

Sygn. akt I ACa 689/16

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 sierpnia 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Bogdan Świerczakowski

Sędziowie: SA Roman Dżiczek

SA Beata Kozłowska (spr.)

Protokolant: Joanna Mikulska

po rozpoznaniu w dniu 26 lipca 2017 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa T. D. i A. S.

przeciwko (...) sp. z o.o. (...) spółce komandytowej z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 21 września 2015 r., sygn. akt XXVI GC 775/12

### **I. zmienia zaskarżony wyrok:**

**- w punkcie pierwszym częściowo w ten sposób, że oddala powództwo o zapłatę kwoty 17 818, 32 zł (siedemnaście tysięcy osiemset osiemnaście złotych trzydzieści dwa grosze) oraz częściowo w punkcie pierwszym litera a) w ten sposób, że oddala powództwo o odsetki ustawowe za opóźnienie, liczone od kwoty 17 818, 32 zł (siedemnaście tysięcy osiemset osiemnaście złotych trzydzieści dwa grosze) od dnia 29 lutego 2012r. do dnia zapłaty,**

**- w punkcie drugim w ten tylko sposób, że rozstrzyga, że powodowie T. D. i A. S. ponoszą koszty procesu i wydatki**

**Skarbu Państwa w 35 %, zaś pozwana (...) sp. z o.o. (...) spółka komandytowa z siedzibą w W. w 65 %;**

### **II. oddala apelację w pozostałym zakresie;**

**III. zasądza solidarnie od T. D. i A. S. na rzecz (...) sp. z o.o. (...) spółki komandytowej z siedzibą w W. kwotę 1046,10 (jeden tysiąc czterdzieści sześć złotych dziesięć groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

Beata Kozłowska B. R. D.

**Sygn. akt I ACa 689/16**

# UZASADNIENIE

**Powodowie T. D. i A. S.**, prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej PHU (...) s.c., wnieśli o zasądzenie od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) spółki komandytowej z siedzibą w W. kwoty 144.827,27 zł tytułem wynagrodzenia za wykonane prace budowlane na podstawie umowy z dnia 18 października 2011r.

W dniu 20 sierpnia 2012r. Sąd Okręgowy w Warszawie wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, uwzględniając żądanie pozwu.

**Pozwana (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (...) spółka komandytowa z siedzibą w W.** wniosła sprzeciw od nakazu zapłaty, wnosząc o oddalenie powództwa w całości.

Pozwana zarzuciła:

- wadliwość wykonanych prac i brak usunięcia usterek,
- niezasadność roszczenia powodów co do wysokości z uwagi na wpłaty pozwanej, które winny być zaliczone na poczet na poczet wynagrodzenia w łącznej kwocie 93.327 zł,
- wynagrodzenie było określone w sposób ryczałtowy na kwotę 195.000 zł netto powiększoną o podatek VAT, przy czym winna być zastosowana stawka 8% VAT, a nie 23%,
- roboty wykonane przez powodów nie były kompletne w stosunku do umownego zakresu, obarczone były wadami i usterkami. Roboty te zostały wykonane z odstępstwami od postanowień umownych dotyczących zakładanych rozwiązań, a także co do przewidzianych do użycia materiałów, m.in. zamiast rur żeliwnych zastosowano rury z tworzywa sztucznego, co uzasadnia obniżenie wynagrodzenia umownego,
- pomiędzy stronami nigdy nie doszło do podpisania bezusterkowego protokołu odbioru robót,
- roboty nie zostały wykonane w umówionych terminach.

Powyższe rodziło po stronie pozwanej następujące roszczenia i uprawnienia:

- brak obowiązku zapłaty wynagrodzenia z uwagi na brak jego wymagalności wobec braku odbioru bezusterkowego;
- roszczenie o obniżenie wynagrodzenia z uwagi na wadliwość przedmiotu robót,
- roszczenie o zapłatę kary umownej z uwagi na nieterminowe wykonanie robót;
- roszczenie o zapłatę kary umownej z uwagi na nieterminowe usunięcie wad i usterek;
- roszczenie o zwrot kosztów wykonania zastępczego;
- uprawnienie do zatrzymania kaucji.

