

Sygn. akt I ACa 62/13

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 marca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Agnieszka Sołtyka
Sędziowie:	SA Dariusz Rystał SO del. Piotr Salamaj (spr.)
Protokolant:	sekr. sądowy Justyna Kotlicka

po rozpoznaniu w dniu 13 marca 2013 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa A. K.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością  
z siedzibą w M.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie

z dnia 9 listopada 2012 r., sygn. akt VI GC 82/11

I. **prostuje oznaczenie strony pozwanej w zaskarżonym wyroku z:**

**(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M.” na: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w M.”,**

II. **oddala apelację,**

III. **zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 2700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

Piotr Salamaj Agnieszka Sołtyka Dariusz Rystał

Sygn. akt I ACa 62/13

## UZASADNIENIE

Powód A. K., po ostatecznym sprecyzowaniu żądania pozwu wniósł o zasądzenie od (...) spółki z o.o. w M. kwoty 188.522,69 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwot: 72.690,06 zł od dnia 7.10.2008 r., 115.832,63 zł od dnia 1.05.2009 r. oraz zwrot kosztów procesu. W uzasadnieniu wskazał, że pozwany nie wywiązał się z zawartej z powodem w dniu 2.10.2008 r. umowy o roboty budowlane, na podstawie której zobowiązał się do wykonania na realizowanej przez niego dla Gminy D. inwestycji - dwóch nawierzchni sportowych nawierzchni boiska wielofunkcyjnego z trawy syntetycznej oraz nawierzchni bieżni z poliuretanu, a także do zakupu i zamontowania urządzeń sportowych. Wskazał, że na poczet wykonania tych prac uiszczył pozwanemu zaliczkę w wysokości 72.690,06 zł. Podał, że roboty polegające na wykonaniu nawierzchni trawiastej i nawierzchni bieżni wykonane zostały wadliwie. Wezwanie do usunięcia stwierdzonych wad okazało się bezskuteczne, wobec czego zlecił podmiot trzecim wykonanie tych prac. Wskazał, że inwestor - Gmina D. - obciążyła go karą umowną za zwłokę w realizacji inwestycji w wysokości 115.832,63 zł. Wyjaśnił, że domaga się zwrotu uiszczonych i niezwróconych przez pozwanego zaliczek oraz kwoty 115.832,63 zł tytułem kary umownej zapłaconej na rzecz inwestora.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o jego oddalenie i obciążenie powoda kosztami postępowania w sprawie. Pozwany przyznał, że łączyła go z powodem umowa, na której podstawie zobowiązał się, m.in. do wykonania nawierzchni trawiastej boiska wielofunkcyjnego i nawierzchni bieżni z poliuretanu, jak również to, że nie wykonał w ogóle nawierzchni bieżni poliuretanowej, które to prace zgodnie z ustaleniami stron miały być wykonane przez inny podmiot. Podniósł, że nie był w stanie wykonać nawierzchni z trawy syntetycznej zgodnie ze sztuką z uwagi na panujące wówczas, nieodpowiednie dla tego typu robót warunki atmosferyczne. Przyznał także, że wykonana przez niego nawierzchnia z trawy syntetycznej obciążona była wadami bowiem wklejone w powierzchnię trawy linie nie odpowiadały wymiarom dla poszczególnych dyscyplin sportowych, lecz było to skutkiem wykonania boiska zgodnie z wytycznymi powoda w związku z czym nie może ponosić za to odpowiedzialności. Podał, że wobec tego, że prace te zostały wykonane zgodnie z zaleceniem powoda nie zachodzi związek przyczynowy pomiędzy rzekomym nienależytym wykonaniem przez niego zobowiązania a poniesioną przez powoda szkodą. Wskazał, że strony uzgodniły, że pozwany jest rozliczony z wykonanego przez siebie dzieła wobec czego brak jest podstaw do żądania zwrotu uiszczonych zaliczek. Zaprzeczył temu, aby był wzywany do wykonania jakichkolwiek prac. Podniósł także zarzut przedawnienia wskazując, że dzieło miało być oddane w dniu 27.01.2008 r. wobec czego roszczenia wynikające z tej umowy uległy przedawnieniu w dniu 27.01.(...) r.

Wyrokiem z dnia 9 listopada 2012 r. Sąd Okręgowy w Koszalinie zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 32.807,24 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 8.06.2011 r. oraz koszty procesu w kwocie 4.040,36 zł (pkt I. wyroku), oddalając żądanie pozwu w pozostałym zakresie (pkt II.).

Powyższe rozstrzygnięcie zostało oparte na następującym stanie faktycznym:

W dniu 2.10.2008 r. strony sporu zawarły umowę o roboty budowlane, na podstawie której powód zlecił pozwanemu wykonanie nawierzchni boiska wielofunkcyjnego oraz nawierzchni bieżni. Roboty te związane były z realizowaną przez powoda, jako generalnego wykonawcę, inwestycją pod nazwą „Budowa boiska sportowego na terenie Gimnazjum w D.” - Gminy D. na podstawie zawartej z inwestorem umowy (...) z 2.09.2008 r. Zawarta w dniu 2.10.2008 r. między stronami sporu umowa obejmowała także zobowiązanie pozwanego do świadczenia usług polegających na dokonaniu zakupu, dostarczeniu oraz zamontowaniu wyposażenia boiska do piłki nożnej, sprzętu do koszykówki, siatkówki i rzutni do pchnięcia kulą. Szczegółowy zakres zobowiązania umownego pozwanego w ramach zawartej umowy obejmował: wykonanie nawierzchni boiska wielofunkcyjnego za wynagrodzeniem 97.194,24 zł, wykonanie nawierzchni bieżni za wynagrodzeniem 26.891,18 zł, dostarczenie i zamontowanie - wyposażenia do boiska piłki nożnej za wynagrodzeniem 5.820,70 zł, sprzętu do koszykówki za wynagrodzeniem 14.003,48 zł, sprzętu do siatkówki za wynagrodzeniem 3.354,98 zł i rzutni do pchnięcia kulą za wynagrodzeniem 1.690,47 zł. Łączna wartość wynagrodzenia uzgodnionego jako wynagrodzenie ryczałtowe wynosiła kwotę 148.955,05 zł plus 22% VAT. Strony umowy uzgodniły, że zamawiający uiszcza na rzecz wykonawcy na poczet umówionego wynagrodzenia zaliczkę gotówkową w kwocie 72.690,06 zł. Powód zaliczkę tę uiszczył na podstawie wystawionej przez pozwanego faktury proforma nr 190 z 3.10.2008 r. Zgodnie z umową powód zobowiązał się do wydania placu budowy najdalej do 15.10.2008

r. Pozwany zobowiązał się do wykonania umowy najdalej w terminie do 27.10.2008 r. W § 5 strony wskazały, iż zobowiązanie powoda w stosunku do inwestora obiektu w kwestii terminu końcowego jego realizacji określone zostało na 31.10.2008 r. W § 5 ust. 3 umowy strony uzgodniły, że pozwany otrzyma umówione wynagrodzenie w terminie 30 dni od daty wystawienia faktury za wykonane roboty jednakże - pod warunkiem jeśli inwestor dokona ich odbioru, potwierdzonego stosownym protokołem.

