

Sygn. akt *I AGa 99/18*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 czerwca 2018 r.

**Sąd Apelacyjny w Poznaniu I Wydział Cywilny**

w składzie:

Przewodniczący: SSA Jan Futro

Sędziowie: SSA Małgorzata Kaźmierczak

SSA Mariola Głowacka /spr./

Protokolant: st. sekr. sąd. Agnieszka Paulus

po rozpoznaniu w dniu 13 czerwca 2018 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością**

**z siedzibą w W.**

przeciwko (...) **Spółce Akcyjnej z siedzibą w W.**

o zapłatę

na skutek apelacji powódki

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 5 września 2017 r. sygn. akt IX GC 438/15

I. zmienia zaskarżony wyrok:

a. w punkcie 2 w ten sposób, że zasądza dodatkowo od pozwanej na rzecz powódki kwotę 576.956,34 zł (pięćset siedemdziesiąt sześć tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt sześć złotych 34/100) z ustawowymi odsetkami od dnia 6 lipca 2014r. do dnia 31 grudnia 2015r. i z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty, a w pozostałym zakresie powództwo oddala,

b. w punkcie 3 w ten sposób, że koszty procesu stosunkowo rozdziela między stronami i na tej podstawie zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 46.939,50 zł,

II. w pozostałym zakresie apelację oddala,

III. koszty postępowania apelacyjnego stosunkowo rozdziela między stronami i na tej podstawie

zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 28.351 zł.

SSA Mariola Głowacka SSA Jan Futro SSA Małgorzata Kaźmierczak

## UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. pozwem z dnia 10 kwietnia 2015r. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. kwoty 1.477.971,62 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 6 lipca 2014r. do dnia zapłaty oraz zwrot kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według zestawienia, które zostanie przedłożone na ostatniej rozprawie lub, w razie jego braku, według norm przepisanych.

Pozwany (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. w odpowiedzi na pozew z dnia 11 maja 2015r. wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na jego rzecz zwrot kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

**Sąd Okręgowy w Poznaniu wyrokiem z dnia 5 września 2017r. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 145.102,24 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 6 lipca 2014r. do dnia 31 grudnia 2015r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty, oddalił powództwo w pozostałym zakresie, kosztami procesu obciążył powoda w 10%, a pozwanego w 90% i z tego tytułu zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 3.397,72 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.**

**Sąd pierwszej instancji ustalił, że w dniu 28 maja 2013r. w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie robót budowlanych związanych z wymianą nawierzchni na linii kolejowej nr (...) W. – S. w torze nr (...) na odcinku N. – Z. od km 129,829 do km 153,329 wraz z robotami towarzyszącymi w ramach zadania pod nazwą „Modernizacja linii kolejowej nr (...) na odcinku G. – Z. – R. – (...)” strony podpisały umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie wyżej wskazanego zadania. Szczegółowy przedmiot umowy opisany został w(...)Zgodnie z § 2 ust. 1 umowy stron wszystkie prace i roboty wynikające z umowy i dokumentów stanowiących jej załącznik wykonawca miał zrealizować i ukończyć w terminie do dnia 5 grudnia 2013r. W § 2 ust. 2 umowy strony zaznaczyły, że dla robót wymagających zamknięć torowych powód uzyskać miał przedmiotowe zamknięcia, które miały wynikać z uzgodnionego harmonogramu zamknięć torowych. Cenę za wykonanie robót budowlanych oraz wszelkich czynności stanowiących przedmiot umowy strony określiły na kwotę 84.372.499,56 zł brutto. W § 4 ust. 7 umowy strony zastrzegły, że prace realizowane miały być przy odbywającym się ruchu pociągów oraz czynnej infrastrukturze na terenie budowy i w trakcie udzielonych zamknięć torowych, co wykonawca uwzględnić miał przy organizacji prac oraz ich odpowiednim etapowaniu.**

Stosownie do treści § 5 ust. 2 umowy zamawiający obciążyć miał wykonawcę (do końca okresu gwarancji) dodatkowymi kosztami poniesionymi przez pozwanego, bądź kosztami odszkodowań wypłaconych przez niego przewoźnikom kolejowym i innym osobom trzecim, jeżeli konieczność poniesienia kosztów nastąpiła z winy wykonawcy. Koszty wyżej wymienione z winy wykonawcy mogły powstać m.in. z powodu:

- 1) realizacji robót w trybie awaryjnych zamknięć torowych spowodowanych niezachowaniem obowiązujących w (...) Spółce Akcyjnej terminów zgłaszania potrzeb zamknięć torowych,
- 2) przekroczenia terminu realizacji robót w zamknięciu torowym,
- 3) zamiany terminu robót w zamknięciu torowym,
- 4) konieczności opracowania nowego aneksu do już opracowanego regulaminu tymczasowego prowadzenia ruchu pociągów w czasie wykonywania robót,
- 5) zmiany technologii realizacji robót i wprowadzenia ograniczeń ruchowych bądź ograniczeń prędkości nie uzgodnionych uprzednio z zamawiającym,
- 6) konieczności zarządzenia zmian w rozkładzie jazdy, innych niż uzgodnione uprzednio z zamawiającym,

7) uszkodzeń infrastruktury kolejowej powodujących opóźnienie pociągów.

Ponadto zgodnie z § 5 ust. 3 umowy pozwany mógł naliczyć kary umowne (pieniężne):

1) w wysokości 0,02% ceny za wykonanie przedmiotu umowy (brutto) lub jej części tj. niewykonanego zakresu prac stanowiącego całość funkcjonalną, konstrukcyjną lub technologiczną, za każdy dzień zwłoki w ukończeniu prac po upływie umówionego terminu,

2) w wysokości 1.000 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w przystąpieniu do prac w trakcie przydzielonych zamknięć lub otwarcia toru dla ruchu w stosunku do uzyskanych zamknięć torowych, ujętych w zatwierdzonym harmonogramie zamknięć (również za każdą dodatkową godzinę zamknięć torowych uzyskanych przez wykonawcę dla realizacji prac po umownym terminie ich zakończenia - §5 ust. 3 pkt 4 umowy.

W § 7 ust. 7 strony umowy uzgodniły, że miały stosować następujące rodzaje odbiorów prac:

1) odbiory robót zanikających lub ulegających zakryciu polegające na końcowej ocenie ilości i jakości robót, które w dalszym procesie realizacji ulegały zakryciu lub zanikały,

2) odbiory częściowe z przekazaniem do eksploatacji polegające na ocenie wykonania części prac stanowiących zakończony odrębny element konstrukcyjny lub technologiczny, umożliwiających podjęcie ruchu pociągów i przekazanie tego zakresu do eksploatacji,

3) odbiory częściowe polegające na ocenie wykonania części prac i robót stanowiących zakończony element lub urządzenie, tworzący całość funkcjonalną lub wykonawczą; odbiory te miały być dokonywane celem umożliwienia dokonania zapłaty za częściowo wykonane prace i roboty, 4) odbiór końcowy polegający na ocenie zrealizowanego zakresu i jakości całości prac i robót objętych przedmiotem umowy,

5) odbiór pogwarancyjny polegający na ocenie stanu przedmiotu umowy przed zakończeniem okresu gwarancji jakości i rękojmi,

6) odbiór potwierdzający usunięcie wad polegający na ocenie i potwierdzeniu usunięcia wad stwierdzonych na poszczególnych odbiorach lub w okresie biegu gwarancji jakości albo rękojmi za wady.

Ponadto w § 8 ust. 1 i 5 strony umowy ustaliły, że rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy miało odbywać się fakturami przejściowymi VAT, wystawianymi po zakończeniu każdego miesiąca (za prace i roboty wykonane w tym okresie). Termin zapłaty faktur wynosił 30 dni licząc od daty otrzymania przez pozwanego prawidłowo wystawionej faktury wraz z protokołem.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że w dniu 28 sierpnia 2013r. strony zawarły umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie dokumentacji projektowej w niezbędnym zakresie oraz realizacja na jej podstawie robót budowlanych w ramach zamówienia pod nazwą Wykonanie robót budowlanych związanych z wymianą nawierzchni na linii kolejowej nr (...) W. – S. w torze nr (...) na odcinku C. – C. Towarowy w ramach zadania pod nazwą Modernizacja linii kolejowej nr (...) na odcinku G. – Z. – R. – (...) – roboty uzupełniające. Wszystkie prace i roboty wynikające z umowy powód zobowiązał się wykonać do dnia 6 grudnia 2013r. za cenę w kwocie 23.131.852,63 zł brutto. Stosownie do treści § 6 ust. 2 tej umowy zamawiający miał obciążyć wykonawcę (do końca okresu gwarancji) dodatkowymi kosztami poniesionymi przez pozwanego, bądź kosztami odszkodowań wypłacanych przez niego przewoźnikom kolejowym i innym osobom trzecim, jeżeli konieczność poniesienia kosztów nastąpiła z winy wykonawcy. Koszty wyżej wymienione z winy wykonawcy mogły powstać m.in. z powodu:

1) realizacji robót w trybie awaryjnych zamknięć torowych spowodowanych niezachowaniem obowiązujących w (...) Spółce Akcyjnej terminów zgłaszania potrzeb zamknięć torowych,

2) przekroczenia terminu realizacji robót w zamknięciu torowym,

- 3) zamiany terminu robót w zamknięciu torowym,
- 4) konieczności opracowania nowego aneksu do już opracowanego regulaminu tymczasowego prowadzenia ruchu pociągów w czasie wykonywania robót,
- 5) zmiany technologii realizacji robót i wprowadzenia ograniczeń ruchowych bądź ograniczeń prędkości nie uzgodnionych uprzednio z zamawiającym,
- 6) konieczności zarządzenia zmian w rozkładzie jazdy, innych niż uzgodnione uprzednio z zamawiającym,
- 7) uszkodzeń infrastruktury kolejowej powodujących opóźnienie pociągów.

