

Sygn. akt VI GC 421/12

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 października 2013 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Beata Hass-Kloc

Protokolant: st. sekr. sądowy Joanna Kościak

po rozpoznaniu w dniu 23 października 2013 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: (...) Sp. z o.o. w B.

przeciwko: (...) Sp. z o.o. w R.

o zapłatę

I. zasądza od pozwanego (...) Sp. z o.o.

w R. na rzecz powoda (...) Sp. z o.o. w B. kwotę **516.359,49 zł** (słownie: pięćset szesnaście tysięcy trzysta pięćdziesiąt dziewięć złotych czterdzieści dziewięć groszy) z ustawowymi odsetkami od kwoty:

- 196.607,18 zł od dnia 04 października 2012 r. do dnia zapłaty,
- 17.647,50 zł od dnia 11 października 2012 r. do dnia zapłaty,
- 1.722,00 zł od dnia 26 czerwca 2012 r. do dnia zapłaty,
- 2.324,70 zł od dnia 26 czerwca 2012 r. do dnia zapłaty,
- 152.542,09 zł od dnia 26 września 2012 r. do dnia zapłaty,
- 134.158,56 zł od dnia 14 sierpnia 2012 r. do dnia zapłaty,
- 1.394,46 zł od dnia 16 sierpnia 2012 r. do dnia zapłaty,
- 1.230,00 zł od dnia 14 sierpnia 2012 r. do dnia zapłaty,
- 6.765,00 zł od dnia 16 sierpnia 2012 r. do dnia zapłaty,
- 1.968,00 zł od dnia 22 sierpnia 2012 r. do dnia zapłaty,

II. **zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 42.280,00 zł (słownie: czterdzieści dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 14.417,00 (słownie: czternaście tysięcy czterysta siedemnaście złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.**

Sygn. akt VI GC 421/12

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 29 października 2013 r.

Pozwem wniesionym w sprawie powód (...) sp. z o.o. w B. wniósł o zasądzenie na swoją rzecz od pozwanego (...) Sp. z o.o. w R. kwoty 516.359,49 zł. z ustawowymi odsetkami od poszczególnych kwot i kosztami postępowania.

Na uzasadnienie żądania pozwu podał, że zawarł z pozwanym szereg umów o roboty budowlane, a to:

- 1) z dnia 14.09.2010 r. z aneksami, odbiór końcowy robót miał miejsce 31.08.2011 r. , w dniu 21.11.2011 r. pozwany wystawił powodowi świadectwo przyjęcia robót,
- 2) z dnia 4.03.2011 r., odbiór końcowy robót miał miejsce 7.07.2011 r. , w dniu 26.09.2011 r. pozwany wystawił powodowi świadectwo przyjęcia robót,
- 3) z dnia 28.06.2011 r., odbiór końcowy robót miał miejsce 5.07.2012 r. , pozwany odmówił wydania powodowi świadectwa przyjęcia robót pomimo braku usterek,
- 4) z dnia 13.09.2013 r., pozwany odmówił wydania protokołu odbioru robót, pomimo że roboty były w całości wykonane.

Powód podniósł, że w oparciu o zapisy umów pkt 9.1.5 /"kaucja alternatywna" /pkt 9.2./ „kwota zatrzymania”/ z każdej z umów pozwany zatrzymywał każdorazowo wskazane w pozwie kwoty, których zwrot uzależniony był – kaucji alternatywnej w 100 % wraz z ostatnią płatnością wynagrodzenia poświadczoną w Świadectwie Płatności, kwoty zatrzymanej – 50 % w terminie 14 dni od daty wystawienia przez pozwanego Świadectwa Wykonania, drugie 50 % po upływie terminów zgłaszania wad.

Powód wskazał, że kwoty zatrzymane z w/w umów nie zostały zwrócone, pomimo upływu umówionych 14 dni od dnia wystawienia świadectwa wykonania. Odnośnie umowy z dnia 28.06.2011r. podniósł, że wobec niewystawienia świadectwa przyjęcia robót termin zwrotu zaczął biec od podpisania końcowego protokołu robót.

Po wezwaniu do zapłaty pozwany w dacie 1.10.2012 r. wpłacił kwotę 306 870,01 zł. , z czego 72 106,56 zł. to 50 % kwoty zatrzymania, 234 763,45 zł. to kaucja alternatywna, nie wskazując na poczet której z umów dokonuje wpłaty.

W dniu 3.10.2012 r. zapłacił 110 000 zł. z czego 55 000 zł. to zwrot połowy kwoty zatrzymania i 55 000 zł to zwrot kaucji alternatywnej, nie wskazując na poczet której z umów dokonuje wpłaty. Powód każdorazowo dokonał zaliczenia wpłat na poszczególne należności, w tym zaległe odsetki, w sposób szczegółowo wskazany w pozwie.

Ostatecznie po dokonaniu wpłat do zapłaty pozostała z tytułu zwrotu kaucji alternatywnej i połowy kwoty zatrzymanej kwota 196 607,18 zł. z ustawowymi odsetkami od dnia 4.10.2012 r. z umowy z dnia 14.09.2010 r. oraz kwota 17 647,50 zł. z umowy z dnia 13.09.2011 r.

Powód zakwestionował naliczenie przez pozwanego kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy z dnia 14.09.2010 r. i potrącenie dokonane z wierzytelnościami powoda pismami z dnia 28.08.2012 r. i 5.09.2012 r., jako że opóźnienie powstało z przyczyn leżących po stronie pozwanego, z uwagi na brak udostępnienia frontu robót, opóźnienie w dostarczeniu zamiennych rozwiązań projektowych likwidujących kolizję realizowanych instalacji, zmiany w dokumentacji projektowej, przesunięcie przez pozwanego terminu wykonania robot czy zwłoka w podpisaniu końcowego protokołu robót, które zostały szczegółowo opisane w pozwie.

Powód zakwestionował także okres przekroczenia terminu, jako że karę naliczono za 215 dni, tymczasem roboty zakończone były najpóźniej 15.11.2011 r.

W dniu 30.11.2012 r. Sąd Okręgowy w Rzeszowie uwzględnił roszczenie w całości wydając nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, VI GNc 609/12 (k. 813).

W wniesionym sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie kosztów postępowania (k. 816-827).

Pozwany potwierdził zawarcie umów wskazanych w pozwie, jak też że dokonał zatrzymań tzw. Gwarancji Dobrego Wykonania Umowy /kaucji alternatywnej/ oraz Kwoty Zatrzymanej /kaucja gwarancyjna/.

Pozwany podniósł zarzut potrącenia kary umownej z tytułu zwłoki za 215 dni w wysokości 410 396 zł. /nota księgową nr (...)/ w wykonaniu umowy dnia 14.09.2010 r., której termin wykonania ustalono na dzień 30.06.2011 r., powołując się na oświadczenie o potrąceniu z dnia 28.08.2012 r., z dnia 5.09.2012 r. i z dnia 28.09.2012 r.

Pozwany wyjaśnił, że odbioru dokonano w dniu 31.08.2011 r.

W protokole nr (...) wskazano listę wad, które powód miał usunąć do

27.09.2011 r., a które zostały usunięte dopiero 31.01.2012 r. W tej dacie strony podpisały protokół usunięcia usterek.

Pozwany podniósł, że strony ustaliły za dzień dokonania odbioru końcowego dzień podpisania protokołu odbioru końcowego, po usunięciu przez wykonawcę wad i usterek. Dalej wskazał, że nie miał obowiązku dokonywać odbioru częściowego, pomimo zgłoszenia robót już w dniu 22.07.2011 r.

Dalej podniósł, że jako bezsporną należy uznać okoliczność, że powód pozostawał zwłocę co najmniej do dnia 15.11.2011 r.

Pozwany zaprzeczył jakoby przyczyny opóźnienia w wykonaniu umowy leżały wyłącznie po jego stronie. Podniósł, że przedłożona korespondencja mailowa dotyczy wykonania pozostałych umów. Na opóźnienie nie miała wpływu kwestia montażu wodomierzy. Opóźnienie zaś spowodowane było nie zaangażowaniem dostatecznej siły roboczej i nienależytym wykonaniem umowy przez powoda.

