

Sygn. akt VI ACa 1583/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 grudnia 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia Agata Zając

Sędzia Ksenia Sobolewska-Filcek

Sędzia Krzysztof Tucharz

Protokolant prot. sąd. Patryk Pałka

po rozpoznaniu w dniu 4 grudnia 2019 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa (...)sp. z o.o. w W.

przeciwko Gminie Miejskiej K.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 maja

2017 r. sygn. akt XXV C 675/16

I. zmienia zaskarżony wyrok częściowo:

1. w punkcie szóstym w ten sposób, że zasądza od Gminy Miejskiej K. na rzecz (...) sp. z o.o. w W. dalszą kwotę 309 135,60 zł (trzysta dziewięć tysięcy sto trzydzieści pięć złotych sześćdziesiąt groszy) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 19 września 2009 r. do dnia zapłaty;
2. w punkcie drugim w ten sposób, że nadaje mu następującą treść: „zasądza od Gminy Miejskiej K. na rzecz (...) sp. z o.o. w W. kwotę 24 809 zł (dwadzieścia cztery tysiące osiemset dziewięć złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;
3. w punkcie trzecim w ten sposób, że nadaje mu następującą treść: „zasądza od Gminy Miejskiej K. na rzecz (...) sp. z o.o. w W. kwotę 12 600 zł (dwanaście tysięcy sześćset złotych) powiększone o należny podatek VAT tytułem zwrotu kosztów pomocy prawnej udzielonej powodowi z urzędu przez r.pr. A. G.;
4. uchyla rozstrzygnięcia zawarte w punktach czwartym i piątym;

II. oddala apelację pozwanej;

III. zasądza od Gminy Miejskiej K. na rzecz (...) Sportowych sp. z o.o. w (...) 400 (pięć tysięcy czterysta złotych) powiększone o należny podatek VAT tytułem zwrotu kosztów pomocy prawnej udzielonej powodowi z urzędu w postępowaniu apelacyjnym przez r.pr. A. G.;

IV. nakazuje pobranie na rzecz Skarbu Państwa — Sądu Okręgowego w Warszawie od Gminy Miejskiej K. kwotę 15 457 zł (piętnaście tysięcy czterysta pięćdziesiąt siedem złotych) tytułem kosztów nieuiszczonej opłaty od apelacji.

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 28 grudnia 2009 r. (...) Sp. z o. o. z siedzibą w W., a obecnie (...) Sp. z o. o. z siedzibą w W., wniósł o zasądzenie na swoją rzecz od strony pozwanej Gminy Miejskiej K. kwoty 505 064, 04 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 19 września 2009 r. do dnia zapłaty, jak również o zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pozwu powód podniósł, iż dochodzona kwota stanowi niezapłaconą przez stronę pozwaną jako inwestora część należnego mu jako wykonawcy wynagrodzenia z tytułu zrealizowania umowy nr (...), na podstawie której był on zobowiązany do wybudowania wielofunkcyjnego boiska przy Zespole Szkół nr (...) w K.. Zgodnie z przyjętymi ustaleniami wynagrodzenie należne powodowi strony ustaliły na kwotę 599 097, 95 zł, tymczasem strona pozwana zapłaciła jedynie kwotę 94 033,91 zł, częściowo na rzecz samego powoda, a częściowo na rzecz podwykonawcy, dokonując zdaniem powoda w pozostałym zakresie bezpodstawnego potrącenia naliczonej kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy i bezzasadnego obniżenia wartości wynagrodzenia w związku z wadami boiska.

Strona pozwana w odpowiedzi na pozew wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od strony powodowej na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Pozwana zakwestionowała fakt istnienia w dacie wytoczenia powództwa przez powoda przysługującej mu wierzytelności w stosunku do niej, a wynikającej z powołanej w pozwie umowy, podnosząc iż na mocy oświadczenia z dnia 22 września 2009 r. dokonała na podstawie art. 498 k.c. skutecznego potrącenia z przysługującej powodowi względem pozwanej wierzytelności swoją wierzytelność z tytułu wadliwego wykonania przez powoda przedmiotu umowy oraz swoją wierzytelność z tytułu kary umownej za zawinione nieterminowe zrealizowanie umowy przez powoda.

Wyrokiem z dnia 15 października 2014 roku, wydanym w sprawie pod sygnaturą akt (...), Sąd Okręgowy w W., kwestionując skuteczność dokonanego potrącenia przez stronę pozwaną, zasądził od niej na rzecz strony powodowej kwotę 505 064, 04 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 30 marca 2010 r. do dnia zapłaty oraz ponadto koszty procesu w wysokości 26 490 zł, obciążając jednocześnie stronę pozwaną kosztami ustanowionego dla strony powodowej pełnomocnika z urzędu .

Na skutek apelacji strony pozwanej Sąd Apelacyjny w W. wyrokiem z dnia 18 lutego 2016 r., wydanym w sprawie o sygnaturze akt (...), uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Sądowi Okręgowemu wW. do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego .

Sąd Apelacyjny co do zasady podzielił ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy, zauważył natomiast, iż ustalenia Sądu Okręgowego należy uzupełnić okolicznościami związanymi ze sposobem wykonania umowy zawartej przez strony, które Sądowi Okręgowemu umknęły, w kontekście przepisów art. 354 – 355 k.c. Sąd Okręgowy całkowicie pominął bowiem okoliczności związane z wykonaniem umowy przez powoda, tymczasem z obu opinii biegłych sądowych (Z. G. k. 337 i M. B. k. 516) wynikało, iż przedmiot umowy zawiera szereg wad i został wykonany z dużym opóźnieniem. Biegli ci przyznali, że roboty te zostały wykonane nieprawidłowo, a biegły M. B. stwierdził nawet, że całą warstwę poliuretanu należy wymienić, a beton przygotować do nowej warstwy.

Dalej Sąd Apelacyjny zauważył, iż Sąd Okręgowy pominął fakt, iż wydłużenie terminu realizacji zadania może nastąpić o określoną liczbę dni, kiedy wystąpią niekorzystne okoliczności, jak również fakt, iż wystąpienie niekorzystnych warunków pogodowych nie zostało odnotowane w dzienniku budowy zgodnie z § 2 ust. 3 umowy. W tym przedmiocie Sąd Apelacyjny zauważył także, że rzeczą Sądu Okręgowego było ustalenie, kiedy powód faktycznie mógł wkroczyć na teren budowy i rozpocząć prace.

Nadto Sąd Apelacyjny nie podzielił stanowiska Sądu Okręgowego, iż oświadczenie o potrąceniu nie zostało skutecznie złożone, bo nie było w swej treści skonkretyzowane. Było skutecznie złożone, bo strony wiedziały, z jakiego tytułu jest kara naliczana. Sąd Apelacyjny wskazał, iż w oświadczeniu z dnia 22 września 2009 r. o potrąceniu (k. 98) powołano ogólnie § 8, ale z okoliczności sprawy i zgromadzonych w sprawie dokumentów, zwłaszcza korespondencji stron, wynikało, iż potrącenie nastąpiło w związku ze zwłoką w wykonaniu umowy - § 8 ust. 2.1 pkt 1. Rolą Sądu Okręgowego było natomiast ustalenie, czy naliczenie kary umownej było wynikiem okoliczności, za które powód ponosi odpowiedzialność, czy też nie, gdyż w § 8 umowy mowa jest o karze umownej z tytułu okoliczności zawinionych. Zdaniem Sądu Apelacyjnego Sąd Okręgowy przedwcześnie przyjął, iż powódka nie popadła w niezawinioną zwłokę, gdyż pozwana nie wykazała, iż nie ponosi ona winy za opóźnienie. Rzeczą Sądu Okręgowego było zatem ustalenie, kiedy faktycznie powód mógł wkroczyć na teren budowy i dlaczego nie zrobił tego jeszcze w 2008 roku i co było przyczyną opóźnień, w szczególności, czy w jakiejś części nie było ono zawinione przez powoda.

Sąd Apelacyjny podkreślił także, że Sąd Okręgowy nie powołał trzeciego biegłego sądowego z zakresu prawa budowlanego, choć wskazywał na konieczność zasięgnięcia opinii z trzeciego źródła wobec wzajemnej sprzeczności dwóch pierwszych opinii.

W toku dalszego postępowania strony podtrzymywały dotychczasowe stanowiska w sprawie.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy, wyrokiem z dnia 22 maja 2017 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od Gminy Miejskiej K. na rzecz (...) Sp. z o. o. w W. kwotę 195 928, 44 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 19 września 2009 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, zasądził od powoda na rzecz pozwanej kwotę 17 129, 09 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, przyznał pełnomocnikowi ustanowionemu z urzędu - radcy prawnemu A. G. wynagrodzenie z tytułu nieopłaconej pomocy prawnej w kwocie 12 600 zł, powiększone o należny podatek VAT w wysokości 23 % i kwotę tę nakazał wypłacić tymczasowo z sum Skarbu Państwa – Kasy Sądu Okręgowego w W., nakazał pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w W. od powoda kwotę 7 686 zł, powiększoną o należny podatek VAT w wysokości 23 %, z tytułu wynagrodzenia ustanowionego pełnomocnika z urzędu - radcy prawnego A. G., wypłaconego tymczasowo z sum Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego, nakazał pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Kasy Sądu Okręgowego w W. od pozwanej kwotę 4 914 zł, powiększoną o należny podatek VAT w wysokości 23 %, z tytułu wynagrodzenia ustanowionego pełnomocnika z urzędu - radcy prawnego A. G., wypłaconego tymczasowo z sum Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego i oddalił powództwo w pozostałej części.

Swoje rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych:

Powoda (...) Sp. z o. o. (obecnie (...) Sp. z o. o.) łączyła z pozwaną Gminą Miejską K. umowa nr (...), określona w jej części wstępnej jako zawarta w dniu 10 października 2008 r. i stanowiąca rezultat przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. Umowa ta została sporządzona według projektu pozwanej Gminy Miejskiej K., a następnie została ona e – mailem dostarczona powodowi w dniu 13 października 2008 r. Jej projekt został następnie wydrukowany przez powoda, a podpis pod nim złożył reprezentujący powodową spółkę prezes jej zarządu A. R.. Podpisana przez powoda umowa została w dniu 15 października 2008 roku zawieszona do strony pozwanej przez G. W., będącego koordynatorem kontraktu z ramienia strony powodowej. W tym samym dniu, gdy przekazał on pozwanemu podpisany egzemplarz umowy, udzielono mu informacji, gdzie dokładnie prace będą wykonywane. W tym celu zawieziono go tego samego dnia na teren boiska, gdzie inwestycja miała zostać realizowana, gdzie w sposób nieformalny udostępniono powodowi teren inwestycji. Na skutek tej wymiany oświadczeń woli stron do zawarcia umowy nr (...) doszło w dniu 15 października 2008 roku. Potwierdzeniem tego faktu było złożenie podpisu przez burmistrza i odesłanie jednego egzemplarza umowy do biura powoda pod koniec października 2008 roku.