Zgodnie z § 6 ust. 3 umowy pozwany mógł naliczyć kary umowne (pieniężne):

- 1) w wysokości 0,02% ceny za wykonanie przedmiotu umowy (brutto) lub jej części tj. niewykonanego zakresu prac stanowiącego całość funkcjonalną, konstrukcyjną lub technologiczną, za każdy dzień zwłoki w ukończeniu prac po upływie umówionego terminu,
- 2) w wysokości 250 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia w przystąpieniu do prac w trakcie przydzielonych zamknięć lub otwarcia toru dla ruchu w stosunku do uzyskanych zamknięć torowych, ujętych w zatwierdzonym harmonogramie zamknięć (również za każdą dodatkową godzinę zamknięć torowych uzyskanych przez wykonawcę dla realizacji prac po umownym terminie ich zakończenia) - § 6 ust. 3 pkt 4 umowy.

W § 10 umowy strony postanowiły, że w sprawach nieuregulowanych w przedmiotowej umowie strony miały stosować postanowienia umowy nr (...) z dnia 28 maja 2013r.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że przedmiot umowy N. powód zgłosił pozwanemu do odbioru w dniu 23 grudnia 2013r., zaś przedmiot umowy C. w dniu 14 lutego 2014r. Pozwany konsekwentnie odmawiał dokonania odbioru końcowego powyższych prac, gdyż uważał, że powód nie ukończył całości zleconych mu robót. Pismem z dnia 30 kwietnia 2014r. powód poinformował pozwanego, że z dniem 30 kwietnia 2014r. zakończył całość robót wykonywanych na podstawie powyższych umów i zgłosił prace do odbioru końcowego.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że w dniu 20 grudnia 2013r. strony podpisały protokół nr (...) odbioru częściowego i przekazania do eksploatacji nawierzchni torowej (...) szyn typu (...), podkładów strunobetonowych(...), przytwierdzenia sprężystego (...), podsypanego tłuczniem od km. 148.347 do 153.305, przejścia między peronami nr (...), budowy peronu nr (...) na stacji N., oświetlenia peronów, robót sieciowych. Prace te pozwany przyjął i po ich odbiorze przekazano tor do eksploatacji. Na dzień 20 grudnia 2013r. prace na budowie przedmiotu umowy z dnia 28 maja 2013r. posiadały następujące braki i wady:

- brak masy asfaltowej w dojeździe i międzytorzu – przejazd w km 153.208,
- brak zakończenia i wykończenia prac na przejazdach kolejowych – w km 152.536, 150.345, 149.123, 149.770,
- niezakończone prace na obiektach inżynierskich w km 150.097, 150.719, 151.020, 151.378, 151.964, 152.618,
- braki przy montażu hektometrów,
- niezakończone prace przy likwidacji toru nr(...)- N.,
- niezakończone prace przy odtwarzaniu rowów odwodniających oraz nie oczyszczony rów w km od 148.550 do 148.600,
- niezakończone prace przy układaniu płyt (...) na przejściu w km 148.384,

- brak regulacji naprężeń w km od 153.305 do 148.341,
- niewbudowanie niesortu w km od 149.000 do 149.400, 152.150 do 152.550 oraz od 148.330 do 148.350,
- niezakończenie prac wykończeniowych na peronie 2 oraz elementów małej architektury w tym poręczy dla osób niepełnosprawnych,
- uszkodzona nawierzchnia na dojściu i pochylni peronowej,
- nieprawidłowe ułożenie rusztu odwodnienia liniowego na peronie nr (...) i brak wykonania innych prac porządkowania terenu placów budowy i składowania materiałów budowlanych.

Ponadto w dniu 14 lutego 2014r. strony podpisały protokół nr (...) odbioru częściowego i przekazania do eksploatacji prac dotyczących umowy C.. W protokole tym sporządzający go przedstawiciele stron wskazali, że w pracach występowały następujące wady:

- brak regulacji sił podłużnych toru bezстыkowego między R. 6 a R.. (...)
- nieuporządkowanie terenu międzytorza toru 1-2,
- niewystarczająca podsypka i brak opprofilowania toru między R. (...) R.. (...) i rozjazdu P. (...)

Protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy N. strony podpisały w dniu 9 maja 2014r., zaś umowy C. w dniu 14 maja 2014r. Stwierdzone w protokołach z dnia 20 grudnia 2013r. oraz z 14 lutego 2014r. wady i braki uniemożliwiały prowadzenie ruchu pociągów z prędkością 120 km/h wobec braku wypełnienia i zachowania wszystkich standardów technicznych przebudowywanych torów i odcinków linii wymaganych w tym zakresie. Główną przeszkodą wykonywania eksploatacji odcinków modernizowanych linii z prędkością 120km/h był brak podbicia stabilizacyjnego oraz regulacji naprężeń i sił podłużnych w torach szynowych. Podbicie stabilizacyjne toru zostało wykonane w sposób nasuwający wątpliwości i nie zapewniający jednorodnych właściwości sprężystych toru poszczególnych fragmentów długości przebudowywanych odcinków, jednolitych charakterystyk odkształceń torów szynowych. Ponadto powód miał możliwość wykonania tzw. jednorazowej naprawy torów w trakcie trwania umów i robót zasadniczych przy wykorzystaniu maszyn typu (...). Po podpisaniu umowy powód sporządził harmonogram zamknięć torowych, który został zaakceptowany przez pozwanego. Z uwagi jednak na nieukończenie przedmiotu umów w terminie powód wnosił o nieplanowane zamknięta torowe. Opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy N. wynikało m.in. z problemów powoda w zakupie i dostawie materiałów na budowę. Ponadto późniejsze wykonanie umowy N. spowodowało, że pracownicy powoda w terminie późniejszym mogli przejść na budowę przedmiotu umowy C., co doprowadziło do opóźnienia w wykonaniu tej umowy.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że w dniu 30 grudnia 2013r. powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) na kwotę 10.904.224,02 zł tytułem częściowego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy N. oraz fakturę VAT nr (...) na kwotę 8.869.676,73 zł tytułem częściowego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy C.. W dniu 6 czerwca 2014r. powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) na kwotę 1.311.054,49 zł tytułem wynagrodzenia za prace wykonane w związku z umową nr (...). Ponadto tego samego dnia powód wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) na kwotę 2.821.562,20 zł tytułem wynagrodzenia za prace wykonane w związku z umową nr (...). Przedmiotowe faktury powód doręczył pozwanemu w dniu 6 czerwca 2014r. Na poczet należności z faktury VAT nr (...) pozwany uiścił na rzecz powoda w dniu 9 lipca 2014r. kwotę 17.335,71 zł oraz w dniu 11 lipca 2014r. kwotę 729.967,92 zł. Na poczet należności z faktury VAT nr (...) pozwany uiścił na rzecz powoda w dniu 9 lipca 2014r. kwotę 32.993,75 zł oraz w dniu 11 lipca 2014r. kwotę 1.849.140,37 zł.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że w dniu 8 stycznia 2014r. pozwany wystawił powodowi notę księgową obciążeniową nr (...) na mocy której nałożył na powoda karę umowną za wydłużenie zamknięć torowych za okres od 6 grudnia 2013r. do 20 grudnia 2013r. w wysokości 355.000 zł oraz karę umowną za niewykonanie przedmiotu umowy w terminie w

