

**Sygn. akt I ACa 1716/16**

**I ACz 2568/16**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 kwietnia 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Barbara Baran (spr.)</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SSA Jerzy Bess</b> <b>SSO Beata Kurdziel (del.)</b>
Protokolant:	st. sekr. sądowy Urszula Kłosińska

po rozpoznaniu w dniu 21 kwietnia 2017 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **sp. z o. o. w S.**

przeciwko (...) **S.A. w K.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 26 września 2016 r. sygn. akt IX GC 633/15

oraz zażalenia strony pozwanej na punkt 2 wyżej wymienionego wyroku

I. **oddala apelację;**

II. **umarza postępowanie zażaleniowe;**

**III. zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 2 700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

SSA Jerzy Bess SSA Barbara Baran SSO del. Beata Kurdziel

**Sygn. akt I ACa 1716/16**

**I ACz 2568/16**

## UZASADNIENIE

**Zaskarżonym wyrokiem** Sąd Okręgowy w Krakowie zasądził od strony pozwanej (...) S.A. z siedzibą w K. na rzecz strony powodowej (...) sp. z o.o. z siedzibą w S. kwotę:

- 21 816,71 zł z ustawowymi odsetkami od 6 listopada 2014 r. do 31 grudnia 2015 r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;

- 35 615,39 zł z ustawowymi odsetkami od 6 listopada 2014 r. do 31 grudnia 2015 r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;

- 44 141,56 zł z ustawowymi odsetkami od 25 listopada 2014 r. do 31 grudnia 2015 r. i ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty;

Sąd zasądził także od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 12 184 zł tytułem kosztów postępowania.

**Sąd ustalił**, że strony zawarły dwie umowy.

Pierwszą zawarto w dniu 3 września 2012 r. (nr (...)). Na jej podstawie strona powodowa zobowiązała się wykonania przepustów skrzynkowych zgodnie z kosztorysem (załącznik (...) do umowy) oraz ze Specyfikacją (...) (załącznik (...) do umowy) w ramach realizowanej przez Spółkę (...) S.A. inwestycji w postaci budowy drogi (...). W aneksie do umowy z 5 października 2012 r. zwiększono zakres robót nią objętych.

Strony ustaliły wartość wynagrodzenia umownego na kwotę 2 085 863 zł netto, czyli 2 565 611,49 zł brutto. W (...) umowy strony ustaliły zabezpieczenie należytego jej wykonania w kwocie 5% wynagrodzenia umownego brutto. Zgodnie z treścią (...) umowy, 70% wartości zabezpieczenia powinno zostać przez pozwanego zwrócone po upływie okresu obowiązywania zabezpieczenia, tj. po 23 grudnia 2013 r.

Na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy pozwany zatrzymał łącznie kwotę 128 280,58 zł, w tym 87 427,85 zł z faktury VAT nr (...) i 40 852,72 zł z faktury VAT nr (...).

Pozwany nie zwrócił 70% wartości zabezpieczenia, więc powódka wezwała pozwanego do zapłaty kwoty 35 651,39 zł, stanowiącej część niezwróconego zabezpieczenia (tę kwotę obejmuje tiret drugie punktu 1 zaskarżonego wyroku).

Kolejną umowę (nr (...)) zawarto w dniu 19 sierpnia 2013 r. Na jej podstawie strona powodowa zobowiązała się do wykonania robót budowlanych w zakresie: schodów skarpowych, wykonania umocnienia stożków i skarp trylinką soczewkową w ramach realizowanej przez Spółkę (...) S.A. inwestycji „Budowa drogi (...)”. Szczegółowe postanowienia dotyczące realizacji robót zawarto w punkcie „Postanowienia dodatkowe”, tj.;

- elementy brukarskie miały być zapewniane przez wykonawcę. Materiał miał być dostarczany w jedno ustalone miejsce w pobliżu miejsca wbudowania. Rozładunek materiałów był po stronie wykonawcy;
- zapewnienie elementów pomocniczych (podsypka piaskowo-cementowa) było po stronie Podwykonawcy. Strony ustaliły, że wykonawca sprzeda podwykonawcy podsypkę piaskowo-cementową. W umowie nie określono ceny zakupu podsypki;
- podwykonawca miał obowiązek wyznaczyć własnego kierownika robót do koordynacji swoich prac oraz do odbioru materiałów powierzonych przez wykonawcę;
- podwykonawca miał być rozliczany z pobranego materiału w cyklach tygodniowych na koniec danego tygodnia. Straty poniesione w zużyciu materiałów powierzonych nie powinny przekraczać 2% całości pobranego materiału. W przeciwnym wypadku podwykonawca miał być obciążony kosztami dodatkowego zużycia po cenach ustalonych z wykonawcą,

Obowiązkiem wykonawcy było przygotowanie podłoża pod wszystkie elementy brukarskie do odpowiedniej rzędnej projektowej zgodnie z projektem wykonawczym. Ponadto obowiązkiem wykonawcy była obsługa geodezyjna.

