

Sygn. akt I ACa 335/ 16

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 listopada 2016r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: Sędzia SA Zbigniew Merchel

Sędzia SA Barbara Lewandowska Sędzia del. SO Krzysztof Gajewski (spr.)

Protokolant:sek. sąd. Agnieszka Kisicka

po rozpoznaniu w dniu 8 listopada 2016r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa T. M. przeciwko T. B. o zapłatę

na skutek apelacji powoda i pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 18 grudnia 2015r. o sygnaturze akt IX GC 424/ 15

1. zmienia zaskarżony wyrok:

a. w punkcie II (drugim) w ten sposób, że zasądza od pozwanego T. B. na rzecz powoda T. M. kwotę 27.970 (dwadzieścia siedem tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt) złotych wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 25 lutego 2015r. do dnia zapłaty,

b. w punkcie III (trzecim) w ten sposób, że w miejsce zasądzonej kwoty 5.435 zł (pięć tysięcy czterysta trzydzieści pięć) złotych zasądza kwotę 8.783 (osiem tysięcy siedemset osiemdziesiąt trzy) złote,

c. w punkcie IV (czwartym) w ten sposób, że nakazuje ściągnąć od pozwanego T. B. na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Gdańsku kwotę 245,72 (dwieście czterdzieści pięć złotych siedemdziesiąt dwa grosze) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych,

2. oddala apelację pozwanego,

3. zasądza od pozwanego T. B. na rzecz powoda T. M. kwotę 10.399 (dziesięć tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt dziewięć) złotych tytułem zwrotu kosztów

Sygn. akt I ACa 335/16

UZASADNIENIE

Powód T. M., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo Budowlane (...), pozwem z dnia 25 lutego 2015 r. wniesionym do Sądu Okręgowego w Gdańsku domagał się orzeczenia nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym, aby pozwany T. B. zapłacił na jego rzecz kwotę 103.320 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz kosztami procesu, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu wskazał, że prowadzi działalności gospodarczą w zakresie wykonywania robót budowlanych, zaś pozwany w zakresie swojej działalności zajmuje się realizacją inwestycji budowlanych. Strony w ramach prowadzonej działalności gospodarczej zawarły umowę nr (...), na podstawie której pozwany zlecił powodowi wykonanie robót drogowych. Rozpoczęcie prac miało nastąpić dnia 06 maja 2013r. roku, a ich zakończenie

na dzień 20 października 2013 r. Nadto powód podniósł, iż stosownie do § 4 pkt 8 umowy tytułem zabezpieczenia prawidłowego wykonania umowy pozwany zatrzymał kwotę stanowiącą 10 % wartości faktury, zaś stosownie do § 8 pkt 10 umowy - 70 % tej sumy miało zostać wypłacone powodowi po upływie 60 dni po bezusterkowym odbiorze końcowym. Powód wykonał swoje zadanie jednakże nie wyraził zgody na proponowany mu aneks do umowy zmieniający termin realizacji ostatnich faz zlecenia. Wskazał, że powód wezwał pozwanego do dobrowolnego spełnienia świadczenia, przy czym pozwany odmawiając zapłaty dokonał jednocześnie uznania długu składając oświadczenie o potrąceniu. Zdaniem powoda, potrącenie należy uznać za nieskuteczne wobec braku podstaw do naliczenia kar umownych, natomiast uznanie długu jest skuteczne.

W dniu 27 marca 2015 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym uwzględniając powództwo (sygn. akt IX GNc 181/15).

Od powyższego nakazu zapłaty pozwany T. B. w terminie złożył sprzeciw wnosząc o oddalenie powództwa w całości, zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany podkreślił, że poza sporem pozostaje wartość robót wykonanych przez powoda i przyznał, że rozliczył roboty powoda na łączną kwotę 1.475.395,57 zł brutto, przy czym zgodnie z § 4 ust. 8 umowy zatrzymał 10 % tej wartości, tj. kwotę 147.539,55 zł jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Kwota ta następnie posłużyła do pokrycia wad robót wykonanych przez powoda i do pokrycia kar umownych naliczonych przez pozwanego z tytułu nienależytego wykonania umowy, co odzwierciedla złożone powodowi oświadczenie o potrąceniu. W konsekwencji wskazał, że dochodzona powództwem kwota 103.320 zł stanowi zaś 70% należności zatrzymanej na zabezpieczenie, której zwrot przewiduje postanowienie § 8 pkt. 10 umowy, ale z przyczyn wskazanych w sprzeciwie pozwany nie jest zobowiązany do jej zwrotu.

Podsumowując powyższą argumentację pozwany stwierdził, iż może udokumentować i przedstawić do potrącenia wierzytelności z tytułu usuwania wad w kwocie 114.262,96 zł netto, kwotę 177.166,38 zł netto z tytułu dodatkowego wynagrodzenia z tytułu wykonania zastępczego, a także kwotę 1.217.700 zł z tytułu kar umownych - łącznie 1.509.129,34 zł. Niezależnie od przyjęcia podstawy do naliczenia kary umownej, w/w kwoty znacznie przekraczają wierzytelność powoda o zwrot kaucji gwarancyjnej, wobec czego na skutek potrącenia wierzytelność powoda w całości wygasła. W sprzeciwie pozwany z ostrożności procesowej dokonał potrącenia należności wskazanych w sprzeciwie z wierzytelnością powoda dochodzoną powództwem.

Wyrokiem z dnia 18 grudnia 2015r. Sąd Okręgowy:

I. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 75.350 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 25 lutego 2015r. do dnia zapłaty,

II. w pozostałej części powództwo oddalił,

III. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 5.435 zł tytułem zwrotu kosztów procesu,

IV. Nakazał ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Gdańsku tytułem nie uiszczonych kosztów sądowych: od powoda kwotę 66,34 zł, od pozwanego kwotę 179,38 zł,

V. oddalił wniosek powoda o nadanie wyrokowi rygoru natychmiastowej wykonalności.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd I instancji oparł na następujących ustaleniach i rozważaniach:

Powód T. M. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo Budowlane (...) z siedzibą w miejscowości Ł. w zakresie robót budowlanych. Pozwany T. B. prowadzi natomiast działalność gospodarczą pod

nazwą Przedsiębiorstwo budowlane (...). (...) T. B. z siedzibą w G. i w jej zakresie zajmuje się realizacją inwestycji budowlanych.

Powód i pozwany w dniu 29 kwietnia 2013 r. zawarli umowę o numerze (...) o wykonanie prac budowlanych w P. w S.. Pozwany był generalnym wykonawcą zadania pn. „Rewitalizacja zabytkowego parku miejskiego w S., dawnego ogrodu P. Polski, współfinansowanego przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa (...) na lata 2007-2013" zawartej z Miastem S. jako zamawiającym. Powód natomiast był podwykonawcą pozwanego w ramach realizacji tego zadania inwestycyjnego w zakresie wskazanym w umowie z 29 kwietnia 2013 r. Zgodnie z treścią umowy zawartej przez strony sporu, powód był zobowiązany do wykonania robót drogowych na terenie parku objętych dokumentacją, rozbiórki istniejących i wykonania nowych alejek i schodów terenowych zgodnie z projektem wykonawczym załączonym do umowy. Strony ustaliły za wykonanie robót wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 3.300.000 zł netto. Stosownie do zapisów umownych rozpoczęcie prac miało nastąpić w dniu 6 maja 2013 r. a ich zakończenie przewidziano na dzień 20 października 2013 r.

