

Sygn. akt **I AGa 26/18**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 października 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Bogdan Wysocki /spr./

Sędziowie: SA Małgorzata Kaźmierczak

SA Jacek Nowicki

Protokolant: st. sekr. sądowy Izabela Kyc

po rozpoznaniu w dniu 17 października 2018 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **P. (...) w K.**

przeciwko **Gminie B.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 6 grudnia 2016 r. sygn. akt IX GC 16/15

1. oddała apelację;
2. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 8.100 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;
3. nakazuje ściągnąć od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sąd Apelacyjny w Poznaniu kwotę 3.229,81 zł tytułem brakujących kosztów sądowych.

Małgorzata Kaźmierczak Bogdan Wysocki Jacek Nowicki

Sygn. akt I AGa 26/18

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 12 grudnia 2014 r. **powód P. (...) w K.** wniósł o zasądzenie od **pozwanego Gminy B.** kwoty 207.269,37 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwot i dat wskazanych w pozwie oraz o zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwana domagała się oddalenia powództwa w całości i zasądzenia od powoda kosztów postępowania według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 6 grudnia 2016 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 207.269,37 zł wraz z ustawowymi odsetkami: od kwoty 145.088,55 zł od dnia 16 grudnia 2011 r. do dnia zapłaty; od kwoty 62.180,82 zł od dnia 02 grudnia 2014 r. do dnia zapłaty z tym, że odsetki od dnia 01 stycznia 2016 r. są odsetkami ustawowymi za opóźnienie (pkt I), kosztami postępowania obciążył pozwaną i z tego tytułu zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 17.581 zł (pkt II).

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia i wnioski.

9 kwietnia 2010r. pozwana zawarła z powodem umowę nr (...) na realizację zamówienia publicznego „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości B. oraz budowa rurociągu tłoczego przesyłowego z m. B. oraz m. G.do O. (...) w B.”. Powód jako wykonawca ww. budowy został wyłoniony w drodze przetargu nieograniczonego. Szczegółowy zakres prac powoda został określony w dokumentacji technicznej obejmującej: dokumentację projektową, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych oraz ofertę z dnia 31 grudnia 2009 r. Za wykonanie całości prac powód miał otrzymać wynagrodzenie w wysokości 2.072.693,69 zł brutto (§ 10 pkt 1 umowy).

Do obowiązków pozwanej należało przekazanie powodowi placu budowy wraz z dziennikiem budowy w terminie siedmiu dni od zawarcia umowy oraz zapewnienie nadzoru inwestorskiego i autorskiego inwestycji (§ 1 pkt 3 i 4 umowy).

W § 9 pkt 1 strony potwierdziły, że powód przed zawarciem umowy wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% wynagrodzenia ofertowego, tj. 207.26937 zł w formie bankowej gwarancji należytego wykonania umowy i właściwego usunięcia wad i usterek nr (...) - (...) z dnia 07 kwietnia 2010 r. Ustalono, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostanie zwrócone wykonawcy w następujących terminach:

- 70% wysokości zabezpieczenia – w ciągu 30 dni od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego,
- 30% wysokości zabezpieczenia – w ciągu 15 dni od upływu okresu rękojmi za wady.

Pozwana mogła wstrzymać się ze zwrotem 30 % wysokości zabezpieczenia, w przypadku, kiedy powód nie usunąłby w terminie stwierdzonych w trakcie odbioru wad lub jest w trakcie usuwania tych wad.

Strony zastrzegły dla pozwanej uprawnienie do potrącenia z wynagrodzenia powoda należności z tytułu poniesionej szkody, jeżeli powód wykona prace bez należytej staranności, w sposób wadliwy, niezgodnie z normami i zasadami sztuki budowlanej oraz obowiązującymi przepisami BHP, a także w sprzeczności z dokumentacją techniczną czy umową (§ 6 pkt 3 c umowy).

W § 11 pkt 1 umowy przyznano pozwanej uprawnienie do obciążenia powoda karą umowną, w następujących sytuacjach:

- w przypadku zwłoki w należyтым wykonaniu umowy – kara umowna miała wówczas wynosić 0,5% wartości umowy netto za każdy dzień zwłoki,
- w przypadku zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub ujawnionych w okresie rękojmi – kara umowna miała wówczas wynosić 0,5% wartości umowy netto za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu wyznaczonego wykonawcy terminu usunięcia wad,
- w przypadku odstąpienia przez powoda od wykonania umowy, w całości lub w części z przyczyn, za które pozwana nie odpowiada – kara umowna miała wówczas wynosić 10% wartości umowy netto za każdy dzień zwłoki,
- w przypadku odstąpienia przez pozwaną od wykonania umowy, w całości lub w części z przyczyn, za które odpowiada, w szczególności w związku z nienależyтым wykonywaniem przez powoda objętych umową prac – kara umowna miała wówczas wynosić 10% wartości umowy netto za każdy dzień zwłoki.

Pozwany mogła także dochodzić od powoda odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych (§ 11 pkt. 5 umowy).

W umowie strony nie ustaliły terminu rozpoczęcia prac, natomiast ustaliły termin zakończenia robót na dzień 30 listopada 2010r. (§ 3 pkt. 1 umowy). Powód zobligowany był do powiadomienia zamawiającej – pozwanej o miejscu i terminie odbioru przedmiotu umowy co najmniej na trzy dni przed tym terminem, a pozwana zobowiązana była do dokonania odbioru w ciągu siedmiu kolejnych dni. Umowa nie przewidywała możliwości dokonania przez powoda odbioru jednostronnego.

Do obowiązków powoda należało przekazanie pozwanej wszelkich dokumentów pozwalających na ocenę właściwego wykonania robót, m. in. dokumentacji technicznej z naniesionymi zmianami dokonanymi w toku wykonywania umowy.

W dniu 17 grudnia 2010 r. strony podpisały aneks do ww. umowy, w którym przesunęły termin zakończenia prac na 31 marca 2011 r.