Powód powinien ułożyć trylinkę tak, by szerokość spoin między elementami betonowymi wynosiła od 3 do 5 mm. Po ułożeniu elementów betonowych spoiny należało wypełnić zaprawą cementowo-piaskową, spełniającą wymagania punktu 2.3.3. Wytrzymałość zaprawy na ściskanie powinna wynosić nie mniej, niż 30 M..

Wartość wynagrodzenia umownego strony ustaliły na kwotę 506 776 zł netto, czyli 623 334,48 zł brutto. W(...)tej umowy strony ustaliły zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5% wynagrodzenia umownego brutto. Zgodnie z treścią (...)70% wartości zabezpieczenia powinno zostać przez pozwanego zwrócone po upływie okresu obowiązywania zabezpieczenia tj. po 23 grudnia 2013 r.

Na poczet zabezpieczenia pozwany zatrzymał 31 166,73 zł z faktury VAT nr (...).

Pismem z dnia 24 października 2014 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 21 816,72 zł, stanowiącej 70% kwoty zabezpieczenia (tę kwotę obejmuje tiret pierwsze punktu 1 zaskarżonego wyroku).

W dniu 24 września 2013 r. w K., gdzie mieściło się biuro budowy głównego wykonawcy została sporządzona notatka służbowa ze spotkania z powódką. W notatce ustalono terminy wykonania obrukowania stożków trylinką wraz z ułożeniem schodów skarpowych (roboty podstawowe) oraz terminy wykonania umocnienia stożków brukiem kamiennym i płytami ażurowymi wraz z ułożeniem schodów skarpowych (rozszerzony zakres robót). Punkt(...) ustaleń zawartych w notatce został nazwany „(...)”. W ten sposób pozwany zlecił zatem powódcie wykonanie robót dodatkowych przy realizacji kontraktu nr(...) wykonanie umocnienia stożków brukiem kamiennym wraz z ułożeniem schodów skarpowych (cena jednostkowa robót – 40 zł/m<sup>(2)</sup>) na obiektach (...)oraz wykonanie umocnienia stożków płytami ażurowymi wraz z ułożeniem schodów skarpowych (cena jednostkowa robót – 26 zł/m<sup>(2)</sup>) na obiektach (...)

Potrzeba tych robót wynikała z tego, że powód był zmuszony dokonać rozbiórki wcześniej ułożonego umocnienia stożków niektórych przyczółków wskutek niewłaściwego wyprofilowania podłoża (co obciążało pozwanego). Po wyprofilowaniu przez pozwanego podłoża do właściwych rzędnych wysokościowych powód ponownie wykonał umocnienie stożków i z tego właśnie tytułu wystawił w/w fakturę. (...) geodezyjna inwestycji, w tym robót prowadzonych przez powoda, była po stronie pozwanego, on też miał przygotować podłoże pod wszystkie elementy brukarskie do odpowiedniej rzędnej projektowej. Powód nie miał obowiązku weryfikacji rzędnych wysokościowych przygotowanego przez powoda podłoża. Skutkiem nieprawidłowego wyprofilowania przez Generalnego Wykonawcę podłoża była konieczność dokonania rozbiórki ułożonych elementów i ponownego jego odtworzenia. Powód roboty dodatkowe wykonał, została za nie wystawiona faktura VAT nr (...) na kwotę 35 887,45 zł netto, czyli brutto 44 141,56 zł (tę kwotę obejmuje tiret trzecie punktu 1 zaskarżonego wyroku).

Strona pozwana nie uregulowała tej należności.

Strona pozwana nie wystawiła protokołu odbioru wykonanych prac, informując powódkę, iż taki protokół zostanie sporządzony, gdy prace odbierze inwestor, tj. (...) w W.. Nie stworzono także żadnych dokumentów co do wadliwości ustalonej rzędnej, bo wszystko korygowano na bieżąco a pozwany chciał dotrzymać terminu odbioru ustalonego z inwestorem.

Pozwany otrzymał świadectwo przejęcia a poświadczona w nim data zakończenia kontraktu to dzień 25 listopada 2013 r.

Dnia 9 grudnia 2015 r. został sporządzony protokół przeglądu gwarancyjnego nr (...). Komisja składająca się z przedstawicieli Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad oddział O. oraz przedstawicieli stron stwierdziła ubytki spoinowania na stożkach obiektów mostowych (...) - została wypłukana spoina w trylince. Wyznaczono termin usunięcia usterek do 20 maja 2016 r. a powód wady usunął. Protokół podpisał także przedstawiciel powoda, który nie negował faktu wystąpienia usterek na wykonanych przez siebie obiektach. W punkcie(...)protokołu odnotowano:

„poświadczona w świadectwie przejścia data zakończenia kontraktu to 25.11.2013 r.”. Powód wykonał zatem roboty w terminie.