Zgodnie treścią podpisanej umowy:

- przedmiotem zamówienia była budowa boiska wielofunkcyjnego przy Zespole Szkół nr (...) w K. na Os. (...), które miało być wykonane w wymiarach całkowitych 29, 66 na 45, 32 metry i o nawierzchni poliuretanowej, obwodowo ogrodzone ekranami ochronnymi spełniającymi funkcję piłkochwyłów (§ 1 ust. 1 umowy),
- szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty był w dokumentacji projektowej stanowiącej załączniki do umowy: 1) dokumentacji technicznej - załącznik nr 1, 2) szczegółowej specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót - załącznik nr 2, 3) przedmiarze robót - załącznik nr 3 (§ 1 ust. 2 pkt 1-3 umowy),
- strony ustaliły termin realizacji zadania na 8 tygodni od dnia podpisania umowy (§ 2 ust. 1 umowy),
- strony ustaliły możliwość wydłużenia terminu realizacji zadania o liczbę dni, w których wystąpią niekorzystne warunki atmosferyczne mające wpływ na jakość prac (§ 2 ust. 2 umowy),
- zajście okoliczności, o których mowa w § 2 ust. 2 umowy, wymagało potwierdzenia przez inspektora nadzoru stosownym wpisem do dziennika budowy, przy czym przesunięcie terminu zakończenia robót mogło nastąpić maksymalnie o tyle dni przez ile trwały niekorzystne warunki atmosferyczne (§ 2 ust. 3 umowy),
- za datę zakończenia przedmiotu umowy jej strony przyjęły datę zakończenia przez komisję czynności odbioru, to jest datę podpisania protokołu odbioru końcowego (§ 2 ust. 4 umowy),
- do obowiązków zamawiającego należało w szczególności: przekazanie placu budowy po podpisaniu umowy (§ 3 ust. 1 umowy), dostarczenie dokumentów umożliwiających realizację zadania (§ 3 ust. 2 umowy), dostarczenie wykonawcy projektu technicznego oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót w 1 egzemplarzu najpóźniej w dniu podpisania umowy (§ 3 ust. 3 umowy), przekazanie wykonawcy wszelkich posiadanych informacji mogących mieć wpływ na okoliczności realizacji przedmiotu umowy (§ 3 ust. 5 umowy), przeprowadzenie odbioru robót zanikających i ulegających zakryciu (§ 3 ust. 6 umowy), przeprowadzenie odbioru końcowego przedmiotu umowy po „ich” wykonaniu (§ 3 ust. 7 umowy),
- do obowiązków wykonawcy należało w szczególności: przeprowadzenie wymaganych przepisami i normami prób, badań i regulacji instalacji oraz dostarczenie odpowiednich protokołów, zaświadczeń, atestów i uzgodnień (§ 4 ust. 11 umowy), zgłaszanie do odbioru robót zanikających, fragmentów i etapów robót oraz całości robót do odbioru, wpisem w dzienniku budowy (§ 4 ust. 14 umowy), przygotowanie właściwej dokumentacji odbioru robót, pozwalającej na ocenę należytego wykonania robót (§ 4 ust. 15 umowy),
- ryczałtową wartość robót strony ustaliły na kwotę w wysokości 599 097, 95 złotych, w tym podatek VAT (§ 5 ust. 1 umowy),
- faktura VAT miała być płatna w terminie 14 dni od daty jej otrzymania przez zamawiającego przelewem na rachunek wskazany przez wykonawcę w fakturze (§ 5 ust. 2 umowy),
- w przypadku robót zanikających i ulegających zakryciu gotowość danej części robót do odbioru miał zgłaszać wykonawca wpisem do dziennika budowy i jednoczesnym powiadomieniem zamawiającego; odbiór miał być przeprowadzony niezwłocznie, nie później jednak niż w ciągu 3 dni od daty zgłoszenia wpisem do dziennika budowy i powiadomienia o tym fakcie zamawiającego (§ 6 ust. 1 umowy),
- zakończenie wykonania robót wykonawca miał zgłaszać na piśmie zamawiającemu (§ 6 ust. 3 umowy),
- protokół odbioru miał sporządzać zamawiający; protokół miały podpisywać strony umowy (§ 6 ust. 5 umowy),
- w przypadku, gdy według komisji roboty pod względem przygotowania dokumentacyjnego nie będą gotowe do odbioru ostatecznego, komisja w porozumieniu z wykonawcą wyznaczyć miała ponowny termin odbioru końcowego robót; wszystkie wyznaczone przez komisję roboty poprawkowe lub uzupełniające miały być zestawione według wzoru

ustalonego przez zamawiającego; termin wykonania robót poprawkowych i uzupełniających wyznaczać miała komisja (§ 6 ust. 7 umowy),

- koszty usuwania wad ponosić miał wykonawca, a okres ich usuwania nie przedłużał umownego terminu zakończenia robót (§ 6 ust. 8 umowy),

- w przypadku nie wywiązania się zamawiającego z obowiązku powołania komisji w podanych wyżej terminach, wykonawca był uprawniony dokonać przekazania obiektu jednostronnie (§ 6 ust. 9 umowy),

- strony postanowiły, iż obowiązującą je formę odszkodowania będą kary umowne (§ 8 ust. 1 umowy),

- wykonawca miał zapłacić zamawiającemu kary umowne, w szczególności: za zwłokę w wykonaniu przedmiotów umowy w wysokości 0, 2% wynagrodzenia ustalonego w umowie za każdy dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na zakończenie realizacji zadania (§ 8 ust. 2.1.1 umowy), a za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi i gwarancji za wady - w wysokości 0, 2% wynagrodzenia ustalonego w umowie za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad (§ 8 ust. 2.1.2 umowy),

- na roboty budowlane będące przedmiotem umowy ustalono okres gwarancji i rękojmi, który wynosił 36 miesięcy licząc od daty odbioru końcowego (§ 9 ust. 2 umowy),

- istnienie wady miało być stwierdzone protokolarnie; o dacie i miejscu oględzin mających na celu jej stwierdzenie zamawiający zawiadomić miał wykonawcę na piśmie na 5 dni roboczych przed dokonaniem oględzin, chyba że strony umówiły się inaczej; podczas dokonywania oględzin zamawiający wyznaczyć miał termin na usunięcie wad, adekwatny do charakteru i rozmiaru wady, która ma zostać usunięta, a wykonawca zobowiązywał się do usunięcia na swój koszt stwierdzonych wad i usterek (§ 9 ust. 5 umowy),

- zamawiający powołał inspektora nadzoru – A. D., a wykonawca ustanowił kierownika budowy – G. Ż. (§ 11 ust. 1 i 2 umowy),

- wszystkie zmiany i uzupełnienia treści umowy miały wymagać formy pisemnej, poprzedzonej akceptacją obu stron (§ 11 ust. 3 umowy),

- w przypadku wystąpienia trudności z interpretacją umowy, zamawiający i wykonawca mieli posilkować się postanowieniami oferty i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na podstawie umowy z 27 października 2008 r., zawartej z Bankiem (...), pozwana uzyskała dofinansowanie ze środków Funduszu (...) na budowę boiska wielofunkcyjnego przy Zespole Szkół nr (...) w K.. W umowie tej zawarty został wymóg zakończenia realizacji przedsięwzięcia do 11 listopada 2008 r. Umowa ta zmieniana była trzema kolejnymi umowami zmieniającymi („aneksami”). Jedną ze zmian było przedłużenie terminu realizacji przedsięwzięcia do 31 sierpnia 2009 r.

Pismem, doręczonym w dniu 20 listopada 2008 r., Burmistrz Miasta K. wezwał powoda do złożenia pisemnych wyjaśnień związanych z nieprzystąpieniem do realizacji zadania. W piśmie tym pozwany wyraził swoje zaniepokojenie zaistniałą sytuacją, gdyż do dnia wystosowania tego pisma nie rozpoczęto żadnych prac, pomimo sprzyjających warunków atmosferycznych. Jednocześnie, wyrażając swoje obawy co do terminowego wykonania zobowiązania, pozwany zastrzegł możliwość naliczenia kary umownej za zwłokę.

Pismem z dnia 24 listopada 2008 r., nadanym przesyłką poleconą w dniu 26 listopada 2008 r., powód poinformował Burmistrza Miasta K., że prace ziemne wykona w 2008 roku, a pozostałe prace w 2009 roku, nie później niż do dnia 30 kwietnia 2009 roku, gdyż wykonanie nawierzchni w 2008 roku jest technologicznie niemożliwe.

Pismem, nadanym przesyłką poleconą w dniu 23 grudnia 2008 r., powód, powołując się na swoje pismo z dnia 24 listopada 2008 r., zwrócił się do Burmistrza Miasta K. o zajęcie stanowiska co do przesunięcia terminu realizacji

umowy na 2009 rok ze względu na techniczne wymogi wykonania stosowanej przez wykonawcę nawierzchni (temperatura otoczenia: 10 - 25°C i bezdeszczowa pogoda), a ponadto zarzucił, że pozwana nie spełniła zobowiązań z § 3 ust. 1, 2, 3 i 5 umowy.

W dniu 20 stycznia 2009 r. powód rozpoczął pierwsze prace na placu budowy, które miały charakter prac przygotowawczych, takie jak montaż ogrodzenia oddzielającego plac budowy. Sześć dni później, to jest w dniu 26 stycznia 2009 r., rozpoczęte zostały prace rozbiórkowe starej nawierzchni asfaltowej boiska, a następnie wywóz gruzu. W kolejnych dniach stycznia 2009 r. nadal trwały prace rozbiórkowe, obejmujące między innymi rozbiórkę starych płytek chodnikowych i wywóz kolejnej partii gruzu. Prace rozbiórkowe kontynuowano na początku lutego 2009 r. W dniu 2 lutego 2009 r. trwała bowiem częściowa rozbiórka podbudowy boiska, a także korytowanie pod nawierzchnię boiska i wywóz wykopanej w tym celu ziemi. Następnie przystąpiono do geodezyjnego wytyczania płyty boiska. Kolejne prace, łącznie ze zwożeniem piasku, trwały do 12 lutego 2009 r., a następnie bez podania przyczyny w dzienniku budowy przerwano dalsze prace, aby na nowo wznowić je dopiero pod koniec marca 2009 r. Prace w tym miesiącu trwały od 23 marca do 27 marca 2009 r., a następnie ponownie zostały przerwane. W kwietniu 2009 r. nie przeprowadzono żadnych prac budowlanych, gdyż jedyny wpis w dzienniku budowy z tego miesiąca, dokonany w dniu 15 kwietnia 2009 r., dotyczył przeprowadzenia kontroli budowy i zabezpieczenia jej terenu. Także w maju 2009 r. nie prowadzono prac budowlanych, co potwierdza jeden wpis w dzienniku budowy z tego okresu. Dopiero w dniu 3 czerwca 2009 r. przystąpiono do dalszych prac, aby w dniu 23 czerwca 2009 r. rozpocząć realizację robót nawierzchniowych. Roboty te powód ostatecznie zakończył w dniu 18 sierpnia 2009 r., co potwierdzone zostało wpisem w dzienniku budowy z adnotacją o konieczności zawiadomienia powoda jako inwestora o gotowości do ich odbioru.