wysokości 66.168,50 zł. Nota ta dotyczyła wykonania umowy N.. Ponadto w dniu 9 czerwca 2014r. pozwany wystawił powodowi notę księgową obciążeniową nr (...) w oparciu o którą nałożył na powoda karę umowną z tytułu wydłużenia zamknięć torowych i nieterminowego wykonania umowy N. w kwocie 444.812,64 zł. Kary za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy pozwany obliczał od wartości prac niezafakturowanych na dzień nałożenia kary. W związku z umową N. pozwany obciążył również powoda notą księgową nr (...) z dnia 4 lutego 2014r. na kwotę 73.466,94 zł tytułem kary umownej związanej z działalnością inwestycyjną tj. tytułem pokrycia strat eksploatacyjnej za opóźnienie pociągów w dniach 1 grudnia 2013r. do 21 grudnia 2013r. Ponadto z tytułu strat eksploatacyjnych pozwany wystawił powodowi kolejną notę księgową obciążeniową nr (...) z dnia 6 maja 2014r. na kwotę 62.313,30 zł, nr (...) z dnia 15 maja 2014r. na kwotę 3.382,26 zł oraz nr (...) z dnia 16 maja 2014r. na kwotę 5.959,74 zł. Do przedmiotowych not pozwany dołączył wykaz pociągów, które miały opóźnienie wraz z kwotą obciążenia powoda z tego tytułu. Ponadto na podstawie umowy C. pozwany wystawił powodowi notę księgową obciążeniową nr (...) z dnia 8 stycznia 2014r. na mocy której nałożył na powoda karę umowną za wydłużenie zamknięć torowych za okres od dnia 7 grudnia 2013r. do dnia 23 grudnia 2013r. w wysokości 100.500 zł oraz karę umowną za niewykonanie przedmiotu umowy w terminie w wysokości 55.287,84 zł. Następnie w dniu 9 czerwca 2014r. pozwany obciążył powoda notą księgową nr (...) w kwocie 335.930,04 zł tytułem kary umownej z tytułu wydłużenia zamknięć torowych oraz niewykonania umowy C. w terminie. Powód nie akceptował zasadności wystawienia wyżej wymienionych not księgowych, w związku z czym regularnie odsyłał je pozwanemu.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że pismami z dnia 15 stycznia 2014r. pozwany złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu przysługującej mu wobec powoda wierzytelności w kwocie 421.168,50 zł objętej notą księgową nr (...) z wierzytelnością powoda wynikającą z faktury VAT nr (...) oraz wierzytelności pozwanego wynikającej z noty księgowej nr (...) w kwocie 155.787, 84 zł z wierzytelnością powoda objętą fakturą VAT nr (...). W oświadczeniu tym zaznaczył, że skutek potrącenia miał nastąpić na dzień 7 lutego 2014r. W dniach 3 i 7 lutego 2014r. pozwany uregulował na rzecz powoda należności objęte fakturami VAT nr (...) dokonując na rzecz powoda przelewu kwoty w łącznej wysokości 19.773.900,75 zł. Pismem z dnia 4 lipca 2014r. pozwany złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu przysługującej mu wobec powoda wierzytelności objętej notą księgową nr (...) w wysokości 73.446,94 zł z wierzytelnością powoda wynikającą z faktury VAT nr (...). Ponadto pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z tytułu noty odsetkowej nr (...) - 323/12/14 w kwocie 377,68 zł z wierzytelnością powoda wynikającą z faktury VAT nr (...). Powyższe pismo zostało doręczone powodowi w dniu 10 lipca 2014r. Pismem z dnia 16 lipca 2014r. doręczonym powodowi w dniu 23 lipca 2014r. pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu wierzytelności przysługujących mu wobec powoda, a objętych notami księgowymi nr: (...) w łącznej wysokości 852.397,98 zł z wierzytelnością powoda z tytułu faktury VAT nr (...) do kwoty 407.585,34 zł oraz faktury VAT nr (...) do kwoty 444.812,64 zł. Ponadto pismem z dnia 29 kwietnia 2016r. pozwany złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w kwocie 576.956,34 zł przysługującej pozwanemu w oparciu o noty obciążeniowe nr (...) i (...) z wierzytelnościami powoda z tytułu wynagrodzenia za prace i roboty wykonane na podstawie umowy nr (...), a objętych fakturami VAT nr (...) i (...).

Sąd pierwszej instancji powyższy stan faktyczny ustalił w oparciu o dokumenty znajdujące się w aktach sprawy, zeznania świadków oraz dowód z opinii instytutu, uzupełniony ustnymi wyjaśnieniami przedstawicieli instytutu sporządzającymi tę opinię. Zeznania świadka J. Ż. Sąd uznał za wiarygodne w całości, gdyż były jasne, rzeczowe i spójne. Świadek potwierdził, że umowy stron nie zostały wykonane w terminie oraz, że zgodnie z uzgodnieniami stron wymagany był odbiór końcowy wszystkich etapów realizacji poszczególnych umów.

Sąd nie znalazł podstaw, aby kwestionować zeznania świadka M. S., gdyż korespondowały one z zeznaniami świadka J. Ż.. Za wiarygodne w części Sąd uznał zeznania świadka L. K.. Za nieprawdziwe Sąd uznał zeznania świadka, że przedmiot umowy N. powód wykonał do 20 grudnia 2013r., zaś C. do 14 lutego 2014r., a po tych datach wykonywane miały być tylko prace polegające na usunięciu usterek. Powyższe pozostawało bowiem w sprzeczności ze sporządzoną opinią instytutu oraz sporządzonymi przez strony protokołami końcowymi. Sąd dał wiarę w całości zeznaniom świadka R. G., gdyż w całości korespondowały z zeznaniami M. S.. Sąd nie znalazł podstaw, aby kwestionować zeznania świadka A. M., gdyż były zgodne z treścią dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy w tym protokołami końcowego odbioru oraz załącznikami do not obciążeniowych.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że postanowieniem z dnia 22 marca 2016r. dopuścił dowód z opinii instytutu naukowego na okoliczność ustalenia:

- czy wady i usterki stwierdzone w protokołach odbioru eksploatacyjnego z dnia 20 grudnia 2013 i 14 lutego 2014r. uniemożliwiają pełne i prawidłowe korzystanie z obiektów budowlanych będących przedmiotem zrealizowanych umów tj. umowy nr (...) z dnia 28 maja 2013r. oraz umowy o numerze (...) z dnia 28 sierpnia 2013r. ; jeżeli tak to jakie są ograniczenia z tego wynikające,
- czy stwierdzone wady uniemożliwiały prowadzenie ruchu pociągów z prędkością 120km/h,
- czy tzw. jednorazowa „naprawa” nowo ułożonych torów i rozjazdów (podbicie stabilizacyjne) z uwagi na wymagania, specyfikę i charakter mogła być wykonana w okresie realizacji robót zasadniczych przedmiotu umowy i czy wykonanie tzw. jednorazowej „naprawy” nowo ułożonych torów i rozjazdów (podbicie stabilizacyjne) po oddaniu torów do eksploatacji było zgodne z zasadami sztuki oraz obowiązującymi przepisami i normami w tym instrukcjami kolejowymi.

Sporządzenie opinii zostało powierzone Instytutowi (...). W dniu 12 kwietnia 2017r. Instytut złożył wydaną w sprawie opinię, którą uzupełnił ustnymi wyjaśnieniami przedstawicieli Instytutu złożonymi na rozprawie w dniu 11 lipca 2017r. Sąd uznał, że opinia ta odpowiada na wszystkie wskazane w tezie dowodowej pytania i nie znalazł podstaw do kwestionowania opinii sporządzonej przez osoby posiadające wiadomości specjalne oraz wieloletnie doświadczenie zawodowe, co było niezbędne do prawidłowej oceny wykonanych przez powoda prac. Opinia jest spójna, logiczna i konsekwentna. Ponadto przedstawiciele Instytutu w sposób stanowczy i szczegółowy odnieśli się, w ustnych zeznaniach, do poniesionych przez powoda zarzutów. Wobec powyższego Sąd uznał opinię tę za w pełni wiarygodną i jako taka stanowiła ona podstawę ustalenia stanu faktycznego sprawy. Ponadto mając na uwadze, że w sporządzonej na zlecenie Sądu opinii przedstawiciele Instytutu w sposób kompleksowy odpowiedzieli na zadane im przez Sąd pytania, postanowieniem z dnia 24 sierpnia 2017r. Sąd oddalił wniosek powoda o przeprowadzenie dowodu z dodatkowej opinii instytutu naukowego lub zespołu biegłych z zakresu kolejnictwa i dróg żelaznych. Sąd podkreślił, że wydana w sprawie opinia została sporządzona przez instytut naukowy. Opinia instytutu naukowego jest odmianą dowodu z biegłych, opracowana jest zespołowo i wyraża stanowisko nie poszczególnych osób - chociaż powinny być one wskazane w opinii zgodnie z art. 290 § 2 k.p.c. - lecz instytutu jako takiego. Opinia taka jako powstała kolegialnie w instytucie naukowym korzysta z autorytetu naukowego tego instytutu i dlatego ma wyższą rangę w stosunku do dowodu z opinii biegłego (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2008r. III CSK 98/08). Sąd zaś ma obowiązek dopuszczenia dowodu z dalszej opinii wyłącznie, gdy zachodzi taka potrzeba, a więc wtedy gdy opinia, którą dysponuje zawiera istotne luki, nie odpowiada na postawione tezy dowodowe, jest niejasna, czyli nienależycie uzasadniona lub nieweryfikowalna (vide: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009r. III CSK 7/09), co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Ponadto Sąd oddalił również zgłoszone w piśmie procesowym z dnia 26 maja 2017r. przez powoda wnioski o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków L. K. i P. S. uznając je za spóźnione.