W robotach, które wykonywał powód, wystąpiły w okresie gwarancji usterki, polegające na:

- nieprawidłowym wypełnieniu szczelin pomiędzy elementami brukowymi na stożkach i skarpach obiektów mostowych, powodującym wypłukiwanie spoiny. Powodem wystąpienia usterki było zastosowanie materiału nie spełniającego wymogów odpowiedniej specyfikacji technicznej (zbyt mała zawartość cementu w zaprawie, nieodpowiednia konsystencja zaprawy) lub brak odpowiedniej pielęgnacji wykonanego umocnienia (polanie wodą w kilka godzin po zalaniu spoin, utrzymywanie w stałej wilgotności przez okres 7 dni). Powyższa wada skutkowałą brakiem szczelności umocnienia, co może prowadzić w dłuższym okresie czasu do podmywania podłoża skarpy lub stożka, możliwości przesuwania się względem siebie poszczególnych elementów itp. Roboty wykonane przez powoda wymagały w tym zakresie naprawy. Występowanie powyższej usterki zostało potwierdzone w trakcie oględzin. Na części obiektów umocnienie przyczółków zostało poprawione, tzn. usunięto stare spoiny i szczeliny wypełniono nową zaprawą uszczelniającą;

- zbyt dużych szczelinach pomiędzy poszczególnymi elementami betonowymi. Zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych (...). „Umocnienie stożków przyczółków” szerokość spoin pomiędzy elementami betonowymi powinna wynosić od 3 do 5 mm. Podczas wizji stwierdzono w wielu miejscach przekroczenie powyższych zapisów specyfikacji. Powyższa usterka nie jest tak bardzo groźna w dalekosiężnych skutkach, jak poprzednia wada.

Wartość robot poprawkowych to koszt 46 629,20 zł.

Dokonawszy oceny dowodów, Sąd Okręgowy skonstatował, że na dochodzoną w kwocie 101 609,66 zł należność składają się kwoty niezwróconej części zabezpieczenia i wynagrodzenie za roboty dodatkowe. Są to kwoty:

1/ 35 651,39 zł - pozwana powinna wpłacić tę kwotę, by uregulować zobowiązanie zwrotu 70% kaucji z umowy nr (...) (wraz z aneksem z dnia 5 października 2012 r.). Wymagalność odsetek od tej kwoty od 13 listopada 2015 r. powód wywodzi z treści wezwania do zapłaty, które zostało pozwanej doręczone 5 listopada 2014 r. Zgodnie z treścią tego pisma (7 dni na zapłatę) roszczenie stało się wymagalne 13 listopada 2014 r.;

2/ 21 816,71 zł - 70% kaucji wynikającej z umowy nr (...) z dnia 19 sierpnia 2013 r. Datę odsetek od tej kwoty od dnia 13 listopada 2014 r. powód wywodzi z wezwania do zapłaty - roszczenie stało się wymagalne właśnie 13 listopada 2014 r.

Łącznie jest to 57 468,10 zł z tytułu zwrotu części zabezpieczenia. 70% wartości zabezpieczenia z obydwu umów powinno zostać przez pozwanego zwrócone po upływie okresu obowiązywania zabezpieczenia, tj. po 23 grudnia 2013 r.

Zapis umowny stanowił, że 70% wartości zabezpieczenia ma być zwrócone w terminie 30 dni od dnia wystawienia świadectwa przejścia. Takie świadectwo od inwestora otrzymano.

Z treści sprzeciwu do nakazu zapłaty wynika, że pozwany kwestionował jedynie wykonanie robót dodatkowych przy realizacji kontraktu (...)(umocnienie stożków i skarp trylinką soczewkową oraz wykonanie schodów skarpowych na budowie drogi (...) za kwotę w wysokości 44 141,56 zł). Pozwany nie kwestionował natomiast wykonania przez powoda umów z 3 września 2012 r. oraz 19 sierpnia 2013 r., w związku z czym brak jest podstaw do przetrzymywania przezeń jakichkolwiek kwot zabezpieczenia. Powoływanie się na (...)Ogólnych warunków umowy z 3 września 2012 r., dotyczących zwrotu kaucji gwarancyjnej nie może dotyczyć powoda, który domaga się zwrotu kwot zabezpieczenia należytego wykonania umów a nie zwrotu kaucji gwarancyjnych.

Zasadne jest też – jak napisano wyżej - żądanie co do kwoty 44 141,56 zł za wykonanie robót dodatkowych przy realizacji kontraktu (...). Wymagalność odsetek od tej kwoty od 25 listopada 2014 r. powód wywodzi z treści wezwania do zapłaty, które zostało pozwanej doręczone 17 listopada 2014 r. Zgodnie z treścią tego pisma (7 dni na zapłatę) roszczenie stało się wymagalne dnia 25 listopada 2014 r. Co do podstawy prawnej wskazał Sąd Okręgowy, że strony

łączyła umowa o roboty budowlane (art. 647 k.c.). Powód wykonał roboty określone umową dodatkową, a co za tym idzie - po stronie pozwanego istnieje obowiązek zapłaty wynagrodzenia.