W trakcie przeprowadzania powyższych prac, pismem nadanym przesyłką poleconą w dniu 12 marca 2009 r., powód poinformował Burmistrza Miasta K. o wykryciu poważnego błędu w projekcie w zakresie kwestii odwodnienia boiska i wskazał, że rozwiązaniem tego problemu będzie wykonanie dodatkowego odwodnienia liniowego wzdłuż dłuższych boków boiska i zmniejszenie grubości nawierzchni poliuretanowej z 35 mm do 13 mm. Alternatywnie powód zaproponował zmianę nawierzchni poliuretanowej na nawierzchnię polipropylenową.

Pismem z dnia 24 sierpnia 2009 r. Burmistrz Miasta K. poinformował powoda, że końcowy odbiór obiektu został wyznaczony na dzień 28 sierpnia 2009 r.

W dniu 28 sierpnia 2009 r. przedstawiciele obu stron – zamawiającego oraz inwestora – dokonali przeglądu technicznego placu budowy i efektu prac budowlanych. W jego trakcie stwierdzono następujące usterki:

- płyty boiska w postaci licznych odbarwień nawierzchni, zastoin wody w narożnikach i tulejach mocujących sprzęt, nierównomiernego rozłożenia natrysku (liczne „farfocle”, ślady obuwia, uzupełnienia pędzlem), zabrudzeń nawierzchni, napisu reklamowego wykonawcy,
- a także zagospodarowania terenu w postaci nierówności opaski z kostki, wygięć kratek ściekowych, uszkodzeń betonu, niezgodnych z zamówieniem szerokości spodu.

Pomimo stwierdzenia powyższych usterek i podjęcia się ich usunięcia przez powoda wady nie zostały zlikwidowane. Powód dokonał poprawienia jedynie robót związanych z zagospodarowaniem terenu, natomiast nie zlikwidował wad nawierzchni boiska, który to fakt został odnotowany w dzienniku budowy w dniu 31 sierpnia 2009 r.

Ponadto fakt nieusunięcia przez powoda wad nawierzchni boiska został potwierdzony w formalnym protokole odbioru robót z dnia 31 sierpnia 2009 r. W tym dniu komisja odbiorcza dokonała bowiem protokolarnego odbioru robót z następującymi uwagami: 1) miejscowe przebarwienie warstwy wierzchniej (przebarwienia kolorystyczne), 2) zastoiny wody w narożnikach boiska, 3) odciski śladów w warstwie nawierzchni wraz z uzupełnieniem pędzlem łączy na nawierzchni (pola o innych kolorach, linie), 4) napis reklamowy na nawierzchni, 5) różna grubość warstwy poliuretanu

na powierzchni boiska. Wszystkie te uwagi dotyczyły usterek ujawnionych podczas wcześniej przeprowadzonego przeglądu technicznego boiska z udziałem obu stron w dniu 28 sierpnia 2009 r., których nie usunięto.

Umowa nr (...) z dnia 10 października 2008 r., zawarta przez strony w dniu 15 października 2008 r., mogła zostać zrealizowana w okresie 8 tygodni od dnia jej zawarcia, do jest w okresie od dnia 16 października 2008 r. do dnia 16 grudnia 2008 r., a przeszkodą do zrealizowania przedmiotu umowy w tym okresie nie były warunki pogodowe, lecz niezachowanie należytej staranności przez wykonawcę obiektu sportowego przez powoda – tak co do jakości, jak i terminowości zobowiązania.

Wobec powyższego w okresie od dnia 17 grudnia 2008 r. do dnia 31 sierpnia 2009 r. po stronie powoda wystąpiło 258 – dniowe zawinione opóźnienie w realizacji zamówienia, za które ponosi on odpowiedzialność.

Strona powodowa miała świadomość zrealizowania obiektu z opóźnieniem i wadami, o czym świadczy treść pism z 21 sierpnia 2009 r. (k. 154), z 7 sierpnia 2009 r. (k. 157).

Pomimo tego w dniu 4 września 2009 r. powód wystawił pozwanej fakturę VAT nr (...) za wybudowanie umówionego boiska na sumę 599 097, 95 zł brutto. Jako datę płatności w fakturze tej wskazano na dzień 18 września 2009 r. Faktura ta została doręczona pozwanej w dniu 9 września 2009 r. Pozwana z tego tytułu zapłaciła na rzecz powoda kwotę 10 463, 91 zł, natomiast kwotę 83 570 złotych brutto zapłacił podmiotowi pod firmą (...) G. Ż., który nabył wierzycelność powoda w tej części na podstawie zawartej z ową spółką umowy cesji.

Pismem z dnia 22 września 2009 r., doręczonym powodce w dniu 24 września 2009 r., pozwana oświadczyła, że dokonuje potrącenia z wierzycelnością powoda o zapłatę wynagrodzenia przysługującej jej w stosunku do powoda wierzycelności w kwocie 322 315, 80 zł jako kary umownej, określonej w nocie księgowej nr (...) z dnia 22 września 2009 r. Ponadto pozwana wyraziła odmowę zapłaty kwoty 182 748, 24 zł ze względu na ujawnioną w protokole odbioru robót z dnia 31 sierpnia 2009 r. wadę miejscowego przebarwienia warstwy wierzchniej (przebarwienie kolorystyczne), obniżającą wartość wykonanego dzieła o wymienioną kwotę, zastrzegając jednocześnie, iż w przypadku braku wyrażenia zgody przez powoda na korektę wynagrodzenia także w tym zakresie w terminie trzech dni dokona potrącenia także tej kwoty po bezskutecznym upływie tego terminu. Wobec upływu tego terminu strona pozwana pismem z dnia 23 października 2009 r. poinformowała powoda, iż dokonała potrącenia także kwoty 182 748, 24 zł i że o tę także wartość podlegać powinno obniżenie wynagrodzenia.

W nocie księgowej nr (...) z dnia 22 września 2009 r., obciążającej stronę powodową, pozwana powołała się na karę umowną w wysokości 322 315, 80 zł, naliczoną zgodnie z § 8 pkt 2.1 umowy, a także kwotę 182 748, 24 zł z tytułu ujawnionej w protokole odbioru z dnia 31 sierpnia 2009 r. wady miejscowego przebarwienia warstwy wierzchniej nawierzchni sportowej.

Podstawą do dokonania potrącenia kwoty 182 748, 24 złotych, o której mowa w nocie księgowej nr (...) z dnia 22 września 2009 r. i w piśmie z dnia 23 października 2009 r., była przeprowadzona na zlecenie strony pozwanej prywatna ekspertyza z września 2009 r., sporządzona przez inż. S. L. – specjalistę z zakresu budownictwa i kosztorysowania robót budowlanych, z której wynikało wadliwe wykonanie przez stronę powodową warstwy nawierzchniowej boiska, którą należałoby zerwać i ułożyć ponownie nową, a koszt robót naprawczych obciążających wykonawcę rzeczoznawca określił na kwotę 149 793, 64 zł netto. Także kolejna ekspertyza sporządzona w późniejszym okresie na zlecenie strony pozwanej, opracowana przez dr. inż. P. S., potwierdziła istnienie błędów wykonawczych i niedokładność wykonania prac, wymagającą przeprowadzenia jak najszybszych napraw uszkodzonych miejsc.

Pismem, nadanym listem poleconym w dniu 8 października 2009 r., pełnomocnik powoda wezwał pozwaną do zapłaty kwoty 505 064, 04 zł tytułem należności z faktury VAT nr (...) wraz z odsetkami ustawowymi za okres od dnia 19 września 2009 r., w terminie do dnia 23 października 2009 r. pod rygorem skierowania sprawy na drogę postępowania sądowego.

Umową w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi z dnia 1 lipca 2011 r. powód sprzedał A. R. wierzytelność w łącznej wysokości 505 064, 04 zł, objętą fakturą VAT nr (...), a dochodzoną przez powoda w niniejszym postępowaniu.

Uchwałą z dnia 12 lipca 2013 r. zgromadzenie wspólników powodowej spółki dokonało zmiany firmy, pod jaką spółka działa, na (...) Sportowych sp. z o. o.

Dokonując powyższych ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy oparł się na dowodach w postaci załączonych do akt dokumentów oraz zeznań świadków i opinii biegłych uznając, że dowody te stanowią spójny, wzajemnie uzupełniający się i nie zawierający istotnych sprzeczności materiał dowodowy.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że powództwo częściowo zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy zauważył, iż zawarta między stronami niniejszego procesu umowa o numerze (...) stanowiła umowę o roboty budowlane regulowaną przepisami art. 647 k.c. – art. 658 k.c., zaś roszczenie powoda obejmuje ustalone w tej umowie wynagrodzenie za wykonane prace.

Oceniając skuteczność podniesionych przez pozwaną zarzutów potrącenia Sąd Okręgowy wskazał, że potrącenie co do kwoty 322 315,80 zł obejmowało wierzytelność pozwanego z tytułu kary umownej naliczonej na podstawie § 8 ust. 2.1.1 za zwłokę w realizacji przedmiotu umowy, zaś co do kwoty 182 784,24 zł obejmowało wartość, o jaką należało obniżyć wynagrodzenie powoda w związku z wadami dzieła zgodnie z obowiązującym wówczas przepisem art. 637 § 2 zd. 2 k.c.

W ocenie Sądu Okręgowego strona pozwana dokonała co do zasady skutecznego potrącenia w trybie przepisów art. 498 k.c. kary umownej, o której mowa w § 8 ust. 2.1.1. podpisanej przez strony umowy, dokonując jedynie nieznacznego zawyżenia jej wartości na skutek matematycznego omyłkowego jej wyliczenia, gdyż zgodnie z wyliczeniami Sądu Okręgowego, prawidłowo wyliczona kara umowna powinna wynosić 309 135,60 zł. Sąd Okręgowy w całości podziela, czyniąc je także własnym stanowiskiem, odnoszący się do skuteczności potrącenia kary umownej na podstawie § 8 ust. 2.1.1. umowy, pogląd wyrażony w tym przedmiocie przez Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 lutego 2016, wydanego w sprawie pod sygnaturą akt (...), uznając dokonaną przez Sąd Apelacyjny ocenę prawną skuteczności dokonanego w tym przedmiocie przez stronę pozwaną potrącenia za wiążącą w toku dalszego postępowania z mocy art. 386 § 6 k.p.c.