Pozwany powołując się na oświadczenie o potrąceniu z daty

28.09.2012 r. podniósł także zarzut potrącenia wierzytelności z tytułu odszkodowania w wysokości 12 500 zł. /nota nr 2/09/ za zalanie parkingu w wyniku nieszczelności instalacji wodnej, z przyczyn zawinionych przez powoda.

Dalej pozwany zakwestionował sposób naliczenia przez powoda odsetek za opóźnienie w zapłacie 50 % Kwoty Zatrzymanej oraz Gwarancji Dobrego Wykonania Umowy /kaucja alternatywna/.

Odnosząc do umowy z dnia 14.09.2010 r. wskazał, że wydanie Świadectwa Wykonania miało miejsce dopiero w dniu 1.02.2012 r. i od tej daty rozpoczął bieg termin zwrotu 50 % Kwoty Zatrzymanej. Pozwany zakwestionował wydanie Świadectwa Wykonania w dacie 21.11.2011 r. przez M. C. (1), który nie miał w tej dacie upoważnienia, pozwany zaś tej czynności nie potwierdził.

Pozwany zaprzeczył, aby doszło do odbioru końcowego umowy z dnia 13.09.2011 r. powód nie zgłosił robót, stąd brak protokołu. W efekcie kwoty zatrzymane z wynagrodzenia z tej umowy są niewymagalne.

Pozwany wskazał, że nigdy nie kwestionował wystawionych przez powoda z tytułu wynagrodzenia faktur VAT, stąd wnioski dowodowe z jego ksiąg rachunkowych i dowód z opinii biegłego jest zbędny.

W piśmie procesowym z daty 15.01.2013 r. powód podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie (k. 866-877).

Odnosząc do **odbioru częściowego** powód wskazał, że zgłosił roboty wewnętrznej instalacji wod-kan na poziomach 0,+1,+2 już w dniu 22.07.2011 r., zaś w dacie 6.05.2011 r. złożył u pozwanego dokumentację powykonawczą, atesty, certyfikaty, jednocześnie umowa przewidywała odbiór częściowy w razie oddania prac ulegających zakryciu, jakimi były w/w roboty.

Powód podał, że gotowość zgłoszenia całości robót występowała jeszcze przed dniem 15.11.2011 r., nie doszło do tego z przyczyn leżących po stronie pozwanego.

W przedmiocie odsetek ustawowych powód wskazał na Świadczenie Wykonania z daty 21.11.2011 r. które należy uwzględnić przy ustalaniu początku biegu terminu. Powodowi w tej dacie nie było wiadomym, że M. C. (1) nie ma już upoważnienia pozwanego.

Powód zarzucił pozorność Świadczenia Wykonania z daty 1.02.2012 r. oraz podniósł zarzut miarkowania kary umownej.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Strony postępowania powód (...) sp. z o.o. jako wykonawca oraz (...) sp. z o.o. jako zamawiający zawarły umowy o roboty budowlane:

1. z dnia 14.09.2010 r. , której przedmiotem było wykonanie instalacji podciśnieniowej odwodnienia dachu i wewnętrznej instalacji wody i kanalizacji M. Hall w R. . Umowa była zmieniana aneksami nr (...) z dnia 27.12.2010 r. nr 2 z dnia 10.01.2011 r. , nr 3 19.05.2011 r. i nr 4 z dnia 13.09.2011 r.

2. z dnia 4.03.2011 r., której przedmiotem było wykonanie kompleksowego wewnętrznej instalacji gazu wraz z detekcją oraz wykonanie ogrzewania kablowego wraz z izolacją na przewodach instalacji wody – zewnętrznej oraz kanalizacji przechodzącej przez garaż /poziom - 1/,

3. z dnia 28.06.2011 r. której przedmiotem było kompleksowe wykonanie instalacji wody, kanalizacji i gazu w Hotelu (...) w R.,

4. z dnia 13.09.2011 r. , której przedmiotem było wykonanie wewnętrznej instalacji wody i kanalizacji najemców wraz z montażem wodomierzy u najemców.

(Dowody: umowa z dnia 14.09.2010 r. z aneksami nr (...) k. 53-167, umowa z dnia 4.03.2011 r. k. 228-239, umowa z dnia 28.06.2011 r. z załącznikami k. 253-321, umowa z dnia 13.09.2011 r. z załącznikami i aneksami k. 353-425, zeznania strony powodowej k. 1341-1342).

Powód w związku z wykonaniem w/w umów wystawił pozwanemu faktury VAT z tytułu umówionego wynagrodzenia , a to:

1. z umowy (...).09.2010 r. łącznie 5 396 884,89 zł. brutto , 4 392 886,77 zł. netto

2. umowy (...).03.2011 r. łącznie 85 892,10 zł. netto ,

3. z umowy (...).06.2011 r. łącznie 1 100 000 zł. netto

Przy tym w FV nr FA- (...) na kwotę 134 158,56 zł. brutto z terminem płatności na dzień 13.08.2012 r.

4. z umowy (...).09.2011 r. łącznie 176 475,04 zł. netto .

(Dowody: faktury VAT i certyfikaty płatności częściowej , wnioski o wypłatę , dowody zapłaty na k. 168-216, faktury VAT i certyfikaty płatności częściowej , wnioski o wypłatę , dowody zapłaty nak. 240-249, faktury VAT i certyfikaty płatności częściowej , wnioski o wypłatę , dowody zapłaty na k. 322-349, faktury VAT i certyfikaty płatności częściowej , wnioski o wypłatę , dowody zapłaty na k. 426-428.

Ponadto powyższa okoliczność jak i wysokość wynagrodzenia wskazanego w Fakturach VAT nie była kwestionowana przez stronę pozwaną i jako taką należało ją uznać za przyznaną i bezsporną)

W każdej z w/w umów strony zastrzegły możliwość zatrzymania z wynagrodzenia należnego powodowi przez pozwanego :

1. **Gwarancji Dobrego Wykonania /kaucja alternatywna/** - kwoty stanowiącej równowartość 5 % wartości netto faktury z tytułu wynagrodzenia , zabezpieczającej wykonanie ogółu zobowiązań wykonawcy z umowy. 100 % zatrzymanej kwoty miało ulegać zwrotowi wraz z **ostatnią płatnością wynagrodzenia , poświadczoną w Końcowym Świadczeniu Płatności** /pkt 9.1.5 umowy z dnia z dnia 14.09.2010 r. i umowy z dnia 28.06.2011 r. , umowy z dnia 13.09.2011 r. oraz pkt 10 umowy z dnia 4.03.2011 r. /.

2. (...) w wysokości 10 % kwoty z każdego Przejściowego Świadczenia Płatności, faktury VAT /limit kwot zatrzymanych to 10 % Wynagrodzenia Wykonawcy/ **tytułem kaucji gwarancyjnej** zabezpieczającej ewentualne roszczenia zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy lub wad w robotach ujawnionych w Okresie Zgłaszania Wad.

W zależności od umowy 50 % Kwoty Zatrzymanej /5% wynagrodzenia/ miała podlegać zwrotowi w terminie

- 14 dni od daty **wystawienia Wykonawcy Świadczenia Wykonania** /pkt 9.2 umowy z dnia 14.09.2010 r. i umowy z dnia 28.06.2011 r., umowy z dnia 13.09.2011 r. /.

- po dokonaniu odbioru końcowego /pkt 6 umowy z dnia 4.03.2011 r. /.

(Dowody: umowa z dnia 14.09.2010 r. z aneksami nr (...) k. 53-167, umowa z dnia 4.03.2011 r. k. 228-239, umowa z dnia 28.06.2011 r. k. 253 -321, umowa z dnia 13.09.2011 r. k. 353-425).

Świadcstwo Wykonania zamawiający miał wystawić po:

- ukończeniu wszystkich robót z umowy, włącznie z usunięciem wad i usterek,

- sporządzeniu protokołu odbioru i wystawieniu bezwarunkowego Świadcstwa Przejęcia całości robót lub ostatniego etapu robót,

- dostarczeniu wszystkich dokumentów wykonawcy,

- należytych wykonaniu przez Wykonawcę wszelkich jego zobowiązań wynikających z umowy.