W trakcie realizacji rewitalizacji zabytkowego parku miejskiego w S. zaszła nie przewidziana wcześniej konieczność przeprowadzenia badań archeologicznych na znaczną skalę na skutek znalezisk, do jakich doszło w czerwcu i lipcu 2013 r. Prace archeologiczne objęły większą część parku, co uniemożliwiało wykonywanie prac przez powoda i innych podwykonawców w pierwotnie zakładanym terminie. Konieczność wykonania prac archeologicznych doprowadziła do okresowego wstrzymania prac i przedłużenia czasu trwania inwestycji. Inwestor Miasto S. przedłużył generalnemu wykonawcy termin wykonania robót do 30 czerwca 2014 r. Teren inwestycji był podzielony na dwie części, a rzeka była naturalną granicą. W miejscu obejmującym teren robót powoda były trzy stanowiska archeologiczne zajmujące obszar około kilkudziesięciu metrów. Powyższe rodziło problemy z dojazdem na miejsce wykonywania prac i składowaniem kruszywa.

Opóźnienie w realizacji prac przez powoda spowodowane było także koniecznością wycinki części drzew i zmiany przebiegu alejek. Uzyskanie pozwolenia na wycinkę drzew należało do pozwanego jako generalnego wykonawcy. W trakcie realizacji inwestycji sporządzane były projekty zamienne obejmujące także roboty drogowe znajdujące się w zakresie prac powoda. Na wniosek powoda kierownik kontraktu pozwanego G. S. w dniu 16 października 2013 r. sporządził pisemne oświadczenie, w którym potwierdził, że na terenach objętych pracami powoda występują stanowiska archeologiczne i konieczność przeprowadzenia badań archeologicznych, wobec czego na w.w. stanowiskach oraz drogach dojazdowych do nich prowadzenie robót budowlanych jest utrudnione lub uniemożliwione do czasu zakończenia prac archeologicznych.

Powód rozpoczął wykonywanie robót w maju 2013 r. i z uwagi na wskazane powyżej okoliczności nie miał możliwości zakończenia prac w październiku 2013 r. Wykonywane przez powoda prace były odbierane częściowo w ich miarę postępu i fakturowane przez powoda.

Strony toczyły rozmowy w przedmiocie podpisania aneksu zmieniającego termin końcowy realizacji prac powoda. Pozwany przygotował projekt aneksu do umowy, zgodnie z którym termin zakończenia prac przez powoda miał zostać przedłużony do 15 kwietnia 2014 r. Ostatecznie powód nie wyraził zgody na podpisanie wspomnianego aneksu uznając proponowany termin za niewystarczający oraz z uwagi na inne zaplanowane roboty. Strony jednakże podpisały aneks do umowy nr (...) zmieniający zasady ustalania wynagrodzenia według cen jednostkowych zawartych ofercie powoda.

Powód wobec zaistnienia okoliczności od niego niezależnych, w szczególności z powodu prowadzenia na terenie parku długotrwałych prac archeologicznych - odkrywkowych oraz zaplanowanych kolejnych prac na terenie innych inwestycji postanowił zejść z budowy zawiadamiając o tym kierownika kontraktu pozwanego G. S.. Teren budowy powód opuścił ostatecznie z końcem października 2013 r.

Po zaprzestaniu przez powoda dalszego wykonywania prac strony nie dokonały całościowego rozliczenia prac wykonanych przez powoda, mimo przygotowania przez powoda kosztorysu powykonawczego. Nie został także między stronami sporządzony końcowy protokół odbioru wykonanych przez powoda prac. O nierozliczeniu wykonanych prac

przy wykonywaniu dróg i ścieżek w ramach rewitalizacji parku powód jako zgłoszony podwykonawca generalnego wykonawcy zawiadomił inwestora Miasto S. pismem z 8 sierpnia 2014 r. Pozwany w piśmie z 8 września 2014 r. skierowanym do inwestora zaprzeczył jakoby posiadał wobec powoda nieuregulowane wymagalne zobowiązania.

Zgodnie z trójstronnym porozumieniem pomiędzy powodem i pozwanym a (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością sporządzono protokół z dnia 1 kwietnia 2014 r. przejęcia robót budowlanych ustalający stan robót i sposób usunięcia wad. W treści wspomnianego protokołu wskazano, że po dokonaniu przeglądu prac budowlanych wykonanych przez powoda przed przystąpieniem wykonawcy (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przejmującego roboty drogowe do kontynuacji prac ujawniono następujące wady fizyczne wymagające dokonania prac naprawczych: a) uzupełnienie pospółki warstwa grubości 4 cm wraz z zagęszczeniem na powierzchni 6080 m²; b) zdemontowanie oraz ponowne ustawienie obrzeży stalowych na odcinku 50 mb; c) demontaż oraz ponowne wykonanie dwóch rzędów kostki granitowej na odcinku 330 mb; d) demontaż oraz ponowne ustawienie obrzeży granitowych na odcinku 20 mb; e) wykonanie badań zagęszczenia gruntu zgodnie z wymaganiami zawartymi w dokumentacji projektowej. W porozumieniu uzgodniono, że niezbędne prace wymienione w punktach a,b,c i d wykona (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na koszt powoda zgodnie z dołączonym do protokołu „Kosztorysem prac naprawczych” na kwotę 27.970 zł, natomiast koszt wykonania badań zagęszczenia gruntu wymienionych w pkt e wykonana pozwany z refakturą na powoda.

W dniu 25 lipca 2014 r. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. wystawiła fakturę VAT nr (...) na kwotę 40.000 zł z terminem płatności 28 lipca 2014 r. jako tytuł wystawienia faktury wskazując roboty dodatkowe - poprawki po firmie (...) (robocizna) porozumienie z 25 lipca 2014 r. Dodatkowo w dniu 12 września 2014r. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. wystawiła fakturę VAT nr (...) na kwotę 8.462,96 zł z terminem płatności 12 października 2014 r. jako tytuł wystawienia faktury wskazując roboty dodatkowe, umowę z 5 marca 2014r. i protokół z 12 września 2014r.

Wobec treści protokołu przekazania z dnia 1 kwietnia 2014 r. pozwany zawarł następczo z (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością umowę nr (...) z dnia 23 lipca 2013 r. dotyczącą realizacji nawierzchni KI i K2 wg schematu podziału nawierzchni za wynagrodzeniem 795.000 zł plus podatek VAT a następnie umowę nr (...) z dnia 05 marca 2014 r. dotyczącą dokończenia nawierzchni KI, K2, K3, K4, i Lawy pod obrzeża przy bramie wjazdowej wg schematu podziału nawierzchni i wg oferty i kosztorysu z 17 lutego 2014 r. za wynagrodzeniem 275.000 zł plus podatek VAT za robocizną i 587.409 zł plus podatek VAT za materiały. Pozwany dokonał zapłaty na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością następujących kwot -w dniu 11 lipca 2014 r. kwoty 21.337,30 zł tytułem należności objętych fakturą VAT nr (...), - w dniu 11 września 2014 r. kwoty 49.200 zł na poczet należności objętych fakturą VAT nr (...). Między pozwanym a (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością toczył się przed Sądem Okręgowym w Gdańsku spór o zapłatę wynagrodzenia pod sygn. akt IX GC