W tak ustalonym stanie faktycznym i po ocenie dowodów przeprowadzonych w sprawie Sąd pierwszej instancji uznał, że powództwo w części tj. co do kwoty 145.102,24 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 6 lipca 2014r. zasługiwało na uwzględnienie.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że w przedmiotowej sprawie powód dochodził zapłaty wynagrodzenia za wykonane na rzecz pozwanego roboty. Wynagrodzenie to wynikało z dwóch łączących strony umów i objęte było fakturami VAT nr (...). W odpowiedzi na pozew pozwany podniósł zarzut potrącenia wierzytelności powoda dochodzonych w przedmiotowym procesie z przysługującymi mu względem powoda wierzytelnościami z tytułu kar umownych z tytułu niewykonania przedmiotu umów w terminie, wydłużenia zamknięć torów oraz strat eksploatacyjnych.

Sąd pierwszej instancji wskazał, że zgodnie z art. 498 § 1 k.c. gdy dwie osoby są względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelnością drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczonej tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są

wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub innym organem państwowym. Pozwany składając oświadczenie o potrąceniu z własnymi wierzytelnościami przysługujących powodowi wierzytelności z tytułu niezapłaconej należności z faktury VAT nr (...) przyznał de facto, że wierzytelności powoda istnieją i są wymagalne, a na skutek złożenia oświadczenia o potrąceniu następuje ich zaspokojenie poprzez umorzenie z wierzytelnościami pozwanego. Powyższy pogląd znajduje potwierdzenie w stanowisku wyrażonym przez Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 9 czerwca 2005r., wydanym w sprawie I ACa 171/05, w którym wskazano, że podjęta przez pozwanych obrona w drodze zarzutu potrącenia prowadzić musi do stwierdzenia, że strona pozwana w istocie rzeczy potwierdza w ten sposób fakt swego zadłużenia wobec powódki, ponieważ podstawową przesłanką ustawowego potrącenia z art. 498 § 1 k.c. jest wzajemność wierzytelności, która wymaga, by potrącający (tu strona pozwana) był równocześnie dłużnikiem oraz wierzycielem swego wierzyciela; nie ma bowiem podstaw do przyjęcia zasadności tego zarzutu, gdy składający oświadczenie o potrąceniu nie jest wierzycielem lub dłużnikiem osoby, wobec której składa takie oświadczenie. Sąd uznał więc, że powodowi przysługiwały, co do zasady, wierzytelności z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace udokumentowane fakturami VAT nr (...).

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że ponieważ pozwany złożył oświadczenie o potrąceniu z wierzytelnościami powoda własnych wierzytelności z tytułu nałożonych na powoda kar umownych koniecznym stało się więc zbadanie, czy oświadczenie to zostało skutecznie złożone, gdyż dokonanie takich ustaleń warunkowało rozstrzygnięcie o zasadności powództwa w tym zakresie (art. 498 § 2 k.c.). Dokonując wykładni art. 498 § 1 k.c. Sąd stwierdził, że dla ustalenia, iż doszło do skutecznego złożenia oświadczenia o potrąceniu, a co za tym idzie umorzenia obu przedstawionych do potrącenia wierzytelności, konieczne jest stwierdzenie, że:

- a) istniały wzajemne wierzytelności, które objęte zostały oświadczeniem o potrąceniu,
- b) przedmiotem obu wierzytelności były pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku,
- c) obie wierzytelności były wymagalne w momencie składania oświadczenia o potrąceniu i mogły być dochodzone przed sądem.

Dla skuteczności potrącenia konieczne jest przy tym wystąpienie łącznie wszystkich opisanych wyżej przesłanek. W treści pozwu powód zakwestionował spełnienie pierwszej ze wskazanych przesłanek skuteczności potrącenia. Powód stał na stanowisku, że pozwany nie posiadał wobec niego wzajemnych wierzytelności, gdyż nie nastąpiły przesłanki warunkujące obciążenie powoda karami umownymi. Sąd podkreślił, że pozwany obciążył powoda z tytułu obu łączących umów karami umownymi w oparciu o następujące podstawy:

- 1) z tytułu niewykonania przedmiotu umowy w terminie - zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 umowy nr (...) oraz § 6 ust. 3 pkt 1 umowy nr (...) zamawiający (powód) mógł naliczyć kary umowne w wysokości 0,02% ceny za wykonanie przedmiotu umowy (brutto) lub jej części tj. niewykonanego zakresu prac i/lub robót stanowiącego całość konstrukcyjną lub technologiczną za każdy dzień zwłoki w ukończeniu prac i lub robót po upływie terminu umówionego;
- 2) z tytułu wydłużenia zamknięć torowych - zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 4 umowy nr (...) zamawiający mógł naliczyć kary umowne w wysokości 1.000 zł za każdą dodatkową godzinę zamknięć torowych, uzyskanych przez wykonawcę dla realizacji prac po umówionym terminie ich zakończenia, stosownie zaś do § 6 ust. 3 pkt 4 umowy nr (...) zamawiający mógł naliczyć kary pieniężne w wysokości 250 zł za każdą dodatkową godzinę zamknięć torowych, uzyskanych przez wykonawcę dla realizacji robót po umówionym terminie ich zakończenia;
- 3) z tytułu strat eksploatacyjnych - zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 6 umowy nr (...) oraz § 6 ust. 2 pkt 6 umowy nr (...) zamawiający mógł obciążyć wykonawcę dodatkowymi kosztami poniesionymi przez zamawiającego, bądź odszkodowań wypłaconych przez zamawiającego przewoźnikom kolejowym i innym osobom trzecim, jeżeli konieczność poniesienia kosztów nastąpiła z winy wykonawcy m.in. mogącymi powstać z powodu konieczności zarządzania zmian w rozkładzie jazdy, innych niż uzgodnione uprzednio z zamawiającym.



Z tytułu niewykonania przedmiotu umów pozwany obciążył powoda następującymi karami umownymi ujętymi w notach obciążeniowych, które następnie przedstawił do potrącenia z wierzytelnościami powoda dochodzonymi w niniejszym postępowaniu:

- nr (...) wystawioną na kwotę 66.168,50 zł,
- nr (...) wystawioną na kwotę 29.892,64 zł,
- nr (...) wystawioną na kwotę 55.287,84 zł,
- nr (...) wystawioną na kwotę 75.617,54 zł.

Łącznie zatem w wysokości 226.966,52 zł.