Świadcstwo Wykonania było podstawą do wydania Wykonawcy Końcowego Świadcstwa Płatności

(Dowody: umowa z dnia 14.09.2010 r. z aneksami nr (...) k. 53-167, umowa z dnia 4.03.2011 r. k. 228-239, umowa z dnia 28.06.2011 r. k. 253 -321, umowa z dnia 13.09.2011 r. k. 353-425).

Pozwany płacąc powodowi wynagrodzenie na podstawie przejściowych świadectw płatności zatrzymał z tytułu kaucji alternatywnej i kaucji gwarancyjnej z każdej umów łącznie kwoty:

1. z umowy z dnia 14.09.2010 r.

- z tytułu kaucji alternatywnej kwotę 219 644,30 zł. ,

- z tytułu kaucji gwarancyjnej kwotę 439 288,57 zł.

2. umowy z dnia 4.03.2011 r.

- z tytułu kaucji alternatywnej kwotę 8 698,30 zł.,

- z tytułu kaucji gwarancyjnej kwotę 8 598,31 zł.,

3. z umowy z dnia 28.06.2011 r.

- z tytułu kaucji alternatywnej kwotę 49 546,40 zł.

- z tytułu kaucji gwarancyjnej kwotę 99 092,80 zł.

Pozwany w ogóle nie zapłacił należności objętej FV VAT nr (...) na kwotę 134 158,56 zł. brutto, także wystawioną tytułu wynagrodzenia za wykonanie w/w umowy.

4. z umowy z dnia 13.09.2011 r.

- z tytułu kaucji alternatywnej kwotę 8 823,75 zł.

- z tytułu kaucji gwarancyjnej kwotę 17 647,50 zł.

(Dowody: faktury VAT i certyfikaty płatności częściowej , wnioski o wypłatę , dowody zapłaty na k. 168-216, faktury VAT i certyfikaty płatności częściowej , wnioski o wypłatę , dowody zapłaty nak. 240-249, faktury VAT i certyfikaty płatności częściowej , wnioski o wypłatę , dowody zapłaty na k. 322-349, faktury VAT i certyfikaty płatności częściowej , wnioski o wypłatę , dowody zapłaty na k. 426-428, FV nr FA- (...) k. 346).

Powyższe okoliczności były nadto bezsporne sprawie, jako niekwestionowane przez pozwanego i jako takie nie wymagające dowodzenia w myśl art. 229 kpc i art. 230 kpc.

Pozwany wystawił Świadczenie Wykonania:

- Umowy z dnia 14.09.2010 r. w dacie 21.11.2011 r. Umowa z dnia 14.09.2010 r. została rzeczywiście wykonana najpóźniej w dniu 22.07.2011 r.

- Umowy z dnia 4.03.2011 r. w dacie 26.09.2011 r., roboty zostały zgłoszone do odbioru 6.07.2011 r.

- Z umowy z dnia 28.06.2011 r. pozwany nie wystawił Świadczenia Wykonania, protokół odbioru końcowego robót podpisano w dniu 5.07.2012 r.

- Z umowy z dnia 13.09.2011 r. nie dokonano formalnego odbioru robót. Umowa została przez powoda wykonana, obiekt zaś wraz z robotami powoda został przyjęty do eksploatacji.

(Dowody: protokół odbioru końcowego z dnia 31.08.2011 r. nr 51 k. 220-223 , lista usterek k. 225-227, protokół z dnia 15.11.2011 r. k. 224 , Świadczenie Przejęcia (...) i Świadczenie Wykonania z dnia 21.11.2011 r. k. 217i 218, Świadczenie wykonania z dnia 26.09.2011 r. k.252 , protokół odbioru końcowego z dnia 5.07.2012 r. k. 350 -351, , k. 352, protokoły k. 776-781, Zeznania świadka M. T. k. 949-950).

Odnośnie umowy z dnia 14.09.2010 r. , to termin na ukończenie strony ustaliły ostatecznie na dzień **30.06.2011 r.**

(Dowody: umowa z dnia 14.09.2010 r. z aneksami nr (...) k. 53-167, Okoliczność przyznana przez stronę pozwaną w sprzeciwie od nakazu zapłaty).

Główny przedmiot umowy z dnia 14.09.2010 r. w tym instalacja odwodnienia dachu, został wykonany w marcu 2011 r.. Na kolejnych poziomach przeprowadzono próby ciśnieniowe.

Powód przystąpił z opóźnieniem do prac w łazienkach publicznych, z uwagi na zmiany projektowe oraz brak frontu robót spowodowanym nieukończeniem wcześniejszego etapu przez innego wykonawcę – firmę (...) sp. z o.o. - nie przygotowano posadzek, ścian. Łazienki udostępniono powodowi sukcesywnie dopiero począwszy od maja 2011 r. Powodowi zlecano też w ramach tej umowy, począwszy od kwietnia 2011 r. w oparciu o szereg aneksów, prace dodatkowe.

Data zakończenia robót wskazana w dzienniku budowy nr 30 rok 2011 i protokole odbioru nr (...) z dnia 31.08.2011 r. to **16.06.2011 r.** Roboty te obejmowały tzw. część wspólną w tym także część łazienek. Wykonawca dostarczył dokumentację powykonawczą na wykonane roboty najpóźniej w dniu 14.06.2011 r. Wykonana była też m. in. instalacja

odwodnienia na dachu dużej galerii, jednak wymagała wyłącznie montażu dwóch wpustów i odbioru w tym zakresie nie odbył się w czerwcu 2011 r. z przyczyn niezależnych od powoda.

Po dacie 16.06.2011 r. powód kontynuował prace, co spowodowane było zmianami i przebudową instalacji celem dostosowywania jej do potrzeb poszczególnych najemców, oraz usuwaniem na bieżąco powstających uszkodzeń i ubytków. Opóźnienie co do części łazienek wynikało także z wcześniejszych zmian projektowych, oraz opóźnienia w oddaniu powodowi frontu robót.

Rzeczywistym terminem wykonania robót był dzień 22.07.2011 r.

Pozwany w dacie 26.07.2011 r. **odmówił odbioru w/w robót** w postaci wewnętrznej instalacji wodnokanalizacyjnej na poziomach 0,+1,+2 i instalacji odwodnienia dachu małej galerii **zgłoszonych przez powoda w dniu 22.07.2011 r.**, argumentując brakiem podstaw do odbioru częściowego.

Protokół odbioru końcowego umowy z dnia 14.09.2010 r. nr 51 sporządzono w dniu 31.08.2011 r.

(Dowody: protokół odbioru końcowego z dnia 31.08.2011 r. nr 51 k. 220-223 , lista usterek k. 225-227, : protokół z dnia 15.11.2011 r. k. 224 , Świadcstwo Przejęcia (...) i Świadcstwo Wykonania z dnia 21.11.2011 r. k. 217i 218, Dziennik budowy nr (...) str. 10 k. 147, wiadomości e-mail i protokoły k. 470-785, pismo z dnia 26.07.2011 r. k. 784, pismo z dnia 22.07.2011 r. k.783, dzienniki budowy k. 1063-1307, pismo z dnia 6.05.2011 r. k. 782, mail z dnia 25.07.2012 r. k. 785, zeznania świadka M. B. k. 1341, zeznania świadka J. B. k. 1018, zeznania świadka D. B. k.1018-1020, R. D. k. 949-950, M. T. k. 949-950, zeznania świadka R. K. k.1321, S. G. k. 949-950, R. S. k. 950, M. C. (1) k. 1018-1020 zeznania słuchanego w charakterze powoda L. N. k. 1341-1342, zeznania słuchanego w charakterze powoda Ł. N. k. 1341-1342).

W dacie 11.08.2011 r. wydano decyzje w sprawie pozwolenia na użytkowanie budynku Galeria (...) w zakresie m.in. instalacji wewnętrznych, będących przedmiotem umowy z dnia 14.09.2010 r., z wyłączeniem części dachu, powierzchni najemców, w tym hotelowej i kinowej. Powyższą procedurę uruchomiono wnioskiem **pozwanego z dnia 4.07.2011 r.**

(Dowody : Decyzja z dnia 11.08.2011 r. z uzasadnieniem k. 786-789).