Sąd Okręgowy ustalił, iż realizacja umowy nr (...) z dnia 10 października 2008 roku, zawartej przez strony w dniu 15 października 2008 roku, mogła zostać zrealizowana w okresie 8 tygodni od dnia jej zawarcia, do jest w okresie od dnia 16 października 2008 roku do dnia 16 grudnia 2008 roku, a przeszkodą do zrealizowania przedmiotu umowy w tym okresie nie były warunki pogodowe, lecz niezachowanie należytej staranności przy wykonywaniu obiektu sportowego przez powoda – tak co do jakości, jak i terminowości zobowiązania.

W ocenie Sądu Okręgowego, w oparciu o treść art. 60 k.c. przyjąć należało, iż umowa nr (...), choć określona w jej części wstępnej jako zawarta w dniu 10 października 2008 r., została zawarta w dniu 15 października 2008 r. Treść tej umowy, wyrażająca wolę inwestora, została opracowana przez pozwaną Gminę Miejską K., a następnie została ona e – mailem dostarczona powodowi jako wykonawcy w dniu 13 października 2008 r. Następnie po jej wydrukowaniu, akceptując jej zaproponowaną treść, podpis pod umową złożył reprezentujący powodową spółkę prezes jej zarządu A. R.. Podpisana przez niego umowa została w dniu 15 października 2008 r. zawieszona do strony pozwanej, a zatem w tym dniu strona pozwana mogła zapoznać się ze stanowiskiem powoda zatwierdzającym w całości treść przesłanej mu elektronicznie umowy. Odesłanie przez pozwanego pod koniec października 2008 r. jednego egzemplarza umowy, podpisanego przez burmistrza K., stanowiło jedynie czynność techniczną, mającą na celu potwierdzenie dojścia do skutku umowy na skutek wcześniej złożonych zgodnych oświadczeń woli stron, w tym w formie elektronicznej.

Mając na uwadze okoliczność, iż umowa nr (...) została zawarta w dniu 15 października 2008 r., a w jej § 3 ust. 1 postanowiono, iż przekazanie placu budowy miało nastąpić po podpisaniu umowy, jak również uwzględniając ustalony fakt, iż na podstawie podpisanej umowy nie doszło do formalnego przekazania budowy, lecz nastąpiło to nieformalnie

w dniu 15 października 2008 r. Sąd Okręgowy uznał, że począwszy od 16 października 2008 r., powód jako wykonawca miał faktyczną możliwość wejścia na teren budowy i rozpoczęcia prac budowlanych.

Zdaniem Sądu Okręgowego, zgodnie z treścią art. 647 k.c. obowiązkiem inwestora jest przekazanie terenu budowy wykonawcy, ale z literalnego brzmienia tego przepisu oraz z brzmienia art. 652 k.c. nie wynika bezwzględny wymóg sporządzenia protokołu z tej czynności. Protokolarne przekazanie terenu budowy jako reguła ma istotne znaczenie dowodowe przede wszystkim z punktu widzenia ustalenia terminu początkowego odpowiedzialności wykonawcy za szkody wynikłe na tym terenie. W niniejszej sprawie nie dokonano takiego właśnie protokolarnego przekazania placu budowy, lecz doszło do nieformalnego przejścia przez powoda placu budowy w dniu 15 października 2008 r., którego dokonał G. W., będący koordynatorem kontraktu z ramienia strony powodowej, a który w tym także dniu dostarczył do strony pozwanej podpisaną umowę nr (...). Na takie nieformalne przekazanie placu budowy pozwalała w ocenie Sądu Okręgowego treść przepisu § 3 ust. 1 podpisanej umowy, w której nie określono szczególnej formy jego przekazania, zaś przesłuchany w sprawie świadek G. Ż., będący kierownikiem budowy boiska, jednoznacznie stwierdził, co następuje: „Do moich obowiązków nie należało przejście terenu budowy. Inwestor przekazuje teren wykonawcy. Ja nie muszę mieć pisemnego przejścia terenu budowy”, „Ja nie miałem protokołu przekazania terenu. Jest praktyka protokolarnego przekazania terenu, ale jest to do uzgodnienia między wykonawcą a inwestorem”. W niniejszej sprawie same zainteresowane strony, to jest wykonawca i inwestor, poprzez podejmowane działania, opisane w ramach ustaleń stanu faktycznego sprawy, przyjęły zasadę nieformalnego przekazania terenu budowy, potwierdzoną sporządzoną zwykłą notatką urzędową, na co pozwalała treść podpisanej przez strony umowy.

Niezależnie od powyższego Sąd Okręgowy podkreślił, że zawarcie przez strony umowy nr (...) nastąpiło w wyniku przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego (nr (...)) na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655), o czym mowa wprost w podpisanej przez strony umowie, której integralną częścią były załączniki o numerach 1 – 3 (dokumentacja techniczna, szczegółowa specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót i przedmiar robót). W konsekwencji dostarczenie stronie pozwanej w dniu 15 października 2008 roku przez przedstawiciela powoda (koordynatora kontraktu) G. W. podpisanej umowy, a następnie jego wprowadzenie tego samego dnia przez przedstawicieli Gminy Miejskiej K. na teren przyszłych prac budowlanych, dało faktyczną i prawną możliwość rozpoczęcia prac budowlanych przez powoda jako wykonawcę obiektu budowlanego wyłonionego w drodze procedury przetargowej, w trakcie której powodowi udostępniona została wszelka dokumentacja techniczna dotycząca przyszłej inwestycji, wskazująca sposób wykonania obiektu. W dniu 15 października 2008 r. strona powodowa dysponowała zatem wszelkimi informacjami określającymi warunki wykonania przyjętego na siebie zobowiązania, a które zostały szczegółowo określone już w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nr (...) z sierpnia 2008 roku i jej załącznikach.

W ocenie Sądu Okręgowego, twierdzenia strony powodowej, iż poza dostępnością do w/w przetargowych dokumentów nie otrzymała ona od pozwanej po podpisaniu umowy kompletnej dokumentacji do wykonania zamówienia, pozostają w sprzeczności z zeznaniami przesłuchanego w charakterze świadka kierownika budowy G. Ż., który zeznał: „W momencie przekazania terenu otrzymałem dokumentację projektową boiska od pana G. (tj. pracownika strony pozwanej). Nie pamiętam, czy protokołem potwierdziłem odbiór dokumentów. Pewnie są jakieś dokumenty. Z tego co wiem inwestor był w posiadaniu projektu. Wiem to z ustnych przekazów pana G.. Pan W. (tj. koordynator projektu powoda) też powinien posiadać dokumentację, to wynikało z rozmów.” Ponadto przesłuchany w charakterze strony powodowej M. R. potwierdził, iż „dokumentację niezbędną do wykonania obiektu strona powodowa posiadała w formie elektronicznej”. Również przesłuchany w charakterze strony pozwanej M. K. (1) zeznał, iż „wykonawcy została udostępniona elektroniczna dokumentacja”. Tę jej formę biegły sądowy M. B. uznał za jak najbardziej wystarczającą do rozpoczęcia prac budowlanych.

Z uwagi na powyższe Sąd Okręgowy uznał, że terminem początkowym biegu przewidzianego w § 2 ust. 1 umowy 8 – tygodniowy okresu jej realizacji był dzień 16 października 2008 r., a zatem prace budowlane powinny zostać zakończone najpóźniej do dnia 16 grudnia 2008 r., tymczasem faktycznie odbiór robót nastąpił dopiero w dniu 31 sierpnia 2009 r.. Od dnia 17 grudnia 2008 r. do 31 sierpnia 2009 r. powód pozostawał zatem w zwłoce w realizacji

przedmiotu umowy, która uzasadniała naliczenie z tego tytułu kary umownej na podstawie § 8 ust. 2.1.1. Opóźnienie to wyniosło łącznie 258 dni (15 dni w 2008 roku i 243 w 2009 roku). Biorąc pod uwagę wysokość przewidzianej umową kary umownej z tego tytułu za jeden dzień zwłoki w wysokości 1 198, 20 złotych (0,2 % wynagrodzenia ustalonego umową w wysokości 599 097, 95 złotych) i przemnażając ją przez liczbę dni zwłoki powoda (258 dni) Sąd Okręgowy otrzymał wartość 309 135, 60 zł i w tym zakresie uznał za skuteczne złożone przez pozwaną oświadczenie o potrąceniu.