Pozwany w ogóle nie przystąpił do wykonania umowy w części nawierzchni bieżni. Powód w dniu 11.03.2009 r. zawarł umowę o wykonanie tej nawierzchni ze spółką z o.o. (...) w S. za wynagrodzeniem 125 zł/m<sup>2</sup> netto bieżni o pow. 282,50 m<sup>2</sup>. Na podstawie protokołu z 31.03.2009 r. powód dokonał odbioru bieżni poliuretanowej po jej wykonaniu od (...) sp. z o.o. w S.. W dniu 31.03.2009 r. spółka (...) wystawiła powodowi fakturę VAT nr (...) za wykonanie bieżni zgodnie ze zleceniem, na kwotę 43.081,25 zł brutto (35.312,50 netto). Kwotę brutto powód przelał na konto spółki z o.o. (...) w dniu 9.04.2009 r.

W dniu 3.04.2009 r. nastąpił odbiór końcowy inwestycji „Budowa boiska wielofunkcyjnego i urządzeń sportowych przy Gimnazjum w D.” z udziałem powoda i inwestora. Odbiorem nie objęto nawierzchni bieżni bowiem pozwany tego zakresu umowy w ogóle nie wykonał. W punkcie 1.1. Części III protokołu wskazano, że roboty dotyczące boiska wielofunkcyjnego i urządzeń sportowych wykonane zostały w okresie od 4.09.2008 r. do 20.03.2009 r. W protokole wyszczególniono stwierdzone podczas odbioru wady wykonawcze obniżające wartość użytkową nawierzchni boiska wielofunkcyjnego, wskazując na „niewłaściwe wycięcia i wklejenie linii poza liniami bocznymi boiska”. Stwierdzono, że „wykładzina trawy położona została z dużymi nierównościami w szczególności w okolicy słupków i na łączeniach kolonów. Wykładzina w wielu kawałkach i w wielu miejscach zabrudzona klejem. Na stanowiskach do pchnięcia kulą zostanie wymieniony piasek na właściwy. Na słupkach należy zdjąć otulinę o dł. 2,5 m i całość pomalować”. Następnie w dniu 4.05.2009 r. powód sporządził z udziałem przedstawicieli inwestora obiektu - Miasta i Gminy D., protokół w sprawie robót polegających na usunięciu usterek stwierdzonych w protokole odbioru końcowego inwestycji.

Powód nie wzywał pozwanego do wykonania robót poprawkowych wymienionych w protokole odbioru końcowego z 3.04.2009 r. Pozwany nie usuwał wad wykonawczych wymienionych w protokole odbioru końcowego. Wady te zostały usunięte przez powoda. W protokole z 4.05.2009 r. podano, że przedstawiciele inwestora obiektu dokonali odbioru od powoda, bez zastrzeżeń, po usunięciu przez niego wad robót stwierdzonych podczas odbioru końcowego - boisko do tenisa, natomiast według protokołu - pozostała część boiska wymagała poprawienia przez usunięcie zgrubień na łączeniach oraz na podbudowie. W treści protokołu zawarto stwierdzenie, że w przypadku, kiedy usunięcie nierówności i zgrubień nie będzie możliwe nawierzchnię, poza polem gry do tenisa, należy wymienić. Inwestor wyznaczył powodowi w treści omawianego protokołu termin przeprowadzenia robót naprawczych w okresie między 1.07 a 28.08.2009 r. Powód po tym odbiorze, a także w okresie późniejszym nie wzywał pozwanego do usunięcia wad.

Na podstawie zamówienia datowanego na 8.09.2009 r. powód zlecił dostawę i montaż sztucznej trawy (...) spółce z o.o. w K., w terminie do 15.10.2009 r. za wynagrodzeniem 75.600 zł netto oraz boiska do piłki siatkowej w kolorze ceglastym o pow. 190 m<sup>(2)</sup> z wklejeniem linii koloru żółtego. W dniu 29.04.(...) r. spółka (...) wystawiła powodowi 2 faktury VAT: nr (...) na kwotę 16.550.52 zł za dostawę i instalację sztucznej trawy oraz nr (...) na kwotę 55.339,20 zł - także za dostawę i instalację sztucznej trawy.

W dniu 9.11.2009 r. doszło do spotkania z udziałem powoda, inwestora obiektu oraz przedstawiciela spółki z o.o. (...), podczas którego dokonano oceny stanu technicznego boiska i ocenę tę zawarto w sporządzonym na tę okoliczność protokole. Z treści tego protokołu wynika, iż niezbędna okazała się wymiana nawierzchni z trawy syntetycznej na całą powierzchnię boiska. Powód dokonał usunięcia wady przy pomocy spółki (...). W dniu 4.05.(...) r. powód opłacił faktury wystawione przez ww. spółkę.

W treści noty księgowej nr (...) z 30.04.2009 r. inwestor obciążył powoda kwotą 115.832,63 zł z tytułu kary umownej za nieterminowe wykonanie umowy; za 112 dni opóźnienia powołując się na treść łączącej go z powodem umowy. W

treści noty wskazano, że kwota, którą powoda z tego tytułu obciążono zostanie potrącona z faktury powoda (...) z 6.04.2009 r.

Pismem z dnia 25.05.2011 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 188.600 zł, w tym kwoty 72.690,06 zł tytułem niezwróconej zaliczki oraz kwoty 115.600 zł tytułem odszkodowania. W odpowiedzi na wezwanie pozwany odmówił zapłaty.

W czerwcu 2011 r. powód wystąpił do Sądu Rejonowego w Koszalinie z wnioskiem o zavezwanie pozwanego do próby ugodowej. Pozwany nie wyraził zgody na zawarcie ugody.