279/15. Pozwany wykonał spoinowanie 5000 m² kostki brukowej nawierzchni alejek, na które poświęcił (...) roboczogodzin wyliczając wysokość kosztów z tego tytułu przy przejęciu na stawki za roboczogodzinę 28 zł na kwotę 44.380 zł. W dniu 25 listopada 2013 r. pozwany wezwał powoda do usunięcia ziemi pozostawionej przy altanie parkowej w terminie do 27 listopada 2013r. pod rygorem zlecenia wykonania tych prac innemu podmiotowi na koszt powoda. Ostatecznie przedmiotowy wywóz zlecono przedsiębiorcy S. G. za wynagrodzeniem 15.000 zł netto na podstawie umowy z 28 listopada 2013 r. S. G. w dniu 30 grudnia 2013r. wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) na kwotę 15.000 zł netto (18.450 zł brutto) z terminem płatności 13 stycznia 2014 r. Pismem z dnia 30 marca 2014 r. pozwany wezwał powoda do usunięcia ziemi i gruzu z rozbiórki i korytowania alejki wzdłuż ul. (...) zmagazynowanej przy restauracji (...) w terminie do 1 kwietnia 2014 r. Ostatecznie prace te dnia 18 kwietnia 2014[^]. wykonano na koszt powoda. Przedmiotowe prace zostały wykonane koparko- ładowarką przez Z. D. a ich koszt wyniósł 340 zł netto (4 godziny) a gruz został wywieziony przez B. P. za wynagrodzeniem w kwocie 700 zł (10 godzin). O przystąpieniu przez powoda do wykonania wspomnianych czynności na koszt powoda powód został poinformowany pismem z 18 kwietnia 2014r. Rewitalizacja zabytkowego parku miejskiego w S. została zakończona a odbiór końcowy przez inwestora, obejmujący także prace wykonane przez powoda, odbył się w sierpniu 2014 r. bez udziału powoda. W dniu 5

maja 2014 r. pozwany sporządził protokół konieczności wykonania robót dodatkowych polegających na przegłębieniu korytowania oraz wzmocnieniu podłoża dla gruntów niekontrolowanych alejki parkowej o szerokości 3 m z obrzeżem stalowym na odcinku 40 mb. Pozwany sporządził pismo z 7 maja 2014 r. z wezwaniem powoda do wykonania tych prac w terminie do 9 maja 2014 r. pod rygorem ich wykonania na koszt powoda i wykonanie tych prac zlecił (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Wspomniana spółka wykonała prace i tytułem wynagrodzenia wystawiła pozwanemu fakturę VAT na kwotę 5.380 zł z terminem płatności 29 maja 2014 r.

Z wynagrodzenia powoda za wykonane prace pozwany zatrzymał kwotę 147.600 zł brutto tytułem kaucji należytego i terminowego wykonywania umowy oraz kosztów zabezpieczenia usunięcia ewentualnych wad i usterek. Kwota ta nie została przez pozwanego zwrócona powodowi wobec twierdzenia, że wierzytelność powoda o zwrot zatrzymanej kwoty uległa umorzeniu na skutek dokonanych przez pozwanego potrąceń z wzajemnymi wierzytelnościami pozwanego.

W piśmie z dnia 1 grudnia 2014 r. pozwany oświadczył, że posiada wobec powoda wymagalną wierzytelność w łącznej kwocie 1.731.904,79 zł, na którą składają się: kwota 1.457.042,36 zł brutto stanowiąca karę umowną wynikającą z § 7 ust. 1 łączącej strony umowy z tytułu opóźnienia w oddaniu zakresu prac określonych w § 1 pkt 1 umowy, kwota 274.862,43 zł stanowiąca 10 % wartości umów z wykonawcami zastępczymi realizującymi zakres umowny wykonawcy w ramach wykonawstwa zastępczego wynikająca z § 6 ust. 13 umowy.

Dodatkowo pozwany wskazał, że powód posiada wobec niego wierzytelność z tytułu kaucji gwarancyjnej na kwotę 147.600 zł brutto.

Pozwany dokonał potrącenia przysługujących mu wobec wykonawcy wierzytelności, na skutek czego do zapłaty przez powoda na rzecz pozwanego pozostała kwota 1.564.304,79 zł, do zapłaty której powód został wezwany w terminie 7 dni od doręczenia oświadczenia. Oświadczenie o potrąceniu zostało podpisane przez księgową pozwanego M. W., która wskazywała, że działa w imieniu i na rzecz T. B. na podstawie pełnomocnictwa, które nie zostało do wspomnianego pisma dołączone. Przedmiotowe pełnomocnictwo datowane na 1 grudnia 2014r. zostało złożone przez pozwanego w toku niniejszego procesu.

Pismem z dnia 23 stycznia 2015 r. nadanym listem poleconym 26 stycznia 2015 r. powód bezskutecznie wezwał pozwanego do zwrotu 70 % zatrzymanej kaucji gwarancyjnej w terminie 7 dni od daty otrzymania wezwania.

Poczynione w sprawie ustalenia faktyczne Sąd I instancji oparł na dokumentach (prywatnych i urzędowych) oraz innych środkach dowodowych w rozumieniu art. 309 k.p.c. załączonych* przez strony postępowania do pozwu, sprzeciwu od nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym oraz pism przygotowawczych, których autentyczność nie była kwestionowana przez strony. Sąd nie znalazł również z urzędu podstaw do kwestionowania rzetelności i autentyczności przedstawianych dokumentów. Ustalając stan faktyczny Sąd oparł się także na zeznaniach świadków G. S., C. W. i J. M. oraz przesłuchaniu powoda T. M.. Sąd I instancji dokonał oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego określając, w jakim zakresie dał mu wiarę.

Sąd Okręgowy określił, że okolicznością bezsporną między stronami było zatrzymanie przez pozwanego tytułem zabezpieczenia należytego i terminowego wykonania prac oraz usunięcia wad i usterek 10% wynagrodzenia powoda objętego wystawionymi fakturami, łącznie 147.600 zł brutto oraz uzgodnienia zawarte w umowie z 29 kwietnia 2013 r. odnoszące się do gwarancji, wykonania zastępczego prac, zasad zwalniania zatrzymanych kwot oraz naliczania kar umownych. Podkreślenia wymaga, że w sprzeciwie pozwany nie podniósł zarzutu braku wymagalności roszczenia powoda o zwrot części zatrzymanego wynagrodzenia, zarzut ten został podniesiony dopiero na ostatniej rozprawie w dniu 9 grudnia 2013 r. i jest w ocenie Sądu bezzasadny. W tej sytuacji uznać należy, że żądanie powoda zwrotu części wynagrodzenia zatrzymanego na poczet kaucji jest w pełni zasadne. Podkreślenia wymaga, że także w swym oświadczeniu o potrąceniu z 1 grudnia 2014 r. pozwany nie kwestionował wzajemnej wierzytelności powoda i jej wymagalności.

Wobec powyższego w dalszej kolejności należało zbadać zasadność podniesionego przez pozwanego zarzutu potrącenia.

W pierwszej kolejności Sąd I instancji poddał analizie potrącenie dokonane przez pozwanego pismem z dnia 1 grudnia 2014 r. i uznał, że nie było ono skuteczne wobec niespełnienia przesłanek z art. 498 § 1 k.c. W pierwszej kolejności wskazać należy, że nawet gdyby wzajemne wierzytelności pozwanego istniały, to pozwany w żaden sposób nie wykazał, że w dacie składania oświadczenia były wymagalne. Przedstawiona do potrącenia wierzytelność z tytułu kar umownych musi spełniać wyrażoną w art. 498 k.c. przesłankę wymagalności a z uwagi na to, że jest to zobowiązanie bezterminowe, staje się wymagalne dopiero po wezwaniu dłużnika do zapłaty.