Gwarancja bankowa z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania prac objętych umową do kwoty 207.269,37 zł została ustanowiona na okres od dnia 09 kwietnia 2010 r. do dnia 30 grudnia 2010 r., a z tytułu nieusunięcia lub niewłaściwego usunięcia wad fizycznych lub usterek powstałych w okresie ważności gwarancji do kwoty 62.180,82 zł obowiązywała w okresie od 31 grudnia 2010 r. do 15 stycznia 2014 r. Po wygaśnięciu pierwszej części gwarancji – dotyczącej prawidłowości wykonania prac objętych umową, pozwana nie żądała jej przedłużenia, lecz domagała się, aby kwotą stanowiącą równowartość tej gwarancji powód wpłacił jej na konto. Powód dokonał takiego przelewu w dniu 22 kwietnia 2011 r.

Powód przystąpił do budowy kanalizacji sanitarnej w B. oraz rurociągu tłoczego przesyłowego z B. i z G. do O. w B.. Prace budowlane realizowane były w oparciu o projekt wykonany przez (...) Sp. z o.o. w M. na zlecenie pozwanej, która następnie projekt ten dostarczyła powodowi.

W trakcie prowadzenia prac budowlanych ujawniono liczne błędy w dokumentacji projektowej w zakresie między innymi kolizji przebiegu planowanej kanalizacji i rurociągu z infrastrukturą podziemną i nadziemną oraz w zakresie granic nieruchomości, które objęte były pozwoleniem na budowę. Występowały kolizje z istniejącymi urządzeniami takimi jak: słupy energetyczne, linie (...) oraz z budynkami posadowionymi na sąsiadujących działkach prywatnych w stosunku do projektu, jaki dostarczył inwestor. Każda taka niezgodność była zgłaszana inwestorowi oraz wykonawcy projektu - K. H.. Dokonywał on stosownych poprawek przebiegu kanalizacji i rurociągu w dokumentacji projektowej i dopiero po zatwierdzeniu zmian pracownicy powoda oraz jego podwykonawcy mogli kontynuować prace, uwzględniając dokonane modyfikacje. Takich zdarzeń było kilkanaście i za każdym razem konieczna była zmiana przebiegu trasy rurociągu lub też zmiana głębokości jego posadowienia, której wdrożenie trwało od kilku dni do tygodnia, w zależności od złożoności problemu.

W trakcie prowadzenia robót montażowych kanalizacji grawitacyjnej powód natrafił na grunty gliniaste z wieloma przewarstwieniami oraz wysokim poziomem wód gruntowych, co przy pierwotnym ułożeniu kanału na głębokości 4 metrów uniemożliwiało wykonanie odcinka kanału zgodnie z przyjętą w dokumentacji projektowej technologią. Powód zaproponował rozwiązanie polegające na wykonaniu dodatkowej przepompowni ścieków w miejscu studni S95, budowę ok. 100 mb rurociągu tłoczego na odcinku KS3.1, wypłylenie odcinka kanału KS3 od studni S79 A w kierunku przepompowni KS1. Koszty związane z zaprojektowaniem, podłączeniem przepompowni do sieci energetycznej i wykonaniem przedmiotowej zmiany miał ponieść powód. Pozwana zaakceptowała propozycję powoda i w dniu 23 listopada 2010 r. strony podpisały protokół konieczności. Powód zrealizował prace zgodnie z ww. koncepcją.

Wszystkie zmiany w dokumentacji projektowej były dokonywane i akceptowane przez projektanta. Na początku K. H. kwalifikował te zmiany jako nieistotne, natomiast już po dacie umownego zakończenia robót, pismem z dnia

15 kwietnia 2011 r. zmienił kwalifikację ww. modyfikacji na istotne. Pociągnęło to za sobą konieczność uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę, uwzględniającego wprowadzone w projekcie modyfikacje. W dniu 14 czerwca 2011r. projektant przekazał powodowi dokumentację techniczną inwestycji, pozwalającą na wystąpienie o zmianę pozwolenia na budowę.

Starosta (...) decyzjami nr (...) z dnia 05 kwietnia 2011 r. oraz nr (...) z dnia 30 czerwca 2011 r. zaakceptował zmiany w przebiegu trasy rurociągu oraz budowę przepompowni w miejsce studni.

Dla pracy przepompowni niezbędne było podłączenie jej do sieci energetycznej. Wiązała się z tym konieczność wykonania przez właściwy zakład energetyczny przyłączy energetycznych. Powód zgłaszał pozwanej braki w dokumentacji elektrycznej w zakresie wykonania przyłączy i zasilania elektroenergetycznego. W dniu 17 listopada 2010 r. pozwana zawarła z (...) sp. z o. o. umowy o przyłączenie do sieci nr (...) i (...). Ostatecznie przyłącze zostało wykonane w dniu 12 maja 2011 r., a w dniu 17 maja 2011r. uruchomiono dostawę energii.

Pismem z dnia 31 marca 2011 r. powód zgłosił zakończenie prac realizowanych na podstawie umowy (...) i zwrócił się o wyznaczenie terminu końcowego odbioru robót. Pozwana nie wyznaczyła komisji odbiorowej i nie dokonała końcowego odbioru prac, uznając, że powód jeszcze nie wykonał całości zakresu prac wyznaczonych umową stron. Na dzień zgłoszenia nie zostały wykonane punkty poboru energii elektrycznej dla przepompowni ścieków, a dokumentacja powykonawcza dostarczona przez powoda była niekompletna. Brakowało m.in. kompletu map geodezyjnych uwzględniających zmiany przebiegu trasy kanałów kanalizacyjnych i rurociągów tłoczonych oraz protokołów pomiarów elektrycznych przepompowni ścieków. Po uzyskaniu przez pozwaną pozwoleń na budowę uwzględniających zmiany w przebiegu trasy kanalizacji i rurociągu oraz po wykonaniu przyłącza elektrycznego dla przepompowni powód opracował brakującą dokumentację powykonawczą i dostarczył ją pozwanej. Uporządkował także teren inwestycji.