W przypadku umowy z dnia 28 maja 2013r. pozwany obciążył powoda karami umownymi za niewykonanie przedmiotu umowy za okres od dnia 5 grudnia 2013r. do dnia 14 maja 2014r., zaś co do umowy z dnia 28 sierpnia 2013r. za okres od dnia 6 grudnia 2013r. do 14 maja 2014r. Przedmiot pierwszej z umów miał być wykonany do dnia 5 grudnia 2013r., zaś drugiej do dnia 6 grudnia 2013r. W toku procesu powód podnosił, że przedmiot umowy z dnia 28 maja 2013r. wykonał w dniu 20 grudnia 2013r., zaś drugiej z umów w dniu 14 lutego 2014r. Po wyżej wskazanych terminach powód miał zaś prowadzić jedynie prace mające na celu usunięcie stwierdzonych w czasie odbioru usterek. Okolicznościom tym konsekwentnie przeczył pozwany, który stał na stanowisku, że przedmiot obu umów powód ukończył dopiero w dniu 14 maja 2014 r. Przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, że w datach podnoszonych przez powoda jako zakończenie wykonywania prac, strony podpisały wyłącznie protokoły częściowego odbioru i przekazania do eksploatacji. Dopiero zaś w maju 2014r. strony spisały protokoły odbiorów końcowych przedmiotu każdej z łączących je umów. To na powódzie ciążył obowiązek wykazania, że przedmiot umów z dnia 28 maja 2013r. i 28 sierpnia 2013r. powód wykonał wcześniej niż wynika to z protokołów odbioru końcowego oraz, że pozwany wcześniej bezpodstawnie odmawiał dokonania odbioru końcowego. Sąd uznał, że z powyższego obowiązku powód nie zdołał się wywiązać. Przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, że całość prac powód ukończył w dniu 14 maja 2014r. Sąd nie podzielił stanowiska powoda, że o ukończeniu robót w terminach wskazywanych przez powoda świadczą protokół nr (...) z dnia 20 grudnia 2013r. i protokół nr (...) z dnia 14 lutego 2014r. Z treści tych protokołów wynika bowiem, że stanowiły one protokoły odbioru częściowego i przekazania do eksploatacji. Nie ulegało zaś wątpliwości, że w treści umowy stron ustalono, że zakończenie całości przedmiotu umowy strony potwierdzić miały spisując protokół końcowy odbioru robót. Nadto przeprowadzony dowód z opinii Instytutu, uzupełniony ustnymi zeznaniami osób sporządzających tę opinię w imieniu Instytutu potwierdził, że wymienione w protokołach usterki nie pozwalają przyjąć, że na dzień ich podpisania powód wykonał w całości zleczone mu roboty. Z opinii Instytutu, co zostało potwierdzone przez przedstawicieli Instytutu w ustnych zeznaniach, opisane w protokołach z dnia 20 grudnia 2013r. i 14 lutego 2014r. wady i usterki nie pozwalają przyjąć, że przedmiot prac powoda został przez niego w tych dniach zakończony, gdyż ich charakter uniemożliwiał w pełni korzystanie z oddawanych do eksploatacji torów, a ponadto zagrażał bezpieczeństwu korzystania z nich przez ich użytkowników. W ocenie Sądu o wykonaniu prac nie może świadczyć dopuszczenie toru do eksploatacji, gdyż jak wynika z opinii stwierdzone w protokołach usterki nie pozwalały na użytkowanie toru bez ograniczeń w szczególności korzystające z niego pociągi nie mogły poruszać się z prędkością 120 km/h. Ponadto w treści umowy stron uwzględniono, że wykonywanie zobowiązania miało odbywać się przy ruchu pociągów, stąd brak podstaw by przyjąć, że samo oddanie toru do eksploatacji stanowiło wykonanie zobowiązania. Zdaniem Sądu nie sposób przyjąć, aby wskazywane przez powoda protokoły stanowiły protokoły odbioru końcowego mając na uwadze, że w terminach późniejszych strony podpisywały kolejne protokoły odbioru częściowego, a w ostateczności podpisały protokoły odbioru końcowego. Mając na uwadze, że strony są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą na dużą skalę nie sposób przyjąć, aby dokonując odbiorów końcowych nie wskazały tego w sposób jednoznaczny. Stąd Sąd uznał, że powód ukończył przedmiot robót dopiero w dniu podpisania przez strony końcowych protokołów odbioru robót.

Sąd pierwszej instancji wskazał, że powód w toku procesu zarzucił, że wady podnoszone przez przedstawicieli Instytutu miały niewielki zakres, zaś ci traktowali je jako wady o dużym zakresie. W protokołach wady te były określone bardzo enigmatycznie i obecnie, gdy zostały już one usunięte, nie sposób ustalić jaki był ich zakres. To na powódzie spoczywał obowiązek wykazania ukończenia prac przed dniem podpisania protokołów końcowych. Konkludując Sąd w oparciu o zgromadzony w aktach sprawy materiał dowodowy uznał brak podstaw do przyjęcia, że powód ukończył prace w powoływanych przez siebie terminach. Stąd Sąd ustalił, że ukończył je w chwili przyznanej przez pozwanego tj. 14 maja 2014r. Pozwany zatem za okres opóźnienia mógł naliczać karę umowną. W konsekwencji powyższego, w oparciu o wskazane wyżej postanowienia umów, przysługiwało pozwanemu uprawnienie do obciążenia powoda karą umowną za opóźnienie w ukończeniu przedmiotu umowy.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że w pozwie powód zakwestionował wysokość dokonanego przez pozwanego obciążenia z omawianego tytułu wskazując, że miało być ono dokonane w wysokości 0,02% wartości prac niezrealizowanych, zaś pozwany dokonał go w stosunku do wartości prac jeszcze nie zafakturowanych, co - zdaniem powoda - było niezasadne. Pozwany nie miał możliwości w inny sposób obliczyć wartość zrealizowanych już prac. Zdaniem Sądu zarzuty powoda w tym zakresie nie zasługiwały na uwzględnienie również z uwagi na ich ogólny charakter. W szczególności powód nie wskazał wartości prac na podstawie których - w jego ocenie - pozwany obliczać winien wysokość kar umownych. Powód ograniczył się w tym zakresie jedynie do ogólnikowego twierdzenia.

W zakresie obciążenia karą umowną za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy powód podniósł zarzut miarkowania tej kary twierdząc, że jest ona rażąco wysoka, a nadto, że wykonał znaczny zakres robót. W ocenie Sądu powyższe zarzuty nie mogły zostać uwzględnione. Sąd uznał, że kara umowna w wysokości 0,02% ceny niezrealizowanych prac nie może zostać uznana za rażąco wysoką. Kwota jaką pozwany obciążył powoda stanowi niewielką część w porównaniu do wartości wynagrodzenia powoda, które otrzymał on w związku z wykonaniem każdej z umów. O miarkowaniu kar umownych nie może również stanowić wykonanie przez powoda znacznego zakresu robót w terminie, gdyż ustalony przez strony sposób wyliczenia uwzględniał już zakres wykonanych prac.

Sąd pierwszej instancji za zasadne uznał również obciążenie powoda karami umownymi z tytułu wydłużonych zamknięć torów. Bezsprzeczne w toku sprawy pozostawało, że w okresach za które pozwany obciążył powoda karami umownymi nastąpiły zamknięcia torów, które nie były ustalone w uzgodnionych przez strony harmonogramach zamknięć. Powyższych okoliczności powód nie zakwestionował. Ponadto dokonane przez pozwanego obciążenia z tego tytułu dotyczyły okresów po wykonaniu umowy. Powód wskazywał, że uzgodniony harmonogram zamknięć torów obejmował również czas przed podpisaniem umowy, co miało wpłynąć na niewykonanie robót w terminie. Powód nie tylko nie wykazał, ale też nie podnosił twierdzeń, że między stronami doszło do porozumienia, które miałoby przedłużyć czas wykonania umowy o okres uwzględniony w harmonogramie, a który upłynął do czasu podpisania umowy. W ocenie Sądu nadto nie sposób było również uznać, że pozwany bezzasadnie obciążył powoda karami umownymi za zamknięcia torów niezbędne do przeprowadzenia tzw. jednorazowej naprawy torów. Powód nie wykazał bowiem w jakiej technologii miało być wykonane podbicie stabilizacyjne. Z opinii zaś Instytutu wynika, że istniała możliwość zastosowania dynamicznego stabilizatora toru nawierzchni kolejowej tj. maszyn typu (...), które umożliwiłyby zagęszczenie ułożonego tłucznia oraz uzyskanie obciążeń dynamicznych i stabilizacji bez wcześniejszego obciążenia toru wskazywanym przez powoda obciążeniem, które miało zostać uzyskane przez eksploatację toru. Zdaniem Sądu strony jako podmioty profesjonalnie prowadzące działalność gospodarczą na dużą skalę, które przy zawieraniu umowy z pewnością korzystały z pomocy prawników, podejmując uzgodnienia, że w okresie po wykonaniu umowy miały być dokonane kolejne zamknięcia torów, za które pozwany nie miał obciążać powoda karami umownymi, z pewnością takie zapisy uwzględniłyby w treści umowy, bądź też w harmonogramie zamknięcia torów. Przeprowadzone postępowanie dowodowe nie wykazało, aby w tym przedmiocie strony poczyniły jakiegokolwiek ustalenia. Z tego tytułu pozwany obciążył powoda karami umownymi ujętymi w następujących notach obciążeniowych:

- nr (...) na kwotę 355.000 zł,

- nr (...) na kwotę 414.920 zł,
- nr (...) na kwotę 100.500 zł,
- nr (...) na kwotę 260.312,50 zł.

Łącznie zatem w kwocie 1.130.732,50 zł. W ocenie Sądu co do omawianej kary również nie wystąpiły przesłanki do jej miarkowania.

