

Sygn. akt I ACa 703/12

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 kwietnia 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Małgorzata Gawinek
Sędziowie:	SA Marta Sawicka (spr.) SA Agnieszka Sołtyka
Protokolant:	sekr. sądowy Justyna Kotlicka

po rozpoznaniu w dniu 28 marca 2013 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa H. P.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie

z dnia 10 sierpnia 2012 r., sygn. akt VIII GC 157/12

***I. oddala apelację,***

***II. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 4033 (cztery tysiące trzydzieści trzy) złote tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.***

Marta Sawicka Małgorzata Gawinek Agnieszka Sołtyka

Sygn. akt I ACa 703/12

## UZASADNIENIE

Powód H. P. wniósł pozwem z dnia 29 lutego 2012 roku o zasądzenie od pozwanej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. kwoty 157.140,36 zł z odsetkami ustawowymi oraz kosztami procesu. Dochodzona kwota stanowi zwrot połowy kaucji gwarancyjnej za wykonane przez powoda prace objęte umową o roboty budowlane zawartą przez strony w dniu 26 kwietnia 2010 roku. Powód podkreślił, że prace zostały wykonane zgodnie z dokumentacją projektową do dnia 30 września 2010 roku i odebrane protokołem z dnia 20 października 2010 roku.

Powołując się na zapisy umowne powód wskazał, że 50% kaucji gwarancyjnej miało być zwrócone w ciągu miesiąca od dokonania odbioru końcowego.

W odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości, podnosząc, że powód nie udowodnił, że przekazał pozwanej kwoty z tytułu kaucji gwarancyjnej. Pozwana wskazała, że brak jest wymagalności roszczenia zgłoszonego w pozwie, gdyż do dnia dzisiejszego nie została zakończona procedura odbiorowa i nie przystąpił do podpisania protokołu końcowego. Pozwana kwestionowała zasadność zgłoszonego w pozwie żądania, z ostrożności procesowej podniosła także zarzut potrącenia wskazując, że przysługuje jej wobec powoda roszczenie z tytułu kary umownej, powstałej w wyniku przekroczenia terminu wykonania prac objętych umową z dnia 26 kwietnia 2010 roku.

Sprawa początkowo toczyła się przed Sądem Okręgowym w Legnicy pod sygnaturą VI GC 72/12. Postanowieniem z dnia 16 kwietnia 2012 roku Sąd Okręgowy w Legnicy przekazał niniejszą sprawę tutejszemu Sądowi.

Wyrokiem z dnia 10 sierpnia 2012 roku Sąd Okręgowy w Szczecinie zasądził od pozwanej (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. na rzecz powoda H. P. kwotę 157.042,56 zł z ustawowymi odsetkami od kwot: 137.288,12 zł od dnia 1 stycznia 2012 roku; 19.754,44 zł od dnia 28 lutego 2012 roku; oddalił powództwo w pozostałej części; zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 11.475 zł tytułem kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że generalnym wykonawcą robót była spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (...), która z kolei zleciła wykonanie całości robót spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (...) z siedzibą w G..

W dniu 26 kwietnia 2010 roku spółka (...) zawarła z H. P. umowę, na mocy której zleciła mu kompleksowe wykonanie robót budowlanych, drogowych i instalacyjnych związanych z realizacją inwestycji polegającej na rozbudowie skrzyżowania ulic (...) i (...)w J..

H. P. jako wykonawca przyjął do wykonania roboty związane z kompleksową realizacją inwestycji, zgodnie z dokumentacją projektową wykonaną przez D. R..

W § 1 ust 3 umowy strony ustaliły termin rozpoczęcia robót na dzień 4 maja 2010 roku, zaś termin ich zakończenia „na dzień 26 lipca 2010 roku wraz z odbiorem przez Urząd Miasta J.”.

W § 3 pkt 16 strony postanowiły, że wykonawca H. P. będzie reprezentował zamawiającego (w zależności od potrzeb) w zakresie czynienia dla swoich potrzeb niezbędnych uzgodnień.

W § 4 ust 1 umowy ustalono za wykonanie robót będących przedmiotem umowy wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 2.250.625 zł netto. Zamawiający zobowiązał się przy tym do zapłaty wynagrodzenia na podstawie faktur VAT przerobowych – przejściowych, wystawianych w dwutygodniowym okresie rozliczeniowym. W § 4 ust. 8 umowy wskazano, że w trakcie trwania umowy zostanie utworzony fundusz gwarancyjny gotówkowy (kaucja gwarancyjna) w wysokości 10%, który będzie naliczany od wartości brutto faktury, co będzie uwidocznione stosownym zapisem. Zwrot kaucji gwarancyjnej gotówkowej nastąpi według wskazanego w umowie harmonogramu: 50% kaucji gwarancyjnej w terminie 30 dni po odbiorze końcowym przedmiotu umowy przez zamawiającego, 50% kaucji w terminie 30 dni po upływie 3 lat gwarancji licząc od daty odbioru końcowego między inwestorem a zamawiającym. Warunkiem zwolnienia kaucji gwarancyjnej było także skuteczne usunięcie wszystkich usterek przez wykonawcę.

W § 6 pkt 1 umowy strony ustaliły, że odbiory częściowe poszczególnych elementów robót odbywać się będą po ich wykonaniu, nie później niż w trzecim dniu od momentu zgłoszenia przez wykonawcę wpisem do dziennika budowy.

W § 6 pkt 2 umowy postanowiły, że zgłoszenie zakończenia całości robót zostanie dokonane wpisem wykonawcy do dziennika budowy i dla przystąpienia do odbioru przez zamawiającego musi być potwierdzone wpisem inspektora nadzoru inwestorskiego. Dalej postanowiono, że zamawiający w terminie 3 dni od daty zgłoszenia przez wykonawcę, potwierdzonego przez inspektora nadzoru inwestorskiego, rozpocznie procedurę odbioru końcowego, a zakończy ją

nie później niż 7 dni od dnia rozpoczęcia czynności odbioru. Za datę odbioru końcowego uważana miała być przy tym data spisania protokołu końcowego odbioru robót.

W § 10 umowy strony zastrzegły kary umowne - ustaliły, że wykonawca zapłaci 1% wartości netto umowy „za każdy dzień zwłoki” w terminowym zakończeniu przedmiotu umowy oraz tyle samo „za każdy dzień zwłoki” w terminowym zakończeniu poszczególnych etapów robót rozpisanych w szczegółowym harmonogramie.

W § 14 strony zastrzegły, że wszelkie zmiany umowy dla zachowania ważności wymagają formy pisemnej wzajemnie uzgodnionej lub aneksu do umowy.

Na podstawie umowy z dnia 26 kwietnia 2010 roku H. P. miał wykonać cały zakres robót objętych inwestycją, spółka (...) nie wykonywała żadnych robót na budowie skrzyżowania będącego przedmiotem umowy.

W dniu 20 października 2010 roku spisany został protokół końcowy odbioru robót objętych umową z dnia 26 kwietnia 2010 roku. Komisja dokonująca odbioru została zwołana przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów w J., na mocy telefonicznego zgłoszenia generalnego wykonawcy.

W wyniku przeprowadzonych czynności odbioru komisja wskazała, że roboty wykonano zgodnie z dokumentacją, prace rozpoczęto w dniu 12 maja 2010 roku i zakończono w dniu 30 września 2010 roku, stwierdzono następujące usterki: nie został zbudowany drogowskaz bramowy z tablicami kierunkowymi, termin usunięcia usterki wyznaczono do dnia 15 listopada 2010 roku. Wskazano także, że dokumenty kolaudacyjne z mapą powykonawczą zostaną dostarczone do dnia 27 października 2010 roku.

Protokół podpisali: J. B. – przewodniczący komisji, D. R.-kierownik budowy, prezes zarządu (...) J. M., M. P..