Przedstawiciele stron zgodnie zeznali, że w robotach wykonanych przez powoda były usterki, dotyczące spoinowania elementów brukowych, przy czym przedstawiciele powoda wskazywali, że ich przyczyną było użycie dostarczanego przez pozwanego materiału słabej jakości. Zgodnie z umową z dnia 19 sierpnia 2013 r. zadaniem powoda było m.in. wykonanie umocnień za pomocą trylinki soczewkowej. Z umowy nie wynika, że do wykonania umocnień miał być stosowany kamień naturalny. Natomiast zapewnienie materiałów brukarskich (określonych jako materiał główny) należało do obowiązków pozwanego. Zapewnienie materiałów pomocniczych (jako taki materiał wymieniono jedynie podsypkę cementowo-piaskową) należało do obowiązków powoda z zastrzeżeniem, że powyższy materiał zostanie mu sprzedany przez pozwanego.

Postępowanie dowodowe wykazało, że przyczyną wystąpienia wad w postaci zbyt dużych szczelin jest nienależyte wykonanie robót przez powoda. Nie jest to jednak wada istotna, powodująca niemożność korzystania z przedmiotu umowy w normalny sposób – wszak strona pozwana otrzymała od inwestora świadectwo przejęcia. Jeżeli zatem strony prowadziły inwestycję w oparciu o umowę skonstruowaną na podstawie warunków kontraktowych (...), to dokumentem potwierdzającym zakończenie realizacji przedmiotu umowy jest świadectwo przejęcia, wystawione zgodnie z odpowiednią klauzulą(...) (...). W myśl takiej klauzuli świadectwo przejęcia wystawiane jest wykonawcy, gdy roboty zostały zakończone zgodnie z kontraktem, poza drobniejszymi zaległymi pracami czy wadami, których dokończenie czy usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót zgodnie z przeznaczeniem.

W świadectwie przejęcia wskazywana jest data ukończenia robót. Ponadto jego wydanie jest poprzedzone przeprowadzeniem udanych prób końcowych, ukończeniem robót zgodnie z kontraktem i przekazaniem inwestorowi (zamawiającemu) wymaganych dokumentów. Natomiast w sytuacji, gdy stan realizacji robót uniemożliwia wydanie świadectwa przejęcia, następuje odrzucenie wniosku o wydanie tego dokumentu, połączone ze wskazaniem przyczyn i określeniem robót, których wykonanie przez wykonawcę jest wymagane do jego wystawienia.

Wystąpienie usterek nie uprawnia zatem do przyjęcia, że wykonawca nie ukończył inwestycji czy wykonał ją nieprawidłowo. Roboty zostały wykonane do listopada 2013 r. a pierwsze pismo o usterek pojawiło się dopiero w grudniu 2014 r. Wtedy pozwany winien był wezwać powoda do ich usunięcia, a dopiero po bezskutecznym upływie terminu dokonać usunięcia usterek samodzielnie na koszt powoda lub wprowadzić wykonawcę zastępczego. Pozwany natomiast tej procedury całkowicie zaniechał. Powód twierdził, że usterki, które wiązały się z jego obiektami usunął. Te, które stwierdzono w protokole pogwarancyjnym, są wynikiem złego materiału, który dostarczał pozwany. Zgodnie z umową zapewnienie materiałów głównych (elementy brukarskie) należało do obowiązków strony pozwanej, zaś materiały pomocnicze (podsypkę piaskowo-cementową) zakupywano u strony pozwanej. Umowa nie reguluje kwestii zaprawy do wykonywania spoin, ale z ustaleń faktycznych wynika, że także materiał do uzupełniania szczelin pomiędzy elementami brukowymi był zakupywany przez stronę powodową u pozwanej, na warunkach podobnych jak w przypadku podsypki piaskowo-cementowej.

W tej sytuacji sąd nie znalazł podstaw do obciążenia powoda kosztami naprawy, wyliczonymi przez biegłego na kwotę 46 629,20 zł netto.