W dniu 16 listopada 2011 r. strony dokonały protokolarnego odbioru końcowego inwestycji. W protokole stwierdzono, że data gotowości do odbioru to 09 listopada 2011 r., a data rozpoczęcia robót – 14 kwietnia 2010 r. Stwierdzono, że roboty zostały wykonane zgodnie z umową nr (...) z dnia 09 kwietnia 2010 r., projektem budowlanym oraz pozwoleniem na budowę wraz z aneksami. Nie stwierdzono wad niedających się usunąć. Powód udzielił gwarancji na okres 3 lat od 16 listopada 2011 r. do 16 listopada 2014 r. i przekazał pozwanej 3 komplety dokumentacji powykonawczej.

W dniu 24 listopada 2011 r. powód wystawił w ciężar pozwanej fakturę VAT nr (...) na kwotę 621.810,30 zł za wykonanie prac.

Pozwana pismem z dnia 08 grudnia 2011r. nałożyła na powoda karę umowną w kwocie 195.375,80 zł za zwłokę w wykonaniu umowy, na podstawie § 11 ust. 2 i § 11 ust. 1 lit. a umowy. Powód w odpowiedzi z dnia 22 grudnia 2011 r. odmówił zapłaty kary umownej, wskazując, że przekroczenie umownego terminu realizacji zadania wynikało wyłącznie z winy pozwanej.

Pismem z dnia 28 grudnia 2011 r. pozwana złożyła powodowi oświadczenie o potrąceniu kwoty wierzytelności przysługującej powodowi z tytułu zwrotu 70 % zabezpieczenia należytego wykonania umowy w kwocie 145.088,55 zł z wzajemną wierzytelnością pozwanej wobec powoda z tytułu kary umownej w wysokości 195.375,80 zł. W wyniku tego potrącenia wierzytelność powoda miała ulec umorzeniu w całości, a z wierzytelności pozwanej do zapłaty miała pozostać kwota 50.287,25 zł.

Powód nie uznał dokonanej przez pozwaną kompensaty wierzytelności.

Wyrokiem z dnia 18 marca 2014 r. Sąd Rejonowy w K. zasądził od pozwanej na rzecz W. N. (1) kwotę 12.989,16 zł wraz z ustawowymi odsetkami i kosztami procesu z tytułu wynagrodzenia za świadczenie usług inspektora nadzoru nad przedmiotem umowy nr (...) w okresie od 01 kwietnia 2011 r. do dnia 16 listopada 2011 r. Wyrok ten jest prawomocny.

Pismem z dnia 03 listopada 2014 r. pozwana wezwała powoda do zapłaty kwoty 21.563,10 zł z tytułu odszkodowania za poniesioną przez nią szkodę finansową spowodowaną zwłoką powoda w realizacji przedmiotu umowy z dnia 09 kwietnia 2010 r. Na kwotę odszkodowania składały się: należność główna zasądzona inspektorowi nadzoru W. N. (1) z tytułu dodatkowego wynagrodzenia za sprawowanie nadzoru nad przedmiotem umowy nr (...), odsetki ustawowe od ww. kwoty, koszty sądowe.

W dniu 21 listopada 2014 r. pozwana złożyła oświadczenie o potrąceniu z wierzytelnością powoda z tytułu zwrotu 30 % zabezpieczenia należytego wykonania umowy w kwocie 62.180,82 zł swojej wierzytelności względem powoda z tytułu pozostajej do zapłaty części kary umownej oraz odszkodowania w wysokości 21.563,10 zł. Powód skuteczność tego oświadczenia zakwestionował.

Pismem z dnia 04 grudnia 2014 r. powód wystosował do pozwanej ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty:

- kwoty 145.088,55 zł wraz z odsetkami od dnia 17 grudnia 2011r. do dnia zapłaty,
- kwoty 62.180,82 zł wraz z odsetkami od dnia 17 grudnia 2011r. do dnia zapłaty,
- kwoty 8.044 zł wraz z odsetkami od dnia następującego po dniu uprawomocnienia się wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2010r., sygn.. akt KIO/UZP 176/10 do dnia zapłaty

w terminie 3 dni od daty otrzymania wezwania.

W sporządzonej na potrzeby postępowania opinii biegły sądowy z dziedziny budownictwa o specjalności: sieci instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych M. J. (1) stwierdził, że stan zaawansowania robót na inwestycji „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości B. oraz budowa rurociągu tłocznego przesyłowego z m. B. oraz m. G. do O. w B.” w dniu 31 marca 2011 r. wynosił ok. 95 % zakresu umownego. Po tym dniu zostało do wykonania wbudowanie na sieci studni (...), uporządkowanie terenu po robotach budowlanych, wykonanie przyłączy do budynków i działek, wykonanie dokumentacji zamiennej oraz uzyskanie pozwolenia na budowę, wykonanie przyłączy energetycznych do przepompowni, wykonanie dokumentacji powykonawczej. Biegły wyjaśnił, że przyczyny zaistniałego opóźnienia leżące po stronie powoda to niewbudowanie na sieci kanalizacji sanitarnej studni (...) i nieuporządkowanie terenu po robotach budowlanych. Prace te zakończyły się po 15 kwietnia 2011 r. W ocenie biegłego sądowego powód odpowiada za opóźnienie wynoszące 16 dni w stosunku do terminu umownego.

Natomiast przyczyny opóźnienia leżące po stronie pozwanej to wykonanie dokumentacji zamiennej, uzyskanie pozwolenia na budowę po terminie umownym, wykonanie przyłączy energetycznych do przepompowni po terminie umownym. Powyższe opóźnienia ze strony pozwanej spowodowały, że powód nie miał możliwości przygotowania dokumentacji odbiorowej. Nie mógł nastąpić także odbiór końcowy sieci, bowiem podłączenie do sieci możliwe jest dopiero po odbiorze inwestycji i przekazaniu jej do eksploatacji. W ocenie biegłego, opóźnienia te wynikały z przyczyn formalnych, za które odpowiadała pozwana.

W ocenie Sądu Okręgowego w świetle dokonanych ustaleń faktycznych powództwo zasługiwało na uwzględnienie w całości.

Powód dochodził od pozwanej zapłaty należności w kwocie 207.269,37 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwot i dat wskazanych w pozwie tytułem zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zatrzymanego przez pozwaną bezpodstawnie.