W dniu 30 listopada 2010 roku dokonany został odbiór bramy drogowskazowej. W protokole odbioru stwierdzono, że roboty zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i zaleceniami inwestora. Wskazano także, że powyższy protokół został sporządzony w nawiązaniu do zapisów protokołu końcowego.

Protokół został podpisany przez H. P. oraz inspektora nadzoru J. B., działającego w imieniu inwestora.

W toku realizacji umowy powód wystawił szereg faktur VAT. Na każdej z faktur powód czynił adnotację, że dokonuje odliczenia 20% zaliczki, która pozwany zapłacił wcześniej, oraz 10% wartości brutto tytułem kaucji gwarancyjnej. I tak w dniu 31 maja 2010 roku powód wystawił fakturę VAT numer (...) na kwotę 146400 złotych, z czego 10% potrącenia wyniosło kwotę 18300 złotych. Pozwany w dniu 11 czerwca 2010 roku z tej faktury przelewem zapłacił powodowi kwotę 128100 złotych, wskazując, że stanowi to zapłatę za fakturę częściową minus zaliczka minus kaucja. Kolejną fakturę powód wystawił w dniu 24 czerwca 2010 roku numer (...) na łączną kwotę 292800 złotych, z czego rozliczono zaliczkę, oraz kaucję gwarancyjną w wysokości 36600 złotych. Pozwany uregulował należności za tą fakturę dwoma przelewami z dnia 25 czerwca 2010 roku na kwotę 180000 złotych oraz 76200 złotych. W dniu 15 lipca 2010 roku powód wystawił kolejną fakturę VAT numer (...), z czego potrącono 10% kaucji gwarancyjnej w wysokości 46970 złotych.

Pozwany uregulował należności z faktury dwoma przelewami w dniu 23 lipca 2010 roku na kwotę 290000 złotych oraz w dniu 27 lipca 2010 roku na kwotę 38790 złotych. W dniu 4 sierpnia 2010 roku powód wystawił fakturę VAT numer (...), z której potrącono 10% kaucji gwarancyjnej w wysokości 43310. Pozwany uregulował należności z faktury przelewami w dniu 23 lipca 2010 w wysokości 290000 złotych, w dniu 27 lipca 2010 roku w wysokości 38790 złotych. Z faktury numer (...) z dnia 4 sierpnia 2010 roku kwota zatrzymanej kaucji gwarancyjnej wyniosła kwotę 43310 złotych. Pozwany uregulował należność z faktury przelewami w dniu 5 sierpnia 2010 roku - 100000 złotych, 24 sierpnia 2010 roku - 103170 złotych. Następna faktura numer (...) została wystawiona przez powoda w dniu 25 sierpnia 2010 roku. Kwota zatrzymanej kaucji gwarancyjnej wyniosła 12200 złotych. Pozwany uregulował fakturę przelewem z dnia 13 września 2010 roku na kwotę 85400 złotych. W dniu 2 września 2010 roku powód wystawił kolejną fakturę VAT numer (...). Potrącona kaucja gwarancyjna wyniosła kwotę 18300 złotych. Pozwany uregulował kwoty z faktury dwoma przelewami w dniu 23 września 2010 roku na kwotę 50000 złotych, w dniu 28 września 2010 roku na kwotę

78100 złotych. W dniu 2 października 2010 roku powód wystawił kolejną fakturę VAT numer (...), gdzie potrącona kaucja gwarancyjna wyniosła kwotę 47656,25 złotych. Pozwany uregulował należności z faktury przelewami: w dniu 19 października 2010 roku w wysokości 100000 złotych, 14 października 2010 roku - 150000 złotych, 19 stycznia 2011 roku na kwotę 1000 złotych, w dniu 27 października 2010 roku na kwotę 82593,75 złotych. W dniu 21 października 2010 roku powód wystawił kolejną fakturę VAT numer (...), gdzie kwota potrąconej kaucji gwarancyjnej wynosi kwotę 37511,19 złotych. Pozwany uregulował należności z tej faktury przelewami: w dniu 15 listopada 2010 roku na kwotę 50000 złotych, w dniu 19 stycznia 2011 roku na kwotę 42902,96 złotych, w dniu 21 stycznia 2011 roku na kwotę 60272 złotych. w dniu 1 grudnia 2010 roku powód wystawił ostatnią fakturę VAT numer (...), gdzie kwota kaucji zatrzymanej wyniosła 13728,81 złotych. Pozwany nie uregulował należności z tej faktury. Łącznie z wystawionych przez powoda faktur VAT kwota 10% wynagrodzenia zatrzymanej kaucji gwarancyjnej wyniosła 274576,25 złotych, z czego 50% wynosi 137288,12 złotych.

W piśmie z dnia 9 grudnia 2010 roku, kierowanym do H. P., spółka (...) poinformowała, że w załączeniu odsyła fakturę VAT nr (...) na kwotę 137.288,13 zł. Spółka (...) wskazała, iż podstawą wystawienia faktury jest protokół odbioru podpisany przez zamawiającego i wykonawcę. Ponadto wskazano, że w związku z podpisaniem protokołu końcowego odbioru prac pomiędzy inwestorem i wykonawcą oraz przekazaniem zamawiającemu pełnej dokumentacji odbiorowej w dniu 3 grudnia 2010 roku podpisanie protokołu końcowego jest możliwe dopiero z tą datą.

Spółka (...) potwierdziła, że ma w stosunku do H. P. niedopłatę w wysokości 1000 zł. W końcowej części pisma spółka (...) wskazała, że przychyliła się do próśb o przedłużenie terminu zakończenia prac wskazanych w piśmie H. P. z dnia 13 sierpnia 2010 roku i uznała jako termin ostatecznego wykonania umowy dzień 20 września 2010 roku. Jednocześnie poinformowała, że za dzień zakończenia robót wraz z odbiorem inwestora uznaje dzień 20 października 2010 roku oraz że kara umowna zostanie naliczona od dnia 21 września 2010 roku. Wskazano, że pozwany nie przychylił się do próśb powoda o zmianę terminu zakończenia przedmiotu umowy na dzień 31 sierpnia 2010 roku.

W oparciu o przedstawione w powyższym piśmie stanowisko w dniu 9 grudnia 2010 roku spółka (...) obciążyła H. P. notą księgową nr (...) na kwotę 675.187,50 zł - karą umowną naliczoną na podstawie § 10 umowy z 26 kwietnia 2010 roku za 30 dni opóźnienia - 1% za każdy dzień zwłoki w terminowym wykonaniu przedmiotu umowy.

Pismem dnia 9 grudnia 2010 roku spółka (...) wezwała H. P. do natychmiastowej zapłaty kary umownej w wysokości 675.187,50 zł.

Pismem z dnia 28 grudnia 2011 roku powód wezwał pozwanego do zapłaty między innymi kwoty 157.140,36 złotych, wskazując, że żądanie obejmuje zwrot kaucji za wykonane roboty przy ulicy (...) i (...) w J. odebrane przez inwestora. Wskazano, że w kwocie tej zawarte są odsetki z tytułu opóźnienia w zwrocie kaucji liczone od dnia 21 listopada 2010 roku do dnia 31 grudnia 2011. W odpowiedzi na powyższe wezwanie do zapłaty Prezes Zarządu pozwanej spółki wskazał, że roszczenia powoda są niewymagalne, gdyż brak jest protokołu odbioru pomiędzy podpisanym pomiędzy powodem a pozwanym.

