k.73, zawiadomienie o sporze – k.71, zpo – k.109).

W dniu 20 maja 2016 r. pozwany (...) S.A. oraz w dniu 23 maja 2016 r. pozwani złożyli oświadczenie o potrąceniu wierzytelności wzajemnej wobec powoda wynikającej z noty obciążeniowej nr (...) z dnia 03 grudnia 2015 r. w kwocie 366.836,00 zł - z wierzytelnością dochodzoną pozwem w kwocie 112.166,00 zł (oświadczenie – k.84,127, zpo – k. 128).

Powód odmówił zasadności zarzutu potrącenia (korespondencja – k. 126)

Powyższy stan faktyczny Sąd I instancji ustalił w oparciu o powołane wyżej dowody z dokumentów dołączonych do pozwu oraz dowód z zeznań świadków J. D., T. S., M. S., M. M. (2). Autentyczność przedstawionych dowodów z dokumentów nie była kwestionowana przez strony. Nie zachodzą żadne okoliczności poddające w wątpliwość ich wiarygodność, pochodzenie, treść dokumentów.

Ustalając stan faktyczny Sąd oparł się także na dowodach osobowych. Zeznania świadków w przeważającym zakresie Sąd ocenił jako przydatne dla ustalenia okoliczności sprawy, nadał im walor wiarygodności. Wypowiedź świadków koresponduje ze sobą, zeznania są logiczne, szczegółowe. Sąd nie dał wiary zeznaniom świadka M. S. jedynie w zakresie nieotrzymania przez powoda wezwania do usunięcia wad. Wypowiedź jest sprzeczna z dowodem z dokumentu wezwania wraz z dowodem nadania. Świadek tej okoliczności mógł nie pamiętać, bądź informacji tej współpracownicy mu nie przedstawili.

Sąd uznał za nieprzydatne, mało istotne w sprawie zeznania świadka S. M.. Nie miał wiedzy na temat istoty sporu, w tym rozliczeń stron i wezwania powoda do usunięcia wad z uwagi na sprawowaną funkcję i czas pracy na rzecz powoda.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Powództwo należało oddalić.

Mając na uwadze reguły postępowania dowodowego, obowiązek przedstawienia dowodów zmierzających do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy spoczywa na stronach, a ciężar udowodnienia faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie spoczywa na stronie, która z tych faktów wywodzi skutki prawne – art. 6 k.c. w zw. z art. 3 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c.

W niniejszej sprawie pomiędzy stronami postępowania bezspornym były okoliczności związane z zawarciem umowy o roboty budowlane, wykonaniem przez powoda zleconych prac oraz istnienie obowiązku zwrotu zatrzymanej przez pozwanego kaucji gwarancyjnej tak co do zasady, jak i co do wysokości. Kwestią sporną pomiędzy stronami było natomiast to, czy w ramach udzielonej przez powoda rękojmi za wady, pozwany skutecznie obciążył powoda kosztami wykonania zastępczego usunięcia tych wad oraz naliczenia z tytułu opóźnienia w ich usunięciu kary umownej, co z kolei związane było z skutecznością złożonego przez stronę pozwaną oświadczenia o potrąceniu oraz podniesionego w związku z tym zarzutu potrącenia.

W odpowiedzi na pozew z dnia 26 maja 2016 r. pozwany (...) sp. z o.o. podniósł zarzut potrącenia w stosunku do dochodzonych przez powoda wierzytelności na łączną kwotę 366.836,00 zł, na którą zgodnie z przedstawioną notą obciążeniową składają się kwoty: 1.836,00 zł z tytułu kosztów zastępczego usunięcia usterek oraz 365.000,00 zł tytułem naliczonej kary umownej za okres od dnia 30 września 2014 r. do dnia 11 grudnia 2014 r. Pozwany (...) S.A. w dniu 20 maja 2016 r. złożył oświadczenie o potrąceniu, przesyłając je do powoda.

W ocenie Sądu złożone przez pozwanych oświadczenie o potrąceniu, a wraz z nim zarzut materialnoprawny potrącenia, stanowiący podstawę oddalenia dochodzonego pozwem roszczenie, są usprawiedliwione.

Zgodnie z art. 498 § 1 i 2 k.c., 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. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej.

W myśl art. 499 k.c. potrącenia dokonuje się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Oświadczenie ma moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe. Nadto, aby mogło dojść do potrącenia, spełnione być muszą łącznie cztery przesłanki: wzajemność wierzytelności, jednorodność świadczeń, wymagalność wierzytelności, zaskarżalność wierzytelności.