W ocenie Sądu Okręgowego nie było przeciwwskazań, aby już w październiku 2008 r. rozpocząć pierwsze prace na placu budowy, zwłaszcza że te nie wymagały żadnych szczególnych warunków pogodowych. Jak wynika z pierwszych wpisów w dzienniku budowy (k. 24 – 33) w pierwszym okresie ich wykonywania miały one charakter przygotowawczy – rozbiórkowy i obejmowały montaż ogrodzenia oddzielającego plac budowy, prace rozbiórkowe starej nawierzchni asfaltowej boiska, rozbiórkę starych płytek chodnikowych, wywóz zerwanego asfaltu i gruzu, rozbiórkę podbudowy boiska, korytowanie podłoża pod nawierzchnię boiska, wywóz wykopanej w tym celu ziemi, geodezyjne wytyczanie płyty boiska, zwożenie piasku do wyrównywania nawierzchni i dalszych prac remontowych. Z zestawienia dat i czynności odnotowanych w dzienniku budowy wynika, iż te pierwsze podstawowe czynności trwały blisko cztery tygodnie, a przeszkodą do ich przeprowadzenia nie była zima pora roku (styczeń – luty 2009 roku). W konsekwencji powód te same prace, przy dołożeniu należytej staranności i przy ich zintensyfikowaniu ze względu na cel umowy, mógłby przeprowadzić jeszcze jesienią (październiku – listopadzie 2008 roku), zwłaszcza że pozwalały na to warunki pogodowe. Dodatkowo podkreślić należy, iż skoro powód bez formalnego przekazania placu budowy, a jedynie po jego nieformalnym przejęciu w dniu 15 października 2008 r., kiedy zawarta została umowa, przystąpił do prac w styczniu 2009 r., uznając iż ma ku temu podstawy, to tym samym taką decyzję o podjęciu prac mógł podjąć już wcześniej, zwłaszcza że takie deklaracje składał na piśmie wobec pozwanego. W piśmie z dnia 24 listopada 2008 r. powód informował pozwaną gminę, iż jeszcze w 2008 r. będą wykonane prace ziemne. Treść tego pisma z jednej strony potwierdza faktyczną możliwość wykonania pierwszego etapu prac jeszcze jesienią 2008 r., a ponadto potwierdza okoliczność faktycznego nieformalnego udostępnienia terenu budowy powodowi jeszcze w 2008 r., bezpośrednio po podpisaniu umowy, a nie dopiero w styczniu 2009 r. Ponadto, gdyby sam powód zakładał inny moment faktycznego wejścia na teren budowy, to nie składałby do akt sprawy zestawienia temperatur już za październik 2008 r. (k. 71 – 77), które notabene nie przekreśla możliwości podjęcia prac już w październiku 2008 r. Wniosek taki wypływa nie tylko z trzeciej opinii biegłego sadowego powołanego w sprawie dr. inż. K. G. (1) (k. 1124 – 1130), ale także tej drugiej, w której biegły sadowy M. B. podkreśla, iż pogoda nie miała najmniejszego wpływu na termin rozpoczęcia robót (k. 518), a zatem nie było przeszkód, aby je już w październiku 2008 r. rozpocząć. Nadto biegły ten podkreśla, iż zgodnie z wpisami do dziennika budowy bez podania żadnej przyczyny roboty rozpoczęto dopiero w dniu 20 stycznia 2009 r. (k. 518). Biegły ten podkreślił także, iż zgodnie z załączoną do pozwu rekomendacją (...), dotyczącą powierzchni poliuretanowych, wskazana w niej temperatura od 10 do 20 st. C odnosi się do temperatur w czasie wykonywania prac, a te z reguły są wykonywane w ciągu dnia, a nie nocą. W konsekwencji przywołane przez stronę powodową zestawienie średnich temperatur nie może być wystarczającym dowodem na to, iż jeszcze w październiku 2008 r. i na początku listopada 2008 r. nie mogły być rozpoczęte pierwsze prace. Zestawienie temperatur (k. 70) faktycznie potwierdza, iż są one średnimi temperaturami, które były mierzone także nocą o 24.00, czy bezpośrednio po niej o 6.00 lub przed nią o 18.00, a nie tylko w dzień, kiedy prace są wykonywane. Według opinii ostatniego trzeciego biegłego powołanego w sprawie dr. inż. K. G. (2) prace za dnia mogły być wykonywane, więc pomiary z 12.00 byłyby bardziej miarodajne i te zapewne odzwierciedlałyby maksymalną temperaturę dobową. Ta z kolei na zestawieniu z k. 71 (k. 179) pozwalała do połowy listopada 2008 r. wykonywać roboty – i te początkowe i te szczególne ze względu na warunki pogodowe. Ustalenia drugiego i trzeciego biegłego są do pogodzenia z ustaleniami z pierwszej opinii biegłego Z. G. (k. 236), na której Sąd także częściowo się opierał. Biegły ten przyznał niestaranność prac po stronie powoda, a co do terminowości ich wykonania wskazał wprost, że opady nie były przeszkodą do prowadzenia prac (opinia ustna), a w zakresie zapewnienia właściwej temperatury można było zastosować rozwiązania ją podwyższające. Nadto pierwszy biegły sądowy w swojej opinii wspominał o możliwościach zabezpieczania nawierzchni boiska przed deszczem, aby pierwsze etapy prac powierzchniowych przykryć, a także wspominał o specjalnych namiotach z ogrzewaniem wewnętrznym (k. 347, k. 401, k. 427). Takich szczególnych rozwiązań technologicznych zdaniem Sądu należy oczekiwać od podmiotu, który zawodowo specjalizuje się w budowie boisk sportowych dla dzieci i młodzieży (art. 355 § 2 k.c.).

Sąd Okręgowy zwrócił też uwagę na treść zeznań świadka B. S., pełniącej funkcję dyrektora szkoły w K., która jako naoczny obserwator tego, co działo się na boisku w swoich zeznaniach potwierdziła niesystematyczność wykonawcy, rozpoczęcie prac przygotowawczych w miesiącach zimowych, a dalszych prac wiosną oraz świadka G. W., koordynatora kontaktów powoda, który stwierdził, że nieterminowość prac częściowo wynikała z winy wykonawcy, a częściowo była spowodowana warunkami atmosferycznymi. W świetle przeprowadzonego dowodu z opinii biegłych sądowych z zakresu prawa budowlanego (zwłaszcza ostatniego biegłego sądowego), z których wynikało, iż warunki atmosferyczne nie były przeszkodą do prowadzenia prac budowlanych, Sąd Okręgowy przyjął, iż także błędna ocena istniejących warunków pogodowych stanowiła okoliczność zawinioną przez powoda, bezzasadnie wydłużającą termin zakończenia inwestycji.

W ocenie Sądu Okręgowego brak było także podstaw ku temu, aby wydłużyć termin wykonania prac z uwagi na konieczność zmiany rodzaju stosowanej nawierzchni, co powód sugerował stronie pozwanej. W tej kwestii jednoznacznie wypowiedział się biegły sądowy M. B., wskazując na niedopuszczalność takiego rozwiązania.

W ocenie Sądu Okręgowego, strona powodowa jako profesjonalista, zawodowo trudniący się budową boisk sportowych dla potrzeb dzieci i młodzieży, realizując swoje prace powinna dołożyć należytej staranności, aby jak najszybciej wybudować boiska, aby te mogły być wykorzystywane już wiosną 2009 roku. Nic nie stało na przeszkodzie, aby zaraz po podpisaniu umowy przystąpić niezwłocznie do pierwszych etapów prac, polegających na zabezpieczeniu terenu budowy, jego ogrodzeniu, zerwaniu dotychczasowej wymienianej powierzchni przyszkolnego terenu, wyrównywaniu jego terenu, odprowadzaniu z niego wody itp., których wykonanie nie wymagało szczególnych warunków atmosferycznych, po to tylko, aby w sytuacji, gdyby zdarzyła się hipotetyczna uzasadniona pogodą przerwa w rozpoczęciu prac związanych z kładzeniem nawierzchni poliuretanowej, móc jak najszybciej przystąpić do dalszych czynności po ustaniu ewentualnych przeszkód pogodowych. Nadto, mając na uwadze zawodowe zajmowanie się przez powoda budową boisk sportowych, jak również dyrektywy interpretacyjne z art. 354 k.c., a także treść ostatniej trzeciej opinii powołanego biegłego sądowego, powinien on postarać się wykorzystać przy spornej inwestycji wszelkie dostępne na rynku rozwiązania technologiczne, które w jak najszerszym zakresie pozwoliłyby zminimalizować negatywny wpływ zmieniających się warunków atmosferycznych. Sąd Okręgowy zauważył też, że gdyby faktycznie warunki pogodowe nie pozwalały na prowadzenie prac w określonych okresach, to powód jako profesjonalista okoliczności takie powinien odnotować w dzienniku budowy, czego nie uczynił, choć zgodnie z umową był do tego zobowiązany.

Odnosząc się do podniesionego przez stronę pozwaną zarzutu potrącenia kwoty 182 748,24 zł, stanowiącej wartość, o jaką należało obniżyć wynagrodzenie powoda w związku z wadami wybudowanego boiska, Sąd Okręgowy wskazał, że z mocy art. 386 § 6 k.p.c. pozostawał w tym zakresie związany stanowiskiem Sądu Apelacyjnego, wyrażonym w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku w sprawie (...).

Sąd Apelacyjny wskazał, iż roszczenie po stronie inwestora o obniżenie wynagrodzenia należnego wykonawcy powstałoby tylko w razie wystąpienia wad nieistotnych i tylko wtedy, gdy: albo wady usunąć się nie dadzą, albo z okoliczności wynika, że wykonawca nie zdoła usunąć wad w czasie odpowiednim, albo gdy wykonawca nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez inwestora (art. 637 § 2 w zw. z art. 656 § 1 k.c.).

Sąd Apelacyjny stwierdził, że wymienione w protokole odbioru robót z dnia 31 sierpnia 2009 roku wady w postaci: przebarwień kolorystycznych, odcisków śladów w warstwie nawierzchni i łączenia pól o różnych kolorach, miejscowych zastoin wody i różnic w grubości nawierzchni, są wadami, co do których nie stwierdzono stanu niemożliwości usunięcia którejkolwiek z owych wad, a ponadto w materiale dowodowym sprawy brak jest danych, by w stosunku do którejkolwiek z nich pozwana wzywała powódkę do ich usunięcia, wyznaczając odpowiedni termin pod rygorem nieprzyjęcia naprawy. Takiego formalnego wezwania strona pozwana nie skierowała do strony powodowej. Wprawdzie pod datą 28 sierpnia 2009 roku został w dzienniku budowy odnotowany fakt oględzin wybudowanego boiska z udziałem przedstawicieli obu stron, w następstwie którego wymieniono stwierdzone usterki, ale pod datą tą nie wyznaczono wykonawcy określonego terminu na ich wykonanie pod rygorem ewentualnego obniżenia ceny. W dniu 31 sierpnia 2009 roku wpisano w dzienniku budowy fakt poprawienia wad związanych z

zagospodarowaniem terenu, z jednoczesną informacją, iż usterki związane z nieprawidłowo wykonaną nawierzchnią nie zostały poprawione.

Pomimo stwierdzonych uchybień w dniu 31 sierpnia 2009 roku strona pozwana formalnie odebrała obiekt, podczas gdy dokonane wpisy w dzienniku budowy dawały podstawę do tego, aby w myśl § 6 ust. 7 umowy komisja podczas pierwszego odbioru wyznaczyła termin wykonania robót poprawkowy i wyznaczyła drugi termin odbioru. Tu tego nie dokonano. W formalnym protokole odbioru końcowego brak także ewentualnych adnotacji o szczególnych powodach odbioru obiektu pomimo istnienia wad, jak chociażby rozpoczynający się dnia następnego nowy rok szkolny i konieczność udostępnienia boiska szkole, czy też upływający w dniu 31 sierpnia 2009 ostateczny termin wykonania prac mający znaczenie z punktu widzenia przyznanych pozwanej środków publicznych na dofinansowanie inwestycji, z jednoczesnym zastrzeżeniem przez inwestora realizacji uprawnień przewidzianych z art. 637 § 2 w zw. z art. 656 § 1 k.c., w tym do obniżenia ceny.

Sąd Okręgowy wskazał też na treść złożonego oświadczenia o potrąceniu z dnia 22 września 2009 r, w którym formalnie mowa jest o potrąceniu jedynie kwoty 322 315, 80 zł jako kary umownej za zwłokę na podstawie par. 8 umowy. W piśmie tym nie ma natomiast mowy o złożeniu przez stronę pozwaną także oświadczenia o potrąceniu kwoty 182 748, 24 zł z tytułu obniżenia wynagrodzenia powoda na podstawie art. 637 § 2 w zw. z art. 656 § 1 k.c. W piśmie tym strona pozwana wyraziła jedynie odmowę zapłaty kwoty 182 748, 24 złotych ze względu na ujawnioną w protokole odbioru robót z dnia 31 sierpnia 2009 r. wadę miejscowego przebarwienia warstwy wierzchniej (przebarwienie kolorystyczne), obniżającą wartość wykonanego dzieła o wymienioną kwotę, zastrzegając jednocześnie, iż dopiero w przypadku braku wyrażenia zgody przez powoda na korektę wynagrodzenia także w tym zakresie w terminie trzech dni od jego doręczenia dokona formalnego potrącenia także tej wartości. Wobec upływu tego terminu strona pozwana pismem z dnia 23 października 2009 r. poinformowała powoda, iż dokonała potrącenia także kwoty 182 748, 24 złotych i że o tę także wartość podlegać powinno obniżenie wynagrodzenia, ale w aktach sprawy brak jest dowodu jego doręczenia stronie powodowej.