W piśmie z dnia 10 kwietnia 2012 roku, kierowanym do H. P., spółka (...) złożyła oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w kwocie 565.784,17 złotych z tytułu kary umownej za nieterminowe zrealizowanie umowy z dnia 26 kwietnia 2010 roku, należnej spółce (...) wobec H. P., z należnością H. P. wobec spółki (...) z tytułu zgłoszonej kaucji gwarancyjnej zgłoszonej w postępowaniu sądowym toczącym się przed Sądem okręgowym w Legnicy VI GC 72/12 na kwotę 157.140,36 złotych. Wskazano, że w wyniku dokonanego potrącenia obie wierzytelności potrącają się do wysokości wierzytelności niższej i spółka (...) poinformowała, że z pozostałą do zapłaty na jej rzecz kwotą 408.643,81 zł.

Korespondencję zawierającą oświadczenie o potrąceniu wierzytelności doręczono pod adresem prowadzonej przez H. P. działalności gospodarczej w dniu 10 kwietnia 2012 roku.

**Po tak poczynionych ustaleniach Sąd Okręgowy uznając, że powództwo okazało się uzasadnione, wskazał, że powód w pozwie domagał się zwrotu połowy kaucji gwarancyjnej zatrzymanej od**

*każdej wystawionej przez powoda faktury VAT od wartości brutto faktury. Powołując się na zapisy § 4 ust. 8 umowy powód domagał się zwrotu 50% zatrzymanej kaucji, wskazując, że może jej się domagać po upływie 30 dni licząc od odbioru końcowego pomiędzy inwestorem a zamawiającym, gdyż pomiędzy stronami procesu nie sporządzono protokołu odbioru. Strona pozwana utrzymywała, że roszczenie powoda jest niewymagalne, gdyż strony nie dopełniły obowiązków odbiorowych, ponadto z ostrożności procesowej podniosła zarzut potrącenia wierzytelności z tytułu przysługujących stronie pozwanej kar za zwłokę w wykonaniu przez powoda przedmiotu umowy.*

*Po przytoczeniu treści art. 647 k.c. Sąd pierwszej instancji wskazał, że w niniejszej sprawie poza sporem pozostawała okoliczność, że strony łączyła umowa zawarta w dniu 26 kwietnia 2010 roku o roboty budowlane, oraz że inwestorem przebudowy drogi był Urząd Miasta w J., pozwany był wykonawcą, a wszelkie prace wykonywał wyłącznie powód w ramach umowy łączącej go z pozwanym. Pozew obejmuje jedynie zwrot 50% kaucji gwarancyjnej zatrzymanej z każdej faktury w wysokości 10% od wartości brutto.*

*W sprawie nie ma sporu co do tego, że między stronami nie sporządzono protokołu odbioru robót. W ocenie Sądu Okręgowego nie bez znaczenia pozostaje przywoływany przez stronę powodową fakt, że w dniu 20 października 2010 roku doszło do podpisania końcowego odbioru robót pomiędzy inwestorem a pozwanym jako wykonawcą. W protokole wskazano, że do zwołania komisji odbiorowej doszło na podstawie zgłoszenia telefonicznego generalnego wykonawcy- pozwanego, oraz, że inwestycje w postaci rozbudowy skrzyżowania ulic(...) i (...) uznaje za odebrana w dniu 20 października 2010. Wskazano także, że dokumenty kolaudacyjne z mapą powykonawczą zostaną dostarczone do dnia 27 października 2010 roku, oraz, że w trakcie odbioru stwierdzono usterki w postaci nie zbudowania drogowskazu bramowego z tablicami kierunkowymi, co zostanie usunięte do dnia 15 listopada 2010 roku. Sąd wskazał, że zamawiający ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej oraz, że w orzecznictwie sądowym dominuje pogląd, że strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależniać wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 roku V CSK 99/07).*

*W ocenie Sądu pierwszej instancji z treści protokołu odbioru z dnia 20 października 2010 roku, wynika, że pozwany jako generalny wykonawca przedstawił całość inwestycji do odbioru inwestorowi w dniu 20 października 2010 roku. Inwestor przystąpił do dokonywania czynności odbiorczych, dokonując pozytywnego odbioru.*

*W realiach obrotu gospodarczego w praktyce często jest stosowana procedura, że inwestor podejmuje decyzje o przyjęciu robót bez zastrzeżeń, zgłoszeniu usterek lub odmowie przyjęcia robót (inspektorzy nadzoru z poszczególnych branż), a generalny wykonawca, ogranicza się do akceptacji tych decyzji i przenoszenia na odpowiednich podwykonawców obowiązku usunięcia wad robót ciążącego zgodnie z umową z inwestorem na generalnym wykonawcy. Tryb ten jest często stosowany zwłaszcza w przypadku inwestycji budowlanych o znacznym stopniu złożoności i wykonywana prac różnych branż przez ściśle wyspecjalizowanych przedsiębiorców na zasadzie kooperacji pionowej (umów podwykonawczych) i nie stanowi obecnie sytuacji nadzwyczajnej, występującej jedynie w niniejszej sprawie.*

*W ocenie Sądu decyzja generalnego wykonawcy o przedstawieniu całości inwestycji do odbioru inwestorowi w dniu 20 października 2010 roku zawiera w sobie co najmniej konkludentne oświadczenie o odebraniu robót od podwykonawcy, czyli powoda, który wyłącznie realizował przedmiotową inwestycję.*

**Sąd Okręgowy stwierdził, że przedstawienie przez generalnego wykonawcę całości obiektu do odbioru inwestorowi zawiera w sobie co najmniej dorozumiany wyraz woli odebrania robót od poszczególnych podwykonawców których świadczenia składają się na gospodarczą całość stanowiącą świadczenie generalnego wykonawcy należne inwestorowi na podstawie umowy o roboty budowlane.**

**Przedstawiając całość prac inwestorowi generalny wykonawca uczynił użytek ze świadczeń podwykonawców zgody z zamierzonym celem umów o podwykonawstwo.**

**Zdaniem Sądu pierwszej instancji przyjęciu tej konkluzji nie stoi na przeszkodzie brak protokołu odbiorczego między powodem a pozwanym przewidzianego w § 6 umowy z dnia 26 kwietnia 2010 roku. Sąd uznał, że skoro w umowie strony nie określiły sankcji zaniechania udokumentowania odbioru formie pisemnej, to przyjmując należy, że forma ta została zastrzeżona jedynie dla celów dowodowych, a zatem zaniechanie zachowania formy nie może mieć znaczenia prawnego w niniejszej sprawie.**

**Prawne znaczenie odbioru między podwykonawcą a generalny wykonawcą sprowadza się do tego, że od momentu dokonania odbioru wykonawca nie pozostaje w opóźnieniu z wykonaniem dzieła, a ewentualne usuwanie wad dzieła następuje w reżimie rękojmi (gwarancji jakości).**

**Skoro więc pozwany w świetle jego zachowania się w stosunku do inwestora przejął efekt prac powoda w dniu 20 października 2010 roku to nie może obecnie twierdzić, że powód pozostawał w opóźnieniu z wykonaniem swojego świadczenia w stosunku do pozwanego po tej dacie.**

**W ocenie Sądu Okręgowego nie można również uznać za wykazane ani tego, by istniały wady istotne – uzasadniające w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego odmowę odbioru robót, ani też tego, by inwestor rzeczywiście odmawiał dokonania odbioru robót z tytułu występujących w obiekcie wad. W protokole z dnia 20 października 2010 roku ujawniono usterkę- w postaci nie zbudowania drogowskazu bramowy z tablicami kierunkowymi, lecz analiza usterki wskazuje, że nie uniemożliwiały korzystania z obiektu zgodnie ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem. Za powyższym przemawia także fakt, że inwestor odebrał obiekt bez żadnych zastrzeżeń. Zdaniem Sądu pierwszej instancji powyższe należy odnieść także do uwagi komisji w postaci braku dokumentów kolaudacyjnych z mapą powykonawczą. O tym, że usterka w postaci braku montażu bram drogowskazowej została usunięta, świadczy jednoznacznie protokół odbioru robót z dnia 30 listopada 2010 roku z omyłkową datą 2009), gdzie wprost inwestor odwołuje się do zapisów protokołu końcowego z dnia 20 października 2010 roku. Jeśli zaś chodzi do dokumenty kolaudacyjne, to z pisma powoda z dnia 1 grudnia 2010 roku wynika, że przekazał je w tej dacie pozwanemu, a pozwany w odpowiedzi na pozew przyznaje, że otrzymał owe dokumenty w dniu 3 grudnia 2010 roku.**