W rozważaniach prawnych Sąd Okręgowy na wstępie wskazał, że w niniejszej sprawie, z uwagi na datę wniesienia pozwu, zastosowanie znajdowały przepisy obowiązujące do czasu wejścia w życie nowelizacji k.p.c. wprowadzonej ustawą z 16.09.2011 r. o zmianie ustawy kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw. Powołując się na treść art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c. Sąd pierwszej instancji nie uwzględnił, jako spóźnionych, wniosków dowodowych zawartych w piśmie procesowym powoda z 24.11.2011 r. Oddalił także jako spóźnione wnioski dowodowe pozwanego zgłoszone w piśmie procesowym z 13.12.2011 r. Wskazał, że twierdzenie pozwu, iż pozwany był wzywany do wykonania zobowiązania na podstawie wezwania z 15.07.2008 r. było jednym z kwestii kluczowych w sprawie. Niezbędne zatem było i leżało w interesie powoda udowodnienie twierdzenia, że wzywał pozwanego do usunięcia stwierdzonych przy odbiorze wad. Ponadto skoro powód w pozwie twierdził, że zawarł z pozwanym umowę o dzieło to na nim, zgodnie z treścią art. 6 k.c. i 232 k.p.c., spoczywał ciężar udowodnienia tego twierdzenia. Dowody w postaci oferty i umowy zawartej z Gminą D. na realizację obiektu pod nazwą „Boisko sportowe” należało bez narażania się na zarzut prekluzji procesowej przedstawić wraz z pozwem albo wykazać, że nie było to wówczas możliwe. W tym samych kategoriach należało ocenić zgłoszony w omawianym piśmie procesowym wnioskowany dowód z przesłuchania w charakterze strony A. K. na okoliczności faktyczne związane z zawarciem z pozwanym umowy i sposobem jej realizacji, aczkolwiek Sąd Okręgowy dowód ten dopuścił z urzędu wobec faktu, że przeprowadzone w oparciu o dowody stron postępowanie dowodowe nie doprowadziło do wyjaśnienia wszystkich wątpliwości.

Sąd dodał, że podczas rozprawy jaka miała miejsce w dniu 5.01.2012 r. reprezentujący powoda zawodowy pełnomocnik procesowy zgłosił nowe w stosunku do treści uzasadnienia pozwu twierdzenie, że pozwany nie wykonał umowy z dnia 2.10.2008 r. w zakresie, który obejmował dostarczenie i montaż sprzętu sportowego. Jednocześnie pełnomocnik powoda wyjaśnił, iż żądając zasądzenia kwoty 72.690,09 zł jako zwrotu uiszczony na rzecz pozwanego zaliczki gotówkowej domaga się obniżenia umówionego między stronami wynagrodzenia wskutek niewykonania i wadliwego wykonania zobowiązania, tj. wadliwego wykonania nawierzchni trawiastej boiska wielofunkcyjnego oraz niewykonania nawierzchni poliuretanowej, a także równowartości sprzętu sportowego, którego pozwany nie dostarczył. Sąd Okręgowy uznał, że twierdzenie powoda o tym, że pozwany nie dostarczył i nie zamontował sprzętu sportowego jako sprekludowane podlegały pominięciu bowiem jego zgłoszenie winno być nastąpić w pozwie, a powód zgłaszając je nie wykazał, iż było to niemożliwe albo, że potrzeba zgłoszenia tego roszczenia wynikła później. Na marginesie wskazał, iż twierdzenie pełnomocnika powoda, że pozwany nie dostarczył sprzętu sportowego stoi w sprzeczności z treścią protokołu odbioru z 3.04.09r., z którego wynika, że inwestor nie zgłaszał ani braku sprzętu ani jego niezamontowania.

Sąd Okręgowy podniósł, że po sprecyzowaniu roszczenia, na rozprawie w dniu 5.01.2012 r. powód domagał się zasądzenia kwoty 72.690,09 zł twierdząc, że kwota ta stanowi odszkodowanie za szkodę jaką powód poniósł wskutek niewykonania i nienależytego wykonania przez pozwanego umowy. Powód wyjaśnił, że na kwotę żądanego odszkodowania składała się - kwota 26.891,18 zł 22% podatku VAT, która odpowiada równowartości umówionego między stronami wynagrodzenia za wykonanie nawierzchni poliuretanowej faktycznie przez pozwanego niewykonanej. Pozostała po odjęciu od kwoty 72.690,09 zł kwoty 26.891,18 zł plus VAT stanowi wedle powoda część należnego mu odszkodowania w związku ze szkodą jaką poniósł zlecając wykonanie robót wadliwie wykonanych przez pozwanego osobom trzecim.

Odnosząc się do zarzutu przedawnienia Sąd pierwszej instancji wskazał, że łącząca strony umowa była umową o charakterze mieszanym zawiera bowiem elementy umowy o roboty budowlane i o świadczenie usług w zakresie w jakim dotyczy dostarczenia montażu sprzętu sportowego. Treść umowy wskazuje, że zasadniczym zobowiązaniem pozwanego było wykonanie boiska wielofunkcyjnego oraz nawierzchni bieżni i okoliczność ta zdecydowała o zakwalifikowaniu umowy jako umowy o roboty budowlane w podwykonawstwie. Podniósł, że pozwany wykonywał umowę na podstawie projektu budowlanego, który to projekt inwestor - Gmina D. - opracował dla obiektu pod nazwą „Budowa boiska sportowego na terenie Gimnazjum w D.”. Powód przekazał pozwanemu plac budowy. Zgodnie zaś z umową odbiór zleconych pozwanemu do wykonania robót i usług miał być dokonany z udziałem inwestora obiektu - Gminy D., która to okoliczność świadczy o tym, że inwestor wiedział i godził się na wykonanie przez powoda części robót za pomocą pozwanego w ramach podwykonawstwa. Następnie stwierdził, że bieg 3-letniego terminu wymagalności roszczenia powoda o obniżenie umówionego wynagrodzenia ryczałtowego w związku z niewykonaniem przez pozwanego zobowiązania umownego w części obejmującej bieżnię poliuretanową rozpoczął się z dniem 28.10.2008 r., a więc od dnia następnego po 27.10.2008 r. - ustalonym w umowie jako termin końcowy realizacji robót i ukończył bieg z dniem 28.10.2011 r. Zważywszy, że powód wystąpił z pozwem przeciwko pozwanemu w dniu 17.09.2011, to roszczenie powoda nie było w dacie złożenia pozwu, tj. 17.10.2011, przedawnione.

Sąd podniósł, że zawnioskowani przez pozwanego świadkowie w osobach P. D. i P. G. nie posiadali wiedzy w kwestii związanej z realizacją umowy z 2.10.2008 r. Słuchana w charakterze świadka A. Z. przyznała, że pozwany wykonał tylko część umowy obejmującą boisko, a nie wykonał w ogóle nawierzchni bieżni. Zeznała także, że w uzgodnieniu z powodem, z uwagi na niemożliwość wykonania bieżni zgodnie z technologią, strony w grudniu 2008 r. rozliczyły się w ten sposób, że pozwany ograniczył wynagrodzenie do kwoty uiszczonej przez powoda zaliczki.