W protokole odbioru nr (...) z dnia 31.08.2011 r. wyznaczono datę naprawy stwierdzonych w załączniku do protokołu **usterek na dzień 27.09.2011 r.** Usterki wynikały z nakładania się prac innych wykonawców na roboty powoda w wyniku czego dochodziło do uszkodzeń i ubytków także w wyniku kradzieży w wyposażeniu, co wymagało uzupełnień i napraw. Brak czujników /usterka pod pozycją 33 protokołu / wynikała z braku uzgodnienia przez pozwanego i poinformowania powoda co do typu urządzenia, które ma być zamontowane. We wrześniu 2011 r. z zakresu umowy wyłączono wodomierze, objęte następnie umową z 13.09.2011 r.

W dniu **15.11.2011 r.** podpisany został protokół **odbioru usunięcia usterek.**

Za pozwanego działał w charakterze kierownika projektu M. C. (1), wskazany w umowie z dnia 14.09.2010 r. w jej pkt 1.19 postanowień szczegółowych jako przedstawiciel pozwanego.

Upoważnienie M. C. (1), wynikało z tego, że był głównym podwykonawcą podmiotu (...) sp. zo.o., który miał kontrakt na prowadzenie inwestycji do 31.10.2011 r. Z uwagi na wygaśnięcie kontraktu wygasło pełnomocnictwo M. C. (2), po tej dacie kontynuował prowadzenie projektu w oparciu o ustne upoważnienie udzielone mu przez pozwanego. W dacie 21.11.2011 r. pełnomocnictwo zostało mu wypowiedziane.

Ostatecznie w **dacie 21.11.2011 r.** pozwany działając przez M. C. (1) wystawił powodowi **Świadcstwo Wykonania** umowy z dnia 14.09.2010 r.

(Dowody: protokół odbioru końcowego z dnia 31.08.2011 r. nr 51 k. 220-223 , lista usterek k. 225-227, protokół z dnia 15.11.2011 r. k. 224 , Świadcstwo Przejęcia (...) i Świadcstwo Wykonania z dnia 21.11.2011 r. k. 217i 218, Dziennik budowy nr (...) str. 10 k. 147, umowa z dnia 14.09.2011 r. z aneksami nr (...) k. 53-167, zeznania świadka M. B. k. 1341, zeznania świadka J. B. k. 1018, zeznania świadka D. B. k.1018-1020, zeznania świadka S. G. k. 949-950, zeznania świadka M. C. (1) k. 1018-1020, zeznania słuchanego w charakterze powoda L. N. k. 1341-1342, zeznania słuchanego w charakterze powoda Ł. N. k. 1341-1342).

Pismem z dnia 12.12.2011 r. pozwany działając poprzez (...) sp. o.o. poinformował powoda, że M. C. (1) w okresie od 1.11.2011 r. do 21.11.2011 r. nie dysponował upoważnieniem do wystawiania dokumentów w imieniu pozwanego w tym Świadcstwa Wykonania. Powód został zmuszony do ponownego podpisania Świadcstwa Wykonania i Przejęcia (...) z datą 1.02.2012 r. Ponownie wskazano w tym ostatnim datę **zakończenia robót na 16.06.2011 r. Także** protokół odbioru usterek podpisano ponownie, tyle że z datą 31.01.2012 r. Odbiorowi i podpisaniu w/w dokumentów nie towarzyszyły żadne czynności odbiorowe.

(Dowody: pismo z dnia 12.12.2011 r. k. 790, Świadcstwo Przejęcia (...) z dnia 1.02.2012 r. k. 793, Świadcstwo Wykonania z 1.02.2012 r. k.794-795, zeznania świadka M. C. (1) k. 1018-1020, zeznania słuchanego w charakterze powoda L. N. k. 1341-1342, zeznania słuchanego w charakterze powoda Ł. N. k. 1341-1342).

W umowie z dnia 14.09.2010 r. w pkt 11.1 strony zastrzegły **karę umowną za zwłokę** m.in. na wypadek:

- niedotrzymania Terminu na Ukończenie (...) jak również
- nieusunięcia w określonym terminie stwierdzonych przy odbiorach wad i usterek.

Odwołano się przy tym do pkt 1.14 części I umowy – postanowienia szczegółowe , która wskazuje na wysokość 0,3 % wynagrodzenia netto za każdy dzień zwłoki , maksymalnie 10 % wynagrodzenia, wskazując jednocześnie, że kara będzie naliczana za każdy dzień, który upłynął **pomiędzy datą wykonania z umowy a rzeczywistą datą zakończenia konkretnych działań.**

Pojęcie Terminu na Ukończenie (...) zdefiniowano w pkt 1.1.41 części II umowy – Postanowienia Ogólne jako: określony w Harmonogramie stanowiącym załącznik nr 4 do niniejszej umowy, czas na ukończenie całości robót i usunięcie w nich wszystkich wad zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy co zostanie potwierdzone uzyskaniem Świadcstwa Wykonania.

Świadcstwo Wykonania zamawiający miał wystawić po ukończeniu wszystkich robót będących przedmiotem umowy włącznie z usunięciem wszelkich stwierdzonych do tego czasu Wad oraz dostarczeniu Zamawiającemu wszystkich dokumentów Wykonawcy.

W umowie nadto w jej pkt 6.1 wskazano, że końcowy odbiór robót dokonywany jest przez zamawiającego po zakończeniu robót i zrealizowaniu całej inwestycji lub jej wyodrębnionego elementu, według decyzji Zamawiającego. Zamawiający miał poinformować Wykonawcę o terminie odbioru końcowego.

Za dzień dokonania odbioru końcowego strony przyjęły dzień podpisania przez Zamawiającego bezusterkowego protokołu odbioru końcowego, po usunięciu przez wykonawcę wad i usterek stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego.

(Dowody: umowa z dnia 14.09.2010 r. z aneksami nr (...) k. 53-167).

Pozwany w dacie 25.06.2012 r. wystawił powodowi notę księgową nr (...) z tytułu kary umownej za zwłokę wykonaniu umowy z dnia 14.09.2010 r. w wysokości 410 396,00 zł. naliczanych za 215 dni zwłoki t.j. za okres od 30.06.2011 r. do 31.01.2012 r.

(Dowody: nota księgową z dowodem odbioru k. 457 k. 851).

Pozwany obciążył powoda także kwotą 12 500 zł z tytułu usunięcia szkody powstałej w dniach 17.03.2011 r. – 21.03.2011 r. po zalaniu parkingu na poziomie – 1 w wyniku usterki – nieszczelności instalacji wodnej na poziomie o powstałej z przyczyn leżących po stronie powoda. Nieszczelność spowodowana była brakiem zaworu.

Prace dodatkowe po zalaniu na zlecenie pozwanego wykonał i wycenił w piśmie z daty 23.03.2011 r. (...) Polska sp. o.o. z dnia wystawiając następnie fakturę VAT nr (...) z dnia 9.01.2012 r., którą pozwany zapłacił.

(Dowody: nota księgową nr (...) z dowodem odbioru k. 852-853, pismo z dnia 23.03.2011 r. k. 854, faktura VAT nr (...) k. 855, polecenie przelewu z dnia 21.03.2012 r. k. 856, umowa z dnia 3.02.2011 r. k. 857-860, zeznania świadka W. W. k. 1018-1020, zeznania świadka M. C. (1) k. 1018-1020, zeznania słuchanego w charakterze powoda L. N. k. 1341-1342, zeznania słuchanego w charakterze powoda Ł. N. k. 1341-1342).

Pozwany oświadczeniami:

- z dnia 28.08.2012 r. dokonał potrącenia jego wierzytelności z tytułu kary umownej 410 396 zł. z wierzytelnościami powoda z faktur nr (...) w łącznej kwocie 249 286,54 zł. ,

- z dnia 5.09.2012 r. dokonał potrącenia jego wierzytelności z tytułu kary umownej 410 396 zł. z wierzytelnościami powoda z faktur (...) na łączną kwotę 8 733 zł.