Pozwany nie wykazał, że przed złożeniem oświadczenia o potrąceniu sporządził i doręczył powodowi pismo z wyczeniem kary umownej oraz 10 % kosztów wykonania zastępczego i wezwał powoda do ich uiszczenia zgodnie z art. 455 k.c. W ocenie Sądu pozwany nie zdołał także wykazać, że przysługiwały mu wzajemne wierzytelności objęte oświadczeniem o potrąceniu z 1 grudnia 2014 r. z tytułu kary umownej za opóźnienie w oddaniu prac oraz z tytułu 10 % kosztów wykonania zastępczego. W uzasadnieniu sprzeciwu pozwany wyjaśnił, że kara umowna za 162 dni opóźnienia została naliczona za okres od 20 października 2013 r. do dnia 1 kwietnia 2014r., kiedy to powód przekazał plac budowy innym wykonawcom.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy Sąd I instancji badał, w jakim zakresie niewykonanie przez powoda w zakreślonym terminie robót wynikało z przyczyn, za które nie ponosił odpowiedzialności. Jest to ważne z tego względu, że powód w trakcie procesu kilkakrotnie powoływał się na to, że opóźnienie w jego pracach nie nastąpiło z przyczyn leżących po jego stronie. W ocenie Sądu Okręgowego powód obalił domniemanie wynikające z treści art. 471 k.c. i wykazał, aby opóźnienie w spełnieniu jego świadczenia było następstwem okoliczności, za które nie ponosił odpowiedzialności. Jak wskazano powyżej, z zebranego materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że przyczyną opóźnienia powoda była konieczność przeprowadzenia badań -okoliczność nieprzewidziana powodująca wstrzymanie prac w miejscach prowadzenia badań, utrudnienia w realizacji inwestycji skutkujące przedłużeniem przez inwestora generalnemu wykonawcy terminu zakończenia prac o kilka miesięcy. Dodatkowe utrudnienia skutkujące opóźnieniem prac spowodowane były wycinkami drzew, na które pozwolenia zobowiązany był uzyskać generalny wykonawca, zmianami przebiegu alejek i wykonywaniem projektów zamiennych, w tym także związanych z robotami powoda. Powyższa okoliczność znajduje potwierdzenie w zeznaniach przesłuchanych w sprawie świadków powoda i dowodach z dokumentów. W świetle powyższych okoliczności naliczanie powodowi kary umownej za opóźnienie za okres od 20 października 2013 r. do 1 kwietnia 2014 r. uznać należy za całkowicie bezpodstawne tym bardziej, że to sam pozwany mając świadomość braku możliwości zakończenia prac w terminie do 20 października 2013 r. proponował pozwanemu przedłużenie terminu prac do 15 kwietnia 2014 r. aneksem do umowy a reprezentujący go kierownik kontraktu G. S. na wniosek powoda w dniu 16 października 2013 r. potwierdził na piśmie występowanie utrudnień związanych z prowadzeniem prac związanych z badaniami archeologicznymi.

W ocenie Sądu I instancji pozwany nie wykazał także istnienia wierzytelności w kwocie 274.862,43 zł stanowiącej zwiększone koszty wykonania zastępczego w wysokości 10 % wartości umów z wykonawcami zastępczymi realizującymi zakres umowy powoda w ramach wykonawstwa zastępczego z § 6 ust. 13 umowy. Wskazać należy, że w § 6 ust. 13 wykonawca wyraził zgodę na to, że w przypadku nie wywiązania się z przyczyn od niego zależnych z postanowień umowy zamawiający zachowuje prawo do zastępczego zlecenia wykonania przedmiotu umowy na koszt wykonawcy z jednoczesnym prawem zamawiającego do dodatkowego wynagrodzenia w wysokości 10 % wartości umowy. Pozwany nie wskazał, że jakie to konkretnie postanowienia umowy zostały przez powoda naruszone oraz że powód z przyczyn od siebie zależnych nie wywiązał się z umowy.

Należy zwrócić uwagę, że opisywane powyżej przy okazji omawiania kar umownych za opóźnienie utrudnienia w wykonywaniu i zakończeniu prac powoda świadczą, że z postanowień umownych związanych z terminami i zakresem prac powód nie wywiązał się z przyczyn nieprzewidzianych i od niego niezależnych. Podkreślenia wymaga także, że zgodnie z § 7 ust. 15 i 16 zamawiający był upoważniony do potrącenia z zabezpieczenia, jak również innych kwot należnych wykonawcy, kar umownych lub innych odszkodowań na rzecz zamawiającego wynikających z tytułu

niewłaściwego lub nieterminowego wykonania umowy przez wykonawcę, przy czym przed potrąceniem jakichkolwiek kwot z zabezpieczenia lub innych należności wykonawcy zobowiązany był powiadomić o tym wykonawcę. Pozwany nie skierował przed dokonaniem potrącenia z zabezpieczenia pisma o zamiarze potrącenia określonych kwot ze wskazaniem tytułów potrąceń, nie jest bowiem wykonaniem powyższego obowiązku kierowanie pism z wezwaniem do wykonania określonych prac przez powoda pod rygorem zlecenia ich wykonania innym osobom na jego koszt.

W konsekwencji zgłoszony w sprzeciwie procesowy zarzut potrącenia z powołaniem się na oświadczenie o potrąceniu z 1 grudnia 2014 r. okazał się bezzasadny.

W ocenie Sądu Okręgowego także potrącenie dokonane w sprzeciwie było w przeważającej części bezzasadne za wyjątkiem potrącenia kwoty 27.970 zł stanowiącej zaakceptowane przez powoda w trójstronnym porozumieniu z 1 kwietnia 2014r. koszty wykonania przez (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością określonych w porozumieniu i stanowiącym załącznik nr 1 kosztorysie prac naprawczych.

Odnosnie nieistnienia wierzytelności pozwanego wobec powoda z tytułu kary umownej za opóźnienie w kwocie 1.217.700 zł odwołać należy się do argumentacji przedstawionej we wcześniejszej części uzasadnienia odnoszącej się do oświadczenia pozwanego z 1 grudnia 2014r. Brak jest także podstaw do naliczenia i potrącenia z wierzytelnością powoda kary umownej za odstąpienie od umowy z winy powoda. W § 7 umowy strony uzgodniły, że za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronach, wykonawca lub zamawiający zapłaci karę w wysokości 15 % wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1, ale powód nie wykazał, że z przyczyn leżących po stronie pozwanego od umowy odstąpił.

W ocenie Sądu I instancji z uwagi na niezależne od powoda opóźnienie w realizacji prac i brak możliwości ich zakończenia w terminie do 20 października 2013 r. oraz niewyrażenie przez powoda zgody na przedłużenie terminu zakończenia do 15 kwietnia 2014 r. strony sporu w porozumieniu z (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w W. z 1 kwietnia 2014 r. uzgodniły, że wspomniana spółka wykonana wskazane w treści tego porozumienia prace naprawcze w pracach wykonanych przez powoda za kwotę 27.970 zł na koszt powoda. O tym, że (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. w porozumieniu ze stronami miała przejąć i kontynuować prace drogowe po zejściu powoda z placu budowy świadczy treść przesłuchania powoda oraz zapisy samego porozumienia podpisanego po dokonaniu wspólnego przeglądu wykonanych przez powoda na podstawie umowy z 29 kwietnia 2013 r. robót : „Komisja... ujawniła poniższe wady fizyczne wymagające wykonania prac naprawczych przed przystąpieniem przez wykonawcę przejmującego roboty drogowe do kontynuacji prac”.