Przez wymagalność wierzytelności należy rozumieć sytuację, kiedy wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności, zaś dłużnik jest obowiązany spełnić określone świadczenie. Jest to zatem stan potencjalny, mający charakter obiektywny, którego początek powstaje w momencie kiedy wierzytelność zostaje uaktywniona. Wówczas też następuje początek biegu przedawnienia i dopuszczalności potrącenia, a wymagalność powstaje z chwilą nadejścia terminu spełnienia świadczenia, który może być określony w ustawie, bądź oznaczony przez czynność prawną albo wynikać z właściwości zobowiązania. Jeżeli termin spełnienia świadczenia nie został oznaczony, powinno być ono spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania zobowiązania.

Ponadto należy zauważyć, że podmiot który jest zainteresowany potrąceniem, może zrealizować przysługujące mu w tym zakresie uprawnienie poprzez złożenie drugiej stronie stosownego oświadczenia woli. Oświadczenie o potrąceniu ma charakter konstytutywny, ponieważ bez tego skutek prawny w postaci umorzenia wzajemnych wierzytelności nie mógłby w ogóle powstać (por. wyrok SN z dnia 14 lutego 2013 r., II CSK 292/12, LEX nr 1318346).

Zazwyczaj jest tak, że wymagalność powstaje z chwilą nadejścia terminu spełnienia świadczenia, który może być określony w ustawie, bądź oznaczony przez czynność prawną albo wynikać z właściwości zobowiązania. Jeżeli termin spełnienia świadczenia nie został oznaczony, powinno być ono spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania zobowiązania (por. art. 455 k.c.), chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Jednak sama wola potrącającego – bez spełnienia przesłanek określonych w art. 498 § 1 k.c. – nie ma mocy umorzenia wierzytelności (por. M. Pyziak-Szafnicka (w:) System prawa prywatnego, t. 6, s. 1132 i n.). Jeżeli wierzytelności przedstawione do potrącenia nie posiadają wymaganych przesłanek, to w momencie złożenia oświadczenia o potrąceniu, w świetle art. 498 § 1 k.c. nie mogą być one objęte potrąceniem. W konsekwencji nie dotyczy ich skutek potrącenia, o którym jest mowa w art. 498 § 2 k.c. (wyrok NSA w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2007 r., (...), LEX nr 341333).

Sąd nie podziela stanowiska powoda co do tego, że pozwanemu nie przysługiwała wierzytelność z tytułu uprawnienia do obciążenia powoda kosztami zastępczego usunięcia usterek oraz z tytułu kary umownej.

Co do istnienia wierzytelności pozwanego wynikającej z kosztów zastępczego usunięcia usterek, wskazać należy §10 umowy (k. 48v), który uprawniał stronę pozwaną do tego, aby w przypadku odmowy ich usunięcia lub opóźnienia w usunięciu, zlecić wykonanie tych prac podmiotowi trzeciemu.

Na podstawie materiału dowodowego w sprawie Sąd stwierdza, że nie doszło do uchybienia trybowi oraz procedurze opisanej w §10 umowy łączącej strony, na co powoływała się strona powodowa. Strona pozwana pisemnie informowała powoda o wykryciu wad oraz wskazywała termin oraz miejsce oględzin, podczas których strony zgodnie z §10 ust 2 umowy miałyby sporządzić protokół (k. 104). Treść §10 ust 2 umowy wskazuje, że w przypadku braku zgody stron co do istnienia wady, bądź jej zakresu, decydujące jest stanowisko pozwanych. W dalszej części tego zapisu wskazano również, że także brak obecności powoda podczas oględzin nie stanowi przeszkody do tego, aby pozwany mógł wystąpić z wezwaniem do usunięcia usterek.

Sąd uznał, że pomimo braku w materiale dowodowym dokumentu pozwalającego stwierdzić, że powód o oględzinach był zawiadomiony (wezwanie z k. 167 nosi datę 26 kwietnia 2017 r.), to i tak okoliczność ta nie pozbawia pozwanego prawa do zażądania usunięcia usterek w ramach udzielonej przez powoda rękojmi za wady.