Pozwana zgłosiła zarzut potrącenia z wierzytelnością powodów o wypłatę wynagrodzenia wierzytelności pozwanej wobec powodów z tytułu kary umownej za nieterminowe wykonanie robót w wysokości 28.080 zł oraz kary umownej w wysokości 177.255,27 zł z tytułu nieterminowego usunięcia wad i usterek.

Pozwana dokonała również potrącenia kosztów wykonania zastępczego w związku z niewykonaniem napraw przez powodów. Pozwana zleciła wykonanie tych prac podmiotom trzecim, ponosząc koszt w wysokości 29.516,99 zł.

W piśmie procesowym z dnia 16 października 2012 r. powodowie podnieśli, że w zarzucanym okresie przekroczenia terminu do wykonania prac trwały prace budowlane nie objęte umową stron, a wykonywane przez podmioty trzecie.

Odnosząc się do zarzutu potrącenia powodowie wskazali, wszelkie opóźnienia w wykonaniu prac są zawinione przez pozwaną i są wynikiem zaniechań leżących tylko po stronie pozwanej, pozwana nie udowodniła też, że usterki były usuwane właśnie w ramach prac, do których wykonania zobowiązani byli powodowie.

Powodowie zakwestionowali konieczność wykonania zastępczego i okoliczność wykonania tych prac z uwagi na istnienie usterek, za które winę ponosić mieliby powodowie.

Odnosząc się do zmian dotyczących rodzaju zastosowanych rur powodowie wskazali, że na taką zamianę wyraził zgodę projektant i ma to potwierdzenie w dokumentacji wykonawczej.

**Wyrokiem z dnia 21 września 2015 r. Sąd Okręgowy w Warszawie:**

**I zasądził od pozwanego (...) sp. z o.o. (...) sp. komandytowa w W. solidarnie na rzecz powodów T. D. i A. S. kwotę 112 . 519,32 zł wraz z odsetkami w wysokości ustawowej liczonymi od kwoty:**

**a) 109 . 819,32 zł od dnia 29.02.2012r. do dnia zapłaty**

**b) 2 . 700 zł od dnia 23.02.2012r. do dnia zapłaty;**

**II oddalił powództwo w pozostałym zakresie,**

**III rozstrzygnął, iż powodowie T. D. i A. S. ponoszą solidarnie koszty procesu i wydatki Skarbu Państwa w 77,7%, zaś pozwana (...) sp. z o.o. (...) spółka komandytowa w W. w 22,3% i w takich proporcjach nakazując ich zwrot drugiej stronie i pobranie na rzecz Skarbu Państwa oraz pozostawiając referendarzowi sądowemu szczegółowe wyliczenie kosztów obciążających strony.**

Swe rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych i następujących ocenach prawnych:

W dniu 18 października 2011r. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (...) spółka komandytowa zawarła z T. D. i A. S. - współnikami spółki (...) s.c. - umowę o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie w W. przy ul. (...) instalacji centralnego ogrzewania, w tym dokończenie prac wykonanych przez poprzedniego wykonawcę oraz prac towarzyszących. Powodowie zobowiązali się również do zakupu, dostawy i montażu całego osprzętu potrzebnego do wykonania przedmiotu umowy.

W zakresie przedmiotu umowy było wykonanie pionu co ok. 250 m z dojściem do kotłowni, zainstalowanie grzejników i zaworów termostatycznych we wszystkich lokalach, doprowadzenie odcinka pionu wody do wodomierzy i montaż wodomierza wraz z wymaganymi zaworami, montaż grzejników, wodomierzy, ciepłomierzy, montaż zlewu w śmietniku i kotłowni z wyprowadzeniem na poziom śmietnika oraz pompy przepompowującej wodę ze studzienki zbiorczej odwodnienia liniowego do kanalizacji wraz z wyprowadzeniem, przejścia p. poż. przez ściany i stropy dzielenia pożarowego, wykonanie kominów, wykonanie kotłowni wraz z pełną automatyką/technologią.