- z dnia 28.09.2012 r. dokonał potrącenia jego wierzytelności z tytułu kary umownej 410 396 zł. i odszkodowania w wysokości 12 500 zł. w łącznej wysokości 164 876,46 zł. z wierzytelnością powoda z umowy z dnia 14.09.2010 r. z tytułu zwrotu kwoty zatrzymanej /pkt 9.2/ w wysokości 236 983,02 zł.,

Powód zakwestionował skuteczność potrącenia.

(Dowody: oświadczenie o potrąceniu z dnia 28.08.2012 r. k. 464, oświadczenie o potrąceniu z dnia 5.09.2012 r. k. 467, oświadczenie o potrąceniu z dnia 28.09.2012 r. z dowodem odbioru k. 861-862, pismo z dnia 10.09.2012 r. k. 265, pismo z dnia 17.09.2012 r. k. 468).

Pozwany w dniu 1.10.2012 r. zapłacił powodowi kwotę 306 870,01 zł. z czego kwota 72 106,56 zł. stanowiła 50 % kwoty zatrzymania , a kwota 234 763,45 zł. to zwrot kaucji alternatywnej. Pozwany nie wskazał tytułem której z umów dokonuje zapłaty.

W dacie 3.10.2012 r. dokonał kolejnej zapłaty, a to kwoty 110 000 zł. z czego 55 000 zł. było to zwrot połowy kwoty zatrzymania i 55 000 zł to zwrot kaucji alternatywnej. Ponownie nie wskazał z tytułu której umowy dokonuje zapłaty.

Powód dokonał zaliczenia obu wpłat w pierwszym rzędzie na zaległe odsetki oraz na należności główne z umów z dnia 14.09.2010 r., 4.03.2011 r., z dnia 28.06.2011 r. Nie zaliczył w żadnej części wpłaty na poczet należności z umowy z dnia 13.09.2011 r.

Zaliczając na (...) i „kaucję alternatywną” z umowy z dnia 14.09.2010 r. przyjął termin wymagalności roszczenia o zwrot przy uwzględnieniu 14 dni od daty wystawienia mu Świadczenia Wykonania przez M. C. (1) w dniu 21.11.2011 r. W konsekwencji zaliczenia dokonał w pierwszym rzędzie na odsetki z tytułu opóźnienia liczone począwszy od 6.12.2011 r.

Ostatecznie po zaliczeniu przez powoda wpłat, nierozliczona przez niego pozostała nadal kwota:

- **196 607,18 zł.** z ustawowymi odsetkami od dnia 4.10.2012 r. w łącznej wysokości z tytułu kaucji alternatywnej i połowy kwoty zatrzymanej z umowy (...).09.2010 r.,

- **17 647,50 zł.** w łącznej wysokości z tytułu zwrotu kaucji alternatywnej i połowy kwoty zatrzymanej z umowy z dnia 13.09.2011 r.

Powyższe okoliczności w tym sposób w jaki powód dokonał zaliczenia wpłaty były bezsporne sprawie, i jako takie a nie wymagające dowodzenia w myśl art. 229 kpc i art. 230 kpc.

Powód ponadto wykonywał na rzecz pozwanego dodatkowe prace zlecone z tytułu wynagrodzenia za które wystawiał mu faktury VAT.

Powód w związku z wykonaniem:

- zlecenia z daty 15.05.2012 r. wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę **1 722 zł.** z terminem płatności 25.06.2012 r.
- zamówienia nr (...) wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę **2 324,70 zł.** z terminem płatności 25.06.2012 r.,
- zamówienia nr (...) wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę **152 542,09 zł.** z terminem płatności 25.06.2012 r.,
- zamówienia nr (...) wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę **1 394,46 zł.** z terminem płatności 15.08.2012 r.,
- zamówienia nr (...) wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę **1 230 zł.** z terminem płatności 13.08.2012 r.,
- zamówienia nr (...) wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę **6 765 zł.** z terminem płatności 15.08.2012 r.,
- za naprawę awarii z dnia 29.05.2012 r. na poziomie + 2 w Hotelu (...) wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę **1 968 zł.** z terminem płatności 21.08.2012 r.

Pozwany nie zapłacił powyższych należności pomimo wezwania do zapłaty.

(Dowody: VAT nr (...) k. 443, zamówienie z dnia 15.05.2012 r. k. 444, VAT nr (...) k.439, zamówienia nr (...) k. 440, VAT nr (...) k.441, zamówienia nr (...) k. 442, VAT nr (...) k.445, zamówienia nr (...) k 446, VAT nr (...) k. 447, zamówienia nr (...) k. 448, certyfikat płatności k. 449, VAT nr (...) k.450, potwierdzenie wykonania zamówienia k. 451, VAT nr (...) k. 452, pismo z dnia 4.06.2012 r. k. 543).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o powołane powyżej dowody w tym z dokumentów, których autentyczność nie budziła wątpliwości Sądu i nie była kwestionowana przez żadną ze stron.

Sąd dał wiarę także zeznaniom powołanych powyżej świadków , które wzajemnie się potwierdzały i uzupełniały, w tym M. C. (1) i W. W. w zakresie w jakim dotyczących okoliczności i przyczyn zalania parkingu, M. C. (1) i przedstawicieli powoda na okoliczność występowania we wzajemnych stosunkach przez M. C. (1) w charakterze osoby upoważnionej do reprezentacji pozwanego. Sąd dał wiarę także zeznaniom świadków J. B. i D. B. , M. B. , S. G., R. S., R. D. , R. K. i powodów wzajemnie się potwierdzających i uzupełniających , w tym w zakresie okoliczności oraz przebiegu wykonania umowy z dnia 10.09.2010 r., Sąd dał wiarę także świadkowi M. T. w zakresie okoliczności dotyczących wykonania instalacji gazowych. Sąd pominął dowód z opinii biegłego zawnioskowany przez powoda przyjmując, że w/w dowody pozwoliły wyjaśnić okoliczność sporną między stronami w sposób umożliwiający rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie.

Sąd Okręgowy mając na uwadze powyższe zważył co następuje:

Powód domaga się zapłaty kwot:

- 196 60,18 zł. z tytułu zwrotu kaucji alternatywnej i połowy kwoty zatrzymanej z umowy z 14.09.2010 r. ,
- 17 647,50 zł. z tytułu zwrotu przez pozwanego zatrzymanych z należnego wynagrodzenia kwot z tytułu kaucji alternatywnych i połowy Kwoty Zatrzymania z umowy z dnia 13.09.2011 r.,
- 134 158,56 zł. z tytułu zaległego, objętego FV VAT nr (...) wynagrodzenia z umowy (...).06.2011 r.,
- oraz wynagrodzenia z tytułu wykonania dodatkowych zleceń objętych poszczególnymi w/w fakturami VAT.

Fakt zawarcia umów o roboty budowlane jak oraz ich treść były w sprawie bezspornymi. Wysokość zatrzymanych kwot, a także wynagrodzenia z FV nr VAT nr (...), także była bezsporna.

Pozwany nie kwestionował także okoliczności zlecenia powodowi dodatkowych prac, ich wykonania i wysokości należnego z tego tytułu wynagrodzenia, objętego wskazanymi w pozwie fakturami.

Odmawiając zapłaty pozwany podniósł zarzut potrącenia, bezzasadny w ocenie Sądu zarówno w zakresie kary umownej naliczonej na podstawie umowy z dnia 14.09.2010 r. za zwłokę w wykonaniu jak i odszkodowania za zalanie parkingu , a to z uwagi na niewskazanie podstaw do naliczenia kary umownej oraz niewykazania roszczenia o odszkodowawczego co do wysokości.

Potrącenie jest instytucją prawa materialnego, którą reguluje art. 498 § 1 kc gdy dwie osoby są jednocześnie 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 oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym.

§ 2. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej.

Zgodnie natomiast z art. 499 kc potrącenia dokonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. (...).

