

*Sygn. akt VI ACa 975/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 4 kwietnia 2014 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA – Teresa Mróz*

*Sędzia SA – Małgorzata Kuracka (spr.)*

*Sędzia SO (del.) – Marcin Strobel*

*Protokolant: – sekr. sądowy Beata Pelikańska*

*po rozpoznaniu w dniu 4 kwietnia 2014 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z.*

*przeciwko Gminie N.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji powódki*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 17 kwietnia 2013 r.*

*sygn. akt XXV C 674/11*

*I oddala apelację;*

*II zasądza od (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z. na rzecz Gminy N. kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.*

*Sygn. akt VI ACa 975/13*

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 17 kwietnia 2013 r. po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z. przeciwko Gminie N. o zapłatę z tytułu zwrotu zatrzymanej przez pozwanego kaucji gwarancyjnej należytego wykonania umowy, kwoty 188 876,43 zł z odsetkami od 30 października 2002 r., a także orzekł o kosztach procesu.

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło na podstawie następujących ustaleń faktycznych i rozważań prawnych.

Sąd Okręgowy ustalił, że w trybie ustawy o zamówieniach publicznych z 10 czerwca 1994 r. Zarząd Miasta w N. (jako zamawiający) prowadził postępowanie na realizację inwestycji: opracowanie dokumentacji projektowej oraz budowę pod klucz hali sportowo – widowiskowej wielofunkcyjnej w N..

Następnie w dniu 21 marca 1996 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane, której przedmiot stanowiła realizacja kompleksowego opracowania dokumentacji projektowej oraz budowa na jej podstawie „pod klucz” hali sportowo - widowiskowej w N. przy ul. (...) (§1). Strony określiły termin rozpoczęcia realizacji umowy na dzień podpisania umowy, a termin zakończenia na dzień 31 sierpnia 1997 roku (§2). W § 3 podano, że integralnymi składnikami zawartej umowy są:

- 1) zaproszenie do składania ofert wstępnych - załącznik nr 1,
- 2) oferta wstępna - załącznik nr 2,
- 3) zaproszenie do składania ofert ostatecznych - załącznik nr 3,
- 4) szczegółowe warunki udzielenia zamówienia publicznego w trybie negocjacji z zachowaniem konkurencji - załącznik nr 4,
- 5) szczegółowe warunki kontraktu - załącznik nr 5,
- 6) ogólne warunki kontraktu - załącznik nr 6,
- 7) decyzja o stanie prawnym nieruchomości - załącznik nr 7,
- 8) decyzja o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu - załącznik nr 8,
- 9) wzór formularza oferty ostatecznej - załącznik nr 9,
- 10) oferta ostateczna wykonawcy - załącznik nr 10,
- 11) projekt techniczny/po opracowaniu i zatwierdzeniu/ - załącznik nr 11,
- 12) uzgodniona koncepcja budowy hali sportowej - załącznik nr 12,
- 13) harmonogram realizacyjny zadania - załącznik nr 13,
- 14) harmonogram rzeczowo - finansowy - załącznik nr 14,
- 15) protokół uzgodnień do umowy - załącznik nr 15,
- 16) gwarancje bankowe wykonawcy - załącznik nr 16 (§ 3).

W świetle postanowień umowy, roboty miały być wykonane do 31 sierpnia 2000 r. Zamawiający miał zapłacić wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 3.098.000 zł łącznie z podatkiem VAT. Jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy, wykonawca miał wnieść w sposób określony w rozporządzeniu MGPIB z dnia 30 grudnia 1994 roku kwotę 30% z 3% wartości ryczałtowej przedmiotu zamówienia. Przewidziano, że po wykonaniu dokumentacji projektowej wykonawca powyższą kwotę uzupełni w stosunku do wartości robót objętych rozliczeniem ryczałtowo - ilościowym lub zamawiający potrąci ją z należności za opracowanie dokumentacji.

Przewidziano ponadto, że z każdej faktury zamawiający będzie potrącał 3% jej wartości, tworząc w ten sposób zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Zwrot wnoszonego zabezpieczenia miał nastąpić w 70% w ciągu 30 dni po ostatecznym odbiorze, natomiast pozostałe 30% zabezpieczenia miało zostać zwolnione w ciągu 14 dni po upływie okresu rękojmi. Wnoszone w pieniądzu zabezpieczenie należytego wykonania umowy miało być w dniu jego wnoszenia wpłacane na rachunek bankowy zamawiającego i w chwili zwrotu powiększone o narosłe odsetki (pkt 38). Okres gwarancyjny ustalono 36 miesięcy od odbioru końcowego (pkt 39). Inspektor nadzoru miał dokonywać odbioru częściowego robót/etapu/asortymentu robót lub robót dodatkowych w terminie 14 dni od otrzymania od kierownika budowy zgłoszenia o ich ukończeniu wraz z kompletem wymaganych dokumentów. Zamawiający miał

dokonać odbioru końcowego przedmiotu umowy w ciągu 21 dni od dnia potwierdzenia przez inspektora nadzoru zakończenia robót i kompletności oraz prawidłowości operatu kolaudacyjnego, natomiast odbioru ostatecznego miał dokonać w ciągu 14 dni od dnia zakończenia okresu gwarancyjnego (pkt 40).