Sąd pierwszej instancji podkreślił, że ponadto pozwany obciążył powoda karami umownymi za tzw. straty eksploatacyjne. Zdaniem Sądu pozwany tej okoliczności nie wykazał. Stąd Sąd uznał, że pozwany nie wykazał istnienia wierzytelności objętych następującymi notami obciążeniowymi:

- nr (...) wystawionej na kwotę 73.446,94 zł,
- nr (...) wystawionej na kwotę 62.313,30 zł,
- nr (...) wystawionej na kwotę 3.382,26 zł,
- nr (...) wystawionej na kwotę 5.959,74 zł.

Łącznie zatem w kwocie 145.102,24 zł. W konsekwencji Sąd uznał, że pozwanemu przysługiwały w stosunku do powoda wierzytelności w łącznie w kwocie 1.357.699,02 zł. Zarówno przedmiotem wierzytelności powoda jak i pozwanego były pieniądze. Na podstawie dat wystawienia not obciążeniowych przez pozwanego oraz wskazanych w nich terminach płatności Sąd stwierdził, że wierzytelności te mogły zostać potrącone, gdyż w chwili złożenia oświadczenia o potrąceniu, co najmniej wierzytelności pozwanego były wymagalne. Sąd podzielił pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 października 2005r. III CK 90/05, że chociaż z treści art. 498 k.c. można by wnosić, że przesłankę wymagalności odnosi się do obu wierzytelności, to powszechnie przyjmuje się, że tylko wierzytelność potrącającego, czyli strony aktywnej, powinna być wymagalna; ograniczenie warunku wymagalności tylko do wierzytelności strony aktywnej znajduje uzasadnienie w samej konstrukcji potrącenia, potrącenie jest bowiem równoznaczne z przymusowym zaspokojeniem wierzytelności przysługującej osobie, która składa oświadczenie woli, a egzekucja wierzytelności niewymagalnej nie może być prowadzona; dokonując potrącenia strona płaci równocześnie swój dług, a skoro według art. 457 k.c. termin spełnienia świadczenia w razie wątpliwości poczytuje się za zastrzeżony na korzyść dłużnika, to co do zasady nie ma przeszkód, by zobowiązany spłacił dług przed terminem, dlatego potrącenie z wierzytelnością jeszcze niewymagalną jest dopuszczalne, wystarczy by wobec potrącającego istniała oraz by świadczenie mogło być spełnione przy czym dłużnik nie może sprzeciwić się ściąganiu wymagalnego długu powołując się na to, że jego wierzytelność wzajemna wobec wierzyciela egzekwującego jest jeszcze niewymagalna. Wątpliwości Sądu nie budziła forma złożonych oświadczeń o potrąceniu. Bezspornym było, że pismami z dnia 15 stycznia 2014r. pozwany złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z not obciążeniowych nr (...) i (...) z należnościami z innych (wcześniejszych) faktur. W pismach tych wskazał, że skutek potrącenia miał nastąpić dopiero na dzień 7 lutego 2014r., zaś przed tym terminem uiszczył w całości należności, które zamierzał potrącić z wierzytelnościami z opisanych wyżej not. Sąd uznał więc, że do potrącenia tych należności nie doszło w dniu 15 stycznia 2014r., a dopiero w toku procesu w oparciu o pismo pozwanego z dnia 29 kwietnia 2016r. W piśmie z dnia 30 sierpnia 2017r. powód podniósł zarzut co do uprawnienia osób składających podpisy na oświadczeniu o potrąceniu. Sąd zarzut ten uznał za spóźniony, gdyż został podniesiony po zamknięciu rozprawy. Mając powyższe na uwadze Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 145.102,24 zł. W punkcie 2 wyroku Sąd oddalił powództwo w pozostałym zakresie.

Sąd pierwszej instancji o kosztach procesu orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. rozdzielając je między stronami stosunkowo. Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 145.102,24 zł z dochodzonej przez powoda kwoty 1.477.971,62 zł. Powód wygrał więc proces w 9,8% i w takim zakresie pozwany winien zwrócić mu poniesione przez niego koszty procesu. Z kolei powód winien zwrócić pozwanemu 90,2% kosztów poniesionych przez stronę pozwaną. Na poniesione przez powoda koszty procesu składały się: kwota 73.899 zł tytułem opłaty od pozwu, 7.200 zł tytułem

kosztów zastępstwa procesowego, 17 zł tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, kwota 480,42 zł tytułem zwrotu kosztów stawiennictwa świadka L. K. oraz kwota 19.500 zł tytułem kosztów związanych z przeprowadzeniem dowodu z opinii Instytutu naukowego. Łącznie suma poniesionych przez powoda kosztów wyniosła 101.096,42 zł z czego pozwany winien zwrócić mu 9,8%, czyli 9.907,45 zł. Z kolei koszty poniesione przez pozwanego ograniczały się do kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 7.200 zł oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł. Łącznie suma kosztów poniesionych przez pozwanego wyniosła zatem 7.217 zł z czego powód winien zwrócić mu 90,2%, czyli 6.509,73 zł. Wysokość kosztów zastępstwa procesowego Sąd ustalił w oparciu o § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. 2013 poz. 461). Po dokonaniu kompensaty obu podlegających zwrotowi kwot Sąd otrzymał kwotę 3.397,72 zł, którą zasądził od pozwanego na rzecz powoda tytułem zwrotu kosztów procesu (9.907,45 zł – 6.509,73 zł = 6.509,73 zł).

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód zaskarżając wyrok w części w zakresie w jakim Sąd pierwszej instancji oddalił powództwo oraz rozstrzygnięcie o kosztach procesu. Powód wniósł o zmianę wyroku w zaskarżonej części poprzez uwzględnienie powództwa także co do kwoty 1.332.869,38 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 6 lipca 2014r. do dnia 31 grudnia 2015r. oraz ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego za postępowanie w obu instancjach według norm przepisanych.

Pozwany w odpowiedzi na apelację wniósł o oddalenie apelacji powoda i zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych w potrójnej wysokości.

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

Apelacja powoda w części zasługiwała na uwzględnienie.

Pozwany w piśmie procesowym opatrzonym datą 24 marca 2016r., które wpłynęło do sądu w dniu 30 maja 2016r. zgłosił zarzut potrącenia kwoty 576.956,34 zł wynikającej z oświadczenia o potrąceniu wierzytelności z dnia 29 kwietnia 2016r. dołączonego do tego pisma (vide: k. 775 akt). Pozwany w tym oświadczeniu o potrąceniu oświadczył, że dokonał potrącenia wierzytelności w łącznej kwocie 576.956,34 zł z wierzytelnościami powoda objętymi niniejszym pozwem. Na kwotę 576.956,34 zł składa się kwota 421.168,50 zł wynikająca z noty księgowej nr (...) z dnia 8 stycznia 2014r. z tytułu naliczonych kar umownych i kwota 155.787,84 zł wynikająca z noty obciążeniowej nr (...) z dnia 8 stycznia 2014r. z tytułu odszkodowania za wydłużenie zamknięć torowych w okresie od 7 grudnia 2013r. do dnia 23 grudnia 2013r. oraz kar umownych za niewykonanie przedmiotu umowy w terminie.

Jednocześnie w tym oświadczeniu o potrąceniu z dnia 29 kwietnia 2016r. pozwany wskazał, że bezprzedmiotowe są potrącenia dokonane oświadczeniami z dnia 15 stycznia 2014r. na kwoty 421.168,50 zł i 155.787,84 zł, gdyż pozwany pomimo złożonych oświadczeń o potrąceniu zapłacił na rzecz powoda należność wynikającą z faktury VAT nr (...) z dnia 30 grudnia 2013r. tj kwotę 10.904.224,02 zł brutto oraz należność wynikającą z faktury VAT nr (...) z dnia 30 grudnia 2013r. tj. kwotę 8.869.676,73 zł brutto.

Rozważyć więc należało czy pozwany mógł złożyć oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w dniu 29 kwietnia 2016r. w sytuacji, gdy wcześniej, bo 15 stycznia 2014r. złożył już oświadczenia o potrąceniu wierzytelności, których dotyczy oświadczenie o potrąceniu z dnia 29 kwietnia 2016r., a następnie zapłacił na rzecz powoda należności objęte oświadczeniem z dnia 15 stycznia 2014r. W piśmie z dnia 15 stycznia 2014r. pozwany „...oświadcza, że na podstawie art. 498 k.c. dokonamy na dzień 07.02.2014r. potrącenia wzajemnych wierzytelności w kwocie 421.168,50 zł...” (vide: k. 260 akt). Z kolei w oświadczeniu o potrąceniu z tej samej daty tj. z 15 stycznia 2014r. pozwany oświadczył, że dokona na dzień 7 lutego 2014r. potrącenia wzajemnych wierzytelności w kwocie 155.787,84 zł (vide: k. 262 akt). Zdaniem Sądu powyższe oświadczenia z dnia 15 stycznia 2014r. nie spełniają wymogu oświadczenia z art. 499 k.c. i art. 498 § 1 k.c., gdyż nie są bezwarunkowe. Pozwany oświadczył, że dokona potrącenia, nie oświadczył zaś, że potrąca czy dokonuje potrącenia. Zdaniem Sądu z uwagi na brak bezwarunkowości oświadczeń tych nie można więc uznać za

oświadczenia o potrąceniu w rozumieniu art. 499 k.c. Konsekwencją uznania powyższego jest przyjęcie, że pozwany mógł w dniu 29 kwietnia 2016r. złożyć oświadczenie o potrąceniu wierzytelności.