Według Sądu Okręgowego pozwany nie przeprowadził skutecznie dowodu, który uwolniłby go w świetle art. 471 k.c. od odpowiedzialności za niewykonanie nawierzchni bieżni. Pozwany bowiem nie udowodnił, że wskazane przez niego w odpowiedzi na pozew okoliczności takie jak zwłoka powoda w wykonaniu umowy czy wadliwe wykonanie przez powoda podbudowy w ogóle miały miejsce. Skoro zaś pozwany nie wykazał, że powód uniemożliwił mu rozpoczęcie robót w październiku, to bezprzedmiotowe były wnioskowane przez niego dowody za pomocą, których pozwany zamierzał wykazać, że wykonanie bieżni w listopadzie i grudniu było niemożliwe. W odniesieniu zaś do zarzutu, że wadliwe wykonanie nawierzchni trawiastej było skutkiem wadliwego wykonania przez powoda podłoża to na jego poparcie pozwany nie powołała żadnego dowodu, co uczyniło go chybionym. Pozwany nie udowodnił także twierdzenia, że między stronami doszło do skwitowania umowy za zapłatą wynagrodzenia w zmienionej w stosunku do treści umowy z 2.10.2008 r. wysokości, odpowiadającej kwotowo uiszczonej przez powoda zaliczki gotówkowej. Z zeznań A. Z. wynika, że takie porozumienie zostało zawarte między W. Z. (1) a powodem. Z kolei z zeznań świadka W. Z. wynika, że w tamtym czasie był pracownikiem pozwanego i że w zakresie jego obowiązków służbowych leżało między innymi negocjowanie treści umów i kontrola ich wykonania (k. 212). Z zeznań tego świadka nie można jednak zasadnie wywieść, że posiadał umocowanie do zmiany treści łączącej strony umowy skoro jak zeznał był umocowany do negocjowania i nadzorowania realizacji umów. Poza tym, co istotne, zgodnie z zapisem zawartym w treści umowy z 2.10.2008 r. jej zmiana mogła zostać dokonana wyłącznie w formie pisemnej, pod rygorem nieważności, a zatem nie mogło dojść do skutecznej zmiany wynagrodzenia tą umową objętego na podstawie porozumienia stron zawartego w formie ustnej.

Reasumując, Sąd Okręgowy wskazał, że w świetle zgromadzonych dowodów istniały podstawy do przyjęcia, że niewykonanie przez pozwanego bieżni poliuretanowej było przez niego zawinione i spowodowało szkodę w majątku powoda. Do pozwu powód dołączył na poparcie powództwa zlecenie oraz fakturę VAT wystawioną dla powoda przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w S., za wykonanie nawierzchni poliuretanowej na kwotę 43.08125 zł. Wobec jednak faktu, iż powód domagał się zasądzenia odszkodowania w kwocie sprecyzowanej w toku sporu na 26.891,18 zł plus VAT i kwota ta odpowiada wartości wynagrodzenia za wykonanie bieżni poliuretanowej umówionego między stronami, to Sąd Okręgowy uznał, że żądane przez powoda odszkodowanie w wys. 26.891,18 zł plus VAT odpowiada wartości szkody, którą poniósł wskutek niewykonania przez pozwanego nawierzchni bieżni poliuretanowej. Kwotę tę na rzecz powoda zasądzono na podstawie art. 471 k.c. w zw. z art. 361 § 1 k.c.

Rozpatrując roszczenie powoda w tym zakresie jako roszczenie odszkodowawcze według zasadach ogólnych (art. 471 k.c.) Sąd Okręgowy wskazał, że powód nie udowodnił w jakiej wysokości poniósł z tego tytułu szkodę oraz, że istnieje związek przyczynowy między szkodą o wartości dochodzonej a nienależytym wykonaniem zobowiązania przez pozwanego. Protokół z 3.04.2009 r., sporządzony na okoliczność odbioru końcowego inwestycji zawiera następujący opis stwierdzonych wad: „wykładzina trawy położona została z dużymi nierównościami w szczególności w okolicy słupków i na łączeniach klonów. Wykładzina w wielu kawałkach w wielu miejscach zabrudzona klejem”. W punkcie 1.6. omawianego protokołu stwierdzone zostało, że obiekt posiada następujące wady dające się usunąć „Wykonawca (czyli powód) poprawi nawierzchnię z trawy polegającą na nierównościach i poprawi łączenia” oraz, że do czasu usunięcia tych wad inwestor wstrzymuje wykonawcy płatność wynagrodzenia. Treść tego protokołu stanowi wyłącznie dowód na to, że wykonana przez pozwanego nawierzchnia trawiasta posiadała wady wykonawcze. Z uwagi natomiast na lakoniczną treść tego dokumentu w zakresie wad nie mógł on stanowić podstawy umożliwiającej określenie kosztu ich usunięcia. Dowodu na tę okoliczność nie stanowią także załączone do pozwu faktury VAT nr (...) wystawione powodowi przez spółkę z o.o. (...) z siedzibą w K. w dniu 29.04.(...) r. Jak wynika z tych faktur dotyczyły one należności powoda względem spółki (...) za wykonanie zamówienia z 8.09.2009 oraz zamówienia z 1.03.(...) r. Powód z żaden sposób nie udowodnił, że zakres robot zleconych do wykonania tej spółce, wynikający z zamówienia powoda datowanego na 8.09.2009 r. i faktury nr (...), był niezbędny do usunięcia wad wykonawczych nawierzchni opisanych w protokole odbioru końcowego z 3.04.2009 r. Na marginesie, brak podstaw do przyjęcia za powodem, że faktura nr (...) dotyczy przedmiotu sporu. Z jej treści wynika, że wystawiona została w oparciu o zlecenie powoda nr ZK 3/03/(...) z 1.03.(...) r. Zamówienia tego powód nie przedstawił wraz z pozwem uniemożliwiając jego weryfikację. Poza protokołem odbioru końcowego inwestycji z 3.04.2009 r. powód przedstawił trzy inne protokoły a mianowicie - protokół z 4.05.2009 r. w sprawie robót polegających na usunięciu usterek stwierdzonych w protokole odbioru końcowego inwestycji, sporządzony z udziałem powoda i osób reprezentujących inwestora - Gminę D.. W czynnościach odbiorowych nie uczestniczył pozwany i powód nie wykazał, aby go do tego odbioru wzywał a to niewątpliwie z tej przyczyny, że jak wynika z ustaleń faktycznych to powód a nie pozwany usunął wady stwierdzone w protokole z 3.04.2009 r. Sam fakt usunięcia wad przez powoda nie eliminował oczywiście odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego za wady stwierdzone podczas odbioru końcowego 3.04.2009 r. jednakże jak wskazano powód nie udowodnił jaki był konkretnie zakres wad i wartość robót niezbędnych do ich usunięcia, pozostających w zakresie odpowiedzialności pozwanego w oparciu o ustalenia zawarte w tym protokole. Poza tym podobnie jak protokół z 3.04.2009, tak i protokół z 4.05.2009 r. posługują się przy określeniu wad nawierzchni pojęciami ogólnikowymi, wskazując na występujące nierówności i zgrubienia na części boiska oraz sformułowanie, że „w przypadku kiedy usunięcie nierówności i zgrubień nie będzie możliwe nawierzchnię poza polem gry do tenisa należy wymienić”. Nadto w protokole z 30.4.2009 r. w ogóle nie wskazano jakiej powierzchni boiska dotyczą wady polegające na zgrubieniach i nierównościach. W oparciu o omawiane protokoły nie da się ustalić, które i o jakiej wartości wady wykonawcze, obciążające pozwanego zgodnie z protokołem z 3.04.2009 r., powód usunął na własny koszt, a także i tego czy wady te pozostają w związku skutkowo-przyczynowym z wykonywaniem robót przez pozwanego. Na podstawie zamówienia z 8.09.2009 r. powód zlecił spółce (...) dostawę i montaż sztucznej trawy. Ze wskazanego tam zakresu robót do wykonania podano - odcięcie nawierzchni przewidzianej do wymiany pozostającej na boisku, dostawa trawy i piasku, instalacja, wklejenie linii, zasypanie piaskiem kwarcowym. Na podstawie aneksu nr 2 dodatkowo powód zlecił tej spółce dostawę i montaż boiska do piłki siatkowej w kolorze ceglastym na powierzchni 190 m<sup>(2)</sup> z wklejeniem linii koloru żółtego. Wartość zamówienia określono na kwotę 92.232.00 zł brutto. Z treści protokołu sporządzonego przez inwestora, powoda i przedstawiciela spółki (...) w dniu 9.11.2009 r., na okoliczność odbioru robót zleconych do wykonania tej spółce na podstawie zamówienia z 8.09.2009 r. wynika, iż powód we własnym zakresie podejmował nieudane próby usunięcia wad wykonawczych nawierzchni trawiastej opisane w protokole datowanym na 4.05.2009 r. - zgrubienia i nierówności poza polem gry do tenisa, po czym zamówił w spółce (...) nawierzchnię trawiastą w ilości niezbędnej do wymiany. W protokole tym stwierdzono ponadto wady wykonawcze popełnione przez spółkę (...) przy kładzeniu nawierzchni trawiastej i zobowiązano spółkę do ich usunięcia w terminie do 30.04.(...) r. Powód nie wykazał czy i w jakim związku skutkowo-przyczynowym z wykonywaniem umowy przez pozwanego pozostają ewentualnie wady wykonawcze o jakich mowa w omawianym protokole i wystawionej przez spółkę (...) fakturze VAT nr (...)(...)o.