Do zarzutu potrącenia mają zastosowanie wymagania stawiane wobec pozwu w zakresie określenia żądania, przytoczenia okoliczności faktycznych oraz wskazania dowodów, w szczególności dokładnego określenia wierzytelności, jej wysokości, wykazania jej istnienia.

Stosownie do art. 483 kc kara umowna może być zastrzegana tylko za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego. Możliwym jest zastrzeżenie kary umownej za nienależyte wykonanie zobowiązania, gdy świadczenie zostało spełnione przez dłużnika, ale w sposób nienależyty, tzn. gdy zaistniała rozbieżność między zakresem zaspokojenia wierzyciela przewidzianym w treści zobowiązania a zaspokojeniem uzyskanym w rzeczywistości. Rozbieżność ta może dotyczyć takich elementów wykonania należytego, jak termin świadczenia.

Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się przy tym w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, zgodnie z art. 471 k.c. W konsekwencji to na wierzycielu spoczywa ciężar dowodu /art. 6 kc/, że umowa nie została należycie wykonana. Na pozwanym, że nie ponosi za to odpowiedzialności.

Należy także pamiętać, że karę umowną zastrzeżono na wypadek zwłoki powoda. Stosownie do art. 476 kc dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie(...). Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W sytuacji gdy strony umowy przewidziały kary umowne za zwłokę w oddaniu przedmiotu umowy, a kodeks cywilny wyraźnie odróżnia zwłokę od zwykłego opóźnienia, uznanie przez sąd, że wierzyciel ma prawo do naliczania kar umownych za faktyczny okres opóźnienia, narusza art. 476 k.c., który przez zwłokę rozumie tylko takie opóźnienie, które jest następstwem okoliczności za które dłużnik ponosi odpowiedzialność /IV CSK 299/12 wyrok SN 2013-02-08 LEX nr 1314429/.

W przedmiotowej sprawie na pozwanym podnoszącym zarzut potrącenia kary umownej z tytułu zwłoki, spoczywał ciężar dowodzenia, iż powód nienależycie wykonał zobowiązanie, oddając prace po umówionym terminie. Powód winien wykazać, iż ewentualne opóźnienie nastąpiło z przyczyn niezawinionych przez niego, w efekcie nawet w przypadku naruszenia terminu nie pozostawał w zwłoce.

Rozważając przesłanki naliczenia kary umownej za zwłokę w pierwszym rzędzie należało wskazać na rozbieżność w zapisach umowy. Karę umowną zastrzeżono na wypadek m.in. zaistnienia alternatywnych zdarzeń:

- niedotrzymania **Terminu na Ukończenie** (...), jak również

- nie usunięcia w określonym terminie stwierdzonych przy odbiorach wad i usterek / pkt 11.1 k. 69 /.

Przy czym wyjaśniono , że kara będzie naliczana za każdy dzień, który upłynął **pomiędzy umowną datą wykonania z umowy a rzeczywistą datą zakończenia konkretnych działań.**

Powyższe przemawia za posługiwaniem się na potrzeby ustalenia przesłanek do naliczania kary umownej pojęciem rzeczywistego terminu ukończenia robót i rzeczywistego terminu usunięcia stwierdzonych usterek.

Powyższej interpretacji nie stoi na przeszkodzie brzmienie umownej definicji Terminu na ukończenie robót zawartej w części ogólnej umowy /k. 58 pkt 1.1.41/, do którego także odwołuje się zastrzeżenie kary umownej , a który pozostaje w sprzeczności z treścią dwóch postanowień umowy regulujących kwestie bardziej szczegółowe w pkt 1.14/ k. 54/ oraz pkt 11.1 /k. 69/. Z treści części szczegółowej rozróżniono wyraźnie dwie sytuacje, wykonania umowy oraz usunięcia wad czy usterek. Cel umowy jest oczywisty, także co do zastrzeżenia kary przy uwzględnieniu rzeczywistego wykonania czynności.

Niezasadny jest powoływanie się przez pozwanego na datę podpisania bezusterkowego protokołu odbioru , jako tożsamego z wykonaniem umowy i przesłanką do naliczeni kar umownych także ze względu na zapis pkt 6.1 część II Postanowienia Ogólne, w którym to decyzji zamawiającego pozostawiono dokonanie odbioru końcowego, o czym miał poinformować powoda o terminie odbioru /k. 64/. Skoro uznaniu pozwanego pozostawiono datę odbioru końcowego, to ten nie może z tego wyciągać dla powoda negatywnych skutków w postaci kar umownych.

Za daniem pierwszeństwa postanowieniom części szczegółowej przemawia także interpretacja systemowa umowy, dająca pierwszeństwo postanowieniom bardziej szczegółowym przed ogólnymi.

Kolejną kwestią jest, że przy wykładni umowy wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę. Ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień umowy, nie dających usunąć się w drodze wykładni, powinna bowiem ponieść strona, która zredagowała umowę. /II PK 293/12 wyrok SN 2013-06-04 LEX nr 1331290/. Podsumowując, przyjęcie w świetle brzemienia części szczegółowej w pkt 11.1 i 1.14, że pod pojęciem ukończenia robót rozumie się wyłącznie bezusterkowy ich odbiór końcowy, o którym mowa w części ogólnej, byłoby nadinterpretacją niekonsekwentnych postanowień umowy, bezpodstawnie dokonaną na niekorzyść powoda.

Pozwany podnosząc zarzut potrącenia kary umownej winien wykazać zatem, nienależyte wykonanie umowy przez powoda, bądź to:

- przez rzeczywiste przekroczenie umownego terminu wykonania robót 30.06.2011 r.,
- czy też przekroczenia terminu do usunięcia wad 27.09.2011 r.

Powyższe rozważania odnośnie procedury sporządzania odbiorów, wykluczają też ustalenie daty rzeczywistego wykonania robót , o którym mowa w części zastrzegającej kary umowne, wyłącznie w oparciu datę protokołu bezusterkowego odbioru z dnia 15.11.2011 r., zwłaszcza, iż powód podnosił, iż był gotowy do odbioru, którego nie dokonano z przyczyn od niego niezależnych, w dacie wcześniejszej.

Odnośnie rzeczywistego zakończenia wykonania umowy z dnia 14.09.2010 r. to Sąd przyjął, iż jeśli nie miało to miejsca jak w wskazano w dzienniku budowy i protokole z dnia 31.08.2011 r. w dniu 16.06.2011 r., to najpóźniej nastąpiło to w dacie 22.07.2011 r. kiedy powód zgłosił roboty do wykonania. Wykonanie robót potwierdza także wydanie w dacie 11.08.2011 r. pozwolenia na użytkowanie obiektu. Należy tu również mieć na uwadze treść protokołu nr 51 z dn. 31.08.2011r. (k. 220), gdzie przedstawiciele strony pozwanej ujawnili w treści powyższego, że data zakończenia robót to 16.06.2011r.,

a data oddania dokumentacji powykonawczej to 14.06.2011r.

Przyjmując przekroczenie terminu umownego 30.06.2011 r. należy mieć jednak na uwadze, że było ono niezawinione przez powoda, jako że spowodowane było, bądź to nieoddaniem mu frontu robót w zakresie łazienek na czas, koniecznością uzupełniania ubytków w instalacjach powstających na skutek kradzieży ich elementów w

niezabezpieczonym obiekcie, naprawy uszkodzeń powstających w wyniku pracy innych wykonawców, których roboty towarzyszyły bądź to nakładały się na prace powoda. Dokonywano także zmian w instalacji dostosowując ją do potrzeb poszczególnych najemców. Odnośnie odwodnienia dachu dużej galerii, do jego wykończenia koniecznym było wyłącznie zamontowanie dwóch w stosunku do całości robót niewielkich elementów, a co pomimo gotowości powoda nie było możliwym ponownie z przyczyn niezależnych od niego. Powyższe wyklucza zatem, iż powód pozostawał w kwalifikowanym opóźnieniu tj. w zwłoce.