Powód przed wydaniem wyroku przez Sąd pierwszej instancji jak i w apelacji zarzucił, że oświadczenie o potrąceniu z dnia 29 kwietnia 2016r. nie podpisały osoby uprawnione w imieniu pozwanego do składania oświadczeń woli. Pozwany w odpowiedzi na apelację merytorycznie nie ustosunkował się do tego zarzutu dzieląc pogląd Sądu pierwszej instancji, że zarzut ten był spóźniony. Do tego pisma procesowego pozwany nie załączył też odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego Rejestru Przedsiębiorców aktualnego na dzień 29 kwietnia 2016r. z którego wynikałoby kto w tej dacie był upoważniony do składania oświadczeń woli w imieniu pozwanego. Oświadczenie o potrąceniu z dnia 29 kwietnia 2016r. zostało podpisane przez P. N. oraz Ł. J. (vide: k. 779 akt). Ze złożonego do akt sprawy odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego z Rejestru Przedsiębiorców dotyczącego pozwanej Spółki, ale aktualnego na dzień 10 kwietnia 2015r., wynika, że do składania oświadczeń woli w imieniu Spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo członka zarządu z prokurentem (vide: k. 60 akt) przy czym w rubryce „prokurenci” brak jest wpisów (vide: k. 62 akt). Z dostępnego Sądowi na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego z Rejestru Przedsiębiorców dotyczącego pozwanej Spółki, aktualnego na dzień 26 czerwca 2018r., wynika, że postanowienie dotyczące sposobu reprezentacji nie zostało zmienione i nadal w rubryce „prokurenci” brak jest wpisów, zaś P. N. i Ł. J. nie są członkami Zarządu. Z uwagi na brak prokurentów w pozwanej Spółce oświadczenie o potrąceniu z dnia 29 kwietnia 2016r. powinni byli podpisać dwaj członkowie Zarządu pozwanej. Na dzień 10 kwietnia 2015r. jak i 26 czerwca 2018r. zarówno P. N. jak i Ł. J. nie byli członkami w zarządzie pozwanego, żaden z nich nie pełnił także funkcji Prezesa. Pozwany w odpowiedzi na apelację nie wykazał, że na dzień 29 kwietnia 2016r. należeli oni do członków zarządu pozwanej Spółki. Tej treści twierdzeń nie zaprezentowano w odpowiedzi na apelację. Ponieważ pozwany w odpowiedzi na apelację nie przedstawił odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego dotyczącego pozwanego na dzień 29 kwietnia 2016r. Sąd podzielił zarzut powoda, że nie zostało wykazane, że osoby, które podpisały w imieniu pozwanego oświadczenie o potrąceniu z dnia 29 kwietnia 2016r. były upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu pozwanej Spółki. Zdaniem Sądu zarzut podpisania oświadczenia o potrąceniu ma charakter materialny i rzeczą pozwanego, nawet w odpowiedzi na apelację, było się do niego merytorycznie ustosunkować. W konsekwencji uznać należy, że oświadczenie z dnia 29 kwietnia 2016r. nie mogło wywołać skutku w postaci potrącenia. Skutkiem uznania powyższego była na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmiana zaskarżonego wyroku w pkt 2 i dodatkowo zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 576.956,34 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 6 lipca 2014r., gdyż poza zarzutem potrącenia pozwany nie zgłosił innych zarzutów dotyczących należności w kwocie 576.956,34 zł. Zmiana zaskarżonego wyroku skutkowałą zmianą postanowienia o kosztach procesu zawartego w pkt 3 wyroku. Powód wygrał sprawę w 48,85 %, a więc prawie w 50 % przy czym jego koszty wyniosły 101.096,42 zł. Koszty pozwanego to 7.217 zł. W wyniku stosunkowego rozdzielenia kosztów zasądzone od pozwanego na rzecz powoda kwotę 46.939,50 zł tytułem zwrotu kosztów. Ustalenia dokonane przez Sąd pierwszej instancji, jako znajdujące uzasadnienie w materiale zgromadzonym w aktach sprawy, Sąd Apelacyjny uznaje za własne. Wnioski z nich płynące aprobeje z wyłączeniem tego, że oświadczenie z dnia 29 kwietnia 2016r. było skuteczne i na skutek tegoż oświadczenia doszło do potrącenia wierzytelności w wysokości 576.956,34 zł. Sąd nie akceptuje również stanowiska Sądu pierwszej instancji, że spóźnionym był zarzut zgłoszony przez powoda dotyczący nie podpisania oświadczenia o potrąceniu z dnia 29 kwietnia 2016r. przez osoby upoważnione do składania oświadczeń w imieniu pozwanej.

Nie były trafne zarzuty powoda przytoczone w apelacji dotyczące skuteczności oświadczenia z dnia 15 stycznia 2014r. wraz z nadejściem (pierwszą chwilą) dnia 7 lutego 2014r., a więc jeszcze przed uiszczeniem przez pozwanego na rzecz powoda należności, których to oświadczenie dotyczyło, gdyż zgodnie z art. 111 § 1 k.c. termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia.

W pozostałym zakresie apelacja powoda nie zasługiwała na uwzględnienie i stosownie do art. 385 k.p.c. podlegała oddaleniu.

Zasadnie Sąd pierwszej instancji uznał, że umowy nie zostały przez powoda wykonane w terminach ustalonych w umowach. Powód w uzasadnieniu do pozwu podniósł, że z pisma pozwanego jak chodzi o realizację umowy N. wynika, że w grudniu 2013r. stopień realizacji umowy wynosił 85%, zaś jak chodzi o umowę C. 88 % (vide: str. 25 pozwu

- pkt 40, k. 27 akt). Powód zarzucając, że roboty wykonane zostały w znacznej części jednocześnie przyznał, że nie zostały one wykonane w całości w terminach ustalonych w umowach. Powód w piśmie adresowanym do pozwanego z dnia 17 stycznia 2014r. wskazał, że w dniu 29 listopada 2013r. zwrócił się do pozwanego o przedłużenie realizacji umowy do dnia 15 kwietnia 2014r. (vide: k. 214 akt). Do akt sprawy nie zostało złożone w/w pismo powoda z dnia 29 listopada 2013r., nie są więc znane Sądowi przyczyny w nim podane mające uzasadniać przedłużenie terminu realizacji umowy do dnia 15 kwietnia 2014r. Pozwany w piśmie z dnia 8 kwietnia 2014r. wskazał jakie roboty nie zostały jeszcze wykonane przez powoda (vide: k. 683 akt). Powód w piśmie skierowanym do pozwanego z dnia 30 kwietnia 2014r. poinformował, że z dniem 30 kwietnia 2014r. w związku z zakończeniem całości robót zgłasza do odbioru końcowego roboty budowlane będące przedmiotem dwóch umów łączących strony (vide: k. 671 akt). Z pisma tego wynika więc, że sam powód uważał, iż w dniu 30 kwietnia 2014r. dokonał zgłoszenia robót do odbioru końcowego. Zresztą w dziennikach budów pod datą 30 kwietnia 2014r. odnotowano zgłoszenie do odbioru końcowego, odnotowano odbiór końcowy w dniu 9 maja 2014r. (vide: k. 679 akt) oraz w dniu 14 maja 2014r. (vide: k. 675 akt). Powód w apelacji nie kwestionuje ustaleń Sądu pierwszej instancji, że z dniem 30 kwietnia 2014r. powód zakończył całość robót wykonywanych na podstawie powyższych umów i zgłosił prace do odbioru końcowego, a także wniosku Sądu pierwszej instancji, że pozwany za okres opóźnienia mógł naliczać karę umowną.