Umowa zawarta pomiędzy stronami obejmowała wykonanie następujących prac: opracowanie dokumentacji niezbędnych do uzyskania zezwolenia na budowę, wykonanie hali sportowej - w ramach tego wykonanie robót budowlanych ziemnych, fundamentów, podłoża betonowego, konstrukcji stalowej i jej montaż, ścian przyziemia i wymurowanie zewnętrznych i wewnętrznych, wykonanie konstrukcji trybun żelbetowo - stalowych, ścianek działowych podsufitki, obudowanie hali blachą wewnętrzną i zewnętrzną, wykonanie ocieplenia, wykonanie stolarki i szklenie ścian szczytowych, dostarczenie okien ścian podłużnych i ich montaż, szklenie ścian szczytowych, osadzenie drzwi, wykonanie okładzin wewnętrznych i elewacji, wykonanie nawierzchni, ułożenie posadzki zaplecza. Przewidziano również wykonanie instalacji elektrycznej hali, pomieszczenia zaplecza i instalacji wodno-kanalizacyjnej, c.w., przeciwpożarowej, instalacji wentylacyjno - grzewczej hali, pomieszczenia zaplecza, instalacji telefonicznej, TV, nagłośnienie podejścia. Również na zapleczu przewidziano wykonanie robót budowlanych: roboty ziemne: fundamenty, podłoże betonowe, konstrukcje stalowe z montażem, wykonanie ścian zewnętrznych, konstrukcji żelbetowych, schody, stropy, dach, ocieplanie, wykonani stolarki, ślusarki - dostarczenie okien i ich montaż oraz montaż drzwi, wykonanie ścianek działowych i podsufitki z płyt G-K oraz ścianek stalowych i podsufitki i okładzin wewnętrznych, posadzki, elewacji, wykonanie robót instalacyjnych: instalacji elektrycznej, instalacji wodno-kanalizacyjnej, c.w., przeciwpożarowej, instalacja wentylacyjno - grzewczej, instalacji telefonicznej, rtv, nagłośnienie podejścia.

W ocenie Sądu Okręgowego w zakres objęty umową wchodziły również trybuny. Wniosek taki należało wysnuć w oparciu o treść art. 65 k.c. na podstawie całokształtu materiału dowodowego. Wykonanie konstrukcji żelbetowo-stalowych trybun było bowiem objęte zgodnym zamiarem stron.

Następnie wykonawca przystąpił do realizacji umowy. Poszczególne etapy były odbierane przez zamawiającego. I tak: w dniu 27 sierpnia 1996 roku odebrano roboty ziemne i prefabrykację fundamentów (protokół odbioru - k. 187). W dniu 6 września 1996 roku wykonawca wystawił fakturę VAT nr (...) na kwotę 107 000 złotych brutto (100 000 złotych netto). W dniu 24 września 1996 roku odebrano roboty ziemne i fundamenty (protokół odbioru - k. 191). W dniu 24 września 1996 roku wykonawca wystawił fakturę VAT nr (...) za konstrukcję stalową na kwotę 174 100 zł brutto (162 710,28 złotych netto). W dniu 1 października 1996 roku wykonawca wystawił fakturę VAT nr (...) za roboty ziemne i fundamenty na łączną kwotę 75 370,80 złotych brutto (70 440 złotych netto). W dniu 28 października 1996 r. odebrano roboty w zakresie konstrukcji stalowej. W dniu 29 października 1996 roku wykonawca wystawił fakturę VAT nr (...) za konstrukcję stalową na kwotę 38 300 złotych brutto (35 794,39 złotych netto). W dniu 28 października 1996 roku odebrano roboty budowlane. W dniu 29 października 1996 roku wykonawca wystawił fakturę VAT nr (...) za roboty budowlane na kwotę 39 529,29 złotych brutto (36 943,18 złotych netto). W dniu 28 listopada 1996 roku odebrano roboty w zakresie ścian przyziemia zewnętrznych. W dniu 6 grudnia 1996 roku wykonawca wystawił fakturę VAT nr (...) za roboty budowlane na łączną kwotę 37 290 złotych brutto (34 850,47 złotych netto). W dniu 9 grudnia 1996 roku odebrano roboty w zakresie ścian zewnętrznych, dostarczenia blachy wewnętrznej. W dniu 9 grudnia 1996 roku wykonawca wystawił fakturę nr (...) na kwotę 215 610 złotych brutto (201 504,67 złotych netto). Dalsze protokoły i faktury, zbiorcze zestawienie opłat wskazują, że zatrzymano łącznie kwotę 104 677,87 zł.

Pismem z dnia 23 marca 1998 roku i zapisem w dzienniku budowy z dnia 18 czerwca 1998 roku wykonawca zgłosił gotowość do odbioru. Było to po upływie 7 miesięcy od daty zakończenia robót wskazanej w umowie z dnia 21 marca 1996r.

Zamawiający pismem z dnia 31 marca 1998 roku skierowanym do wykonawcy przesłał notę odsetkową nr (...) tytułem kar umownych za zwłokę w wykonaniu umowy na łączną kwotę 422 953,52 zł.

W dniu 8 kwietnia 1998 roku zebrała się komisja do odbioru hali. Dokonano oględzin w obecności kierownika budowy ze strony wykonawcy. Komisja wskazała szczegółowo wszystkie usterki w obrębie hali sportowej i sposób ich

naprawienia, w tym m.in. zobowiązanie wykonawcy do dostarczenia trybun zgodnie z projektem. Komisja wyznaczyła termin usunięcia usterek wraz z dostarczeniem dokumentacji powykonawczej oraz niezbędnych protokołów do dnia 20 kwietnia 1998 roku.