Przyjmując nawet, że naliczenie kary umownej z uwagi na zwłokę powoda w wykonaniu w/w umowy za okres do 22.07.2011 r., czy też do dnia 15.11.2011 r. było zasadnym to Sąd uwzględnił wniosek powoda o miarkowanie kary umownej stosując art. 484 § 2 kc, zgodnie z którym jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Ustawodawca, posługując się w art. 484 § 2 kc abstrakcyjnym i niedookreślonym pojęciem rażąco wygórowanej kary umownej oraz nie wskazując jednoznacznie kryteriów, które rozstrzygałyby o nadmiernej wysokości kary umownej i nie podając również hierarchii takich kryteriów, chciał w ten sposób zapewnić możliwość elastycznego stosowania instytucji miarkowania kary umownej, opierającej się w dużym stopniu na uznaniu sędziowskim, uwzględniającym konkretne okoliczności sprawy / I ACa 368/13 wyrok s.apel. 2013-08-30 w W. LEX nr 1366146/.

Mając na uwadze powyższe należy podnieść, że zobowiązanie zostało w całości wykonane, usterki usunięte, biorąc zaś pod uwagę okoliczności towarzyszące wykonaniu umowy rozmiar i kompleksowości robót zleconych powodowi, naliczona kara umowna nawet w wysokości odpowiadającej przedziałowi czasu od 30.06.2011 r. do 22.07.2011 r., czy też do

15.11.2011 r. byłaby nadmiernie wygórowana. Powód na bieżąco dostosowywał się do zmieniających się wymagań inwestora, nadto po usunięciu nieistotnych z punktu widzenia całego przedsięwzięcia usterek, w części niespowodowanych działaniami powoda, pozwany nie zgłaszał uwag co do jakości robót. Pozwany nie wskazał też, aby poniósł z tytułu ewentualnego przekroczenia terminu jakkolwiek szkodę, albo inne negatywne konsekwencje.

Sąd podziela także pogląd, że miarkowanie kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki w spełnieniu całości świadczenia jest co do zasady dopuszczalne także ze względu na wykonanie przez dłużnika zobowiązania w znacznej części, ale należy brać pod uwagę konkretne okoliczności faktyczne, które pozwalają ocenić czy i ewentualnie w jakim stopniu częściowe wykonanie robót przed popadnięciem w zwłokę zaspokajało interes wierzyciela, a więc w przypadku robót budowlanych wykonanie wyodrębnionych prac pozwala wierzycielowi na korzystanie z ich rezultatu /V ACa 780/12 wyrok s.apel. 2013-02-27 w K. LEX nr 1289452/.

W przedmiotowej sprawie pozwany korzystał z przedmiotu umowy jeszcze przed dokonaniem formalnego odbioru, składając na początku lipca 2011 r. wniosek o zezwolenie na korzystanie z części obiektu i je otrzymując na początku sierpnia 2011 r. /decyzja z dnia 11.08.2011 r. z uzasadnieniem k. 786-789/.

Zarzut potrącenia także w pozostałym zakresie okazał się bezzasadnym. Pozwany nie wykazał wysokości poniesionej szkody z tytułu zalania parkingu /art. 361 § 2 kc/.

Nie były ku temu miarodajna wyłącznie faktura VAT wystawiona przez podmiot, który dokonał usunięcia skutków zalania. Dla powyższego nie były też wystarczającymi zeznania świadków. Pozwany winien wykazać tak zakres uszkodzeń, jak i to, że poniesiony koszt naprawy odpowiadał normalnym tego rodzaju kosztom. Pozwany winien wykazać także odwołując się do adekwatnego związku przyczynowego, że żądane odszkodowania obejmuje faktycznie zwykle, regularne następstwa przyczyny. Ocena czy zakres naprawy i poniesiony koszt odpowiadał rozmiarowi zniszczeń wymagał wiadomości specjalnych. Na powyższe pozwany nie zawnioskował dowodu z opinii biegłego, co było o tyle koniecznym, że powód kwestionował rozmiar i wysokość kosztów usunięcia skutków zaistniałego zdarzenia.

Niezasadnym okazał się także kolejny zarzut w zakresie wskazanego przez powoda zaliczenia dokonanych wpłat, przy czym sam sposób zaliczenia jako element ustaleń faktycznych był bezspornym, pozwany kwestionował jego zasadność.

Pozwany zakwestionował co do zasady termin w jakim miał popaść w opóźnienie co do zwrotu Gwarancji Dobrego Wykonania /kaucja alternatywna/ wskazując, że ten w związku z procedurą dotyczącą rozliczeń i wymagalnością roszczenia wraz z ostatnią płatnością poświadczoną w Końcowym Świadectwie Wykonania, zaczynałby się dopiero po 24 dniach od daty wystawienia Świadectwa Wykonania. Wskazał też na brak Końcowych Świadectw Płatności.

Pozwany jednocześnie nie sprecyzował w żaden sposób termin wymagalności której konkretnie z kwot z tytułu podlegających zwrotowi kaucji alternatywnych kwestionuje.

Sąd miał na uwadze, że zwrot był przewidziany w umowach po ostatecznym rozliczeniu się stron, przy ostatniej płatności dokonanej przez pozwanego po wydaniu Końcowego Świadectwa Płatności, którego podstawą było Świadectwo Wykonania. Uwzględniając rozmiar przedsięwzięcia, zrozumiałym jest, że w/w umownie przewidziane świadectwa, były pomocne przy rozliczaniu się stron z wykonanych robót i dokonanych płatności. Pamiętać przy tym należy cel w jakim „kaucja alternatywna” została ustanowiona, a to zabezpieczenia wykonania ogółu zobowiązań przez wykonawcę. Zasadnym jest więc przyjęcie, że z chwilą faktycznego wykonania tych zobowiązań traciła rację bytu, w konsekwencji racjonalnym było ustalenie że podlegała zwrotowi wraz z zapłatą ostatniego z danej umowy wynagrodzenia. Świetle powyższego brak jednak podstaw do przyjęcia, że wyłącznie w/w dokumenty stanowiły przesłankę wymagalności roszczenia o zwrot zatrzymanej uprzednio wraz z płatnością wynagrodzeń częściowych, kaucji. Skoro wynagrodzenie z potrącenie kaucji zostało zapłacone, umowy przez powoda zostały wykonane, w efekcie czego jego zobowiązania wygasły, „kaucja alternatywna” zabezpieczająca wykonanie tych zobowiązań winna podlegać zwrotowi w całości, bez względu na to czy sporządzono przewidziane w umowie świadectwa.

Pozwany dla skuteczności zarzutu, nie dysponując mającymi na tę okoliczność walor dowodowy Końcowymi Świadectwami Płatności, kwestionując jednak terminy wymagalności przyjęte przez powoda, winien wskazać i wykazać kiedy faktycznie ziściły się przesłanki wymagalności zwrotu każdej z kaucji. Rozkład ciężaru dowodu (art. 6 k.c.) nie może być rozumiany w ten sposób, że ciężar dowodu zawsze spoczywa na powodzie. Na stronie pozwanej spoczywa ciężar udowodnienia ekscpecji i faktów uzasadniających oddalenie powództwa. Obrona pozwanego ograniczyła się tymczasem do odwołania się do zapisów umowy ustanawiających formalną procedurę rozliczeń i powołania się na potencjalne terminy.

Pozwany sprecyzował natomiast kolejny zarzut, a to kwestionując datę wymagalności zwrotu 50 % (...) /kaucja gwarancyjna/ z umowy z dnia 14.09.2010 r., podnosząc, że termin do jej zwrotu zaczął biec dopiero od dnia 1.02.2012 r. tj. daty wydania ponownego Świadectwa Wykonania, nie zaś od wydania Świadectwa Wykonania z dnia 21.11.2011 r.

Pozwany bezzasadnie kwestionuje skuteczność wobec powoda wydania mu w dniu 21.11.2011 r. zaświadczenia przez M. C. (1), pełniącego funkcję kierownika projektu. Bezspornym było, iż osoba ta była upoważniona do wystawiania w/w dokumentów w imieniu pozwanego i jako reprezentant pozwanego została wpisana w umowie. Pełnomocnictwo to wygasło w związku z wygaśnięciem kontraktu na prowadzenie projektu z dniem 31.10.2011 r. M. C. (1) kontynuował jednak reprezentację pozwanego w oparciu o udzielone mu przez pozwanego ustnie pełnomocnictwo, wypowiedziane dopiero w dniu 21.11.2011 r. Powyższe wynikało z zeznań M. C. (1), wiarygodnych w świetle okoliczności sprawy. Już z tego względu należało uznać, że Zaświadczenie Wykonania z daty 21.11.2011 r. zostało skutecznie wydane, roboty zaś po usunięciu usterek w tej dacie odebrane.