Podkreślić należy, że to powód w piśmie procesowym z dnia 17 października 2016r. zobowiązany przez Sąd pierwszej instancji do podania instytutu, który mógłby sporządzić opinię w niniejszej sprawie, wskazał (...) (...) (vide: k. 838-839 akt). Opinię w sprawie wydała (...) W., a więc Instytut, do którego to powód proponował Sądowi zwrócenie się o sporządzenie opinii. Zarzuty powoda dotyczące opinii sprowadzają się w istocie do kwestionowania jej z uwagi na brak doświadczenia zawodowego w realizacji projektów kolejowych osób, które ją sporządziły. Powód w apelacji nie podważył kompetencji i umiejętności zawodowych osób, które w imieniu (...) (...) opinię tą sporządziły. Teza powoda, że opinię sporządzić winny osoby mające doświadczenie zawodowe w realizacji projektów kolejowych faktycznie sprowadzałyby się do tego, że opinię miałyby wydać osoby bądź zatrudnione u pozwanego lub u powoda, co oczywiście nie jest możliwe. Okoliczność, że opinia sporządzona przez wskazaną przez powoda jednostkę okazała się dla niego niekorzystna nie świadczy o celowości powołania innego instytutu celem wydania nowej opinii w sprawie, gdyż o dopuszczeniu dowodu z innej opinii nie może przesądzać wyłącznie niezadowolenie strony z opinii już sporządzonej. Powód w apelacji wniósł o rozpoznanie przez Sąd drugiej instancji, w trybie art. 380 k.p.c., postanowienia Sądu Okręgowego z dnia 24 sierpnia 2017r. o oddaleniu wniosku powoda o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dodatkowej opinii Instytutu i dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dodatkowej opinii instytutu naukowego lub zespołu biegłych z zakresu kolejnictwa i dróg żelaznych na okoliczność daty rozpoczęcia eksploatacji robót wykonanych w ramach umów, charakteru wad i usterek stwierdzonych w protokołach eksploatacyjnych, wykonania umowy N. z dniem 20 grudnia 2013r. i umowy C. z dniem 14 lutego 2014r., możliwości wykonania podbicia stabilizacyjnego toru dopiero po oddaniu robót do eksploatacji, prawidłowości wniosków E. i braku podstaw do naliczenia przez zamawiającego kar umownych i innych należności. Jak już to wyżej podkreślono powód w apelacji nie kwestionuje ustaleń Sądu pierwszej instancji, że z dniem 30 kwietnia 2014r. powód zakończył całość robót wykonywanych na podstawie powyższych umów i zgłosił prace do odbioru końcowego. Jeżeli powód w apelacji nie kwestionował ustalonych przez Sąd pierwszej instancji terminów wykonania prac, nie zachodzi jakkolwiek potrzeba dalszego ustalania tej okoliczności i prowadzenia dowodów na tą okoliczność. Data rozpoczęcia eksploatacji robót winna wynikać z materiału zgromadzonego w aktach sprawy, a nie być przedmiotem ustaleń instytutu. Brak podstaw do naliczenia przez zamawiającego kar umownych i innych należności jest to kwestia pozostająca do wyłącznej oceny Sądu, gdyż dotyczy rozważenia zasadności zgłoszonych zarzutów potrącenia, do czego biegły w żaden sposób nie jest uprawniony. Wnioski E. nie wynikają z materiału zgromadzonego w aktach sprawy i w apelacji powód nie wyjaśnił o jakiej treści wnioski tutaj chodzi. Powód załączył do pozwu opinię sporządzoną w lutym 2015r. przez zespół pod kierownictwem P. S. (vide: k. 268 akt), jednakże nie ma ona waloru opinii biegłego w rozumieniu przepisów k.p.c., może być wyłącznie uznana za element twierdzeń powoda. Teza dowodowa dotycząca możliwości wykonania podbicia stabilizacyjnego toru dopiero po oddaniu robót do eksploatacji jest sformułowana nieprawidłowo, gdyż sugeruje odpowiedź jaka miałyby zostać udzielona. Jeżeli już biegły czy instytut winien ustalić kiedy zaistniała możliwość wykonania podbicia stabilizacyjnego, co zostało ustalone w pisemnej opinii sporządzonej przez (...) (...). W niniejszej sprawie kary umowne zostały naliczone za wykonanie robót po upływie terminów ustalonych w umowie, która to

kwestia w apelacji nie jest już kwestionowana. Brak więc jest podstaw, na etapie postępowania apelacyjnego, do prowadzenia dalszych dowodów na te okoliczności. Z kolei jak chodzi o kary umowne naliczone z tytułu wydłużonych zamknięć torowych to powód nie wykazał, że nie zachodziła konieczność dokonania tych zamknięć na torach i w terminach wynikających z pisma pozwanego z dnia 9 sierpnia 2014r. Stąd Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do uwzględnienia wniosku powoda o przeprowadzenie dowodu z dodatkowej opinii instytutu.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego powód w apelacji skutecznie nie podważył oceny opinii dokonanej przez Sąd pierwszej instancji, którą to ocenę Sąd aprobuje. Pozwany w piśmie z dnia 9 sierpnia 2014r. wyliczył kary umowne za wydłużone zamknięcia torowe (vide: k. 180-181 akt) i powód zarówno w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji jak i w apelacji danych wskazanych w tym piśmie nie kwestionował. A w tym piśmie w odniesieniu do każdej z umów podano liczbę godzin zamknięć torowych - 414 godzin 55 minut i 1.041 godzin 15 minut. Rzeczą powoda, zgodnie z art. 6 k.c., było wykazać, że nie istniała konieczność dokonania zamknięć torowych na odcinkach torów i w godzinach podanych w w/w piśmie. Powód tej okoliczności nie wykazał.

Jak chodzi o podbicie stabilizacyjne to Instytut w pisemnej opinii wskazał, że mogło być ono wykonane w okresie realizacji robót zasadniczych przy odpowiednim sposobie zastosowania maszyn typu (...) (vide: str. 15 opinii - k. 886 akt). Powód tej okoliczności w apelacji nie kwestionuje. Przy czym wykonywanie tych podbić w dniu 20 marca 2014r. i w dniach 27 marca 2014r. do 29 marca 2014r. wykluczało możliwość poruszania się pociągów na modernizowanym odcinku z prędkością wyższą niż 100 km/h. Powód nie wykazał, że na modernizowanych odcinkach w w/w okresach pociągi poruszały się z prędkością 120 km/h.

Sąd podziela stanowisko Sądu pierwszej instancji o braku podstaw do miarkowania kary umownej. W umowie z dnia 28 maja 2013r. wynagrodzenie powoda ustalono na 84.372.499,56 zł brutto tj. 68.595.528,10 zł netto (vide: k. 70-71 akt). Z kolei w umowie z dnia 28 sierpnia 2013r. wynagrodzenie powoda zostało ustalone na 23.131.852,63 zł brutto tj. 18.806.384,25 zł netto (vide: k. 94 akt). Z obu tych umów wynagrodzenia brutto powoda miały wynosić 107.504.352,19 zł, zaś netto 87.401.912,35 zł. Sąd uznał zasadność kar umownych do kwoty 755.913,04 zł, co stanowi 7,3% wartości wynagrodzeń brutto. Okoliczność, że pozwany nie poniósł szkody nie jest przesłanką, która miałaby zdecydować o miarkowaniu kary umownej. Mając na względzie zakres umów łączący strony w tym w szczególności wartość robót wykonywanych przez powoda zastrzeżone kary umowne nie można uznać za rażące i niewspółmierne. O wykonaniu zobowiązania w znacznej części, które mogłoby uzasadniać miarkowanie kary umownej można mówić jedynie wówczas, gdy wykonanie to prowadziło do zaspokojenia w znacznym stopniu interesu wierzyciela jaki miał on w należyтым wykonaniu zobowiązania. Sąd podziela stanowisko pozwanego zaprezentowane w uzasadnieniu do odpowiedzi na pozew, że ustalenie znacznego stopnia wykonania zobowiązania nie może się odbywać wyłącznie poprzez określenie procentowo wartości wykonania przedmiotu umowy, ale musi również uwzględniać zdatność przedmiotu umowy do użytku (vide: k. 459 akt) tj. możliwości pełnej i niezakłóconej eksploatacji linii kolejowej, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Koszty postępowania apelacyjnego na podstawie art. 100 k.p.c. zostały stosunkowo rozdzielone między stronami. Powód wygrał postępowanie apelacyjne w 44% przy czym jego koszty wyniosły 74,744 zł (66.644 zł opłata od apelacji i 8.100 zł wynagrodzenie pełnomocnika ustalone stosownie do § 2 pkt 7 w związku z § 10 ustęp 1 punkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. poz. 1800)). Koszty pozwanego to wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 8.100 zł stosownie do § 2 pkt 7 w związku z § 10 ustęp 1 punkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (j.t. Dz. U. 2018.265). Przy przyjęciu, że pozwany wygrał apelację w 56% należało od pozwanego na rzecz powoda zasądzić kwotę 28.351 zł.

SSA Mariola Głowacka SSA Jan Futro SSA Małgorzata Kaźmierczak

--	--	--