Wykonawca zobowiązany był rozpocząć prace w dniu 19 października 2011r.

W terminie do dnia 30 listopada 2011r. miały zostać wykonane prace określone w § 1 umowy potrzebne do oddania obiektu do użytkowania, zaś w terminie do 20 grudnia 2011r. pozostałe prace potwierdzone bezusterkowym końcowym protokołem odbioru robót.

W § 8 ust. 2 umowy strony ustaliły należne powodom wynagrodzenie w wysokości 195.000 zł powiększonej o podatek VAT, płatność zaś określono w formie przelewu po wykonaniu poszczególnych etapów prac ujętych w harmonogramie prac i po ich bezusterkowym odbiorze.

W § 10 strony przewidziały karę umowną za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy w wymiarze 0,2% wartości umowy netto za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy oraz 0,5% wartości umowy netto za każdy dzień opóźnienia w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub ujawnionych w okresie rękojmi.

Strony nie sporządziły inwentaryzacji prac, które powodowie mieli zakończyć po innym podwykonawcy. Powodowie otrzymali projekt pierwotny, a dopiero na etapie realizacji prac projekt zamienny, w którym nie został przewidziany zawór trójdrogowy.

W dniu 23 października 2011r. sporządzono protokół konieczności dotyczący przeróbki pionów.

Dnia 23 października 2011r. strony zawarły umowę na wykonanie prac dodatkowych w związku z kolizją tras przewodów wentylacyjnych i przewodów centralnego ogrzewania i wody. Z tytułu prac dodatkowych powodowie wystawili fakturę VAT nr (...) na kwotę 2 700 zł brutto.

Pomieszczenia kotłowni zamiast 31 października 2011r. udostępniono powodom w dniu 4 listopada 2011r., przy czym były one w stanie wymagającym dalszych prac budowlanych prowadzonych przez podmioty trzecie.

Powodowie dokonali montażu grzejników wg pierwotnie otrzymanego projektu, po czym w dniach 21 i 23 listopada 2011r. dostarczone zostały projekty zamienne obejmujące tzw. zmiany lokatorskie w 19 z 47 lokali, co wiązało się ze zmianą typów i zwiększeniem ilości grzejników.

Roboty posadzkarskie w kotłowni trwały do 30 listopada 2011r. W dniu 5 grudnia 2011r. powodowie zgłosili kotłownię do odbioru Urzędowi Dozoru Technicznego (dalej: UDT). Dnia 17 grudnia 2011r. podłączono do kotłowni energię elektryczną i tego samego dnia powodowie uruchomili kotłownię i instalację c.o.

W dniu 20 grudnia 2011r. sporządzony został protokół odbioru wykonanych robót, gdzie zaawansowanie robót określono na 80%.

W dniu 10 stycznia 2012r. inspektor UDT odstąpił od odbioru w oparciu o zgłoszenie z dnia 5 grudnia 2012 r. z uwagi na trwające w kotłowni prace budowlane.

Pismem z dnia 20 stycznia 2012 r. pozwana zwróciła się do powodów z wezwaniem do zakończenia prac w terminie do 26 stycznia 2012r. poprzez: wysuszenie tynków w lokalach (...) oraz poprawę źle wykonanej instalacji wodno – kanalizacyjnej w kotłowni.

Pismem z 24 stycznia 2012r. pozwana wezwała powodów do usunięcia dodatkowych usterek, wyznaczając termin do ich usunięcia do dnia 27 stycznia 2012r.