Pozwany pismem z 18 lutego 2015 r. dokonał naliczenia kar umownych w oparciu o pkt 12.1.5 lit. D umowy nr (...). Pozwany jednak nie wykazał podstaw do przyjęcia, że wady, które stwierdzono w protokole pogwarancyjnym, obciążały powoda. Skoro materiały do stabilizacji zostały zakupione u pozwanego, to powód miał prawo oczekiwać, że będą one spełniały wymagania określone ustaleniami stron. Co więcej, w znacznej części konieczność nabycia materiałów od pozwanej została narzucona powodowi umową. Z treści specyfikacji wynika także, iż niektóre materiały konieczne do wytworzenia zaprawy do spoinowania (piasek) miały spełniać inne kryteria, niż materiał użyty do wyprodukowania podsypki. To powinno wykluczyć możliwość wykorzystania zakupionej u pozwanego podsypki do wypełniania spoin pomiędzy elementami brukowymi. Rzecz jednak w tym, że umowa nakazywała zakup u pozwanej, co faktycznie miało miejsce. Pozwana dostarczała powodowi również materiał do wykonania spoin. Skoro

wg opinii biegłego powodem wypłukiwania spoin jest zastosowanie materiału nie spełniającego wymogów lub brak odpowiedniej pielęgnacji wykonanego umocnienia (a ta leżała po stronie pozwanej), to brak podstaw do obciążenia kosztami naprawy usterek strony powodowej z powołaniem się na art. 471 k.c. Nie sposób przy tym uznać za uzasadniony zarzut wadliwości wykonania robót w sytuacji, gdy doszło do ich odbioru. Pozwany otrzymał świadectwo przejęcia od Inwestora oraz przejściowe świadectwo płatności, zatem uznano, że jakość robót jest dobra. Poza tym jeżeli faktycznie wystąpiły wady obciążające powoda, to pozwana winna wyznaczyć odpowiedni, rozsądny termin na ich usunięcie i z chwilą jego bezskutecznego upływu naliczać kary umowne lub dochodzić odszkodowania za zastępcze wykonanie. To nie miało miejsca.

Zgodnie z art. 471 k.c. pozwana miała obowiązek wykazania, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. To pozwana winna więc wykazać po pierwsze, że usterki, na które się powołuje, dotyczą robót powoda, oraz że usterki te nie były wynikiem wady materiałów, które sprzedała powodowi do zabudowy stożków.

Sąd roszczenie uwzględnił zatem w całości.

O kosztach procesu Sąd orzekł w myśl zasady z art. 98 § 1 i 3 k.p.c.

**Apelację** od powyższego wyroku wniosła strona pozwana, zaskarżając wyrok w części, tj. w zakresie, w jakim zasądzone na rzecz powoda kwoty 21 816,71 zł (tj. pierwsze p. 1 wyroku) oraz kwotę 24 812,49 zł (część kwoty w trzecim p. 1 wyroku). Wartość przedmiotu zaskarżenia (46 629,20 zł) odpowiada kwocie, wskazywanej przez apelującą jako koszt usunięcia wad w obiektach, na których prace wykonywał powód. Zaskarżono także w ramach apelacji rozstrzygnięcie o kosztach procesu. W apelacji żądano zmiany wyroku i oddalenia powództwa w zaskarżonej części oraz zasądzenia kosztów procesu za obie instancje na rzecz strony pozwanej.

Apelujący zarzucił naruszenie:

- art. 6 k.c. w zw. z 232 k.c. poprzez błędne uznanie, że to pozwana winna wykazać, że wady w przedmiocie umowy nie były spowodowane wadliwym materiałem, dostarczonym przez nią,

- art. 471 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że powód nie ponosi odpowiedzialności za wady, pomimo, że nie wykazał, iż zachodzą okoliczności zwalniające go z odpowiedzialności,

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i wyprowadzenie niewłaściwych wniosków, szczegółowo opisanych w apelacji,

- art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 k.p.c. poprzez błędne uznanie, że z opinii biegłego wynika, iż przyczyna wad obciąża pozwanego i jest spowodowana dostarczeniem niewłaściwego materiału,

- art. 651 k.c. przez przyjęcie, iż brak zgłoszenia przez stronę powodową ewentualnej wadliwości dostarczonego materiału nie obciąża strony powodowej za wady powstałe w wyniku zastosowania tego materiału.

Skarżący zarzucił także sprzeczność istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego przez przyjęcie, że pozwana w sprzecznie nie kwestionowała należytego wykonania umowy przez powoda oraz przyjęcie, że powód usunął wady, opisane w protokole przeglądu gwarancyjnego z dnia 9 grudnia 2015 r.

W uzasadnieniu apelacji rozwinięto powyższe zarzuty.

**W osobno wniesionym zażaleniu** na rozstrzygnięcie o kosztach strona pozwana zarzucała, że zasądzona w punkcie 2 kwota winna być niższa o 3 486 zł, podkreślając, że na koszty procesu składało się wynagrodzenie pełnomocnika w stawce minimalnej wraz z opłatą od pełnomocnictwa oraz uiszczona opłata od pozwu.

Na rozprawie apelacyjnej zażalenie zostało cofnięte.