**Wskazywany przez stronę pozwaną spór stron procesu co do daty zakończenia przez powoda prac, także nie stanowi uzasadnienia dla niedokonania czynności odbiorowych przez pozwaną spółkę. Biorąc powyższe pod uwagę należało przyjąć, że doszło do faktycznego odbioru prac przez pozwanego od powoda w dacie 20 października 2010 roku, kiedy to pozwany przedstawił efekt prac inwestorowi do odbioru, a ten dokonał pozytywnego odbioru, przy udziale obydwu stron procesu.**

**Sąd Okręgowy przyjął, że pozwany usunął wszystkie usterki wskazane w protokole odbioru z dnia 20 października 2010 roku (w dniu 30 listopada dokona montażu drogowskazu), zaś w dniu 1 grudnia 2010 roku przesłał pozwanemu dokumenty kolaudacyjne. Jest to o tyle istotne, że z § 4 ust. 8 umowy wynika, że warunkiem zwolnienia kaucji gwarancyjnej jest skuteczne usunięcie wszystkich zgłoszonych usterek.**

*W świetle powyższego, Sąd Okręgowy uznał, że uzasadnionym okazało się żądanie powoda zwrotu 50% zatrzymanych przez stronę pozwaną z każdej wystawionej przez powoda faktury VAT kwot tytułem kaucji gwarancyjnej. Z dołączonych przez powoda faktur VAT oraz poleceń przelewu wynika, że 50% kaucji gwarancyjnej wynosi kwotę 137.288,12 złotych, oraz, że pozwany poza fakturą VAT numer (...) oraz częściowo 169/10 uregulował wszystkie wystawione przez powoda faktury VAT. Niezasadnie zatem twierdzi, że strona powodowa powinna wykazać aby kwoty tytułem kaucji gwarancyjnej wpłaciła na rzecz strony pozwanej. Powód przedstawił faktury, z których wynikało, że każdorazowo odliczane były kwoty w wysokości 10% wynagrodzenia brutto na poczet kaucji gwarancyjnej zgodnie z § 4 ust. 8 umowy, co uwidaczniane było stosownym zapisem na każdej fakturze. Sąd wskazał, że strona pozwana nie uregulowała faktury numer (...) oraz częściowo 169/10, jednakże z oświadczenia o potrąceniu z dnia 10 kwietnia 2012 roku wynika, że strona pozwana potrąciła swoje w jej ocenie zasadne należności z tytułu kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z należnościami objętymi niniejszym pozwem, tym samym doszło do niewłaściwego uznania i przyznania, że żądanie pozwu jest zasadne.*

*Pozwana podnosząc zarzut potrącenia wskazała, że przysługuje jej wobec powoda roszczenie z tytułu kary umownej, powstałe w wyniku przekroczenia terminu wykonania prac objętych umową z dnia 26 kwietnia 2010 roku, podkreśliła że umowa powinna być zgodnie z jej treścią wykonana do dnia 26 lipca 2010 roku, została zaś faktycznie wykonana nie tak jak twierdzi powód 30 września 2010 roku, lecz w dacie wysłania pozwanemu dokumentów kolaudacyjnych, w tym protokołu odbioru drogowskazu drogowego to jest dzień 30 listopada 2010 roku i ta data w ocenie pozwanego może być uznana jedynie za najwcześniejszą data wykonania umowy. Pozwana potrąciła kwotę 565.784,17 zł z tytułu kar umownych, jednak w toku procesu nie wskazała za który okres naliczyła karę za te 30 dni. Potrącenia pozwana dokonała pismem z dnia 10 kwietnia 2012 roku, (wysłanym powodowi w dniu 10 kwietnia 2012 roku, karta 89), w którym pozwana oświadczyła, że wierzytelność z tytułu kar w kwocie 565.784,17 złotych z naliczonej kwoty w nocy księgowej z dnia 9 grudnia 2010 roku w kwocie 675.187,50 zł potrąca z wierzytelnością powoda na kwotę 157.140,36 objętej niniejszym pozwem.*

*W ocenie Sądu w wyniku wskazanego przez pozwaną oświadczenia nie doszło do umorzenia wzajemnych wierzytelności stron, z dwóch powodów. Po pierwsze strona pozwana nie przedstawiła dowodów potwierdzających fakt, że po stronie powstała przedstawiona do potrącenia wierzytelność z tytułu kar umownych w kwocie 565.784,17 zł. I to dowodów o których mowa w mającym zastosowanie w niniejszej sprawie art. 479<sup>14</sup> § 4 k.p.c. na mocy art. 9 ust. 1 ustawy o zmianie ustawy kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw. W myśl mającego w sprawie zastosowania art. 479<sup>14</sup> § 4 k.p.c. w postępowaniu gospodarczym do potrącenia mogą być tylko zgłoszone wierzytelności udowodnione dokumentami.*

*W § 10 umowy strony zastrzegły karę umowną „za każdy dzień zwłoki” w terminowym zakończeniu przedmiotu umowy. Zwłoka oznacza zawinione przez powoda przekroczenie terminu wykonania umowy, a strona pozwana nie wykazała aby strony procesu w odmienny sposób rozumiały ów zapis.*

*Oceniając cały materiał dowodowy Sąd Okręgowy uznał, że w aktach sprawy nie ma dowodów pozwalających przyjąć, iż powód przedsięwziął jakichkolwiek działania bądź dopuścił się jakichkolwiek zaniedbań, które spowodowałyby opóźnienie w realizacji robót, w związku z czym podniesiony przez powoda zarzut potrącenia jest nieuzasadniony, nie powstała bowiem wierzytelność pozwanej w kwocie 565.784,17 zł z tytułu kar umownych, zastrzeżonych w umowie za każdy dzień zwłoki w terminowym zakończeniu przedmiotu umowy.*

**Strona powodowa domagając się zasądzenia tytułem zwrotu kaucji gwarancyjnej kwotę 137.288,12 żądała także skapitalizowanych odsetek za zwłokę licząc je od dnia 21 listopada 2010 roku do dnia 31 grudnia 2010 roku. Za datę odbioru należy przyjąć dzień 20 października 2010 roku. Zatem wymagalność 50% kaucji gwarancyjnej zgodnie z § 4 ust. 8 umowy miała nastąpić w terminie 30 po odbiorze końcowym to jest w dniu 21 listopada 2010. Dzień 21 listopada 2010 roku przypadł na niedzielę - dzień żądania zwrotu kaucji gwarancyjnej powinien przypadać na dzień 22 listopada 2010 roku. Strona powodowa wskazała, że skapitalizowanych odsetek domaga się od dnia 21 listopada 2010 roku do dnia 31 grudnia 2011 roku oraz, że wynoszą one kwotę 19852,24 złotych. Należało skorygować te wyliczenia i skapitalizowane odsetki od kwoty 137288,12 złotych za okres od dnia 23 listopada 2010 roku (22 listopada 2010 roku był dniem płatności) do dnia 31 grudnia 2011 roku wyniosła kwotę 19754,44 złotych. Sumę kwot: skapitalizowanych odsetek 19.754,44 złotych oraz należności głównej 137.288,12 złotych, 157.042, 56 złotych zasądzono w punkcie I wyroku.**