Odnosząc się do roszczenia powoda o zasądzenie kwoty 115.832,63 zł tytułem odszkodowania w oparciu o art. 471 k.c. Sąd pierwszej instancji wskazał, że powód nie udowodnił tego roszczenia zarówno co do zasady, jak i wysokości. Podniósł, że z treści noty księgowej nr (...) wynika, że inwestor obciążył powoda karą umowną za zwłokę w realizacji łączącej strony umowy za 112 dni zwłoki w kwocie 115.832,63 zł., którą zamierzał potrącić z faktury powoda nr (...) z 6.04.2009 r. W ocenie Sądu treść noty nr (...) nie zawiera oświadczenia, iż Gmina „potrąca” (czas terażniejszy) powodowi posiadaną względem niego wierzytelność. Zdaniem Sądu Okręgowego w nocie tej inwestor informuje powoda, że zamierza potrącić (czas przyszły) posiadaną względem powoda wierzytelność z wierzytelnością powoda wynikającą ze wskazanej tam faktury. Użyty w nocie nr (...) zwrot „zostanie potrącona” nie jest równoznaczny ze zwrotem „potrąca”, a tylko takiej treści stanowczy zwrot świadczyłby w sposób jednoznaczny o tym, że Gmina nie tylko podjęła zamiar potrącenia, ale także go na podstawie omawianego oświadczenia zrealizowała. Stąd też brak jest podstaw do uznania, iż na podstawie noty księgowej nr (...) doszło do potrącenia wzajemnych wierzytelności Gminy i powoda ze skutkiem umorzenia. Dodatkowo Sąd pierwszej instancji wskazał, że powód nie przedstawił wraz z pozwem faktury wymienionej w nocie nr (...), a powołanie się na nią przez Gminę w treści noty nr (...) stanowić może wyłącznie okoliczność uprawdopodobniającą jej istnienie, a w konsekwencji także, jedynie uprawdopodobnienie posiadania przez powoda wierzytelności, która miała by być tą fakturą objęta. Okoliczność ta nie pozostaje bez wpływu na ocenę twierdzeń powoda jeśli wziąć pod uwagę, że oświadczenie o potrąceniu wywołuje skutki określone w przepisach prawa materialnego tylko wówczas, gdy obie potrącanie wierzytelności rzeczywiście przysługują osobom będących względem siebie jednocześnie dłużnikami i wierzycielami. Tak więc w interesie powoda dla wykazania skuteczności potrącenia było wykazanie, że było ono możliwe. Za niewystarczające w tym zakresie był jedynie dowód z przesłuchania powoda.

Sąd Okręgowy dodał także, że nawet gdyby teoretycznie przyjąć za powodem, że doszło do potrącenia i umorzenia wierzytelności na podstawie noty nr (...), to mając na uwadze zgłoszone roszczenie jako żądanie zasądzenia szkody powód powinien zgodnie z treścią art. 471 k.c. udowodnić istnienie zobowiązania po stronie pozwanej, fakt poniesienia szkody, jej wysokość oraz istnienie związku przyczynowo-skutkowego między nienależytym wykonaniem przez pozwanego zobowiązania a poniesieniem przez niego szkody. Fakt istnienia zobowiązania po stronie pozwanej nie był sporny i wynikał z umowy z 2.10.2008 r. Nie było także między stronami sporu co do tego, że pozwany nie dotrzymał terminu końcowego realizacji robót. W ocenie Sądu pierwszej instancji powód nie udowodnił jednak wysokości szkody będącej skutkiem nieterminowego wykonania umowy przez pozwanego oraz istnienia związku przyczynowego między szkodą a nieterminowym wykonaniem umowy. Powołana przez powoda okoliczność wynikająca z noty księgowej nr (...), iż wykonał łączącą go z inwestorem umowę ze 112 dniowym opóźnieniem nie stanowi sama przez się dowodu na istnienie związku przyczynowo-skutkowego między tym zdarzeniem a nieterminowym wykonaniem umowy przez pozwanego. Fakt pozostawania przez powoda w 112 dniowym opóźnieniu z wykonaniem umowy względem inwestora nie może być bowiem uznany za równoznaczny z popadnięciem w zwłokę przez pozwanego względem powoda.