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. Istota potrącenia polega na umorzeniu dwóch przeciwstawnych

sobie wierzytelności w następstwie złożenia oświadczenia woli przez jednego wierzyciela drugiemu wierzycielowi. Potrącenie uchyla konieczność realnego wykonania przeciwstawnych zobowiązań, upraszcza obrót i ogranicza koszty. Pomimo, że żaden z wierzycieli nie otrzymuje efektywnego świadczenia dłużnika, każdy zostaje zwolniony ze swojego zobowiązania do wysokości wartości mniejszej. Potrącenie jest swoistym surogatem świadczenia, dzięki któremu dłużnik płaci swój dług i zwalnia się ze zobowiązania.

Dokonując wykładni przepisu art. 498 § 1 k.c. należy stwierdzić, że dla ustalenia, że doszło do skutecznego złożenia oświadczenia o potrąceniu, a co za tym idzie umorzenia obu przedstawionych do potrącenia wierzytelności, konieczne jest łączne wystąpienie następujących przesłanek: istnienie i wzajemność wierzytelności objętych oświadczeniem o potrąceniu w chwili składania tego oświadczenia; jednorodność wierzytelności; wymagalność wierzytelności; zaskarżalność wierzytelności.

Ziszczenie się ww. przesłanek ma ten skutek, że wierzyciel uzyskuje możliwość potrącenia wierzytelności, którą może wykorzystać poprzez złożenie jednostronnego oświadczenia woli o charakterze prawnokształtującym.

Oświadczenie o potrąceniu, uregulowane w art. 499 k.c. ma charakter konstytutywny, albowiem pomimo spełnienia wszystkich ustawowych przesłanek potrącenia, nie nastąpi wzajemne umorzenie wierzytelności, jeżeli takie oświadczenie nie zostanie złożone. Natomiast oświadczenie takie staje się skuteczne dopiero z chwilą, kiedy doszło do adresata – wierzyciela wzajemnego w taki sposób, że mógł się on zapoznać z jego treścią (art. 61 k.c.). Powinno ono być złożone w taki sposób, że w dostatecznym stopniu ujawnia jego treść. Oświadczenie o potrąceniu prowadzi do umorzenia wierzytelności z mocą wsteczną od chwili, gdy potrącenie stało się możliwe. R. tego oświadczenia powoduje, iż za niebyłe uznaje należy te następstwa wierzytelności, które wiążą się z upływem czasu, a które powstały pomiędzy jej umorzeniem a chwilą, gdy uprawniony, po powstaniu stanu potrącalności, złożył stosowne oświadczenie woli (zob. K. Gandor, System prawa cywilnego, t. III, cz 1). W szczególności dotyczy to obowiązku zapłaty odsetek, odszkodowania czy kary umownej za opóźnienie.

Konsekwencją potrącenia może być jedynie wzajemne umorzenie wierzytelności faktycznie istniejących (por. wyrok Sądu Najwyższego z 14 listopada 2008r., V CSK 169/08).

Pozwana złożyła oświadczenie o potrąceniu wierzytelności przysługującej powodowi z tytułu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w kwocie 207.269,37 zł z wzajemną wierzytelnością pozwanego wobec powoda z tytułu kary umownej w wysokości 195.375,80 zł oraz z tytułu odszkodowania w wysokości 21.563,10 zł. Powód kwestionował istnienie obydwu wierzytelności pozwanej. Powód stanął bowiem na stanowisku, że opóźnienia, które wystąpiły w trakcie realizacji inwestycji wynikały z przyczyn leżących po stronie pozwanej, a nie powodowej spółki. Pozwana nie miała więc zdaniem powoda podstaw ani do naliczenia powodowi kary umownej za nieterminową realizację prac na inwestycji ani do domagania się zapłaty odszkodowania z tego tytułu.

Zauważyć należy, że pozwany, podnosząc okoliczność uregulowania wierzytelności powoda przez potrącenie, poprzez ten fakt nie tylko nie zakwestionował merytorycznie tej wierzytelności, ale wręcz potwierdził jej istnienie. Jak wynika bowiem z treści art. 498 § 1 k.c. potrącenie możliwe jest tylko wówczas, gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami. Zatem materialne oświadczenie o potrąceniu mieści w sobie uznanie własnego roszczenia wobec osoby, do której jest ono kierowane (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 09 listopada 2011r., sygn. akt II CSK 70/11, LEX nr 1095816). Nadto powyższy pogląd znajduje potwierdzenie w stanowisku wyrażonym przez Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 09 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, iż 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”.

Żądanie zapłaty kary umownej usankcjonowane zostało w przepisie art. 483 k.c., który w § 1 stanowi, że można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Suma ta stanowi właśnie karę umowną.

Strony w umowie zawartej w dniu 09 kwietnia 2010 r. dopuściły możliwość obciążenia powoda przez pozwanego karami umownymi w przypadku wystąpienia przesłanek określonych w § 11 pkt. 1 umowy, tj. w następujących sytuacjach:

a) w przypadku zwłoki w należyтым wykonaniu umowy – kara umowna miała wówczas wynosić 0,5% wartości umowy netto za każdy dzień zwłoki,

b) w przypadku zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub ujawnionych w okresie rękojmi – kara umowna miała wówczas wynosić 0,5% wartości umowy netto za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu wyznaczonego wykonawcy terminu usunięcia wad,

c) w przypadku odstąpienia przez wykonawcę – powoda od wykonania umowy, w całości lub w części z przyczyn, za które zamawiający – pozwany nie odpowiada – kara umowna miała wówczas wynosić 10% wartości umowy netto za każdy dzień zwłoki,

d) w przypadku odstąpienia przez zamawiającego – pozwanego od wykonania umowy, w całości lub w części z przyczyn, za które odpowiada, w szczególności w związku z nienależyтым wykonywaniem przez wykonawcę – powoda objętych niniejszą umową prac – kara umowna miała wówczas wynosić 10% wartości umowy netto za każdy dzień zwłoki.

Tak więc naliczenie kary umownej przez pozwanego było dopuszczalne i uzasadnione tylko wówczas, gdyby wystąpiła którakolwiek z ww. sytuacji.

Pozwany jako podstawę prawną kary umownej naliczonej powodowi wskazał § 11 pkt. 1 lit. a umowy, tj. zwłokę w należyтым wykonaniu umowy.