**Powód domagał się odsetek ustawowych (pismo z dnia 12 marca 2012 roku karta 30), od kwoty 137.288,12 złotych od dnia 21 listopada 2010 roku, od kwoty 19852,24 złotych od dnia 8 stycznia 2012 roku. Zasadnie strona pozwana zarzuciła w odpowiedzi na pozew, że powód błędnie domaga się zasądzenia ustawowych odsetek za zwłokę od wskazanych kwot. Żądanie ustawowych odsetek za zwłokę znajduje swoje oparcie w przepisie art. 481 § 1 i 2 k.c., z tym, że od zaległych odsetek można żądać odsetek dopiero od chwili wytoczenia o nie powództwa (art. 482§ 1 k.c.). Skoro powód skapitalizował i żąda skapitalizowanych ustawowych odsetek za zwłokę od należności głównej od dnia 31 grudnia 2011 roku, dalszych odsetek od należności głównej kwoty 137288,12 złotych może domagać się jedynie po tej dacie, to jest od dnia 1 stycznia 2012 r., a od zaległych (skapitalizowanych odsetek kwoty 19.754,44) od daty wytoczenia pozwu to jest od dnia 28 lutego 2012 roku, i tak Sąd zasądził odsetki w punkcie I wyroku, oddalając w punkcie II wyroku powództwo w nieznacznej części.**

**O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. i art. 100 zd. 2 k.p.c. oraz na podstawie przepisów Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.**

Powyższe rozstrzygnięcie zaskarżyła apelacją pozwana w części, tj. w punkcie I i III, wnosząc o jego zmianę poprzez oddalenie powództwa w całości z jednoczesnym orzeczeniem o kosztach, w tym o kosztach postępowania przed Sądem pierwszej instancji i drugiej instancji przy uwzględnieniu podwójnej opłaty minimalnej za czynności radcy prawnego i za czynności adwokackie.

Zaskarżonemu orzeczeniu pozwana zarzuciła:

- dokonanie ustaleń faktycznych niezgodnych z zebrany w sprawie materiałem przez ustalenie, że Gmina M. J. była inwestorem (zamawiającym), a nie spółka z o.o. (...). z o.o. - co miało istotny wpływ na ukształtowanie postawy Sądu oceniającego cały zebrany w sprawie materiał z uwzględnieniem tego fałszywego założenia;

- dokonanie ustaleń faktycznych niezgodnych z zebrany w sprawie materiałem przez przyjęcie, że pozwana spółka (...) nie wykazała zasadności zarzutu potrącenia dokumentami;

- naruszenie art. 476 k.c. przez przyjęcie, że nie znajduje on zastosowania do kwalifikacji charakteru (zawinionego albo niezawinionego) przekroczenia terminu wykonania umowy a zastosowanie w tym zakresie znajduje wyłącznie art. 471 k.c. i w konsekwencji przyjęcie, że zwłoki powoda w wykonaniu umowy nie można wykazać dowodząc niewykonania umowy w terminie, a w konsekwencji naruszenie art. 6 k.c.:



- naruszenia przepisów § 1 ust. 3, § 3 ust. 1 zdanie 1 i ust. 5, § 6 ust. 2 łączącej strony umowy z 26 kwietnia 2010 r. poprzez ich niezastosowanie, mimo że zawarte w tej umowie przepisy § 1 ust. 3, § 3 ust. 1 zdanie 1 i ust. 5, § 6 ust. 2 nakazują przyjęcie, że wykonanie przedmiotu umowy nie mogło nastąpić przed wykonaniem robót budowlanych i odebraniem ich w całości przez Gminę M. J. oraz przedstawieniem wszystkich dokumentów, co w niniejszej sprawie nastąpiło najwcześniej 03 grudnia 2010 r., a więc z przekroczeniem terminu ustalonego przez strony i przed podpisaniem protokołu odbioru;

- naruszenie prawa materialnego przez przyjęcie, że zwrot kaucji gwarancyjne może nastąpić przed usunięciem wszystkich usterek, chociaż zgodnie z § 4 ust. 8 w/w umowy warunkiem zwrotu kaucji gwarancyjnej w całości czy w części jest skuteczne usunięcie wszystkich usterek zgłoszonych przez zamawiającego;

- naruszenie art. 479<sup>14</sup> k.p.c. przez nieuprawnione przyjęcie, że umowa zawarta między stronami, protokół odbioru z 20 października 2010 r., protokół odbioru z 30 listopada 2010 roku, pismo i wezwanie do zapłaty z dnia 9 grudnia 2010 r., nota księgowa z dnia 9 grudnia 2010 r., dowód wysłania i doręczenia pisma, wezwania i noty nie są dokumentami w rozumieniu art. 479<sup>14</sup> k.p.c.;

- naruszenie art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c. w zw. z art. 187 § 1 k.p.c. przez przyjęcie, że powód może uzupełnić wymagania z art. 187 § 1 k.p.c. w toku procesu nie licząc się z terminami z art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c.

W uzasadnieniu apelacji apelujący w zawarł szczegółowe rozwinięcie zarzutów stawianych zaskarżonemu rozstrzygnięciu.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej oraz o zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

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

Apelacja nie jest uzasadniona, a jej zarzutów obraży prawa procesowego i materialnego nie można podzielić. Rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego jest prawidłowe. Podzielić też należy motyw, jakimi się sąd ten kierował.

Wbrew twierdzeniom pozwanej nie ma podstaw, by podzielić zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., statuującego zasady oceny materiału dowodowego przez Sąd.

Zasada swobodnej oceny dowodów określona tym przepisem wyraża się w jej ocenie według własnego przekonania Sądu, opartego na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego. Jej istotną cechą jest bezstronność, brak arbitralności i dowolności, przestrzeganie zasad logicznego rozumowania i zasad doświadczenia życiowego w wyciąganiu wniosków.

Wszechstronne rozważenie zebranego materiału oznacza natomiast uwzględnienie wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu oraz wszystkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych środków dowodowych, a mających znaczenie dla ich mocy dowodowej i wiarygodności.

Wszystkim wskazanym wyżej kryteriom odpowiada - zdaniem Sądu Apelacyjnego - ocena dokonana przez Sąd I instancji. Zarówno ocena dowodów osobowych, jak i dokumentów prywatnych dokonana została w sposób obiektywny, rzetelny i wszechstronny.

Wszystkie przeprowadzone dowody zostały przez Sąd Okręgowy przywołane i omówione. Ich ocena nie ogranicza się do tylko niektórych przesłanek, lecz opiera się na zestawieniu ich treści z pozostałymi, przeciwnymi dowodami naświetlającymi okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy w sposób odmienny. Zwraca też uwagę na wszystkie okoliczności towarzyszące przeprowadzaniu poszczególnych dowodów, a mające znaczenie dla ich mocy i wiarygodności. W oparciu o rozważenie wynikłych sprzeczności oraz zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia

życiowego doprowadziła ona Sąd Okręgowy do dokonania prawidłowego wyboru. Nie można też zarzucić, by Sąd I instancji na tle przeprowadzonych dowodów budował wnioski, które z nich nie wynikają.

Nie sposób przyjąć zasadności argumentacji pozwanej, że Sąd pierwszej instancji dowolnie uznał, iż powodowi należy się zwrot połowy kaucji gwarancyjnej za wykonane przez powoda prace objęte umową zawartą przez strony w dniu 26 kwietnia 2010 roku.

Wbrew zarzutom apelującej Sąd pierwszej instancji prawidłowo ustalił przedmiot umowy zawartej przez strony w dniu 26 kwietnia 2010 roku i w sposób przekonujący wyjaśnił, z jakich przyczyn uznał, że prace objęte umową zostały zakończone w dniu 30 września 2010 roku, nie zaś w dniu 3 grudnia 2010 roku oraz, że odbiór końcowy przedmiotu umowy przez zamawiającego nastąpił w dniu 20 października 2010 roku.