W dniu 22 kwietnia 1998 roku komisja odbioru stwierdziła istnienie wad bądź odstępstw od kompleksowości, które nie kwalifikują inwestycji do odbioru końcowego i przekazania do użytku, wymieniając m.in. brak trybun na widowni hali, niesprawność wentylacji. Komisja przerwała czynności wyznaczając termin usunięcia braków do dnia 30 maja 1998 roku.

W dniu 6 maja 1998 roku doszło do kolejnego spotkania zamawiającego z wykonawcą, z którego to spotkania została sporządzona notatka służbowa. Wykonawca zobowiązał się dostarczyć do dnia 8 maja 1998 roku aneks uzgodnienia przeciwpożarowego oraz brakujące atesty, przedłożyć do dnia 8 maja 1998 roku inspektorowi nadzoru komplet dokumentów niezbędnych do przekazania obiektu wykonawca zobowiązał się do: wykonania drogi przeciwpożarowej według przedstawionego projektu zamiennego, zlikwidowania przecieków na hali i budynku zaplecza do dnia odbioru, a do dnia 15 maja 1998 roku miał dostarczyć brakujące trybuny. Wykonawca zgłosił obiekt do odbioru na dzień 11 maja 1998 roku.

Sąd następnie zrelacjonował treść trzech zawartych umów przez pozwaną z innym podmiotem (G. G.) w przedmiocie szczegółowo wskazanych robót budowlanych.

Następnie w dniu 19 czerwca 1998 r. doszło do odbioru i przekazania obiektu do użytku od powodowej Spółki. W odbiorze brali udział wskazani z nazwisk przedstawiciele obu stron, w tym po stronie oddającego Z. K. oraz kierownik budowy.

Stwierdzono, że odebrany obiekt posiada następujące wady trwałe nie dające się usunąć, lecz pozwalające na eksploatację obiektu zgodnie z przeznaczeniem:

- a) trwałe pęknięcie podłoża pod posadzkami w sali klubowej i bufecie,
- b) przebarwienia i plamy na elewacji,
- c) pęknięcia ścian na słupach stalowych.

Stwierdzono również, że odebrany obiekt posiada następujące wady (braki) dające się usunąć, które nie uniemożliwiają eksploatacji obiektu:

- a) brak trybun na widowni,
- b) ubytki w elewacji wzdłuż obróbek blacharskich,
- c) odprowadzenie wód deszczowych z rur spustowych wykonane nieprawidłowo - niezgodnie z dokumentacją i zapisami w dzienniku budowy,
- d) nie zakończona droga przeciwpożarowa.

Wykonawca na dzień odbioru nie przedłożył komisji wyników badań zagęszczenia gruntu pod posadzkę hali i zaplecza.

Przedstawiciele zamawiającego i wykonawcy postanowili w terminie do 30 czerwca 1998 r. ustalić wysokość należnego wynagrodzenia za przedmiot odbioru.

Oznaczono, że okres rękojmi za wady trwa od 19 czerwca 1998 r. do 19 września 2001 r., a nadto wskazano, że obiekt odpowiada przeznaczeniu i spełnia warunki do otrzymania wymaganego przez prawo budowlane pozwolenia na użytkowanie. Dokonano więc odbioru końcowego budowy hali sportowo - widowiskowej i przekazano go do użytkowania (...) Ośrodkowi Sportu i Rekreacji.

Jednakże z uwagi na stwierdzone usterki zaproponowano zatrzymać kwotę 99 309,19 zł tytułem należytego zabezpieczenia wykonania umowy oraz kwotę 5 378,67 zł z tytułu nie wykonanych robót, przeznaczając te kwoty na zakup brakujących trybun oraz usunięcie usterek i nedoróbek. Protokół za wykonawcę podpisał działający na podstawie pełnomocnictwa Z. K. i pięć osób z nadzoru inwestorskiego. Wyżej wymieniony nie wniósł zastrzeżeń do protokołu, nie zawarł również swojego stanowiska w zakresie propozycji zamawiającego odnośnie zatrzymania powyższych kwot. W związku z tak dokonanym odbiorem, zamawiający pismem z dnia 25 czerwca 1998 roku skierowanym do Kierownika Urzędu Rejonowego zgłosił zakończenie robót budowlanych przy budowie hali sportowej.

W dniu 1 lipca 1998 r., pozwana zawarła umowę z Przedsiębiorstwem Produkcyjno - Handlowo - Usługowym (...), której przedmiot stanowiło wykonania robót polegających na zmianie miejsca ustawienia trybun w hali, a konkretnie demontaż, przeniesienie i zmontowanie 9 sztuk trybun sześciorzędowych z balkonu na parter hali sportowej oraz wykonanie i zamontowanie na balkonie 7 sztuk trybun składanych ośmiorzędowych o długości 5,4 m każda za wynagrodzeniem 96 300 zł brutto.

Pismem z dnia 7 lipca 1998 r. skierowanym do wykonawcy Zamawiający dokonał rozliczenia umowy. Powołując się na niewykonanie instalacji telefonicznej, RTV, nagłośnienie podejścia wskazał, że z łącznej wartości kontraktu, którą ustalił na kwotę 3.524.613 zł potrącił kwotę 19.900 zł. Następnie uwzględniając zapłaconą już kwotę 3.419.935,14 zł, z uwagi na niepełne wykonanie zakresu umowy co do nawierzchni drogi przeciwpożarowej, odprowadzenia wód deszczowych z hali oraz trybun, postanowił zatrzymać kwotę 104.677,86 zł jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Powyższa kwota miała być wykorzystana na wykonanie niewykonanych prac. Jednocześnie powołując się na opóźnienie wykonawcy (200 dni) naliczył karę umowną w wysokości 704.922 zł.