Pismem z 25 stycznia 2012r. pozwana ponownie wezwała powodów do usunięcia usterek z zagrożeniem wykonania prac w formie wykonawstwa zastępczego.

Dnia 26 stycznia 2012r. powodowie przekazali komplet dokumentacji powykonawczej kierownikowi budowy R. W., a w dniu 27 stycznia 2012r. powodowie zgłosili do odbioru końcowego instalacje sanitarne i kotłownię. Inwestor wyznaczył odbiór na 3 lutego 2012r. Tego dnia doszło do spisania zastrzeżeń pozwanej, jednak strony nie sporządziły protokołu odbioru.

Odbiór kotłowni przez UDT miał miejsce 1 lutego 2012r., a w dniu 6 lutego 2012r. powód, jako osoba upoważniona, odebrał protokoły z UDT. Dnia 8 lutego 2012 r. powód przekazał tę dokumentację pozwanej.

Z tytułu prac objętych umową powodowie wystawili pozwanej fakturę VAT nr (...) na kwotę 142.127,27 zł. Kwota ta wynikała z powiększenia wynagrodzenia w kwocie 195.000 zł netto o podatek VAT w wysokości 23% i pomniejszenia tego wynagrodzenia o zaliczki uiszczone przez pozwaną na poczet zakupu materiałów i urządzeń.

Pismem z dnia 1 lutego 2012r. w odpowiedzi na zgłoszenie powodów do odbioru końcowego pozwana ustaliła termin odbioru prac na dzień 3 lutego 2012r. wskazując jednocześnie na przekroczenie terminu umownego i zapowiedź dochodzenia od powodów kar umownych.

W dniu 3 lutego 2012r. sporządzono protokół z przeglądu prac wykonywanych przez powodów. W imieniu pozwanej protokół został podpisany przez Inspektora nadzoru S. L..

Pismem z dnia 8 lutego 2012r. pozwana wskazała, że część prac wykonanych zostało wadliwie i niezgodnie z projektem. Pozwana wskazała, że kara umowna za nieterminowe wykonanie prac wynosi 27.300 zł.

Kolejnym pismem z dnia 8 lutego 2012r., nadanym 9 lutego 2012 r., pozwana wskazała, że nie potwierdza kompletności przekazanej pozwanej dnia 26 stycznia 2012r. dokumentacji, pozwana wyznaczyła termin przeglądu na dzień 9 lutego 2012r.

W dniu 9 lutego 2012r. wykonawca nie zgłosił się do dokonania przeglądu.

Pismem z 10 lutego 2012r. pozwana odniosła się do zarzutów powodów wskazując, że podczas dwukrotnego przeglądu w dniach 3 i 9 lutego 2012r. okazało się, że prace nadal wymagają poprawek i nie mogą zostać zaakceptowane, zaś kolejny przegląd możliwy będzie dopiero po 20-tym lutego.

Pismem z dnia 15 lutego 2012r. powodowie poinformowali pozwaną, że w związku z wyznaczeniem terminu odbioru prac niezgodnie z łączącą strony umową powodowie jednostronnie dokonali odbioru prac opisanych w protokole (...).

Pismem z 20 lutego 2012r. pozwana wezwała powodów do zainstalowania termostatów w grzejnikach, a pismem z dnia 21 lutego 2012r. pozwana wezwała powodów do usunięcia przecieku przy grzejniku.

W dniu 23 lutego 2012 r. sporządzono protokół z przeglądu wykonanych przez powodów prac. W protokole wskazano, że nie zamontowano głowic termostatycznych, nie wyregulowano nastaw zaworów na c.o. w szachtach i na grzejnikach, nie wykonano zapłombowania wodomierzy i ciepłomierzy, nie dokonano poprawek w lokalach, tj. grzejniki nie zostały wypoziomowane. Wskazano kolejny termin protokolarnego przeglądu do dnia 2 marca 2012r.

Na wskazanym odbiorze nie stawił się wykonawca prac.