Pozwany z żądaniem takim się do powoda zwracał się, o czym powód dowiedział w dniu 26 września 2014 r., co potwierdza „zpo” znajdujące się na k.109. Nieuzasadnione w tym zakresie pozostają twierdzenia powoda, że nie miało miejsce skuteczne zawezwanie do usunięcia usterek. Zgodnie z §13 umowy, strony miały kierować do siebie pisemne zawiadomienia na adresy wskazane w załączniku nr 3 pkt II ust 24. Zgodnie z treścią tego zapisu korespondencje dla

powoda miały być wysyłane min. na adres „M. S., M. S., (...), (...) P., W.”. Przedstawione na okoliczność skutecznego zawezwania powoda do usunięcia usterek dowody z dokumentów potwierdzają, że pisemne wezwanie zostało nadane na ww. adres oraz odebrane przez osobę uprawnioną do kontaktu.

Pozwany wykazał, że koszty zastępczego usunięcia usterek dotyczyły prac zleconych powodowi i objętych rękojmią. Na potwierdzenie istnienia kosztów zastępczego usunięcia usterek pozwany przedłożył dowody z dokumentów zlecających firmie zewnętrznej wykonanie prac związanych z ogrodzeniem oraz ustawieniem słupków (k.110-111). Co istotne, istnienie usterek w tym zakresie stwierdził GDDKiA, co potwierdza treść pkt 3 pisma z k.105. Powyższe pozwala stwierdzić, że chodzi o wady w robotach wykonywanych przez powoda, gdyż zakres prac gdzie ujawniono usterki, pokrywa się z zakresem prac jakie powód miał wykonać w ramach zawartej z pozwanymi umowy.

Powód wykazywał, że usterki oraz koszty składające się na wierzytelność pozwanego przedstawioną do potrącenia obejmowały usunięcie usterek nasypu (za co strona powodowa nie odpowiadała), jednak stanowisko to pozostaje w sprzeczności z treścią pkt 3 pisma GDDKiA oraz treścią protokołów odbioru prac polegających na usunięciu usterek z dnia 16 października 2014 r. i dnia 11 grudnia 2014 r. jakie podmiot trzeci na zlecenie powoda wykonał (k.112-113). Zakres prac został wskazany w fakturach (k.114-115). Z dokumentów wystawionych przez podmiot trzeci oraz protokołów odbioru nie wynika, aby przedmiotem wykonanych prac były roboty związane z nasypem.

Nieuzasadnione jest stanowisko powoda co do tego, że pozwany nie umożliwił powodowi jako podwykonawcy usunięcia wad w rozsądnym terminie.

Powód sam zaakceptował termin usunięcia wad w czasie 48 godzin od momentu powiadomienia, co wynika z §10 ust 5 umowy, w którym wskazano, że powód akceptuje oraz zna treść Gwarancji Jakości wystawionej na podstawie umowy pozwanego z zamawiającym (GDDKiA). Zgodnie z treścią tego dokumentu, czas przewidziany dla usunięcia wad nieistotnych (tj. takich jakie ujawniły się w wykonanych przez powoda pracach) wynosi 48 godzin od chwili powiadomienia. Ponieważ wezwanie do usunięcia usterek powód odebrał w dniu 26 września 2014 r., a termin do ich usunięcia został oznaczony na 29 września 2014 r., to termin 48 godzin do usunięcia wad został stronie powodowej zagwarantowany.

Sąd nie miał wątpliwości co do tego, że zlecenie usunięcia usterek dotyczyło prac wykonywanych przez powoda oraz zgłoszone zostało zgodnie z postanowieniami wynikającymi z łączącej strony umowy. Powyższe sprawia, że pozwany skutecznie udowodnił fakt istnienia względem powoda wierzytelność z tego tytułu.

Niezasadne były twierdzenia powoda co do braku istnienia wymagalnej wierzytelności z tytułu naliczonej przez pozwanego kary umownej, pozostające w sprzeczności z treścią łączącej strony umowy. §9 ust 7 umowy przyznawał pozwanym prawo do naliczenia kar umownych za nieprawidłowości w wykonaniu umowy zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 3 pkt II ust 20. Pozwany miał prawo naliczyć karę umowną w wysokości 5.000,00 zł za każdy dzień opóźnienia w usunięciu usterek. Dowody z dokumentów złożone przez pozwanego potwierdzają, że stan opóźnienia po stronie powoda w usunięciu wad i usterek powstał już w dniu 30 września 2014 r. Stan ten następnie trwał nieprzerwanie do dnia 11 grudnia 2014 r., kiedy to miało miejsce usunięcie przez podmiot trzeci w ramach wykonania zastępczego wad w pracach, które wykonywała strona powodowa. Oznacza to, że uprawnienie do naliczenia kar umownych obejmowało 73 dni, pomnożone przez kwotę 5.000,00 zł wynosi 365.000,00 złotych.