Kolejną kwestią jest, że nawet jeśli przyjąć, iż w tej dacie nie było spornego pełnomocnictwa do reprezentowania pozwanego, to powodowi nie było wiadomym, iż dotychczasowy kierownik projektu je utracił. Przy czym ze względu na domniemanie dobrej wiary, ciężar udowodnienia, że druga strona wiedziała lub z łatwością mogła się dowiedzieć o wygaśnięciu umocowania, spoczywa na tym, kto się na tę okoliczność powołuje, czyli na pozwanym.

Powód dowiedział się o braku umocowania tej osoby dopiero w piśmie z dnia 12.12.2011 r., co wynika tak z treści samego pisma jak i zeznań powoda.

Jeżeli chodzi o znaczenie i charakter prawny odbioru /do którego sprowadza się towarzyszące mu wydanie Zaświadczenia Wykonania/ z umowy o roboty budowlane, to istnieje pogląd, który traktuje odbiór jako czynność prawną aprobującą, a nie tylko czynnością o charakterze faktycznym /Prawo zobowiązań – część szczegółowa System Prawa Prywatnego tom 7, 2011 prof. dr hab. J. R./.

Stosownie do art. 105 kc jeżeli pełnomocnik po wygaśnięciu umocowania dokona w imieniu mocodawcy czynności prawnej w granicach pierwotnego umocowania, czynność prawna jest ważna, chyba że druga strona o wygaśnięciu umocowania wiedziała lub z łatwością mogła się dowiedzieć.

W świetle powyższego czynność prawna odbioru i związane z tym wydanie świadectwa przez dotychczasowego pełnomocnika w granicach jego uprzedniego umocowania było ważne. Nawet jeśli uznać, że wydanie spornego Zaświadczenia nie było czynnością prawną, ale faktyczną to nadal zasadnym jest przyjęcie, analogicznie do powyższej regulacji, że czynność taka dokonana w ramach pierwotnego umocowania była wobec powoda skuteczną. Pozwany nie zadbał o poinformowanie swojego kontrahenta o wygaśnięciu tego umocowania i skutkami tego nie można zaś obarczać powoda, działającego w dobrej wierze.

Pozwany podniósł także zarzut braku wymagalności roszczenia z umowy z dnia 13.09.2011 r. z uwagi na brak protokołu odbioru. Pozwany argumentował, że odbiór końcowy nie nastąpił, jako że powód nigdy o dokonanie tego odbioru nie wystąpił do pozwanego. Strony przy tym ustaliły szczegółową procedurę dokonywania odbioru, która nie została zrealizowana.

Sąd Okręgowy miał na uwadze stanowisko judykatury w przedmiocie istoty odbioru robót. Artykuł 647 k.c. stanowi, że inwestor zobowiązany jest m.in. do "odbioru obiektu" wybudowanego przez wykonawcę, nie przesądzając formy tego odbioru. Ustalona praktyka oraz treść umów najczęściej przewidują formę pisemną w postaci tzw. protokołu odbioru. Dokument taki ułatwia, a niekiedy - zwłaszcza przy robotach o wielkich rozmiarach, albo przy tzw. zanikowych - wręcz warunkuje możliwość i prawidłowość rozliczenia stron. Nie oznacza to jednak, jak to zdaje się uważać pozwany, że jest to jedyna i wyłączna podstawa formalna, od istnienia której uzależnione jest naliczenie wynagrodzenia i data jego wymagalności. Do przyjęcia takiej tezy brak jest uzasadnienia w przepisach kodeksu cywilnego, które nawet dla samej umowy przewidują formę pisemną jedynie dla celów dowodowych (art. 648 § 1 k.c.). Dlatego też nie można wykluczyć, że w okolicznościach konkretnej sprawy może dojść do faktycznego odbioru obiektu bez sporządzenia formalnego protokołu /wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 1997 r. II CKN 446/97/.

Innymi słowy niezależnie od tego czy odbiór ma charakter czynności prawnej czy faktycznej, jeśli chodzi o sam protokół odbioru, to stanowi on tylko pokwitowanie.

W sytuacji faktycznego przyjęcia robót przez zamawiającego, nie może on zwalczać żądania zapłaty wynagrodzenia z tej tylko przyczyny, że nie został sporządzony - nawet przewidziany w umowie - formalny protokół ich odbioru. Okolicznością, której znaczenia dla określenia aktualizacji obowiązku zapłaty wynagrodzenia nie sposób przecenić, jest w takiej sytuacji fakt przejęcia przez inwestora obiektu wraz ze wszystkimi wykonanymi robotami, zwłaszcza w sytuacji rozpoczęcia w nim prowadzenia normalnej działalności gospodarczej /I ACa 276/12 wyrok s.apel. 2012-07-25 w S./.

W świetle powyższego istotnym staje się to, że pozwany powołując się na brak zrealizowania procedury i wydania protokołu odbioru, nie kwestionował że roboty objęte tą umową faktycznie zostały wykonane i wydane, wynagrodzenie z wyłączeniem potrąconych kwot zapłacone. Na powyższe nie wskazuje także zgromadzony materiał dowodowy. Ponadto obiekt w którym wykonane zostały przez powoda roboty został oddany do użytku i prowadzona jest w nim działalność gospodarza. W konsekwencji wymagalności roszczenia o zwrot zatrzymanych z wynagrodzenia kwot nie stał na przeszkodzie brak sporządzenia formalnego protokołu odbioru, i wydania przewidzianych umową świadectw.

Powyższe uzasadniało uwzględnienie powództwa w zakresie zwrotu kaucji alternatywnej i połowy kaucji gwarancyjnej w całości wraz z odsetkami od dnia wniesienia pozwu.

Sąd uwzględnił w całości żądanie pozwu w zakresie zapłaty wynagrodzenia z tytułu zleceń dodatkowych, jak też niezapłaconej faktury VAT nr (...) wynagrodzenia z umowy (...).06.2011 r. Pozwany nie kwestionował tego roszczenia tako do zasady jak i wysokości. Odmawiając zapłaty powołał się na bezskuteczny zarzut potrącenia .

Ostatecznie mając na uwadze ustalony stan faktyczny i poczynione rozważania Sąd uwzględnił powództwo w całości na podstawie art. 647 kc, art. 484 kc , art. 481 kc i art. 498 kc oraz art. 6 kc.

W przedmiocie kosztów postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 98 kpc statuującego odpowiedzialność za wynik postępowania.

Sąd rozpoznał przedłożony przez powoda spis kosztów /k. 1339/ uwzględniając koszt opłaty od pozwu 25 818 zł. , koszt postępowania zabezpieczającego w postaci opłaty od wniosku o zabezpieczenie – 100 zł., kosztu wpisu trzech hipotek przymusowych w łącznej wysokości 617 zł. , koszt dojazdu pełnomocnika powoda na rozprawę na trasie R. - K. w wysokości 1 123,28 zł., oraz koszty dojazdu członka zarządu na trasie K.-R. w wysokości 561,64 zł.

Sąd uwzględniając koszt zastępstw a procesowego w postępowaniu zabezpieczającym przyjął kwotę 120 zł. x 3, w oparciu o § 7 pkt 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (...).

Sąd oddalił wniosek w zakresie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu zażaleniowym uznając, że koszty te wchodzi w skład zastępstwa procesowego pełnomocnika w sprawie, uwzględniając jednocześnie wniosek w zakresie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu sądowym w kwocie 14 400 zł. t.j. w dwukrotnej wysokości stawki minimalnej.

Zarządzenie:

1. Odpis wyroku wraz z uzasadnieniem doręczyć:

- pełnomocnikowi powoda,
- pełnomocnikowi pozwanego.

2. K.. 14 dni.