Pismem z 2 marca 2012 r. powodowie odnieśli się do zarzutów pozwanej wskazując, że żądanie naprawy usterek w szafach rozdzielaczowych, które nie były w zakresie prac powodów, jest nieuzasadnione.

Pismem z dnia 5 marca 2012r. powodowie zostali obciążeni karą umowną za nieterminowe wykonanie prac w wysokości 37.740 zł +VAT.

Pismem z 15 marca 2012r. pozwana wskazała, że powodowie podjęli się kompleksowego wykonania instalacji c.o., tym samym zastrzeżenia o braku odpowiedzialności za usterki w części wykonanej przez inne podmioty są niezasadne.

Pismem z dnia 15 marca 2012 r. pozwana wskazała, że zleci wykonanie zastępcze montażu zaworów termostatycznych na koszt i ryzyko powodów.

Pismem z dnia 12 lipca 2012r. pozwana dokonała korekty kary umownej z nieterminowe wykonanie prac, obciążając powodów karą umowną w wysokości 28.080 zł.

Pismem z dnia 6 lipca 2012 r. powodowie wezwali pozwaną spółkę do zapłaty kwoty 142.127,27 zł wraz z odsetkami od dnia 29 lutego 2012 r. oraz kwoty 2 700 zł. wraz z odsetkami od dnia 23 lutego 2012r.

Prace wykonane przez powodów zostały wykonane w pełnym zakresie, natomiast z uwagi na obniżenie jakości ich wykonania, tj. z uwagi na wady i odstępstwa materiałowe, uzasadnione było żądanie obniżenia należnego powodom wynagrodzenia o 12%.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że powyższy stan faktyczny ustalili na podstawie dokumentów oraz zeznań świadków: P. R., J. S., L. C., Ł. M., T. S. D. M., W. F., które uznał za wiarygodne.

Podstawą ustaleń faktycznych były również zeznania przedstawicieli stron w odniesieniu do zakresu prac, terminów realizacji, zasad kontaktowania się stron, ustalanych przez strony terminów odbioru prac.

Za podstawę ustaleń faktycznych posłużyła również opinia biegłego P. G. (1), który wskazał zakres wykonanych przez powodów prac i ich wartość. Biegły ustalił także w jakiej proporcji powinno zostać obniżone wynagrodzenie powodów z uwagi na obniżenie jakości wykonania instalacji, w tym z uwagi na wady odstępstwa materiałowe od postanowień umownych.

Natomiast zeznania świadków i stron tylko w sposób ogólny posłużyć mogły do ustalenia stanu faktycznego i przebiegu realizacji umowy, bowiem z natury swej zeznania świadków na tematy bardzo specjalistyczne i techniczne, takie jak zakres i wartość wykonanych prac, czy nawet ich wadliwość nie mogą posłużyć do poczynienia kategoriowych i precyzyjnych ustaleń. W tym zakresie sąd posłużył się opinią biegłego.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, że opinia biegłego pozwoliła przyjąć, że wynagrodzenie ryczałtowe w stosunku do wartości umownej powinno być obniżone o 12% przy uwzględnieniu wszystkich prac naprawczych i zaniechanych. Powyższe wnioski zostały należycie opisane i umotywowane przez biegłego. Biegły wskazał, że większość pierwotnie zgłaszanych przez pozwaną usterek została usunięta, a gros nie ma związku z pracami powodów.

Biegły w swej opinii opisał szczegółowo zakres usterek, które miały znaczenie dla żądania obniżenia wynagrodzenia. Biegły wyjaśnił, iż składając ofertę na wykonanie robót budowlanych firmy wykonawcze stosują różnego rodzaju upusty cenowe celem pozyskania zamówienia, nie jest zatem adekwatne odnoszenie się bezpośrednio do poniesionych kosztów i nie jest możliwe ich porównanie do kwoty jaką za dane roboty przewidziano w umowie, przede wszystkim z uwagi na ryczałtowy charakter zamówienia. Dodatkowo biegły wskazał, że usunięcie nieprawidłowości wiąże się z uzupełnieniem elementów w już istniejących instalacjach, a nie wykonaniem ich od nowa.