Apelacja pozwanej ma w istocie charakter polemiczny, kwestionuje dokonaną przez Sąd Okręgowy ocenę dowodów, przedstawiając własną wersję zdarzeń, ocenę dowodów opartą na subiektywnym przeświadczeniu skarżącą o wadze i doniosłości poszczególnych dowodów, co nie może odnieść oczekiwanego skutku.

Zwalczanie ustaleń faktycznych Sądu i związanej z tym oceny materiału dowodowego może następować tylko poprzez argumenty natury jurystycznej, wykazanie, jakie kryteria oceny naruszył Sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności lub mocy dowodowej lub niesłusznie im ją przyznając, a takowych apelacja nie zawiera.

W świetle powyższych rozważań nie sposób, więc podzielić zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w sposób i w okolicznościach zarzucanych przez skarżącą.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów apelującej wskazać należy, że Sąd Okręgowy prawidłowo zakwalifikował stosunek prawny łączący strony, co nie było kwestionowane przez żadną ze stron, gdyż fakt zawarcia umowy o roboty budowlane z 26 kwietnia 2010 roku pozostawał bezsporny.

Istotę sporu w sprawie, a jednocześnie źródło zarzutów podniesionych w apelacji stanowi ustalenie przez Sąd pierwszej instancji, że pozwana (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. w sposób nieuzasadniony odmówiła powodowi zwrotu połowy kaucji gwarancyjnej za wykonane przez niego prace objęte umową z dnia 26 kwietnia 2010 roku, co z kolei jest konsekwencją ustalenia, że odbiór końcowy przedmiotu umowy przez pozwaną spółkę nastąpił w dniu 20 października 2010 roku.

W tym miejscu należy podkreślić, że w § 1 umowy z dnia 26 kwietnia 2010 roku strony określiły przedmiot umowy jako kompleksowe wykonanie robót budowlanych, drogowych i instalacyjnych związanych z realizacją inwestycji polegającej na rozbudowie skrzyżowania ulic (...) i (...) w J. na terenie działek wskazanych w § 1 umowy.

W § 1 pkt 3 umowy strony określiły terminy realizacji przedmiotu umowy: rozpoczęcie robót ustalono na dzień 4 maja 2010 roku, natomiast zakończenie robót ustalono na dzień 26 lipca 2010 roku wraz z odbiorem przez Urząd Miasta J..

Z kolei zgodnie z treścią § 4 pkt 8 umowy w trakcie trwania umowy tworzony będzie fundusz gwarancyjny gotówkowy (kaucja gwarancyjna) w wysokości 10%, który będzie naliczany od wartości brutto faktury, a co stosownym zapisem będzie na niej uwidocznione. Strony ustaliły, że zwrot 50 % kaucji gwarancyjnej w terminie do 30 dni po odbiorze końcowym przedmiotu umowy przez zamawiającego, zaś zwrot pozostałych 50% kaucji gwarancyjnej nastąpi w terminie 30 dni po upływie 3 roku gwarancji licząc od daty odbioru końcowego pomiędzy Inwestorem a Zamawiającym. Ponadto strony ustaliły, że warunkiem zwolnienia kaucji gwarancyjnej jest skuteczne usunięcie wszystkich usterek zgłoszonych przez zamawiającego.

W § 6 pkt 2 umowy strony postanowiły, że zgłoszenie zakończenia całości robót zostanie dokonane wpisem wykonawcy do dziennika budowy i dla przystąpienia do odbioru przez zamawiającego musi być potwierdzone wpisem inspektora nadzoru inwestorskiego. Zamawiający w terminie 3 dni od daty zgłoszenia przez wykonawcę, potwierdzonego przez inspektora nadzoru inwestorskiego, rozpocznie procedurę odbioru końcowego, a zakończy ją nie później niż 7 dni od

dnia rozpoczęcia czynności odbioru. Za datę odbioru końcowego uważana miała być przy tym data spisania protokołu końcowego odbioru robót.

Podkreślić należy, że przedłożona do akt sprawy dokumentacja w postaci protokołu końcowego odbioru robót wskazuje, że w dniu 20 października 2010 roku spisany został protokół odbioru końcowego i przekazania do użytku robót polegających na rozbudowie skrzyżowania ulicy(...) (droga K. nr (...)) i (...) w J. przez Komisję zwołaną przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów w J. na podstawie zgłoszenia telefonicznego Generalnego Wykonawcy w składzie: przewodniczący komisji: J. B. – inspektor nadzoru, D. R. – kierownik budowy, J. M. – generalny wykonawca robót (...) sp. z o.o., M. P. – podwykonawca robót (...) sp. z o.o. oraz (...) S.A. W. – wykonawca sygnalizacji ulicznej, przy udziale T. I. (...) oraz (...) S.A.

W wyniku czynności odbioru wykonanych robót Komisja stwierdziła, że roboty wykonano zgodnie z dokumentacją – projekt budowlany opracowaną na zlecenie (...) sp. o.o. oraz porozumieniem z dnia 19 grudnia 2008 roku w sprawie zamiany nieruchomości, szczegółowych warunków budowy i przebudowy układu komunikacyjnego w rejonie ulic (...) (...) i A. K. w J. w związku z realizacją inwestycji polegającej na budowie obiektu handlowego branży(...) (...) sp. z o.o.

Z treści punktu 2 protokołu końcowego odbioru robót z dnia 20 października 2010 roku wynika, że roboty rozpoczęto dnia 12 maja 2010 roku, zakończono dnia 30 września 2010 roku.

W zakresie jakości wykonanych robót nie stwierdzono uszkodzeń elementów betonowych wbudowanych na terenie inwestycji, teren budowy został uporządkowany, elementy sygnalizacji ulicznej zabezpieczone przed korozją. Stwierdzono następujące usterki: nie został zbudowany drogowy skrzyżowanie z tablicami kierunkowymi, termin usunięcia usterki wyznaczono do dnia 15 listopada 2010 roku. W związku z czynnościami odbioru Komisja uznała inwestycję – rozbudowę skrzyżowania ulic (...) i (...) za odebraną dnia 20 października 2010 roku. W uwagach komisja wskazała, że dokumenty kolaudacyjne z mapą powykonawczą zostaną dostarczone do dnia 27 października 2010 roku.

Protokół końcowego odbioru robót podpisali: J. B. – przewodniczący komisji, D. R. -kierownik budowy, prezes zarządu (...) J. M., M. P..

W dniu 30 listopada 2010 roku Komisja w składzie: J. B. – z-ca dyrektora (...), (...) sp. z o.o. dokonała odbioru montażu bramy drogowo-kierunkowej przy ul. (...). Komisja stwierdziła, że roboty zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i zaleceniami inwestora. Wskazano także, że powyższy protokół został sporządzony w nawiązaniu do zapisów protokołu końcowego robót z dnia 20 października 2010 roku oraz zobowiązania firmy PPHU (...), ustalającego sposób i miejsce montażu bramy, która nie była pokazana w projekcie wykonawczym przebudowy skrzyżowania. Protokół został podpisany przez H. P. oraz inspektora nadzoru J. B., działającego w imieniu inwestora.

Wbrew zarzutowi pozwanej Sąd Okręgowy analizując treść zapisów protokołu końcowego odbioru robót z dnia 20 października 2010 roku oraz protokołu odbioru robót z dnia 30 listopada 2010 roku, umowy stron oraz dokumentów stanowiących jej integralną część uwzględnił ogólne reguły interpretacyjne określone w art. 65 k.c. prawidłowo zinterpretował przedmiot umowy i w konsekwencji ustalił, że odbiór robót objętych umową z dnia 26 kwietnia 2010 roku przez pozwaną od powoda nastąpił w sposób dorozumiany w dniu 20 października 2010 roku, o czym świadczy decyzja pozwanej o przedstawieniu całości inwestycji do odbioru Miejskiemu Zarządowi Dróg i Mostów w J. oraz końcowy odbiór inwestycji przez Komisję zwołaną przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów w J. w dniu 20 października 2010 roku, w którym uczestniczył prezes pozwanej spółki (...).