Podpisanie takiego porozumienia miało chronić interesy (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. przejmującej pozostały do wykonania zakres prac powoda i uregulować sprawę kosztów związanych z usunięciem usterek w pracach już wykonanych.

W tym kontekście uznać należy, że skoro (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością przejęła za zgodą stron do dalszego wykonania prace powoda wobec braku możliwości ich wykonania w późniejszym terminie przez powoda, to wykonane przez nią prace (poza zakresem odnoszącym się do uzgodnionych prac poprawkowych na kwotę 27. 970 zł) nie mogą być uznane za prace wykonane w ramach wykonania zastępczego, za które byłby zobowiązany zapłacić powód. Z tej też przyczyny brak jest jakichkolwiek podstaw do potrącenia z wierzytelnością powoda dochodzoną pozwem kwoty 177.166,38 zł tytułem zryczałtowanych zwiększonych kosztów wykonania zastępczego w wysokości 10 %. Powód nie wykazał także, by były to koszty zwiększone i rzeczywiście poniesione.

Należy także podnieść, że pozwany nie wykazał ażeby powód wyraził zgodę na obciążenie go ponad kwotę 27.970 zł kosztami usuwania usterek przez (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. W konsekwencji z kosztów wykonania zastępczego określonych na kwotę 53.842,96 zł netto zasadnym było potrącenie z wzajemnej wierzytelności powoda jedynie kwoty

27.970 zł, która została przez niego uznana w trójstronnym porozumieniu z 1 kwietnia 2014 r. jako koszt usunięcia usterek. Powód powyższym okolicznościom nie zaprzeczał, nie kwestionował także usunięcia usterek w jego pracach przez (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością a w toku postępowania pozwany przedstawił dowód zapłaty kwoty

49.200 zł na poczet należności objętych fakturą VAT nr (...) wystawioną przez tą spółkę tytułem poprawek po firmie (...).

Odnosnie potrącenia z zabezpieczenia kwoty 5.380 zł, co do której wskazano w sprzeciwie, że jest to koszt badań zagęszczenia gruntu wskazanych w pkt 3 porozumienia z 1 kwietnia 2014r., wskazać należy, że faktura VAT nr (...) opiewająca na taką kwotę została wystawiona z innego tytułu i dotyczy wykonanych przez E. prac w zakresie pogłębienia korytowania, demontażu i montażu listew stalowych na podstawie protokołu konieczności z 5 kwietnia 2014 r. Pozwany nie wykazał, że przed zleceniem wspomnianych prac tej spółce doręczył powodowi wezwanie do prac poprawkowych z 7 maja 2014 r. ani że przed dokonaniem potrącenia tych kosztów z zabezpieczenia o swym zamiarze poinformował powoda. Podkreślenia wymaga, że zgoda powoda wyrażona w porozumieniu z 1 kwietnia 2014 r. dotyczyła obciążenia go kosztami wykonania badań zagęszczenia gruntu a nie kosztami wykonania prac przeprowadzonych w ich następstwie. Pozwany nie wykazał także, że powód winien zostać obciążony kwotą 44.380 zł tytułem poprawek dotyczących spoinowania kostki na obszarze 5000 metrów kwadratowych. Jako dowód na okoliczność wysokości tych kosztów powód przedłożył jedynie niepodpisaną kartę roboczo godzin stanowiącą wydruk komputerowy. Pozwany nie wykazał, że przed zleceniem wspomnianych prac tej spółce doręczył powodowi wezwanie do wykonania tych prac poprawkowych ani że przed dokonaniem potrącenia tych kosztów z zabezpieczenia o swym zamiarze poinformował powoda.

W ocenie Sądu Okręgowego bezzasadne są także potrącenia dokonane przez pozwanego z tytułu usunięcia ziemi i wywiezienia gruzu w kwotach 15.000 zł netto i 1.040 zł netto. Powód w umowie zobowiązał się do utrzymania porządku w trakcie realizacji robót i uporządkowania terenu, w obrębie którego były prowadzone, jednakże podkreślenia wymaga, że pozwany nie wykazał aby przed zleceniem tych prac obciążających powoda doręczył mu wezwanie do ich wykonania we własnym zakresie w określonym terminie. Co więcej pozwany nie udowodnił, że koszty usunięcia gruzu i ziemi były spowodowane wyłącznie przez powoda, który był jednym z podwykonawców na terenie inwestycji. Jak już wskazywano, zgodnie z § 7 ust. 15 i 16 zamawiający był upoważniony do potrącania z zabezpieczenia, jak również innych kwot należnych wykonawcy, kar umownych lub innych odszkodowań na rzecz zamawiającego wynikających z tytułu niewłaściwego lub nieterminowego wykonania umowy przez wykonawcę, przy czym przed potrąceniem jakichkolwiek kwot z zabezpieczenia lub innych należności wykonawcy zobowiązany był powiadomić o tym wykonawcę a pozwany nie wykazał aby przed potrąceniem wywiązał się z tego obowiązku. Pozwany nie wykazał także, że za wywóz ziemi i gruzu dokonał zapłaty podmiotom, którym zlecił wykonanie tych prac, bowiem do pozwu załączył jedynie umowy i faktury VAT, które jedynie w części miałyby odnosić się do obciążeń przypadających na powoda.

Należy także wskazać, że pozwany nie wykazał, że w dacie składania w sprzeciwie oświadczenia o potrąceniu wierzytelności z tytułu kosztów zastępczego wywozu ziemi i gruzu, kosztów zastępczego usuwania wad i usterek (poza kwotą 27.970 zł), kary umownej za odstąpienie od umowy przez pozwanego z winy powoda były wymagalne. Pozwany nie wykazał bowiem, że przed złożeniem oświadczenia o potrąceniu tych wierzytelności w sprzeciwie sporządził i doręczył powodowi pismo z wyliczeniem kary umownej za odstąpienie oraz kosztów zastępczego wywozu ziemi i gruzu, kosztów zastępczego usuwania wad i usterek i wezwał powoda do ich uiszczenia zgodnie z art. 455 k.c.

W konsekwencji zarzut potrącenia okazał się zasadny jedynie do kwoty

27.970 zł, na której naliczenie tytułem usunięcia przez (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W. usterek wskazanych w trójstronnym porozumieniu z dnia 1 kwietnia 2014 r. i załączniku nr 1 do tego porozumienia stanowiącym kosztorys tych prac powód wyraził zgodę. Powód wykazał, że wspomniane prace poprawkowe zostały wykonane oraz że zapłacił za nie (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością wynagrodzenie.

W tym stanie rzeczy od pozwanego na rzecz powoda zasądzono w pkt I wyroku kwotę 75.350 zł stanowiącą różnicę między dochodzoną w pozwie kwotą 103.320 zł a kosztami usunięcia wad w pracach powoda poniesionymi przez pozwanego w kwocie 27.970 zł na mocy art. 647 k.c. i § 4 ust. 10 umowy stron z 29 kwietnia 2013 r. O odsetkach ustawowych za opóźnienie w spełnieniu świadczenia orzeczono na mocy art. 481 § 1 i 2 k.c. zasądzając je od kwoty

75.350 zł od dnia wniesienia pozwu - 25 lutego 2015 r. do dnia zapłaty. W pozostałej części na mocy art. 498 § 1 k.c. powództwo oddalono.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód, zaskarżając go co do pkt. II, III i IV i zarzucając:

- naruszenie prawa procesowego, a to art. 233 § 1 kpc poprzez dokonanie przez Sąd dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów i sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału, w szczególności polegającą na dowolnym przyjęciu przez Sąd, iż pozwanemu przysługiwała względem powoda nadająca się do potrącenia wierzytelność do kwoty 27.970 zł, a to wobec faktu, że w porozumieniu pomiędzy stronami niniejszego postępowania oraz spółką (...) z dnia 1 kwietnia 2014r. powód wyraził zgodę na wykonanie zastępcze części prac na jego koszt - w sytuacji, gdy wierzytelność taka nie istnieje albowiem dokonane przez pozwanego płatności na rzecz E. obejmujące należności objęte fakturami VAT (...).06, 15/05 oraz 29/07 nie obejmują należności objętej porozumieniem z dnia 1 kwietnia 2014r., ponadto w treści porozumienia powód wyraził zgodę na wykonanie na jego koszt prac opisanych w kosztorysie i sam wartość tej należności pokrył w całości.