**Sąd Apelacyjny przyjął za własne ustalenia faktyczne, poczynione przez sąd I instancji i zważył, co następuje:**

Apelacja strony pozwanej jest bezzasadna, jakkolwiek częściowo wywody Sądu I instancji nie są prawidłowe.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów dotyczących oceny dowodów i ustaleń faktycznych, bowiem trafne rozważania prawne mogą być oparte jedynie na prawidłowo poczynionych ustaleniach. Rozważając treść zarzutów w tej kwestii (zarzut w (...)) należy zwrócić uwagę, że stwierdzenia Sądu Okręgowego w odniesieniu do treści sprzeciwu (jego analiza) nie stanowią ustaleń faktycznych. Ustalenia faktyczne to opis okoliczności faktycznych, istotnych dla rozstrzygnięcia. Treść pism procesowych stron nie tworzy stanu faktycznego - Sąd natomiast ocenia tę treść pod kątem trafności przedstawionych tam twierdzeń i podniesionych zarzutów, albo też analizuje skutki zaniechania przedstawienia określonych twierdzeń.

Wobec powyższego zarzuty apelującej, dotyczące ustalonego stanu faktycznego sprowadzają się do zakwestionowania ustaleń co do istnienia wad, ich przyczyny, usunięcia ich przez powoda oraz braku wezwania powoda do usunięcia. Zarzuty te jednak nie mogą zostać uznane za zasadne wobec treści zeznań A. K. (prezesa zarządu strony powodowej) i św. P. B., którzy nie negowali faktu wystąpienia usterek (które jednak nie przeszkodziły w wydaniu świadectwa przejęcia) a także wobec treści opinii biegłego. Formułując je, strona pozwana eksponuje te elementy spośród materiału dowodowego, które uważa za korzystne dla swojego stanowiska. Jednakże zdaniem Sądu Apelacyjnego ustalenia stanu faktycznego w kontekście całości materiału dowodowego są prawidłowe, a zarzuty strony pozwanej nie zostały postawione skutecznie.

Strona powodowa wystąpiła z roszczeniami o różnym charakterze: domagała się zwrotu zatrzymanych kwot zabezpieczenia oraz wynagrodzenia za roboty dodatkowe.

Co do kwot zabezpieczenia Sąd Okręgowy zasadnie uznał, że strony umówiły się na zabezpieczenie należytego wykonania umowy poprzez zatrzymanie 5% wynagrodzenia brutto. Umowy nie zawierały natomiast żadnych postanowień co do kaucji gwarancyjnej, zatem nie można się odwoływać ani do tego pojęcia, ani do regulacji związanych ze zwrotem kaucji - tym bardziej, że ogólne warunki umów obowiązujące w umowach zawieranych przez pozwaną stanowiły w punkcie(...) iż kaucja gwarancyjna może zostać zastąpiona zabezpieczeniem - i jak wynika z treści umów między stronami, tak właśnie postąpiono.

Warunki zwrotu zabezpieczenia jasno określały umowy między stronami. Wynikała z nich po pierwsze data obowiązywania zabezpieczenia (23 grudnia 2013 r.) a po drugie, iż wystawienie świadectwa przejęcia pozwala na domaganie się przez stronę powodową zwrotu 70 % kwoty zabezpieczenia. Wydanie świadectwa przejęcia, które bezspornie miało miejsce, to - jak słusznie zauważa Sąd Okręgowy - wydanie dokumentu, potwierdzającego wykonanie robót zgodnie z kontraktem. Okoliczności te stanowią o zasadności roszczenia strony powodowej o zwrot 70% zatrzymanych tytułem zabezpieczenia kwot - nie było bowiem żadnych podstaw do ich dalszego zatrzymywania.

Roboty dodatkowe, których wykonanie przez stronę powodową było podstawą żądania zapłaty kwoty 44 141,56 zł, zostały wykonane. Analizując stanowisko strony pozwanej w odniesieniu do tej części żądania, zwrócić należy uwagę, że - jak słusznie wskazuje Sąd Okręgowy - w sprzeciwie od nakazu zapłaty zarzuty dotyczące wykonania tych prac przedstawiono ogólnikowo, bez wskazania, jakie konkretnie wady występują w wykonanych pracach, jakie są tego konsekwencje w odniesieniu do żądanej przez powoda kwoty. Nadto odwołano się do uprawnienia do naliczenia kar umownych, ale w istocie do takiego naliczenia nie doszło (strona pozwana nie odwoływała się w toku procesu do naliczenia kwot z tego tytułu).