W ocenie Sądu nie było podstaw ku temu, aby tak naliczoną karę umowną zmiarkować, z uwagi na jej rażące wygórowanie, o co wносиła strona powodowa.

Norma dopuszczająca sądową redukcję kary umownej upoważnia sąd do wydania konstytutywnego orzeczenia kształtującego stosunek zobowiązaniowy stanowi wyjątek i musi znajdować wyraźną podstawę normatywną. Wyjątkowy zatem charakter instytucji miarkowania kary umownej nakazuje restrykcyjną wykładnię przesłanek redukcji. Podstawową zasadą jest bowiem związanie stron wysokością kary ustaloną w umowie, gdy reguła ta ma znaczenie ogólne, jako konsekwencja zasady pacta sunt servanda. W odniesieniu do kary umownej ma ona odzwierciedlenie w treści art. 484 § 1 zdanie pierwsze k.c., co oznacza, że świadczenie z tytułu kary umownej

powinno być spełnione w wysokości oznaczonej w umowie. Związaniu stron ustaloną w umowie wysokością kary przeciwstawione jest zawiązanie sądu dyspozycją art. 484 § 2 k.c., stąd uprawnienie do wyjątkowej ingerencji w treść zobowiązania w sytuacji, gdy słuszność wymaga redukcji kary – ze względu na jej rażące wygórowanie lub na wykonanie zobowiązania w znacznej części.

Z tego względu upoważnionym staje się korzystanie z przesłanki „rażącego wygórowania” kary umownej, gdy fakt wykonania zobowiązania w całości nie stanowi przyczyny do miarkowania kary umownej za nieterminowe wykonanie zobowiązania. Niewątpliwie pojęcie „rażącego wygórowania” stanowi niedookreślony zwrot wypowiedzi normatywnej, ale krąg okoliczności do sądowej interpretacji określony został przez ustawodawcę restryktywnie – gdy chodzi o karę, która będzie wygórowana i to rażąco. Należy wyjść od stwierdzenia, że użycie w art. 484 § 2 k.c. pojęć ocennych wskazując, że nie jest właściwe kierowanie się wielkościami bezwzględными – tu samą wysokością kary i dokonywanie oceny, która nie uwzględniałaby okoliczności konkretnego przypadku (por. wyrok Sądu Najwyższego z 5 października 2011r., IV CSK 659/10, LEX nr 1102547). Jak podkreśla się w doktrynie na podstawie oceny rażącego wygórowania kary nie może służyć także stosunek kary umownej do świadczenia głównego. Kryterium to jest niewłaściwe ze względu na funkcje kary, która zastępuje odszkodowanie, a nie świadczenie główne. Ponadto pomija ono funkcję represyjną i uzależnia ocenę wysokości kary umownej od jednej tylko okoliczności – wartości świadczenia głównego. W orzecznictwie i doktrynie przyjęto, że ponieważ ustawodawca nie wskazuje okoliczności mogących mieć wpływ na ocenę zaistnienia przesłanki "rażącego wygórowania" kary umownej, każdorazowa jej ocena pozostawiona jest do ustalenia uznaniu sędziowskiemu przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy (wyrok Sądu Najwyższego z 30.11.2006 r., I CSK 259/06, Legalis oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17.12.2008 r., V ACa 483/08, Legalis).

Zdaniem Sądu I instancji wysokość naliczonej przez pozwanego kary umownej, mając na względzie okres opóźnienia w jaki powód pozostawał w ramach swojego zobowiązania do usunięcia wad i usterek sprawia, że kara ta nie jest nadmierna.

Powód nie ma racji wskazując na brak istnienia po stronie pozwanego wierzytelności podlegającej potrąceniu z uwagi na naruszenia międzynarodowych norm FIDIC. Wskazać w tym miejscu należy, że warunki kontraktowe FIDIC, do których odwołuje się powód nie zastępują przepisów kodeksu cywilnego i prawa budowlanego. Ponadto z przedstawionych przez strony dokumentów, a w szczególności umowy z dnia 30 sierpnia 2013 r., nie wynika, aby poszczególne postanowienia tej umowy odwoływały się do warunków kontraktowych FIDIC, a jeżeli tak to do których i w jakim zakresie.