Sąd Apelacyjny w pełni podzielił stanowisko Sądu pierwszej instancji, że faktyczny odbiór prac przez pozwaną od powoda nastąpił w dacie 20 października 2010 roku, przedstawienia przez pozwaną całości prac zrealizowanych na podstawie umowy z dnia 26 kwietnia 2010 roku Gminie M. J., która dokonała pozytywnego odbioru inwestycji, przy udziale obydwu stron procesu.

Dodatkowo podkreślić należy, że strony w § 1 pkt 3 umowy przewidziały, że zakończenie robót nastąpi wraz z odbiorem przez Urząd Miasta J., co świadczy o tym, że same strony wiązały zakończenie prac objętych umową z odbiorem inwestycji polegającej na rozbudowie skrzyżowania ulic (...) i (...) w J. z odbiorem przez Urząd Miasta J..

Sąd Okręgowy trafnie ocenił, że powyższemu ustaleniu nie sprzeciwia się brak spisania protokołu końcowego odbioru robót o którym mowa w § 6 pkt 2 umowy z dnia 26 kwietnia 2010 roku, z uwagi na to, że strony w umowie nie określiły sankcji zaniechania formy pisemnej odbioru końcowego przedmiotu umowy.

Odnosząc się w tym miejscu do obszernych wywodów apelującego dotyczących błędnego ustalenia przez Sąd pierwszej instancji, że Gmina M. J. była inwestorem, a nie spółka z o.o. (...) z o.o., co zdaniem skarżącej, miało istotny wpływ na dokonaną przez Sąd pierwszej instancji ocenę materiału dowodowego sprawy, po pierwsze wskazać należy, że wbrew twierdzeniom apelującej, sama pozwana uważała Gminę M. J. za inwestora, o czym świadczy zapis protokołu odbioru robót z dnia 30 listopada 2010 roku, podpisanego przez prezesa pozwanej, w którym wprost określono Miejski Zarząd Dróg i Mostów w J. jako inwestora, a ponadto zauważyć należy, że sama kwestia prawidłowości stwierdzenia czy Gmina M. J. była inwestorem nie ma decydującego znaczenia dla ustalenia daty odbioru robót objętych umową z dnia 26 kwietnia 2010 roku, skoro w § 1 pkt 3 umowy strony w sposób nie budzący wątpliwości ustaliły, że zakończenie robót nastąpi wraz z odbiorem przez Urząd Miasta J., co miało miejsce w dniu 20 października 2010 roku.

Niezależnie od tego wskazać należy, że zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozostaje w sprzeczności z ustaleniem, że w 2010 roku Miasto J. realizowało inwestycję polegającą na rozbudowie skrzyżowania ulic (...) i (...) w J. oraz, że generalnym wykonawcą robót była spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (...), która zleciła wykonanie całości robót spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (...) z siedzibą w G., która z kolei zleciła kompleksowe wykonanie robót budowlanych, drogowych i instalacyjnych związanych z realizacją inwestycji polegającej na rozbudowie skrzyżowania ulic (...) i (...) w J. powodowi jako podwykonawcy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego bezzasadny jest również zarzut błędnego przyjęcia przez Sąd pierwszej instancji, że wykonanie przedmiotu umowy z dnia 26 kwietnia 2010 roku mogło nastąpić przed wykonaniem robót budowlanych i odebraniem ich w całości przez Gminę M. J. oraz przedstawieniem wszystkich dokumentów, co zdaniem pozwanej nastąpiło najwcześniej 3 grudnia 2010 roku, a więc z przekroczeniem terminu ustalonego przez strony.

Skarżąca w swojej argumentacji błędnie pomija, że z treści zapisów § 4 pkt 8, jak i § 10 umowy wynika, że zarówno obowiązek zwrotu połowy kaucji gwarancyjnej, jak i zapłaty karty umownej strony powiązały z realizacją przedmiotu umowy, który w § 1 badanej umowy został określony jako kompleksowe wykonanie robót budowlanych, drogowych i instalacyjnych związanych z realizacją inwestycji polegającej na rozbudowie skrzyżowania ulic (...) i (...) w J..

Tak sformułowany przedmiot umowy w żaden sposób nie odnosi się do kwestii przedstawienia przez podwykonawcę dokumentacji, co oznacza, że argumentacja apelującej, że przedmiot umowy został wykonany dopiero w momencie przedstawienia przez powoda wszystkich dokumentów, tj. w dniu 3 grudnia 2010 roku nie znajduje potwierdzenia w treści umowy stron.

Powyższemu stanowisku pozwanej przeczy również treść protokołu końcowego odbioru robót z dnia 20 października 2010 roku podpisanego przez prezesa zarządu pozwanej spółki (...), z którego wynika, że niedostarczenie dokumentów kolaudacyjnych z mapą powykonawczą nie stanowiło przeszkody zarówno do ustalenia terminu zakończenia robót w dniu 30 września, jak i do końcowego odbioru i przekazania do użytku inwestycji – „rozbudowa skrzyżowania ulic (...) i (...) w J.” stanowiącej przedmiot umowy z dnia 26 kwietnia 2010 roku, w dniu 20 października 2010 roku.

Wobec powyższego fakt przedstawienia przez powoda dokumentów kolaudacyjnych w dniu 3 grudnia 2010 roku nie przeczy ustaleniu, że wykonanie przedmiotu umowy nastąpiło w dniu 30 września 2010 roku.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na zmienne i niekonsekwentne stanowisko pozwanej, która z jednej strony twierdziła, że umowa została wykonana w dacie wysłania pozwanemu dokumentów kolaudacyjnych, tj. w dniu 3 grudnia 2010 roku, z drugiej zaś strony sama wskazała, że naliczyła karę umową za zwłokę w terminowym zakończeniu

przedmiotu umowy za okres od dnia 21 września 2010 roku do dnia 20 października 2010 roku. Skoro zatem zdaniem samej pozwanej powód nie pozostawał w zwłoce w zakończeniu przedmiotu umowy od dnia 20 października 2010 roku, to tym bardziej niezrozumiałe jest jej twierdzenie, że umowa została wykonana dopiero w dniu 3 grudnia 2010 roku.

Całkowicie niezrozumiałe jest zarzut błędnego przyjęcia, że zwrot kaucji gwarancyjnej może nastąpić przed usunięciem wszystkich usterek, chociaż zgodnie z § 4 ust. 8 w/w umowy warunkiem zwrotu kaucji gwarancyjnej w całości czy w części jest skuteczne usunięcie wszystkich usterek zgłoszonych przez zamawiającego.

Skarżąca błędnie pomija bowiem, że Sąd pierwszej instancji uwzględnił, że warunkiem zwolnienia kaucji gwarancyjnej jest skuteczne usunięcie wszystkich zgłoszonych usterek (§ 4 ust. 8 umowy) oraz, że usunięcie usterki w postaci braku montażu bramy drogowskazowej nastąpiło w dniu 30 listopada 2010 roku, o czym świadczy treść protokołu odbioru robót z dnia 30 listopada 2010 roku.

Pozwana bezzasadnie podnosiła, że powód nie udowodnił, że przekazał pozwanej kwoty z tytułu kaucji gwarancyjnej. Jak trafnie wskazał Sąd pierwszej instancji z dołączonych przez powoda faktur VAT wynika, że każdorazowo odliczane były kwoty w wysokości 10% wynagrodzenia brutto na poczet kaucji gwarancyjnej zgodnie z § 4 ust. 8 umowy, w myśl którego kaucja gwarancyjna w wysokości 10% miała być naliczana od wartości brutto faktury, co miało być uwidocznione na fakturze stosownym zapisem. Wbrew stanowisku pozwanej, zgodnie z treścią umowy powód nie był zobowiązany do wpłacenia na rzecz pozwanej kwoty z tytułu kaucji gwarancyjnej, skoro kwoty w wysokości 10% wynagrodzenia brutto na poczet kaucji gwarancyjnej były naliczane od wartości brutto faktury i uwidocznione zapisem na fakturze.