Zwłoka oznacza tzw. „zawinione opóźnienie”, a więc opóźnienie powstałe na skutek okoliczności, za wystąpienie których wyłączną odpowiedzialność można przypisać konkretnemu podmiotowi. Zatem przesłanką warunkującą naliczenie przez pozwanego kary umownej powodowi w oparciu o ww. postanowienie umowy byłaby nieterminowa realizacja inwestycji z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosiłby wyłącznie powód. W ocenie Sądu, pozwany wbrew ciężącemu na nim obowiązкови wynikającemu z art. 6 k.c., nie wykazał, aby za opóźnienia w budowie kanalizacji sanitarnej w miejscowości B. oraz budowie rurociągu tłocznego przesyłowego z m. B. oraz m. G. do Oczyszczalni (...) w B. odpowiedzialność ponosiła wyłącznie powodowa spółka.

Opóźnienie w realizacji inwestycji o kilka miesięcy spowodowane było koniecznością uzyskania pozwolenia na budowę uwzględniającego zmiany w projekcie kanalizacji sanitarnej w B. oraz rurociągu tłocznego przesyłowego z B. i Głębokiego do Oczyszczalni (...) w B. oraz wykonaniem przyłącza energetycznego dla nieprzewidzianej w pierwotnym projekcie przepompowni. Z zeznań świadków T. M., P. L., W. N. (1), E. K., K. M., B. K. i M. N. oraz z dokumentów przedłożonych przez strony (w tym korespondencji stron i dziennika budowy) wynika, iż ww. konieczność zmiany projektu podyktowana była występowaniem (już po rozpoczęciu prac) licznych kolizji zaplanowanej trasy kanalizacji sanitarnej i rurociągu z istniejącymi urządzeniami takimi jak: słupy energetyczne, linie (...), drzewa oraz z budynkami posadowionymi na sąsiadujących działkach prywatnych. Także budowa dodatkowej przepompowni wynikała z uwarunkowań ukształtowania terenu, które ujawniły się dopiero w trakcie prowadzenia prac budowlanych. Powód natrafił na grunty gliniaste z wieloma przewarstwieniami oraz wysokim poziomem wód gruntowych, co przy pierwotnym ułożeniu kanału na głębokości 4 metrów uniemożliwiało wykonanie odcinka kanału zgodnie z przyjętą w dokumentacji projektowej technologią. Powód zaproponował wówczas rozwiązanie polegające na wykonaniu dodatkowej przepompowni ścieków w miejscu studni S95, budowę ok. 100 mb rurociągu tłocznego na odcinku KS3.1, wypłylenie odcinka kanału KS3 od studni S79 A w kierunku przepompowni KS1, które to rozwiązanie

zostało zaakceptowane przez pozwanego, ale wymagało wykonania przyłącza energetycznego, o czym pozwany został poinformowany.

Zmiany w dokumentacji projektowej pierwotnie zostały zakwalifikowane przez projektanta K. H. jako zmiany nieistotne i jako takie nie wymagały uzyskania nowego pozwolenia na budowę. K. H. po pewnym czasie dokonał zmiany kwalifikacji ich charakteru na istotne i konieczne stało się uzyskanie pozwolenia na budowę uwzględniającego te modyfikacje. O swojej decyzji projektant poinformował strony pismem z dnia 15 kwietnia 2011r., a więc już po upływie umownego terminu zakończenia prac na budowie. Natomiast projekt zamienny i całą dokumentację K. H. przekazał stronom w dniu 14 czerwca 2011 r. Starosta (...) zaakceptował zmiany w przebiegu trasy rurociągu oraz budowę przepompowni w miejsce studni do dnia 30 czerwca 2011r.

Natomiast w przypadku wykonania przyłącza energetycznego do dodatkowej przepompowni, to prace te musieli wykonać pracownicy zakładu (...) sp. z o. o. Pozwany zawarł z ww. spółką umowy o przyłączenie do sieci nr (...) i (...) w dniu 17 listopada 2010 r., jednakże ostatecznie przyłącze zostało wykonane w dniu 12 maja 2011 r., a w dniu 17 maja 2011 r. uruchomiono dostawę energii.

W sporządzonej na potrzeby postępowania opinii biegły sądowy z dziedziny budownictwa o specjalności: sieci instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych M. J. (1) stwierdził, że stan zaawansowania robót na inwestycji w dniu 31 marca 2011 r. wynosił ok. 95% zakresu umownego. Po tym dniu zostało do wykonania wbudowanie na sieci studni (...), uporządkowanie terenu po robotach budowlanych, wykonanie przyłączy do budynków i działek, wykonanie dokumentacji zamiennej oraz uzyskanie pozwolenia na budowę, wykonanie przyłączy energetycznych do przepompowni, wykonanie dokumentacji powykonawczej.

Analiza dokumentacji projektowej, dziennika budowy, dokumentacji fotograficznej oraz korespondencji stron i zeznań świadków przeprowadzona przez biegłego pozwoliła na stwierdzenie, że przyczyny zaistniałego opóźnienia, za które odpowiedzialność można przypisać powodowi to: niewbudowanie na sieci kanalizacji sanitarnej studni (...) i nieuporządkowanie terenu po robotach budowlanych. Prace te zakończyły się po 15 kwietnia 2011 r. W ocenie biegłego sądowego powód odpowiada więc za opóźnienie wynoszące 16 dni w stosunku do terminu umownego.

Natomiast za pozostałe przyczyny opóźnienia, do których biegły zaliczył: konieczność wykonania dokumentacji zamiennej, uzyskanie pozwolenia na budowę po terminie umownym, wykonanie przyłączy energetycznych do przepompowni po terminie umownym, odpowiedzialność ponosi pozwany.

Biegły sądowy wskazał, przy tym jednak, iż to opóźnienia ze strony pozwanej spowodowały, że powód nie miał możliwości przygotowania dokumentacji odbiorowej. Nie mógł nastąpić także odbiór końcowy sieci, bowiem podłączenie do sieci możliwe jest dopiero po odbiorze inwestycji i przekazaniu jej do eksploatacji. W ocenie biegłego, opóźnienia w końcowym odbiorze prac powoda wynikały z przyczyn formalnych, za które odpowiadał pozwany.