Za brakiem skuteczności złożonego przez pełnomocnika pozwanych oświadczenia o potrąceniu nie przemawia także to, że zgodnie z załączonymi do pisma stanowiącego odpowiedź na pozew, tylko pełnomocnictwo pozwanego (...) S.A. upoważniało do złożenia materialnoprawnego oświadczenia woli w tym zakresie, podczas gdy pełnomocnictwo drugiego z pozwanych takiego upoważnienia nie zawierało.

W ocenie Sądu zarzut ten nie ma wpływu na skuteczność dokonanego potrącenia z uwagi na to, że przedstawiona do potrącenia wierzytelność przysługuje pozwany w ramach zawartego przez nich Konsorcjum. W ramach umowy Konsorcjum pozwani uregulowali pomiędzy sobą kwestie związane z tym, w jakim zakresie oraz w jakiej części każdy z nich partycypować będzie w kosztach oraz przysługujących Konsorcjum należnościach. Kwestia ta podlega wewnętrznym rozliczeniom między pozwany w ramach Konsorcjum. We wstępie umowy o roboty budowlane, gdzie wskazane są strony tego stosunku umownego wynika, że Liderem Konsorcjum, a więc podmiotem upoważnionym do jego reprezentowania na zewnątrz pozostaje spółka (...) S.A. Oświadczenie o potrąceniu z k. 127 wskazuje, że zostało złożone przed obydwoje pozwanych, w których imieniu jako lider Konsorcjum działa spółka (...) S.A. Oświadczenie złożono stronie przeciwnej.

Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że zarzut potrącenia, jako zarzut o charakterze materialnoprawnym, może być złożony na etapie przedprocesowym, jak w niniejszej sprawie oraz pełnomocnik strony może zgłosić go w ramach

prowadzonej obrony przed Sądem w toku procesu. Jego skuteczność jest uzależniona od tego, czy zgodnie z art. 61 k.c., dotarł do wiadomości drugiej strony wywołując materialny skutek.

Sąd Apelacyjny w Łodzi zawarł stanowisko orzecznicze, iż zarzut potrącenia podniesiony w odpowiedzi na pozew przez pełnomocnika procesowego pozwanego, jest niewątpliwie czynnością materialnoprawną. Kierując się koncepcją celowego działania mocodawcy w kierunku wygrania procesu należy uznać, że zakresem umocowania strona pozwana objęła także złożenie w jej imieniu określonego oświadczenia woli, jeżeli jest to niezbędne w ramach obrony jej praw w procesie. Ponadto należy podnieść, że przedmiotowy zarzut został potwierdzony przez pełnomocnika pozwanego w obecności pozwanego i powódki na rozprawie, a więc należy uznać, że został zgłoszony w obecności stron, za wiedzą i zgodą pozwanego. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 1 października 2015 r. w sprawie I ACa 547/15, Legalis) Sąd Okręgowy podziela to stanowisko. W treści odpowiedzi na pozew, pełnomocnik stron pozwanych był uprawniony do skutecznego złożenia zarzutu potrącenia.

Jako skuteczne należało ocenić złożone przez pozwanych oświadczenie o potrąceniu wzajemnych wierzytelności wobec strony powodowej. Skutkiem tego było umorzenie wierzytelności o większej wartości do wartości wierzytelności niższej.

Mając powyższe na uwadze, powództwo o zapłatę kwoty 112.166,00 zł wskutek złożonego przez pozwanych oświadczenia o potrąceniu wzajemnych wierzytelności, należało oddalić na podstawie art. 498 § 1 i 2 k.c.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U.2018.265 j.t.) w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia pozwu, zasądzając od powoda na rzecz strony pozwanej jako wygrywającej sprawę kwotę 5.434,00 zł, na która to składają się: koszty zastępstwa procesowego – 5.400,00 zł oraz opłata skarbową od pełnomocnictwa – 34,00 zł (2x 17,00 zł).

Jednocześnie na podstawie art. 83 ust. ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych z dnia 28 lipca 2005 roku (Dz.U.2018.300 j.t.) nakazano pobrać od powoda jako strony przegrywającej, koszty poniesione tymczasowo przez Skarbu Państwa w postaci wynagrodzeń tłumacza przysięgłego 102,56 zł.

SSO Agnieszka du Château