Wykonawca pismem z dnia 18 sierpnia 1998 roku zaproponował przeciwko postanowieniom protokołu końcowego odbioru i postanowieniom pisma z dnia 7 lipca 1998 roku wskazując, że nie zaszyły przesłanki naliczenia kar umownych z tytułu przekroczenia terminu. Wskazywał również, że nie ma podstaw do rozdysonowania kwoty należytego zabezpieczenia wykonania umowy. Wykonawca wskazał, że umowa nie obejmowała wyżej wymienionych robót oraz, że wykonał szereg prac dodatkowych, nie objętych umową za które nie otrzymał wynagrodzenia.

W dniu 2 lutego 1999 r. pozwana zawarła z Zakładem (...) umowę nr (...) której przedmiot stanowiło naprawienie szkód powstałych na hali zgodnie z protokołem konieczności z dnia 10 grudnia 1998 r. polegających na: uzupełnieniu oberwanych i wymianie uszkodzonych blach elewacyjnych, wymianie uszkodzonych haków rynnowych, wymianie uszkodzonych rynien za wynagrodzeniem 9 700 zł.

Sąd I instancji ustalił też, iż Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 4 października 2002 roku w sprawie XVI GC 1136/99 zasądził od Gminy N. w N. na rzecz (...) Sp. z o.o. w W. kwotę 65 067,98 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 28 stycznia 1999 r. do dnia zapłaty, oddalając powództwo w pozostałym zakresie (wynagrodzenie za roboty dodatkowe).

W dniu 5 sierpnia 1999 r. dokonano przeglądu hali po pierwszym roku rękojmi stwierdzając:

1. zacieki na sufitach w pomieszczeniu kawiarni oraz sali bilardowej,
2. uszkodzone (odkształcone, porożłazane) rynny i rury spustowe do strony zachodniej obiektu (od strony kortów tenisowych),
3. niedogrzewanie pomieszczeń - zwłaszcza płyty hali,
4. niewłaściwą pracę systemu wentylacji mechanicznej - zły rozdział strumienia powietrza nawiewnego (brak wentylacji płyty głównej, nadmierny nawiew w pomieszczeniach szatni, umywalni i natrysków).

W dniu 9 sierpnia 2000 roku dokonano komisyjnego odbioru 2-go roku rękojmi. W oględzinach po stronie wykonawcy brał udział A. S.. Komisja stwierdziła, co następuje:

1. niewłaściwe funkcjonowanie systemu ogrzewania i wentylacji całego obiektu,
2. cokoły wokół budynku odpadają, powodując zawilgocenia ścian,
3. rynny nie zapewniają właściwego odbioru wód deszczowych, powodując liczne zacieki na ścianach zewnętrznych,
4. brak właściwego odwodnienia terenu wokół obiektu,
5. montaż szyb i ich konstrukcja uniemożliwia ewentualną wymianę,
6. zacieki na sufitach w kawiarni, pomieszczeniach biurowych, sali bilardowej, rehabilitacji,
7. liczne pęknięcia ścian obiektu,
8. spękana terakota w holu wejściowym,
9. drzwi zewnętrzne opadają na zawiasach, nie zamykają się prawidłowo,
10. brak wygłuszenia hali - złe warunki akustyczne,
11. płyta boiska wykazuje pęknięcia i zapadnięcia nawierzchni.

Do protokołu zastrzeżeń nie zgłoszono.

W dniu 20 czerwca 2001 roku komisyjnie dokonano oględzin obiektu hali sportowej po trzecim roku rękojmi. W oględzinach po stronie wykonawcy brał udział A. S. i Z. K.. Komisja stwierdziła co następuje:

1. odpadające płytki klinkierowe na cokole wokół obiektu hali,
2. niewłaściwe zamocowanie daszków nad wejściami (daszki wypadły wraz z kołkami mocującymi),
3. pęknięte szyby elewacyjne na budynku zaplecza hali spowodowane naprężeniami konstrukcji stalowej,
4. nieszczelność obróbek blacharskich, powodującą zacieki na elewacji obiektu,
5. niesprawna instalacja wentylacji mechanicznej nawiewnej (zbyt duży nawiew w pomieszczeniach zaplecza, niedostateczna wentylacja płyty boiska - wymagana ekspertyza techniczna instalacji),
6. nieszczelność instalacji wewnętrznej c.o.,
7. pęknięcie pionowe ścian wewnętrznych,
8. odpadające listwy przypodłogowe,
9. pęknięta posadzka na sali głównej, zapadnięte podłoże,
10. burchle na płycie boiska,
11. pęknięcie terakoty w holu wejściowym,
12. drzwi wejściowe opadają na zawiasach.

Ustalono termin usunięcia ww. usterek do dnia 30 września 2001 roku. Zastrzeżono wykonawcy termin 14 dni na ustosunkowanie się do treści protokołu.