Zatem przyczyny wystąpienia opóźnienia w realizacji inwestycji „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości B. oraz budowa rurociągu tłocznego przesyłowego z m. B. oraz m. G. do O. w B.” obciążały obydwie strony umowy nr (...), jednak powstanie opóźnień powoda było uzależnione od zaistniałych opóźnień ze strony pozwanego (np. powód nie mógł uporządkować placu budowy bez uprzedniego zakończenia prac). Brak jest zatem w tej sytuacji podstaw do przypisania powodowi wyłącznej odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie umowy z dnia 09 kwietnia 2010r. Natomiast zgodnie z treścią postanowienia § 11 pkt. 1 lit. a umowy stron, warunkiem obciążenia powoda karą umowną była zwłoka w należyтым wykonaniu umowy, a więc zawinione przez powoda opóźnienie w wykonaniu prac. Brak możliwości przypisania powodowi wyłącznej odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie prac budowlanych objętych umową nr (...) wyłącza możliwość obciążenia go karą umowną z tego tytułu.

Wobec powyższego Sąd stwierdził, że pozwany nie wykazał istnienia wierzytelności z tytułu kar umownych za nienależyte wykonanie umowy nr (...) z dnia 09 kwietnia 2010 r., objętej oświadczeniem o potrąceniu, wobec czego oświadczenie to było bezskuteczne.

Z analogicznych względów Sąd uznał, że pozwany nie udowodnił istnienia wierzytelności z tytułu odszkodowania za poniesioną szkodę finansową spowodowaną zwłoką powoda w realizacji przedmiotu umowy z dnia 09 kwietnia 2010 r. w postaci dodatkowego wynagrodzenia dla inspektora nadzoru W. N. (1) za sprawowanie nadzoru nad przedmiotem umowy nr (...) w okresie od 01 kwietnia 2011r. do 16 listopada 2011r., zasądzonego wyrokiem z dnia 18 marca 2014r. Sądu Rejonowego w K.(art. 471 k.c.). Samo wykazanie, że strona nie wykonała zobowiązania lub też wykonała je, ale w sposób nienależyty, nie powoduje automatycznie powstania odpowiedzialności odszkodowawczej. Do powstania odpowiedzialności z tego tytułu niezbędne jest bowiem łączne spełnienie trzech przesłanek, a mianowicie: musi zaistnieć zdarzenia, z którym system prawny łączy czyjś obowiązek naprawienia szkody, musi powstać szkoda, musi zaistnieć adekwatny związek przyczynowy pomiędzy zdarzeniem, a szkodą. W ocenie Sądu pozwany nie wykazał, aby w przedmiotowej sprawie zostały spełnione wszystkie przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej powoda, a w szczególności nie wykazał zaistnienia zdarzenia generującego szkodę, którego pozwany upatruje w opóźnieniu w wykonaniu umowy z dnia 09 kwietnia 2010 r. z przyczyn zawinionych przez powoda. Brak jest podstaw do przypisania powodowej spółce wyłącznej odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie prac ujętych w umowie z dnia 09 kwietnia 2010 r. Zgromadzone w toku postępowania dowody, w szczególności dokumenty: dokumentacja projektowa, dokumentacja fotograficzna, korespondencja stron, decyzje urzędowe, świadkowie oraz opinia biegłego sądowego M. J. (2) jednoznacznie wskazują, że opóźnienie w realizacji zamówienia publicznego było rezultatem kilku czynników: koniecznością uzyskania pozwolenia na budowę uwzględniającego zmiany w projekcie kanalizacji sanitarnej w B. oraz rurociągu tłoczego przesyłowego z B. i G. do O. w B., wykonaniem przyłącza energetycznego dla nieprzewidzianej w pierwotnym projekcie przepompowni, koniecznością wykonania dokumentacji zamiennej, za które odpowiedzialność ponosi zarówno powód jak i pozwany. W tej sytuacji nie jest możliwe obciążenie powoda wyłączną odpowiedzialnością za szkodę w postaci wypłaty dodatkowego wynagrodzenia dla inspektora nadzoru W. N. (1) za sprawowanie nadzoru nad pracami budowlanymi w okresie od 01 kwietnia 2011r. do 16 listopada 2011r., skoro za powstanie tej szkody odpowiada także sam pozwany.

Wobec powyższego Sąd stwierdził, że pozwany nie wykazał istnienia wierzytelności z tytułu odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy nr (...) z dnia 09 kwietnia 2010 r. objętej oświadczeniem o potrąceniu, wobec czego także i to oświadczenie okazało się bezskuteczne.

W związku z tym Sąd uznał oświadczenia pozwanego z dnia 28 grudnia 2011 r. i z dnia 21 listopada 2014 r. o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej oraz odszkodowania ze wzajemną wierzytelności powoda za bezskuteczne prawnie, wobec nieistnienia wierzytelności przedstawionych przez pozwanego do potrącenia. W konsekwencji pozwany winien więc zwrócić powodowi w całości zatrzymaną przez niego niekwestionowaną kwotę 207.269,37 zł z tytułu gwarancji należytego wykonania umowy.

Wobec powyższego Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 207.269,37 zł. O odsetkach Sąd orzekł na podstawie art. 481 § 1 k.c.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c.