Niezależnie od powyższego Sąd Okręgowy zauważył, iż strona pozwana nie wykazała w trybie art. 6 k.c. w niniejszym procesie, aby kwotę 182 748, 24 zł, o którą obniżyła wynagrodzenie powoda, faktycznie przeznaczyła na prace naprawcze boiska. Do akt sprawy nie zostały złożone żadne dowody (umowy, rachunki, faktury), które potwierdzałyby ich przeprowadzenie na określonej kwocie. Tym samym nie zostały przez stronę pozwaną należycie wykazane koszty usunięcia którejkolwiek z podnoszonych przez nią wad.

Z uwagi na powyższe Sąd Okręgowy uznał zarzut żądania obniżenia dochodzonej pozwem kwoty o wartość 182 748, 24 zł ze względu na ujawnione w protokole odbioru robót z dnia 31 sierpnia 2009 r. wady obiektu za bezzasadny, choć zauważyć należy, iż przeprowadzone postępowanie dowodowe dowiodło, iż strona pozwana swoje zobowiązanie wykonała nie tylko nieterminowo, ale także nienależycie, co wynika z wszystkich trzech opinii biegłych sądowych powołanych w niniejszej sprawie, w szczególności opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa lądowego dr. inż. K. G. (1).

Z uwagi na powyższe Sąd Okręgowy zasądził od pozwanej Gminy Miejskiej K. na rzecz powoda (...) Sp. z o. o. w W. kwotę 195 928, 44 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 19 września 2009 r. do dnia 31 grudnia 2015 r. oraz ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty, jako różnicę między dochodzoną pozwem kwotą częścią niezapłaconego wynagrodzenia należnego powodowi z tytułu wybudowania obiektu sportowego a kwotą kary umownej skutecznie potrąconą przez inwestora (stronę pozwaną) z tytułu zawnionego opóźnienia w realizacji umowy o roboty budowlane zgodnie z wycenieniami zaprezentowanymi we wcześniejszej części uzasadnienia.

Data początkowa naliczenia odsetek od zasądzonej kwoty 195 928, 44 zł wynikała z terminu płatności wynagrodzenia należnego stronie powodowej, określonego wystawioną w dniu 4 września 2009 roku fakturą VAT nr (...) za wybudowanie umówionego boiska. Podstawą do jej wystawienia były przepisy § 5 ust. 1 – 5 umowy nr (...), przewidujące iż faktura końcowa za wykonane prace zostanie wystawiona na podstawie protokołu odbioru końcowego

i obejmować będzie ryczałtową wartość robót w wysokości 599 097, 95 zł brutto. Stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 powód w wystawionej fakturze jako datę jej płatności wskazał na dzień 18 września 2009 r., a zatem od dnia następnego strona pozwana pozostawała w opóźnieniu w realizacji określonego nią świadczenia pieniężnego w zasądzonej wysokości.

O kosztach postępowania za obie instancje Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. przy uznaniu, że powód wygrał proces w 39 %, przegrywając go w 61 %.

Apelacje od wyroku Sądu Okręgowego wniosły obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w zakresie punktów 2, 3 i 6, zarzucając:

1. naruszenie art. 386 § 5 k.p.c. poprzez przyjęcie, że Sąd Okręgowy został wiążąco związany oceną prawną dokonaną przez Sąd Apelacyjny pod kątem wszystkich wymogów art. 498 k.c., podczas gdy Sąd Apelacyjny ograniczył się wyłącznie do tej przesłanki art. 498 § 1 k.c., która była objęta zarzutem apelacyjnym tj. wymogu konkretyzacji wierzytelności poprzez wskazanie jej podstawy, nie analizując pozostałych podstaw skuteczności potrącenia; jednocześnie Sąd Okręgowy został zobowiązany do zbadania ponownie ewentualnej zasadności (skuteczności) potrącenia, czego zaniechał;
2. naruszenia art. 498 § 1 k.c. i art. 455 k.c. poprzez przyjęcie, że wierzytelność pozwanego z tytułu kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy była wymagalna i doszło do jej skutecznego potrącenia z wierzytelnością powoda, podczas gdy powód został wezwany do zapłaty kary umownej w tej samej dacie, w której otrzymał oświadczenie o potrąceniu, ponadto przez błędne przyjęcie, że oświadczenie o potrąceniu spełniało wymóg precyzyjnego określenia wierzytelności, skoro pozwany w swym oświadczeniu i w wezwaniu do zapłaty kary umownej nie wskazał okresu za jaki zostały naliczone kary umowne, a rzeczą sądu nie jest ustalanie tych danych, a jedynie sprawdzanie, czy kary za wskazany okres są należne;
3. naruszenia art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. poprzez przyjęcie, że zapis § 8 ust. 2.1.1 umowy stanowi ważną podstawę do naliczania kar umownych, pomimo że jego brzmienie jest sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym przepisem, iż kara umowna stanowi określoną sumę, zaś postanowienia umowy nie określały końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej (powołując orzeczenie SN w sprawie IV CSK 687/14);
4. naruszenia art. 484 § 2 k.c., art. 328 § 2 k.p.c. i art. 233 k.p.c. polegające na niezastosowaniu przepisów o miarkowaniu kary i braku rozważań w tym zakresie, mimo iż powód od początku wnosił o miarkowanie kar;
5. naruszenia art. 139 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych oraz art. 78 k.c. polegające na niezastosowaniu i dokonaniu błędnego ustalenia, że umowa stron została zawarta przy wykorzystaniu elektronicznej formy wyrażania oświadczenia woli ze skutkiem od dnia 15 października 2008 r., podczas gdy umowa mogła być zawarta wyłącznie w formie pisemnej, a więc została zawarta w dniu 28 października 2008 r., a w konsekwencji 8 tygodniowy termin wykonania umowy zaczął biec od 29 października 2008 r. i upływał 24 grudnia 2008 r., zatem powód pozostawał w opóźnieniu od 25 grudnia 2008 r., co powinno skutkować obniżeniem kary o łączną kwotę 20 369,40 zł, a nie jedynie o 13 180,20 zł;
6. naruszenia pkt 1.10 szczegółowej specyfikacji technicznej wykonania odbioru robót – załącznika nr 2 do umowy w zw. z art. 647 k.c. i art. 56 k.c. poprzez przyjęcie, że strony nie ustaliły protokolarnej formy przekazania terenu budowy, a wobec tego mogły dokonać także nieformalnego przekazania terenu budowy, podczas gdy z załącznika do umowy wynikał bezwzględny obowiązek sporządzenia pisemnego protokołu odbioru, w którym pozwany miał określić m.in. granice terenu na potrzeby budowy, wskazać drogi komunikacji wewnętrznej oraz punkty poboru energii elektrycznej i wody i od obowiązku takiej formy przekazania terenu budowy strony nie mogły jednostronnie odstąpić;
7. naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., art. 647 k.c., art. 354 k.c. i art. 355 k.c. polegające na dokonaniu przez sąd dowolnej a nie swobodnej oceny dowodów, bez ich wszechstronnego rozważenia, z pominięciem wymogów wykonywania przez

inwestora umowy zgodnie z jej treścią, a także w sposób odpowiadający zwyczajom, przez przyjęcie, iż powód miał prawną i faktyczną możliwość wejścia na teren budowy i rozpoczęcia prac budowlanych w dniu 15 października 2008 r. i że w tym dniu doszło faktycznie za obopólną zgodą i świadomością do nieformalnego przejęcia przez powoda placu budowy, którego dokonał G. W., co sąd wywiódł z notatki służbowej sporządzonej w nieoznaczonym terminie jednostronnie przez pozwanego, podczas gdy zmiana umowy wymagała formy pisemnej pod rygorem nieważności;

8. naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie, że powód otrzymał dokumentację techniczną w dniu 15 października 2008 r., mimo że z materiału dowodowego w tym zeznań wiceburmistrza M. K. (2), G. W. i G. Ż. oraz maila z 3 grudnia 2008 r. wynika, że powodowi udostępniono jedynie elektroniczną wersję word bez podpisów i pieczęci i dopiero w grudniu;

9. naruszenia § 6. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. z 200 r. Nr 106 poz. 1126 ze zm.) oraz art. 354 k.c. przez przyjęcie, że dostarczona powodowi wersja elektroniczna word dokumentacji technicznej bez podpisów i pieczęci spełniała wymogi dokumentu technicznego, a brak dostarczenia projektu w wersji papierowej nie stanowił przeszkody w rozpoczęciu realizacji prac, podczas gdy jest to dowód nienależytego wykonywania obowiązków przez pozwanego jako inwestora, który nie dostarczył dokumentacji technicznej w dniu podpisania umowy i nie naprawił swego nienależytego działania mimo monitów ze strony powoda, uniemożliwiając tym samym realizację inwestycji;

10. naruszenie art. 354 k.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie dowolnej a nie swobodnej oceny materiału dowodowego i przyjęcie, że nie było przeciwwskazań, aby już w październiku 2008 r. rozpocząć pierwsze prace na placu budowy, co pozwoliłoby wykonać prace bez opóźnień;

11. naruszenie art. 386 § 5 k.p.c. polegające na pominięciu wiążących zaleceń Sądu Apelacyjnego dotyczących wpływu warunków atmosferycznych na terminowość wykonania prac;

12. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. i art. 286 k.c. przez bezkrytyczne oparcie na dowodzie z opinii biegłego G. bez wyjaśnienia przyczyn odmowy dania wiary opiniom pozostałych biegłych.

Wskazując na powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę wyroku w części objętej zaskarżeniem przez zasądzenie na rzecz powoda dalszej kwoty 309 135,60 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 19 września 2009 r. oraz kosztów procesu.