Odsetki za opóźnienie zasądzono od daty wezwania do zapłaty z uwzględnieniem czasu niezbędnego na obrót pocztowy (art. 481 i 2 k.c. w zw. z art. 455 k.c.). Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 98 i 100 k.p.c.

Powód wniósł apelację od powyższego wyroku zaskarżając go w części dotyczącej punktu II. sentencji, tj. odnośnie oddalenia powództwa ponad kwotę 32.807,24 zł, oraz zarzucając orzeczeniu:

1. obrazę przepisów postępowania poprzez naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. i przekroczenie wynikającej z tego przepisu zasady swobodnej oceny materiału dowodowego, dokonanie oceny zebranych w sprawie dowodów wbrew zasadom logiki i niezgodnie ze wskazaniami doświadczenia życiowego, co w szczególności objawia się w analizie dokumentów w postaci:

- umowy z dnia 11 marca 2009 r., faktury VAT nr (...), dowodu wpłaty z dnia 9 kwietnia 2009 r., zamówienia z dnia 8 września 2009 r., faktury VAT nr (...), dowodu wpłaty z dnia 4 maja 2010 r. - w aspekcie wystąpienia po stronie powoda szkody w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez pozwanego, a także w aspekcie ustalenia wysokości szkody,

- protokołu z dnia 31 marca 2009 r., protokołu z dnia 3 kwietnia 2009 r., protokołu z dnia 4 maja 2009 r., protokołu z dnia 9 listopada 2009 r. - w aspekcie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zawinionym zachowaniem pozwanego a wyrządzeniem powodowi szkody,

- noty księgowej nr (...) z dnia 30 kwietnia 2009 r. w aspekcie oceny wystąpienia po stronie powoda szkody w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez pozwanego, ustalenia wysokości szkody, a także związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy szkodą a zawinionym zachowaniem pozwanego;

2. sprzeczność istotnych ustaleń sądu z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym, polegającą na niezasadnym przyjęciu przez sąd meriti, iż powód - poza kwotą stanowiącą równowartość wynagrodzenia wpłaconego pozwanemu za wykonanie nawierzchni bieżni (32.807,24 zł) - nie poniósł żadnej dodatkowej szkody w związku z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez pozwanego, a także że pomiędzy szkodą w dochodzonej pozwem wysokości a zawinionym zachowaniem pozwanego brakuje związku przyczynowo-skutkowego, podczas gdy z dowodów zgromadzonych w toku postępowania wynika, że powód ze względu na nienależyte wykonanie zobowiązania przez pozwanego poniósł szkodę polegającą na konieczności zlecenia prac nienależycie wykonanych przez pozwanego innym podmiotom oraz szkodę w postaci konieczności zapłaty kary umownej za pozostawanie w zwłoce w stosunku do inwestora, a pomiędzy szkodą a zawinionym zachowaniem pozwanego występuje związek przyczynowo- skutkowy.

Skarżący jednocześnie wniósł o przeprowadzenie dowodów z wyciągu bankowego z dnia 1.06.2009 r. obejmującego operacje bankowe na koncie przedsiębiorstwa powoda przez okres maja 2009 r. oraz z dokumentu w postaci potwierdzenia przelewu z dnia 5.05.2009 r. na okoliczność faktycznego zrealizowania przez Gminę D. potrącenia dokonanego w nocy z 30 kwietnia 2012 r.. Wyjaśnił, że o potrzebie powołania tych nowych dowodów i faktów powód powziął informację z treści uzasadniania skarżonego wyroku.

Wskazując na powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie kosztów procesu, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

W uzasadnieniu wskazał, że Sąd Okręgowy pominął fakt całkowitego niewykonania przez pozwanego zlecenia dotyczącego nawierzchni bieżni poliuretanowej oraz konieczność zlecenia tej samej pracy przez powoda innemu podwykonawcy. Stwierdził, że oczywistym jest, że poniósł szkodę w wysokości równowartości honorarium, które musiał zapłacić kolejnemu podmiotowi za pracę jaką miał obowiązek wykonać pozwany.

Wskazał, że po stwierdzeniu nieprawidłowo wykonanej pracy w zakresie boiska wielofunkcyjnego pozwany nie przystąpił do usuwania wad fizycznych, mimo tego, że o wadach tych wiedział – w trakcie odbioru w dniu 3 kwietnia 2009 r. obecny był przedstawiciel pozwanego, który miał okazję zapoznać się z wynikami kontroli. Wówczas powód podjął próbę usunięcia wad we własnym zakresie, po czym zlecił ich dokończenie innemu podmiotowi. Wywiódł, że poniósł szkodę w związku z konieczności zapłaty wynagrodzenia z tytułu wykonania zastępczego. Podniósł, że zakres wad stwierdzonych w protokole z dnia 3 kwietnia 2009 r. potwierdza nienależyte wykonania umowy przez pozwanego w zakresie położenia boiska wielofunkcyjnego. Wywiódł, że analiza zakresu zleconych prac dla (...) a także protokołów pokontrolnych – w tym pominiętych przez Sąd Okręgowy protokołów z dnia 29 kwietnia 2010 r. – pozwala zdaniem skarżącego na przyjęcie, że zakres robót wadliwie wykonanych przez pozwanego a dotyczących wykonania boiska wielofunkcyjnego w całości zawiera się w zakresie prac zleconych przez powoda (...).

Skarżący podniósł także, iż treść noty nr (...) wskazuje, że Gmina D. dokonała potrącenia kwoty 115.832,63 zł z tytułu kary umownej. Użyty w tej nocy zwrot „(...) obciążamy państwa kwotą 115.832,63 zł (...)” wskazuje, że intencją składającego to oświadczenie było natychmiastowe rozliczenia wzajemnych zobowiązań. Nadto dowodem na to, że potrącenie to zostało dokonane jest treść przesłuchania powoda.

Na rozprawie apelacyjnej pełnomocnik pozwanego wniósł o oddalenie apelacji i wniosków dowodowych w niej zawartych oraz o zasądzenie od powoda kosztów procesu.

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

Apelacja powoda okazała się w całości nieuzasadniona.