Ponadto, skoro pozwana przedstawiła do potrącenia wierzytelność z tytułu kary umownej, z wierzytelności powoda z tytułu zwrotu połowy kaucji gwarancyjnej w wysokości 157.140,36 zł, to świadczy to o tym, że pozwana nie kwestionowała wysokości roszczenia objętego niniejszym pozwem.

Wbrew zarzutom apelującej, fakt, że usunięcie usterki nastąpiło w dniu 30 listopada 2010 roku nie stoi w sprzeczności z ustaleniem daty zwrotu kaucji od dnia 20 października 2010 roku.

Takiemu stanowisku skarżącej przeczy zapis § 4 pkt 8 umowy stron, zgodnie z którym zwrot kaucji gwarancyjnej nastąpi w terminie 30 dni po odbiorze końcowym przedmiotu umowy przez zamawiającego. Podkreślić należy, że stwierdzona w protokole końcowego odbioru robót z dnia 20 października 2010 roku usterka w postaci zabudowy drogowskazu bramowego z tablicami kierunkowymi nie stanowiła przeszkody do końcowego odbioru robót, co potwierdziła sama pozwana podpisując powyższy protokół.

Przechodząc do oceny podniesionego przez pozwaną zarzutu potrącenia, w pierwszej kolejności należy odnieść się do rygorów postępowania gospodarczego dotyczących zarzutu potrącenia.

Zgodnie z treścią art. 479<sup>14</sup> § 4 k.p.c. znajdującym zastosowanie w niniejszej sprawie na podstawie mocy art. 9 ust. 1 ustawy o zmianie ustawy kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw w postępowaniu gospodarczym do potrącenia mogą być tylko zgłoszone wierzytelności udowodnione dokumentami.

W orzecznictwie podkreśla się, że przy ocenie, czy przedstawione do potrącenia roszczenie jest udowodnione dokumentami w rozumieniu art. 479<sup>14</sup> § 4 k.p.c., unormowanie zawarte w art. 485 k.p.c. ma znaczenie jedynie pomocnicze, jednakże przedstawione do potrącenia roszczenie nie może być wykazywane wyłącznie dokumentami wytworzonymi przez pozwanego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 września 2011 r. I ACa 664/11).

Pozwana zgłaszając zarzut potrącenia wierzytelności z tytułu kar umownych, oprócz powołania się na załączone przez powoda do pozwu dokumenty w postaci umowy z dnia 26 kwietnia 2010 roku, protokoły odbioru z 20 października 2010 roku i z dnia 30 listopada 2010 roku przedstawiła jedynie sporządzoną przez siebie notę księgową z dnia 9

grudnia 2010 roku, pismo i wezwanie do zapłaty z dnia 9 grudnia 2010 roku. Pozwana nie uczyniła zatem zadość wymogowi udowodnienia wiarygodności zgłoszonej do potrącenia dokumentami w rozumieniu art. 479<sup>14</sup> § 4 k.p.c.

Niezależnie od powyższego Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko Sądu pierwszej instancji, że w wyniku wskazanego przez pozwaną oświadczenia nie doszło do umorzenia wzajemnych wiarygodności stron, ponieważ brak jest dowodów potwierdzających fakt, że po stronie pozwanej powstała przedstawiona do potrącenia wiarygodność z tytułu kar umownych w kwocie 675.187,50 zł.

***Jak już wcześniej wspomniano w § 10 umowy strony zastrzegły kary umowne - ustaliły, że wykonawca zapłaci 1 % wartości netto umowy „za każdy dzień zwłoki” w terminowym zakończeniu przedmiotu umowy oraz tyle samo „za każdy dzień zwłoki” w terminowym zakończeniu poszczególnych etapów robót rozpisanych w szczegółowym harmonogramie.***

***Wbrew zarzutom apelującej, Sąd pierwszej instancji trafnie ocenił, że zakończenie przedmiotu umowy nastąpiło w dniu 30 września 2010 roku, o czym świadczy treść protokołu końcowego odbioru robót z dnia 20 października 2010 roku, w którym wprost wskazano, że roboty zakończono w dniu 30 września 2010 roku.***

***Odmienne stanowisko pozwanej przeczy fakt, że w protokole odbioru z 20 października 2010 r., sama przyznała, że zakończenie prac nastąpiło 30 września 2010 roku.***

***Dla stwierdzenia, że do zakończenia prac doszło w dniu 30 września 2010 r., bez istotnego znaczenia pozostaje fakt wskazania w protokole końcowego odbioru robót z dnia 20 października 2010 roku usterki w postaci niewykonania jednego drogowskazu bramowego, gdyż usterka ta nie stanowiła przeszkody do dokonania końcowego odbioru robót w dniu 20 października 2010 roku.***

***W konsekwencji powyższego ustalenia, uznać należy, że naliczenie przez pozwaną kary umownej mogłoby być uznane za zasadne jedynie za okres 21 września - 30 września 2010 roku (za okres wcześniejszy pozwana nie naliczyła kary umownej), o ile przekroczenie terminu wykonania umowy byłoby przez powoda zawinione.***

***W ocenie Sądu Apelacyjnego słusznie, Sąd Okręgowy słusznie uznał, że zebrany w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjęcia, iż powód dopuścił się zwłoki w terminowym zakończeniu przedmiotu umowy.***

***Wbrew zarzutowi apelującej twierdzenia powoda przedstawione w piśmie procesowym z dnia 29 czerwca 2012 roku zawierającym ustosunkowanie się do pism procesowych pozwanej nie są spóźnione wobec niekwestionowania przez nią przed procesem faktu pobrania kaucji zgodnie z postanowieniami umowy.***

***W odniesieniu do pisma pozwanej z dnia 29 marca - 2 kwietnia 2013 roku, Sąd Apelacyjny wskazuje, że nie zaistniały podstawy do otwarcia rozprawy na nowo w związku z ujawnieniem przez Sąd Apelacyjny faktu powzięcia z urzędu informacji o odmowie przyjęcia do rozpoznania skargi kasacyjnej w sprawie I ACa 319/12, albowiem fakt ten był stronom znany, zaś wskazywana okoliczność miała znaczenie jedynie dla ustalenia faktu, że pomiędzy stronami toczyła się przed Sądem Apelacyjnym sprawa o sygn. akt I ACa 319/12 zakończona prawomocnym wyrokiem z dnia 6 czerwca 2012 roku.***

***Reasumując, Sąd Apelacyjny wyraża pogląd, iż zapadły w sprawie wyrok nie poddaje się krytyce zaprezentowanej w apelacji, a argumenty skarżącej, w żaden sposób nie zmieniają oceny tego rozstrzygnięcia, jako odpowiadającego prawu.***

***Z powyższych względów apelacja jako bezzasadna podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c., o czym Sąd Apelacyjny orzekł w punkcie I. sentencji wyroku.***

***O kosztach postępowania odwoławczego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz § 6 pkt 6 w zw. z § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1348 z 2002 r. ze zm.).***

***Na kwotę należną powodowi od pozwanej z tego tytułu złożyły się: wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika powoda w kwocie 2.700 złotych oraz zwrot kosztów podróży związanych ze stawiennictwem pełnomocnika powoda na rozprawę apelacyjną w kwocie 1.333 zł ustalonej na podstawie art. 85 i art. 91 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. Nr 90, poz. 594 j.t. z 2010 r. ze zm.).***

**SSA Marta Sawicka SSA Małgorzata Gawinek SSA Agnieszka Sołtyka**