W piśmie procesowym z dnia 21 października 2015 r. (k. 163) strona pozwana przedstawiła nowe (w stosunku do treści sprzeciwu) stanowisko co do żądania zapłaty za roboty dodatkowe. Podniosła bowiem zarzut wyrządzenia pozwanemu przez powoda szkody (art. 471 k.c.). Wiązało się to ze zgłoszeniem do potrącenia kwoty 66 316,90 zł, którą strona pozwana wskazała pierwotnie jako koszt wykonanych samodzielnie przez nią prac poprawkowych. Potrącenia

tego strona pozwana chciała dokonać w stosunku do wierzytelności, dochodzonych przez stronę powodową z tytułu zabezpieczenia. Stanowisko to powtórzono w piśmie procesowym z dnia 21 czerwca 2016 r. (k. 232/2), twierdząc, że potrącenie zostało dokonane. Jednocześnie strona pozwana twierdziła, że wobec niewywiązania się przez stronę powodową z umowy o roboty dodatkowe nie powstała wierzytelność powoda wobec pozwanej.

Sąd Okręgowy nie rozważał kwestii skuteczności zarzutu potrącenia, jakkolwiek w uzasadnieniu wyroku odnosił się do treści art. 471 k.c., stanowiącego podstawę tego zarzutu. Strona pozwana odwoływała się bowiem do faktu wyrządzenia jej szkody poprzez nienależyte wykonanie zobowiązania, a w konsekwencji spowodowanie, iż musiała ponieść koszty usunięcia wad. Zaznaczyć jednak należy, że oświadczenie woli o potrąceniu wierzytelności powinno być złożone dłużnikowi wzajemnemu osobiście, zatem należy wykluczyć automatyzm w zakwalifikowaniu doręczenia pisma procesowego pełnomocnikowi procesowemu jako doręczenia oświadczenia stronie. Doręczenie pisma procesowego zawierającego takie oświadczenie pełnomocnikowi procesowemu strony przeciwnej nie wywiera skutków przewidzianych w art. 61 § 1 zd. pierwsze k.c. Doręczenia pism procesowych mają znaczenie wyłącznie procesowe i nie rozciągają się na materialnoprawne skutki doręczenia oświadczeń woli, zamieszczonych w tych pismach (zob. wyrok SN z dnia 13 stycznia 2016 r., sygn. II CSK 862/14, wyrok SA w Katowicach z dnia 24 maja 2016 r., V ACa 660/15). Pełnomocnictwa procesowe – a takimi dysponowali w niniejszej sprawie pełnomocnicy stron – nie uprawniają pełnomocników do ingerencji w materialnoprawne stosunki mocodawcy. Aby pełnomocnik mógł złożyć oświadczenie o potrąceniu, musi być do tego umocowany. Podobnie – aby pełnomocnik strony przeciwnej mógł przyjąć takie oświadczenie – także musi być do tego umocowany. Pełnomocnicy stron w niniejszej sprawie takimi umocowaniami się nie legitymowali. W ocenie Sądu Apelacyjnego do skutecznego złożenia oświadczenia o potrąceniu zatem nie doszło a w konsekwencji nie wygasły wierzytelności strony powodowej.

Zważyć należy na to, że strona pozwana w toku procesu – obok omówionego wyżej potrącenia – równocześnie wskazywała na wadliwość prac wykonanych przez powoda, kwestionując tym samym zasadność żądania wynagrodzenia za nie i twierdząc, że wierzytelność z tego tytułu nie powstała, bo umowy nie wykonano. W apelacji podtrzymywane jest twierdzenie, że prace wykonano, ale wadliwie. Należy dostrzec, że żadne okoliczności nie wskazują, by strona powodowa zamówionych u niej prac nie wykonała, świadczy o tym zresztą stanowisko samego apelującego. Czym innym jest bowiem niezrealizowanie zamówionych prac, czym innym zaś ewentualne istnienie wad. Niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe wady świadczą jedynie o nienależytym wykonaniu zobowiązania. W niniejszej sytuacji rozważać można – wobec braku potrącenia roszczenia sformułowanego jako odszkodowawcze, o czym była mowa wyżej - jedynie ewentualną zasadność obniżenia wynagrodzenia za wykonane prace, niewątpliwie bowiem obiekt został odebrany i wystawiono świadectwo przejęcia. Mimo braku wyartykułowania wprost takiego roszczenia, z twierdzeń podnoszonych przez stronę pozwaną i przytaczanych faktów można wnioskować o takim stanowisku. Sąd Okręgowy odnosił się natomiast do treści art. 471 k.c., który mógłby być rozważany, gdyby doszło do potrącenia i gdyby zarzut potrącenia skutecznie został zgłoszony, do czego nie doszło.