W określonym terminie Wykonawca złożył pismo, w którym podał, że na dzień 20 czerwca 2001 r., naprawy wymagają następujące usterki: cokół klinkierowy przez przyklejenie płytek, obróbki blacharskie przez uszczelnienie

silikonem,, instalacja wentylacyjna przez regulację, zawory do wymiany, przyklejenie listwy przypodłogowe, montaż listwy dylatacyjnej. Koszt usunięcia tych usterek wykonawca obliczył na kwotę 476 zł.

Pismem z dnia 18 lipca 2001 roku skierowanym do Gminy N. Wykonawca zwrócił się o ustalenie terminu odbioru ostatecznego hali sportowej, skutkującego zwrotem 70 % zatrzymanej kwoty zabezpieczenia. Zadeklarował, że po otrzymaniu wyżej wymienionej kwoty niezwłocznie usunie usterki.

Sąd ustalił też, iż po wydaniu przez biegłych opinii w niniejszej sprawie, powodowa spółka podjęła kroki w kierunku usunięcia usterek wynikających z opinii /o czym świadczy zapis w notatce służbowej z dnia 17 grudnia 2004 r/. Wykonano wówczas następujące prace: zamontowanie daszków nad wejściem do hali, wyczyszczenie i pomalowanie czerpni powietrza, usunięcie przecieku przy grzejnikach, wyczyszczenie rynny nad wejściem głównym i uszczelnienie silikonem dekarским. Powód zobowiązał się do dnia 10 stycznia 2005 r. dostarczyć określone materiały budowlane, jednakże w dniu 5 stycznia 2005 r. nie został już wpuszczony na teren obiektu i odmówiono przyjęcia materiałów budowlanych, do dostarczenia których powód się zobowiązał.

Sąd ustalił ponadto, że w dniu 3 kwietnia 2013 roku pełnomocnik pozwanej złożył powodowi oświadczenie o potrąceniu wierzytelności pozwanej, objętej tytułem wykonawczym tj. wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie XXV Wydziału Cywilnego wydanym w sprawie o sygn. akt XXV C 7/07 (400.529,97 zł) z wierzytelnością powodowej spółki wobec pozwanej stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania.

Oceniając dowody zebrane w sprawie Sąd I instancji zwrócił uwagę, że w Harmonogramie z dnia 4 listopada 1996 r. przewidziano konstrukcje trybun żelbetowo stalowych i określono tę pozycję na kwotę 28.400 zł. O tym, że wykonanie tych trybun wchodziło w zakres umowy świadczą również zeznania świadka G. C. pracownika powodowej spółki, który wprawdzie na początku swoich zeznań twierdził, że trybuny nie były objęte umową, bo nie zostały wymienione w harmonogramie finansowo – rzeczowym, to jednak w dalszej części zeznań twierdził, że zostały one przewidziane w projekcie i zostały w nim wymienione. Świadek nie potrafił wytłumaczyć, czemu skoro trybuny nie miały być objęte umową, ich brak w protokole odbioru został uznany za usterkę. Zeznania świadka J. W. pracownika pozwanej, który uczestniczył w odbiorze potwierdziły powyższe okoliczności, między innymi fakt braku trybun.

Przy ustalaniu prawidłowości wykonanych przez powodową spółkę robót i wartości stwierdzonych wad, Sąd Okręgowy posiłkował się opinią biegłego inż. A. Ż. (1), który ocenił szacunkową wartość wad wykonawczych obciążających powoda na kwotę 69.605 zł. na podstawie opinii biegłego J. Z. (1) Sąd ustalił, że instalacja wentylacyjna i ogrzewania powietrznego hali została zaprojektowana i wykonana źle. Powyższy system posiada szereg zasadniczych wad uniemożliwiających uzyskanie efektów użytkowych. Nie miały one jednak charakteru wad ukrytych.

Chociaż odbiór końcowy obiektu nie stwierdził wadliwości instalacji, mimo sprawdzenia i badania skuteczności działania, to jednak zostało to podniesione po pierwszym roku w dniu 5 sierpnia 1999 r. Jediną możliwością usprawnienia systemu wentylacyjnego jest jego zaprojektowanie i wykonanie od nowa z wykorzystaniem, w miarę możliwości użytych elementów.

Sąd I instancji również wyjaśnił, że w postępowaniu toczącym się po uchyleniu pierwszego wyroku Sądu Okręgowego do ponownego rozpoznania, strony nie złożyły dowodów, które pozwoliłyby na szczegółowe zgodnie z wytycznymi Sądu Apelacyjnego ustalenie zakresu robót.

Wskazał, że zarządzenie z dnia 29 sierpnia 2011 r. wzywające pełnomocnika powódki do złożenia konkretnie wskazanych załączników do umowy z dnia 21 marca 1996 roku w terminie 7 dni pod rygorem pominięcia dowodu nie zostało zrealizowane w całości. Strona powodowa tylko w części wykonała ww. zarządzenie składając jedynie „Szczegółowe warunki kontraktu”, które miałyby stanowić podstawę do ustalenia szczegółowego zakresu umowy. Zostały one jednak przedstawione w kserokopii i niepełne. W rozdziale I po punkcie 1 następuje 3 i 4, a następnie 9, 13, 14,14.4, 22,; zaś w rozdziale II po punkcie 23 następuje 30, 30.3, 32, 33.5, 36.2, 38. Rozdział V rozpoczyna się od 1.2.