Zarzucając powyższe wniesiono o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie ponad kwotę określoną w pkt. I wyroku także pozostałej kwoty

27.970 zł.

W uzasadnieniu odniesiono się do wspomnianego zarzutu składając wniosek o dopuszczenie dowodu z dołączonych dokumentów.

Apelację od wyroku wniósł również pozwany zaskarżając go co do pkt. I, III i IV.

Na podstawie art. 367 § 1 kpc zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

1. błąd w ustaleniach faktycznych poprzez ustalenie, że pozwany nie wzywał powoda do zapłaty przed złożeniem oświadczenia o potrąceniu,
2. błąd w ustaleniach faktycznych co do kwestii wymagalności roszczenia przedstawionego do potrącenia, podczas gdy fakt wymagalności roszczenia nie był kwestionowany przez stronę przeciwną,
3. naruszenie art. 207 § 6 kpc poprzez przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków J. M. oraz C. W. pomimo spóźnionego złożenia wniosków o ich przeprowadzenie, a w konsekwencji
4. błąd w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że prace wykonane przez pozwanego w zastępstwie powoda własnymi siłami oraz za pomocą podwykonawców nie były spowodowane nienależytym wykonaniem zobowiązania przez powoda.

Wskazując na powyższe zarzuty na podstawie art. 386 § 1 i 4 kpc w zw. z art. 368 § 1 pkt. 5 kpc wniesiono o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości lub uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania za obie instancje.

W uzasadnieniu obszernie odniesiono się do wspomnianych zarzutów składając wniosek o dopuszczenie dowodu z dołączonych dokumentów.

W odpowiedziach na apelacja strony wniosły o oddalenie apelacji strony przeciwnej.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda zasługiwała na uwzględnienie, zaś pozwanego podlegała oddaleniu.

Na wstępie wskazania wymaga, iż Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do uwzględnienia wniosków powoda i pozwanego w przedmiocie dopuszczenia dowodów w postaci dokumentów dołączonych do apelacji. Zgodnie z art. 381 kpc sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później. W n/n sprawie dokumenty dołączone do apelacji pozwanego, winny zostać złożone po zaprezentowaniu przez powoda swojego stanowiska w odpowiedzi na sprzeciw, w której odniósł się on do twierdzeń i zarzutów T. B., tym bardziej, iż zarządzeniem z dnia 25 czerwca 2015r. pełnomocnik pozwanego zobowiązany został do złożenia do akt sprawy pisma procesowego w trybie art. 207 § 3 kpc (k. 208, 221). Uznając zawarte w apelacji wnioski dowodowe za spóźnione Sąd Apelacyjny orzekł o ich oddaleniu. Brak było także podstaw do uwzględniania wniosków złożonych przez powoda, albowiem dołączone do apelacji dokumenty nie zostały potwierdzone przez pełnomocnika za zgodność z oryginałem (art. 129 § 2 kpc).

Odnosząc się do złożonych w sprawie apelacji, za uzasadniony Sąd Apelacyjny uznał podniesiony przez powoda zarzut błędnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, a zatem dotyczący naruszenia art. 233 kpc. Za ugruntowany w orzecznictwie uznać należy pogląd, iż ramy swobodnej oceny dowodów muszą być zakreślone wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego, regułami logicznego myślenia oraz pewnego poziomu świadomości prawnej, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wając ich moc oraz wiarygodność odnosi je do pozostałego materiału dowodowego (por. orz. SN z dnia 14 marca 2002 r., IV CKN 859/00; orz. SN z dnia 16 maja 2002 r., IV CKN 1050/00; orz. SN z dnia 27 września 2002 r., II CKN 817/00; orz. SN z dnia 27 września 2002 r., IV CKN 1316/00). Dokonując oceny dowodów nie można także pomijać wyrażanych - w różnoraki sposób - przez stronę przeciwną poglądów, zarówno odnośnie okoliczności faktycznych sprawy, jak również przedstawionych dowodów (art. 229 kpc, 230 kpc).

W n/n sprawie podzielić należy stanowisko powoda, iż dokonana przez Sąd Okręgowy ocena złożonych do akt dokumentów nie była prawidłowa i nie uwzględniała całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego, co skutkowało przyjęciem, iż powód nie wykazał zasadności żądania, co do sumy

27.970 zł. Podkreślenia wymaga, iż w porozumieniu z dnia 1 kwietnia 2014r. jednoznacznie uzgodniono, że wymienione w punktach a, b, c i d prace firma (...) sp. z o.o. wykona na koszt powoda zgodnie z dołączonym do protokołu „Kosztorysem prac naprawczych” na kwotę 27.970 zł. Jedynie koszt wykonania badań zagęszczenia gruntu wymienionych w pkt. e miał pokryć pozwany z refakturą na powoda (k. 39-40). Powyższy zapis na T. M. nakładał obowiązek pokrycia kosztów wspomnianych prac, brak było zatem podstaw do ponoszenia ich przez pozwanego. Wbrew twierdzeniom Sądu Okręgowego dowodu potwierdzającego poniesienie w/w kosztów przez T. B. nie stanowi faktura nr (...) (k. 153), albowiem podstawą jej wystawienia było porozumienie z dnia 25 lipca 2014r., a nie 1 kwietnia 2014r. Także faktury (...) nie obejmują należności za prace wykonane na podstawie porozumienia z 1 kwietnia 2014r. Zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwala zatem na przyjęcie, iż T. B. poniósł koszty wspomnianych napraw, a tym samym pozwany nie wykazał, aby mógł przedstawić je powodowi do potrącenia. Pozwany nie podnosił zresztą tej okoliczności, wymieniając bowiem należne do potrącenia sumy nie ujął w sprzeciwie od nakazu zapłaty wymienionej powyżej kwoty (k. 139).

Uznając zasadność zarzutu zawartego w apelacji powoda Sąd Apelacyjny na mocy art. 386 § 1 kpc zmienił pkt. II zaskarżonego wyroku, w ten sposób, iż zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 27.970 zł wraz z odsetkami za opóźnienie od dnia 25 lutego 2015r. do dnia zapłaty, obciążając jednocześnie na mocy art. 98 § 1 kpc w związku z art. § 6 pkt 6 i § 12 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. z 2013 r. poz. 461 oraz z 2015 r. poz. 616 i 1079) pełnymi kosztami postępowania w sprawie, albowiem na skutek zmiany zaskarżonego wyroku powód wygrał sprawę w całości. Koszty powyższe obejmują kwotę 5.166 zł tytułem opłaty od pozwu oraz 3.617 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

Za bezzasadną Sąd Apelacyjny uznał natomiast apelację pozwanego, który zarzucił Sądowi Okręgowemu błędy w ustaleniach faktycznych dotyczących okoliczności złożonego oświadczenia o potrąceniu oraz naruszenie art. 207 § 6 kpc poprzez przeprowadzenie dowodów z przesłuchania świadka J. M. i C. W..