Pozwana zaskarżyła wyrok w części zasądzającej oraz rozstrzygającej o kosztach procesu, zarzucając:

I. naruszenie prawa materialnego, tj.:

1. art. 498 § 1 i 2 k.c. przez jego niezastosowanie w wyniku przyjęcia, iż oświadczenie o potrąceniu kwoty 182 784,24 zł nie może zostać uznane za skuteczne z uwagi na treść oświadczenia pozwanego złożonego w dniu 22 września 2009 r., pomimo że pozwany złożył drugie oświadczenie o potrąceniu z 23 października 2009 r., które było w pełni uzasadnione i skuteczne;

2. art. 499 k.c. w zw. z art. 60 k.c., art. 61 § 1 k.c. i art. 56 k.c. przez błędną wykładnię wynikającą z uznania, iż oświadczenie o potrąceniu z 23 października 2009 r. nie może być uznane za skuteczne z uwagi na fakt, że w aktach sprawy brak jest dowodu jego doręczenia powodowi, mimo iż oświadczenie o potrąceniu może być złożone w formie dowolnej oraz pomimo iż w toku postępowania powód ani razu nie zakwestionował okoliczności otrzymania tego oświadczenia, a wręcz przyznawał okoliczność jego otrzymania;

3. art. 637 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 65 § 1 i 2 k.c. przez błędną wykładnię oświadczenia woli zawartego w § 9 ust. 7 łączącej strony umowy skutkujące uznaniem, że strony uzgodniły w umowie zarówno sam obowiązek usunięcia wad, po ich zgłoszeniu powodowi przez pozwanego, jak również termin ich usunięcia i tym samym pozwany nie był zobowiązany do wzywania powoda do usunięcia wad w określonym terminie pod rygorem nieprzyjęcia naprawy;

4. art. 637 § 2 k.c. w zw. z art. 6 k.c. przez jego błędną wykładnię w wyniku uznania, że kwotę, o jaką ulega obniżeniu wynagrodzenie, zamawiający jest zobowiązany przeznaczyć na prace naprawcze;

5. art. 471 k.c. w zw. z art. 6 k.c. przez jego niezastosowanie, mimo iż pozwany wykazał wszystkie przesłanki w nim określone, tj. fakt nienależytego wykonania zobowiązania przez powoda, fakt wystąpienia wynikającej z nienależytego wykonania zobowiązania szkody oraz jej wysokość, jak również związek przyczynowy między tymi zdarzeniami;

II. naruszenie przepisów postępowania, mających istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, tj.:

1. art. 386 § 6 k.p.c. poprzez uznanie, że Sąd Apelacyjny w wyroku z 18 lutego 2016 r. przesądził o podstawie prawnej dokonanego przez pozwanego potrącenia kwoty 182 748,24 zł;

2. art. 233 § 1 k.p.c. przez dowolną a nie swobodną ocenę materiału dowodowego, polegającą na braku wyprowadzenia z dowodów zgromadzonych w niniejszym postępowaniu, tj. z pism powoda z dnia 7 sierpnia 2009 r. oraz z dnia 21 sierpnia 2009 r., z zeznań świadka G. W. oraz z wpisów w dzienniku budowy, które to dowody jednoznacznie wskazują, iż powód był świadomy istnienia wad przedmiotu umowy oraz że zapewniał pozwanego o ich usunięciu, wniosków logicznych oraz zgodnych z zasadami doświadczenia życiowego, tj. wniosków świadczących o braku konieczności wzywania powoda przez pozwanego do usunięcia wad w określonym terminie pod rygorem nieprzyjęcia naprawy;

III. sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w niniejszej sprawie materiału dowodowego polegającą na przyjęciu, że opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy przez powoda wynosiło 258 dni, a nie jak podnosił pozwany, 269 dni.

Pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania przed sądem I instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania wraz z orzeczeniem o kosztach postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda zasługuje na uwzględnienie, apelacja pozwanego jako bezzasadna podlega oddaleniu w całości.

Sąd Apelacyjny uznaje za prawidłowe ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy w sprawie niniejszej i ustalenia te w całości przyjmuje za własne.

Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do uwzględnienia podnoszonych w obu apelacjach zarzutów odnoszących się do dokonanych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych przede wszystkim z tego względu, że wskazywane uchybienia dotyczyły okoliczności niemających znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy niniejszej.

Obrona pozwanej w sprawie niniejszej opierała się wyłącznie na zarzutach potrącenia, obejmujących wierzytelności równe wierzytelności dochodzonej przez powoda.

Niewątpliwie podniesienie zarzutu potrącenia powoduje konieczność zbadania w procesie, czy zaistniały materialnoprawne skutki potrącenia, a przede wszystkim zbadania czy istnieją obie wierzytelności objęte potrąceniem – i ta objęta pozwem i ta którą przedstawia do potrącenia pozwany.

Należy zauważyć, że przedmiotem roszczenia powoda było wynagrodzenia za wykonane prace budowlane, w wysokości uzgodnionej w łączącej strony umowie. Prace te zostały przez pozwaną Gminę odebrane, mimo iż niewątpliwie zostały wykonane wadliwie i z opóźnieniem, zatem nie ulega wątpliwości, że powodowi przysługuje wobec pozwanej wierzytelność objęta pozwem.

Pozwana w toku postępowania podniosła zarzuty potrącenia, powołując się na złożone wcześniej oświadczenia o potrąceniu, wobec czego konieczne jest ustalenie, czy na skutek złożonych przez pozwaną oświadczeń o potrąceniu

doszło do umorzenia wzajemnych wierzytelności stron, co wymaga przede wszystkim odniesienia się do skuteczności potrąceń dokonanych przez pozwaną.

Materialnoprawną podstawą procesowego zarzutu potrącenia jest oświadczenie o potrąceniu, czyli jednostronne oświadczenie woli powodujące - w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 498 § 1 k.c. - odpowiednie umorzenie wzajemnych wierzytelności. Zarzut potrącenia jest czynnością procesową, polegającą na żądaniu oddalenia powództwa w całości lub w części z powołaniem się na okoliczność, że roszczenie objęte żądaniem pozwu wygasło wskutek potrącenia.

W świetle regulujących potrącenie przepisów prawa materialnego jest obojętne, kiedy oświadczenie woli o potrąceniu zostanie złożone, może ono nastąpić zarówno przed wszczęciem procesu, jak i w jego trakcie.

W pierwszym wypadku skutki materialnoprawne oświadczenia woli nastąpiły zgodnie z art. 499 k.c., a więc zwykle przed wszczęciem postępowania, zatem zarzut potrącenia jest zarzutem nieistnienia wierzytelności objętej pozwem ze względu na jej umorzenie zgodnie z art. 499 k.c.

Możliwe jest też podniesienie w toku procesu zarzutu potrącenia stanowiącego jednocześnie materialnoprawne oświadczenie woli o potrąceniu.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 lutego 2004 r. I CK 181/03 podniesienie zarzutu potrącenia w odpowiedzi na pozew jest równoznaczne ze złożeniem oświadczenia o potrąceniu, jeśli takie oświadczenie nie zostało złożone wcześniej.

Potrącenie, zgodnie z art. 499 zd. 1 k.c., następuje przez jednostronną czynność prawną o charakterze kształtującym jednego z wzajemnych wierzycieli, dla skuteczności której niezbędne jest istnienie w momencie jej składania przesłanek z art. 498 k.c., poza tym oświadczenie to musi być złożone w sposób wyraźny, nie dorozumiany, mimo iż nie wymaga szczególnej formy, i musi wyraźnie określać wierzytelności objęte potrąceniem w sytuacji, gdy potrącający ma kilka wierzytelności potrącanych z wierzytelnością lub wierzytelnościami drugiej strony.

O skuteczności oświadczenia o potrąceniu decyduje zaistnienie przesłanek z art. 498 k.c. w chwili, w której oświadczenie dotarło do dłużnika – wierzyciela wzajemnego. Skutki oświadczenia określa art. 498 § 2 k.c. – w wyniku potrącenia obie wierzytelności zostają umorzone do wysokości wierzytelności niższej, przy czym zgodnie z art. 499 zd. 2 k.c. skutki potrącenia powstają w chwili, w której potrącenie stało się możliwe, a więc gdy zaistniały przesłanki z art. 498 k.c.

W razie braku zaistnienia przesłanek z art. 498 k.c. nie następują skutki w postaci umorzenia wzajemnych wierzytelności.

W sprawie niniejszej pozwana powołała się na skuteczność oświadczeń o potrąceniu złożonych przed wszczęciem postępowania, zatem ocenie w świetle zaistnienia przesłanek z art. 498 k.c. podlegają te oświadczenia.

Pierwsze oświadczenie o potrąceniu pozwana złożyła pismem z dnia 22 września 2009 r., doręczonym powódce w dniu 24 września 2009 r.

W treści tego oświadczenia pozwana wskazała, że dokonuje potrącenia z wierzytelnością powódki o zapłatę wynagrodzenia wzajemnej wierzytelności w kwocie 322 315,80 zł jako kary umownej określonej w nocie księgowej nr (...) z dnia 22 września 2009 r.

Zgodnie z art. 498 § 1 k.c., skuteczność złożonego oświadczenia o potrąceniu wymaga, aby w chwili dokonywania potrącenia istniały wierzytelności wzajemne, zaskarżalne i wymagalne.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że do skuteczności potrącenia niezbędna jest jedynie wymagalność wierzytelności potrącającego, gdyż przez potrącenie tej wierzytelności dochodzi do przymusowego jej zaspokojenia.

Świadczenie staje się wymagalne wówczas, gdy dłużnik ma obowiązek jego spełnienia a wierzyciel może żądać spełnienia świadczenia przez dłużnika, a więc gdy nadejdzie termin spełnienia świadczenia oznaczony w ustawie lub w drodze czynności prawnej albo wynikający z właściwości zobowiązania.

Objęta oświadczeniem o potrąceniu jakie pozwana złożyła pismem z dnia 22 września 2009 r. wierzytelność pozwanej wynikająca z naliczenia kary umownej była wierzytelnością bezterminową, zatem dla jej wymagalności konieczne było, zgodnie z art. 455 k.c., wezwanie dłużnika do spełnienia świadczenia.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 3 lutego 2006 r. I CSK 17/05 wymagalność roszczenia należy łączyć z nadejściem ostatniego dnia pozwalającego dłużnikowi spełnić świadczenie zgodnie z treścią zobowiązania, a dzień tak rozumianej wymagalności może być utożsamiany z terminem spełnienia świadczenia także w zakresie zobowiązań bezterminowych. Wezwanie dłużnika przez wierzyciela do wykonania zobowiązania bezterminowego nie jest przejawem możliwości żądania świadczenia, lecz postawieniem tego świadczenia w stan wymagalności.

Zgodnie z art. 455 k.c. spełnienie świadczenia przez dłużnika powinno nastąpić niezwłocznie po wezwaniu go przez wierzyciela, a termin "niezwłocznie" należy rozumieć jako "realny", w którym dłużnik przy uwzględnieniu okoliczności miejsca i czasu oraz regulacji art. 354 i art. 355 k.c. będzie w stanie dokonać zapłaty (wyrok Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2011 r. II CSK 346/11).