Sąd Okręgowy wskazał też, że ostatniej stronie tych warunków naniesione są dwa nieczytelne podpisy. Nie sposób zidentyfikować osoby, która składała ten podpis, a w szczególności brak informacji, czy pozwana widziała ten dokument i czy akceptowała go w treści złożonej do Sądu.

Sąd Okręgowy uznał zatem, że złożone w takiej wersji szczegółowe warunki kontraktu w całości deprecjonują wartość tego dokumentu.

Następnie Sąd Okręgowy zauważył też, że również złożony przez powódkę przy piśmie z dnia 29 września 2011 r. „Harmonogram Finansowy, bez daty, różni się w swej treści od „Harmonogramu Finansowego z dnia 4 listopada 1996 r.” złożonego również przez powoda przy piśmie z dnia 20 marca 2003 r. Harmonogram z dnia 4 listopada 1996 r. został podpisany również przez zamawiającego, natomiast na Harmonogramie bez daty brak podpisów zamawiającego.

Wobec powyższego, Sąd Okręgowy rozpoznał zgłoszone roszczenie bazując na tak przedstawionym materiale dowodowym oraz art. 232 k.p.c. i art. 6 k.c. oraz art. 65§ 1 k.c.

Dokonując subsumcji w płaszczyźnie art. 656 § 1 k.c. w zw. z art. 638 k.c. i art. 668 k.c. /przepisów o rękojmi przy sprzedaży/ Sąd I instancji wskazał, że wykonawcy za wykonane prace należało się wynagrodzenie na warunkach określonych umową stron. Strony przewidziały regulowanie wystawianych faktur w części, tj. zatrzymując część wynagrodzenia - 3% jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Z zatrzymanego wynagrodzenia 70% miało być wypłacone w ciągu 30 dni po ostatecznym odbiorze, natomiast pozostałe 30% zatrzymanego wynagrodzenia po upływie 14 dni od zakończenia okresu rękojmi.

Jak wynika z ustaleń Sądu umowa została wykonana nie w całości oraz częściowo wadliwie. Część z wad została ujawniona już w dacie odbioru i nie została skutecznie przez wykonawcę usunięta, a kolejne wady ujawniały się w kolejnych latach rękojmi.

Oznaczało to zdaniem Sądu Okręgowego, że zamawiający miał prawo obniżyć wykonawcy wynagrodzenie z uwagi na skorzystanie z roszczeń z rękojmi, i w konsekwencji z uprawnienia do obniżenia ceny. Zgodnie również z zapisami umowy wyliczył karę za zwłokę w wykonaniu umowy. Na podstawie umowy wartość kontraktu wyniosła kwotę 3524613 zł. Powód wystawił faktury na kwotę 3.519.244,33 zł. Wypłacono powodowi kwotę 3.419.935,14 zł. Zatrzymano kwotę 104 677,86 zł jako kaucję gwarancyjną do końcowego rozliczenia i kwoty tej pozwany nie zwrócił. Kaucja gwarancyjna mogła ulec zwrotowi przypadku, gdy roboty, których wykonanie miała zabezpieczać kaucja, zostały wykonane zgodnie z umową oraz nie wystąpiły roszczenia z tytułu rękojmi.

W ocenie Sądu Okręgowego pozostawienie kaucji w powyższej wysokości było uzasadnione i miało swoje materialnoprawne uzasadnienie w treści umowy zawartej pomiędzy stronami i w § 6 rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie ustalenia wartości budowlanych, co do których konieczne jest zabezpieczenie należytego wykonania umowy oraz form tego zabezpieczenia. Z tytułu stwierdzonych, a nie usuniętych wad zamawiający miał, zdaniem Sądu I instancji prawo zatrzymać kwotę 69.605 zł, wynikającą z opinii biegłego A. M. Ż., z tytułu nie wykonanych trybun kwotę 28.400 zł, zaś z tytułu zaprojektowania nowej wentylacji i jej wykonania na nowo wskazaną przez biegłego J. Z. kwotę (biegły podał, że wartość samego projektu wahać się może w granicach od 30.000 zł do 55.000zł).

Te trzy pozycje przekraczały już zatem kwotę zatrzymanej gwarancji, co czyni roszczenie powoda niezasadnym.

Sąd Okręgowy zwrócił również uwagę, że pozwany obciążył powoda karami za zwłokę w wykonaniu umowy, a nadto posiadał wierzytelność wynikającą z wyroku Sądu Okręgowego Warszawie z dnia 21 grudnia 2009 r. /uprzednio błędnie Sąd wskazał datę tego orzeczenia jako datę postanowienia o nadaniu klauzuli wykonalności/ wydanego w sprawie sygn. akt XXVC 7/07 na kwotę 400 529,97 zł, którą zgłosił do potrącenia z roszczeniami ze sprawy niniejszej



(k. 1032 - 1035). Zatem gdyby nawet Sąd I instancji uznał roszczenie powoda za uzasadnione tak co do zasady jak i wysokości, to powództwo podlegałoby oddaleniu z uwagi na złożone skutecznie oświadczenie o potrąceniu.

Mając na uwadze powyższe, powództwo w całości zostało oddalone, zaś o kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na zasadzie art. 98 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku złożyła powódka, która zaskarżając orzeczenie w całości, zarzuciła sprzeczność istotnych ustaleń Sądu I instancji z całokształtem materiału dowodowego, naruszenie art. 233 § 1 w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. wskutek odmowy wiarygodności wyjaśnieniom strony powodowej oraz dokumentów w zakresie w jakim sąd ustalał zakres umowy, naruszenie art. 65 k.c. przez ustalenie zakresu umowy wbrew jej treści oraz zasadom prawidłowej interpretacji, a także niezasadne uznanie wbrew treści art. 568 k.c., iż pozwany skorzystał skutecznie z przysługujących mu uprawnień z tytułu wad fizycznych budowli.