Obowiązek wykazania okoliczności, związanych z wadliwością prac, stosownie do treści art. 6 k.c. i art. 232 zd. 1 k.p.c. spoczywał na stronie pozwanej, która powinna przedstawić i udowodnić okoliczności wyłączające lub ograniczające prawo strony powodowej do otrzymania wynagrodzenia. To strona pozwana bowiem z podnoszonego faktu niewykonania robót w sposób należyty (bądź ich niewykonania, jak początkowo twierdzono) wywodziła określone skutki prawne. Strona powodowa była natomiast obciążona obowiązkiem udowodnienia istnienia oraz wielkości swego roszczenia, co uczyniła. Zarzuty pozwanego dotyczące nieukończenia przez powoda robót na budowanym obiekcie w rozumieniu niedokonania naprawy istniejących usterek stanowić miały w istocie zarzuty niweczące roszczenie strony powodowej o zapłatę niuregulowanego wynagrodzenia. Podkreślić należy, że ciężar dowodu tak się rozkłada, że jeśli strona pozwana podnosi zarzuty hamujące, to na niej spoczywa ciężar udowodnienia faktów z nimi związanych. Oddanie robót wadliwych nie powoduje wymagalności wynagrodzenia tylko wówczas, gdy są to wady istotne, natomiast jeżeli dotknięte są wadą nieistotną, ich oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 k.c. w



zw. z art. 656 §1 k.c. wymagalność wynagrodzenia wykonawcy. Ciężar dowodu, że są to wady czyniące oddane roboty budowlane niezdatnymi do zwykłego użytku lub sprzeciwiające się wyraźnie umowie, spoczywał, stosownie do art. 6 k.c. na stronie pozwanej. Także na stronie pozwanej spoczywał ciężar wykazania, o ile ewentualnie winna być obniżona cena za wykonane prace, wskutek ich wadliwości.

W niniejszej sprawie strona pozwana tym obowiązkom nie sprostała. Ze zgromadzonego materiału wynika bowiem, że wydane zostało świadectwo przejęcia a roboty odebrano. Z opinii biegłego a także z zeznań przedstawiciela powoda wynika, że jakkolwiek zaistnienie usterek związanych ze spoinowaniem nie było kwestionowane, to już zakres wadliwości był sporny, jeśli zważyć na treść zeznań przedstawiciela powoda, który wskazywał na chwilę ich składania, że na trzech obiektach wady te usunięto. Z kolei biegły obliczenia swoje oparł na kosztorysie z k. 176, którego treść nie jest wystarczająca, by zakres robót przy usuwaniu wad prawidłowo określić, zważywszy na treść innych dowodów. Przy stwierdzeniu przedstawicieli obu stron w trakcie wizji (zacytowanym przez biegłego), że strona pozwana dostarczała materiał do wykonywania spoin, obciążenie strony powodowej konsekwencjami wypłukiwania spoin nie znajduje podstaw a w każdym razie nie zwolniła się strona pozwana od odpowiedzialności za wadliwość takiego materiału. Nie wykazano podnoszonego przez pozwaną twierdzenia o zbyt długim okresie składowania przez stronę powodową podsypki cementowo-piaskowej, prowadzącym do utraty jej właściwości bądź jej niewłaściwego przygotowania przez powoda (zob. opinia biegłego k. 249). Nadto z opinii tej wynika, że wada w postaci zbyt dużych szczelin nie jest wadą istotną oraz – co istotne dla określenia zakresu wadliwości, a raczej braku określenia tego zakresu przez stronę pozwaną – że prace poprawkowe związane z tą wadą wykonano już na niektórych obiektach.

Skoro nie dokonano potrącenia oraz nie wykazano podstaw do obciążenia strony powodowej kosztami napraw, stronie powodowej należą się dochodzone kwoty w wysokości, w jakiej ich zażądał.

Co do zaskarżonego rozstrzygnięcia o kosztach postępowania przed sądem I instancji, strona apelująca nie dostrzegła faktu zasądzenia przez Sąd Okręgowy na rzecz powoda kwoty 3 486 zł, stanowiącej koszty dojazdu pełnomocnika strony powodowej, objętej spisem kosztów, przedłożonym na rozprawie poprzedzającej wydanie zaskarżonego wyroku. Sąd Okręgowy nota bene – mimo prawidłowego wyliczenia kwoty kosztów, na którą złożyły się opłata od pozwu (5081 zł), wynagrodzenie pełnomocnika (3 600 zł), opłata od pełnomocnictwa (17 zł) oraz wspomniane koszty dojazdu (3 486 zł) – w części uzasadnienia wyroku, poświęconej rozstrzygnięciu o kosztach procesu o kosztach dojazdu nie wspomniał, co mogło po stronie apelującego spowodować trudności w ocenie prawidłowości tej części rozstrzygnięcia. Kwota kosztów – wyższa w stosunku do wyliczeń apelującej – nie wynikała jednakże z podwyższenia stawki minimalnej i została określona prawidłowo.

Apelacja jako bezzasadna uległa zatem oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Wobec cofnięcia zażalenia postępowanie zażaleniowe uległo umorzeniu na podstawie art. 391 § 2 w zw. z art. 397 § 2 k.p.c., przy czym skoro apelacją objęto także rozstrzygnięcie o kosztach procesu, to wyrok w tym zakresie podlegał kontroli w ramach postępowania apelacyjnego.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c.

SSA Jerzy Bess SSA Barbara Baran SSO Beata Kurdziel