Przed przystąpieniem do rozpoznania powyższych zarzutów, wskazania wymaga, iż nietrafne są twierdzenia pozwanego dotyczące stanowiska powoda zaprezentowanego w toku postępowania. Wbrew opinii skarżącego, w odpowiedzi na sprzeciw powód jednoznacznie stwierdził, iż pozwany nie był uprawniony do dokonania potrącenia „a to z uwagi na fakt, że po jego stronie nie istniała żadna wierzytelność” (k. 205). Podniesiono jednocześnie, iż wyłączną przyczyną niezrealizowania przez powoda całości prac było obciążające pozwanego opóźnienie w przekazaniu terenu, a także zaprzeczono jakoby oddany zakres prac dotknięty był jakąkolwiek wadą, która nie zostałaby rozliczona w ramach wynagrodzenia powoda (k. 205). Zarzucono ponadto, iż pozwany nie wykazał, aby poniósł koszty wynikające z dołączonych do sprzeciwu umów i faktur (k. 206). Biorąc powyższe pod uwagę przyjęć należało, iż powód w całości zakwestionował twierdzenia pozwanego odnośnie zarzutu potrącenia, tym samym wszelkie dowody potwierdzające jego zasadność winny zostać złożone w terminie wynikającym z zarządzenia z 25 czerwca 2015r. (k. 208), zaś złożenie ich na obecnym etapie procesu, uznać należy za spóźnione (art. 381 kpc).

Sąd Apelacyjny nie znalazł również podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 207 § 6 k.p.c. poprzez przeprowadzenie dowodów z przesłuchania świadka J. M. i C. W.. Z uwagi na okoliczność, iż zeznania świadka G. S. częściowo pozostawały sprzeczne z treścią dołączonych do pozwu dokumentów w postaci aneksu nr (...) z 30 października 2013r. (k. 45) oświadczenia tego świadka z dnia 16 października 2013r. (k. 17) oraz pisma z 30 października 2013r. (k. 47), zasadnie Sąd I instancji uznał, iż zaszły szczególne okoliczności uzasadniające dopuszczenie dowodu ze świadków, celem wyjaśnienia tej kwestii (art. 207 § 6 kpc).

W n/n sprawie powód zakwestionował, co do zasady twierdzenia pozwanego zawarte w sprzeciwie od nakazu zapłaty, w związku z czym jego obowiązkiem było udowodnienie wszelkich okoliczności, z których wywodził korzystne dla siebie skutki prawne (art. 6 kc), zaś skutki te wywodził z podniesionego zarzutu potrącenia. Potrącenie następuje przez jednostronną czynność prawną jednego z wzajemnych wierzycieli. Skutkiem tej czynności jest wygaśnięcie wierzytelności obu stron do wysokości wierzytelności niższej (art. 498 § 2 k.c.) z chwilą kiedy potrącenie stało się możliwe (art. 499 zdanie drugie k.c. w zw. żart. 498 § 1 k.c.). Od czynności prawnej potrącenia jako zdarzenia prawa materialnego, należy odróżnić zarzut potrącenia, czyli powołanie się przez stronę w procesie na fakt dokonania potrącenia, który stanowi czynność procesową. Niewątpliwie warunkiem skuteczności oświadczenia o potrąceniu składanego drugiej stronie, jeżeli chodzi o wzajemną wierzytelność potrącającego jest jej skonkretyzowanie pod względem rodzajowym, terminowym i wartościowym, w tym dokładne określenie kwoty pieniężnej, w jakiej ta wierzytelność się wyraża (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 1968 r., II PR (...), niepublikowane). Obowiązek udowodnienia roszczenia zgłoszonego do potrącenia obciąża zgłaszającego na ogólnych zasadach (art. 6 k.c.), zatem samo zgłoszenie w formie zarzutu procesowego nie oznacza jeszcze, że nastąpiły materialnoprawne skutki określone wart. 498 i 499 k.c. (szerzej: orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2006 r., II CSK 192/06)(orz. Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2010r., V CSK 43/10). Dla uznania, że potrącenie wywołało skutek prawny w postaci wygaśnięcia (umorzenia) wzajemnych wierzytelności, nie wystarcza samo powoływanie się przez składającego oświadczenie o potrąceniu na fakt przysługiwania im wierzytelności przeznaczonej do potrącenia. Istnienie tej wierzytelności oraz zdarzeń, z których ona wynika, musi zostać udowodnione. Skuteczność potrącenia zależy bowiem od tego, czy istnieją wzajemne wierzytelności oraz czy nadają się one do potrącenia, odpowiadając wymaganiom art. 498 § 1 k.c. Okoliczności związane z ustawowymi przesłankami potrącenia składają się bowiem na "stan potrącalności", w ramach którego może dojść do potrącenia wykonywanego przez oświadczenie woli stosownie do treści art. 499 k.c. (por. orz. Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2006r., II CSK 192/06).

Biorąc pod uwagę w/w rozważania Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko Sądu Okręgowego, iż w toku postępowania pozwany nie wykazał przesłanek uzasadniających przyjęcie, iż doszło do skutecznego potrącenia wierzytelności, wynikających z podniesionego zarzutu, zarówno w związku z oświadczeniem zawartym w piśmie z dnia 1 grudnia

2015r., jak również w sprzeciwie od nakazu zapłaty. W powyższym zakresie Sąd Apelacyjny podziela rozważania Sądu Okręgowego, uznając je za błędne - z powodów podanych powyżej - jedynie w zakresie dotyczącym kwoty 27.970 zł.

W szczególności pozwany nie udowodnił, aby istniały podstawy do obciążenia powoda karą umowną, jak również kosztami zastępczego wykonania prac. Zasadnie Sąd Okręgowy przyjął, iż w toku procesu powód obalił domniemanie wynikające z treści art. 471 kc i wykazał, iż opóźnienie w spełnienie świadczenia była następstwem okoliczności, za które nie ponosił odpowiedzialności. Zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwala bowiem na stwierdzenie, iż przyczyną opóźnienia powoda była konieczność przeprowadzenia badań archeologicznych które uniemożliwiały wykonywanie zleconych prac oraz wycinka drzew, na które pozwolenia zobowiązany był uzyskać generalny wykonawca, jak również zmianami przebiegu alejek i wykonywaniem projektów zamiennych, w tym także związanych z robotami powoda. Fakt, iż wystąpiły powyższe okoliczności wynika z treści pisma z 30 października 2013r. (k. 47), oświadczenia G. S. z 16 października 2013r. (k. 17) a także aneksu nr (...) z 30 października 2013r. (k. 45), w którym pozwany proponuje powodowi wydłużenie czasu wykonania robót do dnia 30 czerwca 2014r. Dokumenty te potwierdzają, iż wystąpiły niezależne od powoda zdarzenia wpływające na termin wykonania umowy, w innym bowiem przypadku projekt takiego aneksu nie zostałby przez pozwanego sporządzony. Fakt ich zaistnienia oraz treść porozumienia z dnia 1 kwietnia 2014r. pozwalają także na uznanie za bezzasadne roszczenia z tytułu kosztów wykonania zastępczego wynikających z § 6 ust. 13 umowy z dnia 29 kwietnia 2013r. Podstawą zastosowania w/w paragrafu było nie wywiązanie się przez powoda z postanowień umowy z przyczyn od niego zależnych, tymczasem nie ponosił on odpowiedzialności za przeszkody uniemożliwiające wykonanie prac. Ponadto zasadnie Sąd I instancji wskazał, że skoro (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością przejęła za zgodą stron do dalszego wykonania prace powoda wobec braku możliwości ich wykonania przez niego w późniejszym terminie, to wykonane przez nią prace nie mogą być uznane za prace wykonane zastępczo, za które powód był zobowiązany zapłacić. Treść porozumienia wskazuje, iż zawarta została trójstronna umowa, na podstawie której dalsze prace miała wykonać (...) sp. z o.o., określająca także koszty związane z usunięciem usterek w pracach już wykonanych. Podzielić należy ponadto pogląd Sądu I instancji, iż pozwany nie udowodnił, aby wspomniane koszty były zwiększone i rzeczywiście poniesione.