Podnosząc powyższe skarżąca wniosła o zmianę wyroku w pkt 1, poprzez zasądzenie od pozwanej kwoty 188.876,43 zł - na którą składa się kwota zatrzymanego zabezpieczenia 104.677,86 zł oraz skapitalizowane na dzień wniesienia pozwu odsetki ustawowe - wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu (tj. od 30 października 2002 r.) do dnia zapłaty, zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kosztów procesu w tym zastępstwa procesowego wg. norm przepisanych, zaś ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania pozostawiając temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach procesu.

#### **Sąd Apelacyjny ustalił i zważył co następuje:**

Apelacja okazała się bezzasadna. Sąd Apelacyjny podziela w wyżej przytoczonym zakresie ustalenia faktyczne Sądu I instancji, które przyjmuje za własne oraz aprobuje jego ocenę prawną.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż skarżący w ogóle pomija w apelacji kwestię, dotyczącą zgłoszonego zarzutu potrącenia. Podkreślenia wymaga natomiast, iż gdyby nawet powodowej spółce należał się istotnie zwrot przedmiotowej kaucji to w wyniku dokonanego w dniu 3 kwietnia 2013 r. potrącenia z wymagalną wierzytelnością pozwanej, wynikającą z wyroku Sądu Okręgowego z dnia 21 grudnia 2009 r. wydanego w sprawie XXV C 7/07 (k-1030 i nast.), obie wierzytelności stosownie do treści art. 498 § 2 k.c., umorzyły się do wysokości przedmiotowej wierzytelności, wskutek czego ta ostatnia wygasła. Oświadczenie zgodnie z treścią art. 499 k.c. odniosło skutek *ex tunc*. Tym samym już z tych przyczyn apelacja nie mogłaby odnieść skutku i podlegałaby oddaleniu.

Niezależnie od tego należy wskazać, iż zasadnie Sąd I instancji przyjął, iż powodowej spółce nie należy zwrot kaucji, albowiem ujawnione wady obiektu miały wartość znacznie przekraczającą jej wysokość, tym samym roszczenia z tytułu rękojmi za te wady zostały pokryte z tej kwoty /por. § 6 Rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. (Dz. U. 94.140.794), wydanego na podstawie art. 75 ustawy z dnia 10 czerwca 10094 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. 76 poz. 344 z późn. zm.)/, wyczerpując ją w całości. Ustalenia Sądu są zgodne z zebranymi dowodami, którym Sąd dał wiarę. Należało jedynie podkreślić, iż Sąd ostatecznie przyjął za biegłym A. Ż., iż wady instalacji wentylacyjno- grzewczej szacunkowo wynoszą kwotę 45 200 zł, łącznie wady obiektu 69 605 zł, co w powiązaniu z kosztem trybun w wysokości 28 400zł oraz jedynie kosztami samego nowego projektu instalacji wentylacyjno- grzewczej/ wg opinii biegłego J. Z. (1): 30 000-55 000 zł/ dają kwotę ponad 128 005 zł, a więc znacznie przekraczającą zatrzymaną kaucję. Gdyby przyjąć w całości wnioski biegłego z zakresu inżynierii sanitarnej J. Z. (1), iż instalacja wentylacyjno-klimatyzacyjna posiadała tak zasadnicze wady, że kwalifikowała się do ponownego zaprojektowania i wykonania/ koszt projektu 30.000-55.000 zł, koszt wykonania średni 100 000 zł –/k. 451/, kwota ta byłaby znacznie większa.

Niezasadny okazał się też zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Sąd I instancji sporządził uzasadnienie bardzo szczegółowo i wnikliwie odnosząc się do przeprowadzonych dowodów oraz wyczerpująco argumentując, którym i dlatego odmówił wiary, w szczególności jeżeli chodzi o wyjaśnienia I. P. oraz złożone dokumenty. Sąd przeanalizował dokładnie powyższe twierdzenia w powiązaniu z dokumentami oraz zeznaniami świadków /str. 8-12 uzasadnienia/ i wskazał dlaczego wyprowadził z nich zawarte w uzasadnieniu wnioski. Rozumowanie Sądu nie przekroczyło zasady