Apelację od wyroku złożył pozwana, zaskarżyła go w całości. Pozwana zarzucała rozstrzygnięciu:

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędne dokonanie ustaleń faktycznych i bezzasadne przyjęcie, że: w toku realizowanej inwestycji wystąpiło co najmniej kilkanaście kolizji przebiegu planowanej kanalizacji i rurociągu z infrastrukturą podziemną i naziemną oraz w zakresie granic nieruchomości które objęte były pozwoleniem na budowę; pozwany jako inwestor ponosi winę za działanie wykonawcy, który wbrew zapisom dokumentacji technicznej opracowanej przez M. R. (czerwiec 2009 r.) stanowiącej załącznik do SIWZ, nakazującym układanie projektowanej kanalizacji w wykopach wąskoprzestrzennych umocnionych nie stosował się od samego początku do przedmiotowych zapisów dokumentacji technicznej i układał kanalizacje w wykopach nie umocnionych; pozwany ponosi winę za to że powód - wykonawca przed dniem 31.03.2011 r. nie wbudował na sieci kanalizacyjnej studni (...) i nie uporządkował terenu po tym etapie robót budowlanych a w konsekwencji i te prace zakończyły się po 15.04.2011 r.; pozwany jako inwestor ponosi winę za to że opłata zaliczki na rzecz (...) Sp. z o.o. (umowa

z dnia 23.03.2011 r.) została uregulowana dopiero w dniu 31.05.2011 r.; pozwany jako inwestor ponosi winę za to, że wykonawca - powód zgodnie z par. 7 ust. 1 umowy 08/10 z dnia 09.04.2011 r. Or. po dniu 06.09.2011 r. tj. potwierdzenia przez inspektora nadzoru wykonania prób szczelności kanałów z wynikiem pozytywnym nie zgłosił zakończenia robót sieci kanalizacji sanitarnej i gotowości obiektu do odbioru końcowego a dokonał zgłoszenia dopiero w dniu 09.11.2011 r. tj. po upływie ponad 2 miesięcy (63 dni),

- naruszenie art. 227 i art. 232 i art. 299 k.p.c. polegające na oddaleniu wniosku pozwanego o przesłuchanie świadków A. S., E. K., P. L. oraz pozwanego w charakterze strony pomimo tego że zeznania i wyjaśnienia pozwoliłyby ustalić okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy,
- sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału na skutek przekroczenia przez Sąd granic swobodnej oceny dowodów, w konsekwencji czego, Sąd dowolnie przyjął za ustalone, że pozwany ponosi wyłączną odpowiedzialność za wystąpienie opóźnień w realizacji inwestycji objętych umową (...).

Wskazując na te zarzuty pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości lub uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania przy uwzględnieniu kosztów postępowania odwoławczego. Nadto pozwana wniosła o zasądzenie od powoda zwrotu kosztów procesu za obie instancje według norm przepisanych.

Powód wniosł o oddalenie apelacji oraz o zasądzenie od pozwanej na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W toku postępowania odwoławczego Sąd Apelacyjny, z uwagi na pewien brak stanowczości we wnioskach opinii biegłego M. J. (1), dopuścił dowód z opinii kolejnego biegłego z dziedziny budownictwa na okoliczności wskazane w postanowieniu dowodowym wydanym na rozprawie apelacyjnej w dniu 19 października 2017r. (k. 710).

Opinię w sprawie sporządził biegły S. T. (1) (k. 722 – 738).

W jej wnioskach stwierdzono, że po upływie terminu umownego zakończenia robót zaistniały okoliczności leżące po stronie zamawiającego, które nie pozwalały na wywiązanie się przez wykonawcę z obowiązków związanych z oddaniem prac w tym terminie.

Związane to było z brakami w dokumentacji projektowej, za którą odpowiadał pozwany, a które ostatecznie skutkowały koniecznością wprowadzenia istotnych zmian do projektu budowlanego.

Z kolei wymagało to uzyskania zmiany pozwolenia na budowę oraz wprowadzenia zmian do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego.

Ostatecznie, zdaniem biegłego, było to zasadniczą przyczyną w opóźnieniu oddania robót. W rzeczywistości bowiem powód mógł zgłosić odbiór prac wraz z konieczną dokumentacją powykonawczą dopiero w dniu 2 stycznia 2012r., tzn. po przyjęciu dokumentacji geodezyjnej powykonawczej do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego.

Kolejną przyczyną, leżącą po stronie pozwanego, dla której powód nie mógł zakończyć wszystkich robót do dnia 31 marca 2011r. był brak przyłącza energetycznego dla przepompowni za które odpowiadał zamawiający i które wykonane zostało dopiero w dniu 12 maja 2011r.

W opinii uzupełniającej z dnia 18 maja 2018r. (k. 785 – 808) biegły odpowiedział szczegółowo na pytania i wątpliwości pozwanego związane z wydaną opinią.

Przedmiotową opinię należy ocenić jako pełnowartościowy materiał dowodowy, mogący stanowić podstawę do czynienia w sprawie istotnych ustaleń faktycznych.

Jest ona sporządzona w sposób rzetelny i fachowy, z uwzględnieniem całego zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Wymaga przy tym podkreślenia, że opinia ta w swoich zasadniczych wnioskach zgodna jest z opinią wydaną uprzednio przez biegłego M. J. (1).

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja okazała się bezzasadna.

Ustalenia faktyczne sądu I instancji, istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, po uzupełnieniu ich wnioskami z opinii biegłego S. T., nie budzą wątpliwości i Sąd Sąd Apelacyjny przyjmuje je za podstawę własnego rozstrzygnięcia.

Ustalenia te poczynione zostały w oparciu o wszechstronne rozważenie całego zebranego w sprawie materiału dowodowego, którego ocena, przeprowadzona w pisemnym uzasadnieniu wyroku, jest pełna, zgodna z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Nie zostały one skutecznie wzruszone w apelacji, w ramach podniesionych tam zarzutów procesowych.

Sprowadzają się one bowiem jedynie do forsowania przez skarżącego własnej wersji stanu faktycznego, opartej o odmienną, korzystną dla niego ocenę materiału dowodowego.

Nie jest to jednak wystarczające dla skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia przepisu art. 233 § 1 kpc.

Dodać należy, że przeważająca część zarzutów apelacji dotyczy okoliczności, które bądź to w ogóle nie były przedmiotem badania w sprawie (rzekome niestosowanie się przez powoda do dokumentacji projektowej przy wykonywaniu wykopów), bądź też były nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy (kwestia prowadzenia prac na placu budowy w miesiącach lipcu i sierpniu 2011r.).

Należy zauważyć, że zmiana sposobu przeprowadzenia sieci w stosunku do projektu nastąpiła za zgodą zamawiającego, na podstawie stosownego protokołu konieczności.

Nie do przyjęcia jest też próba przerzucenia na powoda skutków spóźnionego podłączenia inwestycji do sieci energetycznej, za co bezspornie odpowiedzialny był pozwany jako zamawiający i właściciel infrastruktury przesyłowej.