Sąd Apelacyjny jako sąd meriti w granicach wniesionej apelacji, co wynika z dyspozycji art. 378 § 1 k.p.c., rozważa na nowo zebrany w sprawie materiał dowodowy, w tym dokonuje jego samodzielnej oceny prawnej. Powyższa analiza pozwala stwierdzić, że stanowisko Sądu drugiej instancji, zarówno w zakresie ustaleń faktycznych oraz ich oceny prawnej w większości pokrywa się z argumentacją zawartą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, tym samym niecelowym jest jej powtarzanie, ze zmianami i uzupełnieniami wynikającymi z poniższych rozważań. Wywody zaprezentowane w apelacji, w tym podniesione zarzuty, nie stanowiły wystarczającej podstawy do weryfikacji orzeczenia Sądu Okręgowego w postulowanym przez apelującego kierunku.

Uznając za niezasadne zarzuty apelacji dotyczące przekroczenia granicy swobodnej oceny dowodów i w związku z tym sprzeczności istotnych ustaleń sądu z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym, Sąd Apelacyjny podkreśla, że sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według swego przekonania na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału. Przepis art. 233 § 1 k.p.c., przy uwzględnieniu treści art. 328 § 2 k.p.c., nakłada na sąd orzekający obowiązek: po pierwsze – wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału, po drugie – uwzględnienia wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, po trzecie – skonkretyzowania okoliczności towarzyszących przeprowadzeniu poszczególnych dowodów mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności, po czwarte – wskazania jednoznacznego kryterium oraz argumentacji pozwalającej wyższej instancji i skarżącemu na weryfikację dokonanej oceny w przedmiocie uznania dowodu za wiarygodny, bądź też jego zdyskwalifikowanie, po piąte – przytoczenia w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia dowodów, na których sąd się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności. Jak trafnie przyjmuje się przy tym w orzecznictwie sądowym, jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.) i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub, gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z 27.09.2002 r., II CKN 817/00, LEX nr 56906). Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając (tak SN m.in. w orzeczeniach: z 23.01.2001 r., IV CKN 970/00, LEX nr 52753, z 12.04.2001 r., II CKN 588/99, LEX nr 52347, z 10.01.2002 r., II CKN 572/99, LEX nr 53136).

Odnosząc powyższe wywody do realiów niniejszej sprawy, stwierdzić należało, że powód ograniczył się w apelacji głównie do polemiki z twierdzeniami Sądu Okręgowego i przedstawienia w istocie własnej wersji oceny zgromadzonego w sprawie materiału, nie odnosząc się do logicznej oceny tego materiału przez Sąd pierwszej instancji i w efekcie nie podważając skutecznie dokonanej przez tenże Sąd oceny dowodów, mieszczącej się w ramach zakreślonych przepisem art. 233 § 1 k.p.c., za wyjątkiem kwestii skuteczności potrącenia wierzytelności z tytułu kary umownej dokonanej przez Gminę D. w nocy księgowej nr (...), o czym będzie mowa w dalszej części rozważań.

Przechodząc zatem do pierwszego z podniesionych przez powoda zarzutów Sąd Apelacyjny zauważa na wstępie, że skarżący wymieniając w apelacji szereg dokumentów, które jego zdaniem zostały poddane przez Sąd pierwszej instancji analizie wbrew zasadom logiki i niezgodnie ze wskazaniami doświadczenia życiowego, jednocześnie poprzestaje na wyliczeniu tych dokumentów bez wskazania jakie jego zdaniem wynikają z nich fakty istotne dla rozstrzygnięcia i jak one się mają do zgłoszonych w pozwie roszczeń.

Wbrew twierdzeniom apelującego Sąd Okręgowy dostrzegł nie tylko fakt nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwaną Spółkę w postaci wadliwości nawierzchni boiska wielofunkcyjnego, ale i niewykonanie umowy nr (...) z dnia 2.10.2008 r. w zakresie nawierzchni poliuretanowej bieżni, co zostało zresztą przez stronę pozwaną przyznane. Przecież właśnie zasądzona zaskarżonym wyrokiem kwota stanowi umówioną między stronami wartość wykonania nawierzchni bieżni (26.891,18 zł) powiększoną o podatek VAT jako odszkodowanie za szkodę wynikłą dla powoda z tytułu konieczności powierzenia tych prac innemu podmiotowi. Jednocześnie przy niesporności faktu powierzenia wykonania nawierzchni poliuretanowej bieżni podmiotowi trzeciemu ( (...) spółce z o.o. w S.) brak jest podstaw faktycznych do zasądzenia od pozwanego kwoty stanowiącej równowartość wynagrodzenia wypłaconego spółce (...), które było zdecydowanie wyższe (43.081,25 zł) niż ryczałt umówiony pomiędzy stronami umowy z 28.10.2008 r. Powód nie wykazał bowiem w jaki sposób skalkulował cenę wskazaną w zleceniu z 11.03.2009 r. (k. 19) i dlaczego była ona wyższa niż w umowie z pozwanym, zwłaszcza że godził się na to, że wykonawca ( ...) nie będzie ponosił odpowiedzialności za ewentualne odklejenie się nawierzchni od podłoża. Brak jest zatem także związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy niewykonaniem przez pozwanego zobowiązania w całości a wynagrodzeniem wykonawcy zastępczego za położenie nawierzchni bieżni ponad kwotę 32.807,24 zł.

Odnośnie natomiast roszczenia odszkodowawczego w zakresie wywodzonym z nienależytego wykonania przez stronę pozwaną nawierzchni boiska wielofunkcyjnego to i tu przytaczane w apelacji dokumenty nie pozwalają uznać za wykazane przez powoda zarówno wysokości szkody, jak i związku przyczynowego-skutkowego pomiędzy nienależytym wykonaniem zobowiązania przez pozwanego a szkodą jaką miałby ponieść powód. Otóż Sąd Apelacyjny nie zgadza się z powodem, że obecność przedstawicieli pozwanej Spółki (podwykonawcy) podczas czynności odbioru końcowego dokonanego przez inwestora w dniu 3.04.2009 r. była równoznaczna z przyjęciem przez nich do wiadomości konieczności przystąpienia do usunięcia wad nawierzchni boiska wyszczególnionych w części III protokołu odbioru końcowego (k. 12-13). Jak bowiem wynika z treści tegoż dokumentu był on adresowany do bezpośredniego kontrahenta Gminy D., a więc wykonawcy A. K., co tenże zresztą potwierdził w swoich zeznaniach (vide protokół rozprawy k. 223). Jednocześnie, jak trafnie przyjął Sąd pierwszej instancji, powód nie wykazał, że wzywał swojego podwykonawcę do usunięcia usterek nawierzchni boiska, przyznając wręcz w apelacji, że podjął próby usunięcia wad we własnym zakresie, w tym przy pomocy podwykonawcy pozwanej Spółki (vide zeznania świadka A. Z.), następnie zaś powód zlecił dokończenie tych prac kolejnemu podwykonawcy, czyli (...) spółce z o.o. w K.. Skoro zatem powód nie wzywał pozwanego do usunięcia usterek stwierdzonych w dniu 3.04.2009 r. i podjął się naprawy na własną rękę, to tym samym nie wiadomo czy koszty wykonania zastępczego przez (...) dotyczą w całości naprawienia robót wykonywanych przez pozwanego, czy może robót poprawkowych powoda.