swobodnej oceny dowodów i było zgodne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, a zatem wbrew twierdzeniom skarżącego nie naruszyło art. 233 § 1 k.p.c. Rozważania wskazane w uzasadnieniu apelacji stanowią bowiem jedynie, nie popartą przekonującymi argumentami, polemikę z ustaleniami Sądu I instancji. W szczególności okoliczność, że nie objęto umową zakupu i montażu koszy, siatek, bramek, słupków, zakupu szafek w szatniach, wyposażenia sal gimnastycznych i rekreacyjnych, gabinetu odnowy biologicznej, w żaden sposób nie pozwala logicznie wnioskować, wbrew przeanalizowanym przez Sąd wyżej wymienionym dowodom, w tym dokumentom w postaci protokołów /k. 353-362/, iż nie objęto nią trybun. Twierdzenia I. P., powołane pod koniec uzasadnienia apelacji, iż inwestor miał chcieć, by trybuny zostały wykonane dodatkowo, a więc poza umową są dowolne. Przeprowadzonej analizy wszystkich zebranych w sprawie dokumentów nie dezawuuują też rozważania skarżącej /in fine uzasadnienia apelacji/ co do warunków dopuszczalności składania Sądowi niepoświadczonych kserokopii, skoro niepoświadczona kserokopia nie jest dokumentem, zaś poświadczenie przez pełnomocnika powódki jedynie co drugiej strony wymienionych dokumentów trudno uznać za wystarczające /por. Uchwała SN z dnia 29 marca 1994 r., III CZP 37/94, Tadeusz Erciński Komentarz do k.p.c., część 1 postępowanie rozpoznawcze, tom1, Wydanie 3, Lexis Nexis Polska Sp. z o.o., str. 707/. Natomiast wskazane dalej wywody na temat harmonogramów realizacyjnych, znajdujących się na kartach 102 i 943, nie usuwają wskazanych przez Sąd Okręgowy wątpliwości formalnych co do tych dokumentów. Z kolei sprostowania biegłego (...), na które powołuje się apelantka, również są irrelewantne z tego konkretnego punktu widzenia (tj. zakresu przedmiotowego umowy, w tym czy obejmował on trybuny), skoro miał on obowiązek odpowiedzi na pytania Sądu stosownie do określonej tezy i w zakresie swojej wiedzy specjalnej. Do zakresu działania biegłego nie należy natomiast w żadnym wypadku czynienie ustaleń faktycznych, czy dokonywanie wykładni umowy, co jest wyłączną kompetencją Sądu orzekającego, a na co już zwracał uwagę Sąd Apelacyjny, uchylając poprzednie orzeczenie Sądu Okręgowego. Również prawidłowo Sąd przeanalizował w płaszczyźnie oceny zgodnej woli stron w rozumieniu art. 65 k.c. notatkę roboczą z dnia 6 maja 1998 r. gdzie Prezes Zarządu spółki (...) I. P. potwierdza obowiązek spółki wykonania przedmiotowych trybun. Również i z treści tego dokumentu wynika, wbrew wywodom apelującej, iż mowa jest o dostarczeniu elementów ruchomych. Oczywiście nie chodziło tutaj o to, iż było to oświadczenie woli jako takie, jak suponuje skarżąca, argumentując dalej jego nieskuteczność, lecz dokument pozwalający dodatkowo upewnić się co do prawidłowej wykładni woli stron, wyrażonej uprzednio w umowie, a zatem zastrzeżenia skarżącej, iż spółkę miało prawo reprezentować dwóch członków zarządu są w płaszczyźnie tego problemu bezprzedmiotowe.

Sąd zatem przeanalizowawszy rozważone dowody doszedł do prawidłowych wniosków, nie naruszając przepisu art. 65 k.c. Natomiast kwestia, iż poważne wady systemu wentylacyjnego nie miały charakteru wad ukrytych w niczym nie zmienia uprawnienia zamawiającego do żądania obniżenia ceny, pod warunkiem zachowania terminu, o którym mowa w art. 568 § 1 k.c. Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia tego ostatniego przepisu należy zauważyć, iż twierdzenia powódki, jakoby roszczenia co do rękojmi wygasły na skutek upływu terminu zawitego, o którym mowa w art. 568 k.c., albowiem pozwany nie zgłosił tychże wad ani nie wezwał powódki do ich usunięcia, ani nie skorzystał z wykonania zastępczego - są nietrafne. Należy zauważyć bowiem, iż wady, które nie figurowały bezpośrednio w protokołach odbioru, gdzie były wyznaczone *expressis verbis* terminy ich usunięcia /k. 353-362, k 152-154/ - zostały zawarte w protokołach przeglądu hali sporządzanych odpowiednio po I, II i III roku rękojmi /k. 316, 317-318, 319/, w ramach których szczegółowo zgłoszono usterki i wyznaczono terminy ich usunięcia. Protokoły te sporządziły obie strony, zostały one podpisane przez ich przedstawicieli, co oznacza, że obie strony były przez okres 3 lat zgodne co do sposobu procedowania w tym zakresie. Tym samym został wypełniony tryb powiadomienia o wadach, o którym mowa w rozważanym przepisie art. 568 k.c., a który strony wykorzystwały stosując wymieniony wyżej i ustalony między nimi tryb zgłoszenia wad. Tym samym twierdzenia powódki jakoby wady nie były jej zgłoszone w prawem przepisany sposób /a wręcz w ogóle nie zostały zgłoszone/ nie znajdują potwierdzenia w sporządzonych powyżej przeanalizowanych dokumentach. Wywody apelantki pozostają zresztą w jawnej sprzeczności z jej pozostałymi wcześniejszymi twierdzeniami i pismami, z których wynika, iż wady były jej zgłaszane /k. 170, 411/, a co więcej próbowała je naprawiać, jednak - jak się okazało - nieskutecznie. Natomiast argumentacja apelacji odnośnie ustaleń stron co do instalacji wentylacyjnej nie może podważać opinii biegłego, z której wynikają konkretne wnioski co do poważnych wad, ani prowadzić do dowolnego wniosku, iż strona pozwana wady te a priori akceptowała. W związku

z powyższym uznając apelację jako bezzasadną. Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak na wstępie. Postanowienie o kosztach uzasadnia treść art. 108 § 1 k.p.c. w zw. art. 98 §1 i 3 k.p.c.