Inną rzeczą jest kwestia podłączenia przepompowni do sieci energetycznej, z czego powód się wywiązał oraz poniósł związane z tym koszty, z tym, że mógł tego dokonać dopiero po rozwiązaniu przez pozwanego z (...) S.A. problemu samych przyłączy.

Natomiast bez znaczenia jest okoliczność, czy powód wykonywał w miesiącach lipcu i sierpniu 2011r. dodatkowe prace na budowie.

Jak wynika z wyjaśnień biegłego M. J. oraz opinii uzupełniającej biegłego S. T. prawdopodobnie chodziło tu o poprawki związane ze stwierdzeniem przeciwności w ułożonych rurociągach.

Z opinii obu biegłych wynika, że w terminie umownym, tj. do dnia 31 marca 2011r. powód wykonał w zasadzie wszystkie obciążające go obowiązki w zakresie montażu sieci.

Nawet, gdyby uznać, że prace te wymagały poprawek, które były wykonywane do września 2011r., to i tak pozostawało to bez wpływu na możliwość dokonania końcowego odbioru.

Zakładając bowiem, że powód bez żadnych wątpliwości wykonałby, i to bezbłędnie, wszystkie prace budowlane do dnia 31 marca 2011r., to mimo to, z przyczyn leżących wyłącznie po stronie zamawiającego, odbiór nie byłby możliwy.

Związany był on bowiem m.in. z obowiązkiem przedstawienia przez wykonawcę powykonawczej inwentaryzacji geodezyjnej, co wynikało *expressis verbis* z postanowienia §7 ust. 4 pkt. e) umowy o roboty budowlane.

Sam pozwany obowiązek ten akcentował w piśmie do powoda z dnia 9 maja 2011r (k. 171), uznając jego wypełnienie za jeden z koniecznych warunków przystąpienia do odbioru robót.

Tymczasem przedłożenie przez powoda tej dokumentacji nie było w terminie umownym możliwe z uwagi na perturbacje związane ze zmianami projektowymi i koniecznością uzyskania zmiany pozwolenia na budowę oraz następczego uzyskania zatwierdzenia zmian geodezyjnych a także wprowadzenia ich do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, co nastąpiło dopiero w dniu 2 stycznia 2012r.

Za opóźnienia związane z odmiennym zakwalifikowaniem przez projektanta zmian w projekcie (z nieistotnych na istotne) odpowiada pozwany.

Z kolei pozwany nie wykazał, aby wykonawca na etapie wprowadzania zmian do dokumentacji i ewidencji dopuścił się zaniedbań, które skutkowały dalszą zwłoką i bez których dokonanie odbioru końcowego byłoby możliwe przed dniem 9 listopada 2011r.

W tej sytuacji bezprzedmiotowe było prowadzenie dowodów z zeznań świadków wskazywanych w apelacji oraz z przesłuchania pozwanego, bowiem, jak już wyżej powiedziano, miały one dotyczyć okoliczności nieistotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Niezależnie od tego, słusznie podnosi się w odpowiedzi na apelację, że po oddaleniu tych wniosków przez Sąd Okręgowy na rozprawie w dniu 22 listopada 2016r., strona pozwana nie zgłosiła w stosunku do tej czynności sądu zastrzeżenia w trybie przepisu art. 162 kpc, co nie pozwala obecnie na podnoszenie wobec niej skutecznego zarzutu w postępowaniu odwoławczym.

W konsekwencji nie doszło także do naruszenia przez sąd I instancji przepisów prawa materialnego.

Poza sporem było, że powodowi przysługiwała wierzytelność z tytułu wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane (art. 647 kc).

Sporne było jedynie, czy pozwany mógł skutecznie umorzyć tą wierzytelność przez potrącenie z nią własnych wierzytelności z tytułu kar umownych (art. 483 kc) oraz szkody poniesionej na skutek przegranego procesu z inspektorem nadzoru (art. 471 kc).

Z przyczyn, o których była wyżej mowa nie ma podstaw do przyjęcia, aby ostateczne opóźnienie w odbiorze robót pozostawało w adekwatnym związku przyczynowym z zachowaniami powoda.

Ubocznie także należy stwierdzić, że skarżący w toku procesu nie próbował wykazywać, które z należności, jakie zmuszony był zapłacić w związku z procesem, jaki wytoczył mu W. N. (1), mogły pozostawać w związku z hipotetycznym bezzasadnym przedłużaniem przez powoda prac na budowie.

Z wyroku Sądu Rejonowego w K. z dnia 18 marca 2014r. w spr. (...) wynika, że na rzecz W. N. zasądzono świadczenie z tytułu bezumownego wykonywania przez niego na rzecz pozwanego czynności inspektora nadzoru w okresie **od dnia 1 stycznia 2011r.**

Tymczasem niesporne było, że termin wykonania umowy o roboty budowlane na podstawie aneksu został przedłużony **do dnia 31 marca 2011r.**

Skoro zatem pozwany nie wykazał (art. 6 kc), aby przysługiwały mu wzajemne wierzytelności w stosunku do powoda, nadające się do potrącenia z przysługującym mu wynagrodzeniem za wykonane roboty budowlane, złożone oświadczenia o potrąceniu nie wywołały skutków prawnych w rozumieniu przepisu art. 498 § 2 kc.

Z tych przyczyn na podstawie przepisu art. 385 kpc Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie 1 sentencji wyroku.

O należnych stronie powodowej kosztach zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym orzeczono (punkt 2 wyroku) na podstawie przepisów art. 98 § 1 i 3 kpc w zw. z art. 391 § 1 kpc, przy uwzględnieniu treści przepisów

§ 10 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 2 pkt. 7) Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. 2015.1800 ze zm.).

Z kolei o obowiązku ściągnięcia od pozwanego kosztów zasadniczej opinii sporządzonej przez biegłego S. T., które tymczasowo poniósł Skarb Państwa, orzeczono (punkt 3 wyroku) na podstawie art. 83 ust. 2 w zw. z art. 113 ust 1 ustawy oo kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Małgorzata Kaźmierczak Bogdan Wysocki Jacek Nowicki

--	--	--