Składając oświadczenie o potrąceniu pismem z 22 września 2009 r. pozwana powołała się na wystawioną tego samego dnia notę księgową obejmującą należność z tytułu naliczonej kary mownej. W aktach sprawy brak jest dowodu doręczenia tej noty powodowi. Nawet przyjmując, że doręczenie noty księgowej, stanowiącej wezwanie do zapłaty w rozumieniu art. 455 k.c. nastąpiło wraz z pismem z dnia 22 września 2009 r., a więc w dniu 24 września 2009 r., nie ma podstaw do uznania, że wierzytelność pozwanej z tytułu kary umownej stała się wymagalna już tego dnia.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 czerwca 2012 r. w sprawie III CSK 317/11, nie wywołuje żadnego skutku złożenie oświadczenia o potrąceniu niewymagalnej wierzytelności. Oznacza to, że potrącający powinien złożyć oświadczenie po ziszczeniu się tej przesłanki, a jeśli dokonał tego we wcześniejszym czasie musi złożyć ponowne oświadczenie. Wskazane połączenie w tym zarzucie elementów procesowych i materialnoprawnych przemawia za przyjęciem, że brak jednego z tych elementów powoduje bezskuteczność podjętej czynności, a możliwość jej konwalidowania, jako jednostronnej czynności prawnej, jest wyłączone.

Dokonanej przez Sąd Apelacyjny obecnie rozpoznający sprawę oceny o bezskuteczności złożonego przez pozwaną pismem z dnia 22 września 2009 r. oświadczenia o potrąceniu nie stoi na przeszkodzie przepis art. 386 § 6 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym do 7 listopada 2019 r.

Zgodnie z powyższym przepisem ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania wyrażone w uzasadnieniu sądu drugiej instancji wiążą zarówno sąd, któremu sprawa została przekazana, jak i sąd drugiej instancji przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Ocena taka uzależniona jest od skonkretyzowania wskazań co do dalszego postępowania i dotyczy stosowania i wykładni prawa materialnego oraz odniesienia się do takich zarzutów naruszenia prawa procesowego, co do których czynności sądu pierwszej instancji zostały już zakończone. Należy też zauważyć, że ostateczna subsumpcja prawna może być dokonana tylko wówczas, gdy jest już w pełni ustalony stan faktyczny w danej sprawie. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 31 stycznia 2018 r. I CSK 195/17 rolą art. 386 § 6 k.p.c. nie jest związanie sądów meritii oceną stanu faktycznego; może ono dotyczyć wyłącznie wskazówek co do interpretacji prawa albo kierunku, w którym ma się toczyć dalsze postępowanie.

Należy bowiem zauważyć, że w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 lutego 2016 r. wydanego w sprawie niniejszej pod sygnaturą akt (...) Sąd Apelacyjny nie dokonał wiążącej oceny skuteczności złożonego przez pozwaną oświadczenia o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej. Sąd Apelacyjny zakwestionował jedynie zasadność stanowiska Sądu Okręgowego co do braku skonkretyzowania w treści złożonego oświadczenia wierzytelności objętej potrąceniem, nie odnosząc się w żaden sposób do przesłanki wymagalności wierzytelności wynikającej z art. 498 § 1 k.c.

Sąd Apelacyjny uznał więc, że złożone przez pozwaną oświadczenie o potrąceniu zawarte w piśmie z dnia 22 września 2009 r. nie było skuteczne, co czyni także nieskutecznym zgłoszony w odpowiedzi na pozew zarzut potrącenia, w którym pozwana odwołała się właśnie do oświadczenia złożonego 22 września 2009 r.

Z uwagi na powyższe w ocenie Sądu Apelacyjnego bezprzedmiotowe stało się odnoszenie do zarzutów apelacji powoda kwestionujących zasadność obciążenia go wskazanymi przez pozwaną karami umownymi, gdyż rolą sądu rozpoznającego pozew o zapłatę jest ustalenie istnienia wierzytelności objętej żądaniem pozwu; ocena istnienia wierzytelności objętej zarzutem potrącenia ma służyć jedynie ustaleniu, czy w dacie orzekania wierzytelność powoda istnieje, czy też uległa umorzeniu na skutek potrącenia. Skoro zaś złożone przez pozwaną oświadczenie o potrąceniu nie było skuteczne, nie doszło do umorzenia wierzytelności powoda w zakresie kwoty wskazanej piśmie z dnia 22 września 2009 r., co uzasadniało uwzględnienie apelacji powoda w całości.

Sąd Apelacyjny podzielił natomiast stanowisko Sądu Okręgowego dotyczące oceny skuteczności oświadczenia pozwanej co do potrącenia kwoty 182 748,24 zł. Nie ulega wątpliwości, że w treści pisma pozwanej z dnia 22 września 2009 r. nie zostało złożone oświadczenie o potrąceniu tej kwoty; takie oświadczenie pozwana złożyła dopiero piśmie z dnia 23 października 2009 r.

Trafnie Sąd Okręgowy zauważył, że pozwana nie wykazała, aby pozwana otrzymała pismo z 23 października 2009 r.

Oświadczenie o potrąceniu może wyrzucić skutek dopiero z chwilą dojścia do adresata, ocenianą zgodnie z art. 61 k.c., zaś pozwaną zgodnie z art. 6 k.c. obciążał ciężar wykazania wszystkich przesłanek skuteczności złożonego oświadczenia, zatem negatywne skutki braku wykazania, że złożone przez pozwaną oświadczenie o potrąceniu dotarło do powoda w sposób umożliwiający mu zapoznanie się z jego treścią ponosi pozwana.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 14 lutego 2013 r. II CSK 292/12 przewidziane w art. 499 k.c. oświadczenie o potrąceniu ma charakter konstytutywny, bez niego - mimo spełnienia ustawowych przesłanek potrącenia (art. 498 § 1 k.c.) - nie dojdzie bowiem do wzajemnego umorzenia wierzytelności. Oświadczenie to staje się skuteczne dopiero z chwilą, gdy doszło do wierzyciela wzajemnego w taki sposób, że mógł się on zapoznać z jego treścią (art. 61 k.c.). Ponadto wspomniane oświadczenie, które nie wymaga zachowania szczególnej formy, powinno być złożone w sposób, który w dostatecznym stopniu ujawnia jego treść.

Należy także zauważyć, że strona pozwana wierzytelność w kwocie 182 748,24 zł wywodziła z istnienia wady w postaci miejscowego przebarwienia warstwy wierzchniej (przebarwienie kolorystyczne), obniżającą wartość wykonanego dzieła o wymienioną kwotę, jednak w toku całego postępowania nie zostały zgłoszone żadne wnioski dowodowe zmierzające do wykazania, że wskazana wada rzeczywiście uzasadniała obniżenie należnego powodowi wynagrodzenia o kwotę wskazaną przez pozwaną.

Trafnie pozwana zarzuca w apelacji błędne uznanie przez Sąd Okręgowy, że obowiązkiem pozwanej było wykazanie, że wskazana kwotę rzeczywiście przeznaczyła na prace naprawcze nawierzchni, nie zmienia to jednak faktu, że pozwana nie wykazała istnienia wierzytelności objętej oświadczeniem o potrąceniu.

Oceny tej nie podważają także opinie biegłych sporządzone w niniejszej sprawie, wskazujące na wadliwość prac wykonanych przez powoda i określające wartość niezbędnych prac poprawkowych na 536 713,05zł (opinie biegłego M. B.), bowiem opinie te dotyczą wszystkich stwierdzonych wad wykonawczych, nie określając wysokości kwoty związanej z istnieniem wady w postaci przebarwienia warstwy wierzchniej boiska.

Nie jest zaś możliwe uznanie, że potrącenie powinno objąć umorzeniem inne wierzytelności niż wskazane przez wierzyciela składającego oświadczenie o potrąceniu.

Z uwagi na powyższe Sąd Apelacyjny uznał, że będące podstawą podniesionego w toku postępowania przed Sądem Okręgowym zarzutu potrącenia strony pozwanej oświadczenia o potrąceniu nie wywołały skutków wskazanych w art. 498 § 2 k.c.

Należy jednak zauważyć, że już w toku postępowania apelacyjnego, pozwana w piśmie z 25 września 2018 r. powołała się na oświadczenie o potrąceniu złożone przez pozwaną, załączając skierowane do powoda pismo z 25 września 2018 r. zawierające oświadczenie o potrąceniu wierzytelności objętej prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w P. w sprawie (...).

W sprawie toczącej się przed Sądem Okręgowym w P. pod sygn. akt (...) Gmina Miejska K. wniosła o zasądzenie od (...) sp. z o.o. kwoty 296 775 zł tytułem odszkodowania wskazując, że pozwany wadliwie wykonał nawierzchnię boiska sportowego, co skutkowało koniecznością jej wymiany – nie było możliwe korzystanie z boiska zgodnie z jego przeznaczeniem, a przebywanie na nim dzieci i młodzieży było niebezpieczne dla ich zdrowia.

Prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w P. w sprawie(...) roszczenie Gminy Miejskiej K. zostało uwzględnione w zakresie kwoty 200 764,40 zł.

Sąd Apelacyjny nie uznał jednak złożonego przez pozwaną oświadczenia o potrąceniu za skuteczne z uwagi na fakt, że – jak wynika z dokonanych przez Sąd Okręgowy ustaleń oraz znajdujących się w aktach dokumentów (k. 482-483) – powód zbył wierzytelność objętą pozwem w dniu 1 lipca 2011 r. na rzecz A. R..

Sąd Apelacyjny uznał, że wnioski dowodowe pozwanej zawarte w piśmie procesowym z dnia 26 listopada 2019 r. zmierzające do wykazania, że umowa zbycia wierzytelności jest nieważna, są spóźnione i podlegają pominięciu z mocy art. 381 k.p.c., gdyż dokumenty wykazujące zawarcie umowy przelewu zostały złożone przez powoda już na etapie postępowania przed Sądem Okręgowym, zaś pozwana nie przedstawiła żadnych okoliczności uzasadniających podniesienie zarzutu i zgłoszenie wniosków dowodowych dopiero na etapie postępowania apelacyjnego.

Skutkiem przelewu wierzytelności jest zmiana wierzyciela, zatem oświadczenie o potrąceniu, także w warunkach określonych art. 513 k.c., musi być złożone osobie będącej wierzycielem w dacie złożenia oświadczenia. Nie może zaś być uznane za skuteczne oświadczenie złożone cedentowi.

Dla oceny skuteczności złożonego oświadczenia materialnoprawnego nie ma zaś żadnego znaczenia treść art. 192 k.p.c., regulującego procesowe skutki zbycia wierzytelności w toku postępowania.

Mając powyższe na względzie Sąd Apelacyjny uwzględnił w całości apelację powoda i na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w części oddalającej powództwo przez zasądzenie na rzecz powoda dalszej kwoty 309 135,60 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 19 września 2009 r. do dnia zapłaty, a także zmienił zawarte w wyroku Sądu Okręgowego rozstrzygnięcie o kosztach, obciążając tymi kosztami w całości pozwaną zgodnie z art. 98 k.p.c.

Apelacja pozwanej jako bezzasadna podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c.