Zgadając się ze skarżącym, że zakres wad stwierdzonych w protokole z dnia 3.04.2009 r. potwierdza nienależyte wykonanie umowy przez pozwanego w zakresie ułożenia nawierzchni boiska wielofunkcyjnego, trzeba jednocześnie zauważyć, że nie potwierdza to wartości i zakresu prac naprawczych związanych z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez pozwanego. Po pierwsze, protokół odbioru robót usuwających usterki, spisany w dniu 4.05.2009 r. (k. 13 verte), pokazuje że usuwanie usterek powód przeprowadzał we własnym zakresie, a więc nie wiadomo na ile dalsze prace, to wynik wadliwości prac pozwanego, a na ile nieprawidłowe ich usuwanie przez samego powoda. W szczególności, że z zeznań świadka W. Z. (1) wynika, że nierówności zakwestionowane przez inwestora powstały w wyniku prac poprawkowych zleconych przez powoda, ale nie stronie pozwanej, której do tego nie wzywał. Po drugie, w zleceniu z 8.09.2009 r. dla (...) spółki z o.o. (k. 16) jako zakres robót wskazuje się „odcięcie nawierzchni przewidzianej do wymiany od pozostającej na boisku (...)”, a więc nie całość robót wykonanych przez pozwanego, a tym samym nie sposób przyjąć, że szkoda równa się wartości wynagrodzenia z faktury nr (...), którą spółka (...) wystawiła powodowi. Ponadto aneks z 23.02.201 r. do ww. zlecenia (k. 17) w punkcie 4. mówi o „dodatkowej powierzchni (boisko do siatkówki)”, co również wywołuje wątpliwości odnośnie zasadności obciążenia pozwanego – w ramach odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie art. 471 k.c. – całością kosztów wykonania zastępczego poniesionymi przez powoda na rzecz (...) spółki z o.o. w K.. Dla wykazania powyższych okoliczności konieczne byłoby sięgnięcie do wiadomości specjalnych, ale z taką inicjatywą dowodową powód nie wystąpił.

Akceptując ustalenia i wywody prawne Sądu Okręgowego w wyżej omówionym zakresie Sąd Apelacyjny nie zgodził się jedynie z przyjęciem w zaskarżonym wyroku, że nie doszło do potrącenia przez inwestora kary umownej w wysokości 115.832,63 zł z wynagrodzeniem powoda jako generalnego wykonawcy na podstawie noty księgowej nr (...) z dnia 30 kwietnia 2009 r. W ocenie Sądu Apelacyjnego treść tej noty (k. 15), podpisanej przez Burmistrza Miasta i Gminy D., jednoznacznie wskazuje na wolę inwestora potrącenia naliczonej kary umownej z należnym powodowi wynagrodzeniem wynikającym z wymienionej w nocie faktury. Oświadczenie to dotarło do dłużnika (powoda), który poświadczył to własnym podpisem, umieszczając nadto adnotację o treści „Sprawdzono pod kątem merytorycznym i formalnym; ujęto w kosztach za kwiecień 2009”. Ponadto powód w swoich zeznaniach potwierdził, że kwota wynikająca z noty księgowej nr (...) z 30.04.2009 r. została potrącona z należnego mu od inwestora wynagrodzenia za wykonanie tego boiska (vide protokół rozprawy k. 225), co jest wystarczające do uznania, że oświadczenie o potrąceniu było skuteczne.

Powyższa konstatacja nie oznacza jednak, że powód wykazał zasadność zgłoszonego w pozwie roszczenia odszkodowawczego w wysokości 115.832,63 zł. Tu bowiem Sąd drugiej instancji podziela stanowisko Sądu Okręgowego, że skarżący nie udowodnił związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy obciążeniem go ww. karą umowną za 112 dni opóźnienia w wykonaniu robót na podstawie umowy łączącej go z Gminą a nienależytym wykonaniem umowy z 2.10.2008 r. przez swojego podwykonawcę, czyli pozwanego. Jak bowiem wynika ze zgromadzonego w aktach sprawy materiału dowodowego, w tym zeznań świadków A. Z. i W. Z. (1) przedmiotem zastrzeżeń ze strony inwestora w trakcie wykonywania prac była nie tylko kwestia nierówności nawierzchni boiska, ale i niezamontowanie siedzisk na trybunach boiska (k. 94, k. 95). Poza tym w części V protokołu końcowego odbioru robót (k. 12-13) w punkcie 3) wymieniono konieczność zdjęcia otuliny ze słupków piłkochwytyw i pomalowania całości, co nie wydaje się być objęte zakresem umowy z dnia 28.10.2008 r. pomiędzy powodem i pozwanym. Zatem brak jest przekonujących dowodów, że naliczona i potrącona powodowi przez inwestora kara umowna dotyczyła wyłącznie opóźnienia w zakresie robót powierzonych do wykonania stronie pozwanej (ewentualnie w zakresie ilu dni opóźnienia), a tylko w takim wypadku można byłoby mówić o związku przyczynowym pomiędzy nienależytym wykonaniem zobowiązania przez pozwanego a szkodą powoda polegającą na zmniejszeniu jego wynagrodzenia przez inwestora.

Biorąc pod uwagę powyższe wywody Sąd Apelacyjny uznał za bezzasadny także zarzut apelacji dotyczący sprzeczności istotnych ustaleń sądu z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, za wyjątkiem kwestii skuteczności potrącenia z noty księgowej, gdyż argumentacja przytoczona przez skarżącego dla wykazania zasadności tego zarzutu była wspólna dla obu tych zarzutów.

Pomijając dowody załączone do apelacji Sąd Apelacyjny uznał je za spóźnione, gdyż zasadność i wysokość szkody winna już być wykazana w pozwie (art. 381 k.p.c.). Poza tym wobec odmiennej oceny dowodów dokonanej przez Sąd Apelacyjny okoliczność skutecznego oświadczenia o potrąceniu została wykazana dowodami już znajdującymi się w aktach sprawy (art. 217 § 2 w zw. z art. 391 § k.p.c.).

Na podstawie art. 350 § 1 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny sprostował w zaskarżonym wyroku oczywistą omyłkę pisarską dotyczącą firmy strony pozwanej.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 i art. 99 w zw. z art. 108 § 1 i art. 391 § 1 k.p.c.

SSO del. Piotr Sałamaj SSA Agnieszka Sołtyka SSA Dariusz Rystał