Podkreślenia wymaga, iż treść porozumienia z dnia 1 kwietnia 2014r. w zakresie, w jakim określa istniejące usterki i koszt ich usunięcia, pozwala na przyjęcie, iż oprócz ujawnionych, innych usterek nie było, tym bardziej, że nie wynikają one z protokołów odbiorów częściowych. Obowiązkiem pozwanego było zatem udowodnienie w sposób szczegółowy, jakie - oprócz wymienionych w porozumieniu - prace nie zostały wykonane lub zostały wykonane przez powoda nieprawidłowo, wykazanie, iż powód był wzywany do ich wykonania, na czym polegało ich poprawienie, jakie wiązały się z tym koszty, iż zostały one przez skarżącego poniesione oraz że powód wezwany został do ich zapłaty. Uwzględniając, iż powód w całości kwestionował okoliczności leżące u podstaw potrącenia, udowodnienie części z nich wymagało wiedzy specjalistycznej. Z powyższego obowiązku w toku postępowania pozwany się nie wywiązał. W szczególności zaistnienia tych zdarzeń nie wykazały zeznania świadka G. S., które miały charakter ogólny oraz wybiórczy i nie pozwalały na precyzyjne ustalenie wymienionych powyżej okoliczności.

Wskazać należy, iż punktem wyjścia do uwzględnienia przedstawionego przez pozwanego zarzutu było wykazanie okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę jego sformułowania. Kwestią wtórną w stosunku do nich były rozliczenia finansowe, podlegały one bowiem badaniu, dopiero po udowodnieniu podstaw ich wystawienia, co w sprawie nie nastąpiło.

Dlatego też prawidłowo za bezzasadny Sąd Okręgowy uznał zarzut potrącenia w zakresie kosztów poprawek wykonanych przez (...) sp. z o.o. co do uzupełnienia pospółki (40.000 zł) i wykonania pozostałych punktów wymienionych w porozumieniu z 1 kwietnia 2014r. (8.462,96 zł). Pomimo bowiem, iż w porozumieniu tym precyzyjnie określono występujące usterki i koszt ich usunięcia, to pozwany w toku procesu nie wykazał, aby w związku z błędnym postępowaniem powoda istniała potrzeba wykonania dodatkowych prac, jak również, aby pokrył koszty z tym związane. W podobny sposób należało odnieść się do żądania potrącenia kwoty 5.380 zł (k. 161) z tytułu pogłębienia korytowania, demontażu i montażu obrzeży stalowych. Wynikająca z porozumienia z dnia 1 kwietnia 2014r. zgoda powoda dotyczyła obciążenia kosztami badań zagęszczenia gruntu, a nie kosztami wykonania prac przeprowadzonych w ich następstwie, których potrzeba i wysokość nie została przez pozwanego udowodniona, podobnie jak w przypadku

spoinowania kostki (kwota 44.380 zł). Co do tych ostatnich prac T. M. zaprzeczył, aby miał je wykonywać (k. 315), pozwany zaś przedłożył jedynie niepodpisaną kartę roboczegodzin stanowiącą wydruk komputerowy, ponadto nie wykazał, aby wzywał powoda do ich wykonania. Skarżący nie udowodnił również, iż to na skutek działań powoda zaszła potrzeba wywiezienia ziemi i gruzu za kwoty 15.000 zł i 1.040 zł, jak również że poniósł koszty z tym związane. Sąd Okręgowy zasadnie wskazał, iż na spornym terenie prace wykonywane były przez wiele podmiotów, obowiązkiem pozwanego było zatem udowodnienie, że to jedynie postępowanie powoda spowodowało konieczność wywiezienia ziemi i gruzu, tym bardziej, iż zgodnie z zeznaniami powoda, zlecił on wywózkę gruntu.

Uwzględniając powyższe, rozważania skarżącego dotyczące wynikającej z przedmiotowej umowy zgody na dokonanie potrącenia, czy terminu wymagalności roszczenia nie mogły przynieść efektu, albowiem nie została wykazana okoliczność podstawowa, z której pozwany wywodzi zarzut potrącenia tzn. istnienie okoliczności uzasadniających obciążenie powoda kwotami z niego wynikającymi. Jedynie na marginesie wskazania wymaga, iż potrąceniu podlegają roszczenia wymagalne (art. 498 kc), a zatem w n/n sprawie dopiero uprzednie wezwanie do zapłaty, uzasadnia dokonanie potrącenia. W sprawie nie znajdzie również zastosowania pogląd wyrażony wyroku z dnia 17 czerwca 2010r. (III CSK 308/09), albowiem zapadł on w odmiennym stanie faktycznym i dotyczy innej problematyki prawnej.

Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do uznania za przekonujące rozważań skarżącego odnośnie braku wpływu prowadzonych badań archeologicznych na termin spełnienia świadczenia przez powoda, uznając je jedynie za bezzasadną polemikę z prawidłowymi ustaleniami Sądu Okręgowymi. Pozwany nie udowodnił również, aby zawarcie umowy z dnia 23 lipca 2013r. lub 5 marca 2014r. miało charakter „sanacyjny”. Nie wynika to z treści powyższych umów, jak również nie znajduje potwierdzenia w zeznaniach świadka G. S., czy powoda, zaś materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie okoliczności, w których doszło do ich zawarcia, jak również, aby miała ona charakter zastępczy. Z tych samych przyczyn za dowolne uznać należy również rozważania pozwanego dotyczące sporządzonego przez powoda kosztorysu, który miał jedynie na celu dokonanie rozliczeń pomiędzy stronami i bynajmniej nie świadczył o chęci kontynuowania prac przez powoda (k. 316, protokół (...):22:28). Wbrew twierdzeniom skarżącego uwzględnienie w stanie faktycznym wystawionych faktur, nie przesądza o ich zasadności, czemu Sąd I instancji dał wyraz w dalszej części uzasadnienia zaskarżonego wyroku.

Uwzględniając powyższe Sąd Apelacyjny uznał, iż w toku postępowania pozwany nie udowodnił, aby dysponował wymagalną w stosunku do powoda wierzytelnością nadającą się do potrącenia, a tym samym podniesiony przez niego zarzut potrącenia nie mógł zostać uwzględniony (art. 498 § 1 kc a contrario). Konsekwencją powyższego było uznanie powództwa za zasadne w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 kpc w związku z § 2 pkt 5 i 6 oraz § 12 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (DZ. U. 2015/1800) i obciążył nimi pozwanego, jako stronę przegrywającą postępowanie apelacyjne zarówno w zakresie apelacji wniesionej przez powoda, jak i pozwanego (1.399 zł - opłata od apelacji+3.600 zł+5400 zł - koszty zastępstwa procesowego).