Zatem za relewantne dla rozstrzygnięcia Sąd Okręgowy uznał fakt zlecenia wykonania robót naprawczych w zakresie instalacji sanitarnych na łączną kwotę 15.749 zł.

Sąd Okręgowy wskazał, że strony nie przedstawiły materiału dowodowego, który pozwoliłby w sposób precyzyjny i jednoznaczny bądź to podzielić pogląd powodów o należności 100% wynagrodzenia, bądź to pogląd pozwanej o takich wadliwościach i brakach, które skutkować winny odmową wypłaty całości wynagrodzenia, dlatego jedynym możliwym do przyjęcia rozwiązaniem w tej sytuacji w oparciu o art. 637 k.c. było obniżenie wynagrodzenia.

Zdaniem Sądu Okręgowego umowa łącząca strony, a będąca podstawą dochodzonego niniejszym pozwem roszczenia, jest umową o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c.

Sąd Okręgowy uznał, że co do zasady roszczenie powodów o zapłatę wynagrodzenia jest uzasadnione. Powodowie wykazali, że wykonali przedmiot umowy w pełnym wymiarze zleconych im prac, jednakże prace te były dotknięte wadami. Z uwagi na stwierdzone wady, które nie były wadami istotnymi, zasadnym było zgłoszone przez pozwaną żądanie obniżenia wynagrodzenia. W oparciu o opinię biegłego Sąd Okręgowy przyjął, że winno być obniżone o 12%. Powodowie żądali zasądzenia kwoty 144.827,27 zł (brutto), w tym kwoty 142.127,27 zł z tytułem wynagrodzenia z umowy 18 października 2011r. oraz kwoty 2.700 zł za prace dodatkowe.

W ocenie Sądu Okręgowego kwota 2.700 zł jest w pełni zasadna. Pozwana nie kwestionowała wykonania tych prac ani wysokości wynagrodzenia.

Roszczenie o wynagrodzenie w kwocie 142.127,27 zł brutto, czyli 115.550,63 zł netto, należało obniżyć o 12 %, czyli o kwotę 13.866,07 zł, do kwoty 101.684,556 zł netto.

Sąd Okręgowy wskazał też, że powodowie niezasadnie powiększyli wynagrodzenie netto o stawkę 23% VAT, podczas gdy właściwą stawką była stawka 8% - zgodnie z treścią § 7 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011r. w sprawie wykonywania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług.

Sąd Okręgowy uwzględnił zatem roszczenie powodów w wysokości 101.684,556 zł netto, powiększonej o podatek od towarów i usług w stawce 8% (8.134,76 zł ), a więc kwocie 109.819,32 zł brutto. Do należności tej doliczył kwotę 2.700 zł brutto za prace dodatkowe i łącznie uwzględnił powództwo co do kwoty 112.519,32 zł.

Oceny zgłoszonych zarzutów potrącenia Sąd Okręgowy dokonał w oparciu o art. 637 § 2 zd. 1 in fine i zd. 2. k.c.

Sąd Okręgowy wskazał, że pozwana sama nie wykazała, w jakim dokładnie zakresie prace wykonane przez powodów uznawała za wadliwe, co miało skutkować obniżeniem należnego powodom wynagrodzenia, ani nie wskazała samodzielnie proporcji w jakiej żąda obniżenia wynagrodzenia. Dlatego oparł się w tym zakresie na opinii biegłego.

Sąd Okręgowy wskazał również, że z analizy korespondencji prowadzonej przez strony jednoznacznie wynika, że wezwania do usunięcia usterek przez powodów były wysyłane przez stronę pozwaną w sposób uniemożliwiający zachowanie przez powodów terminu wskazanego w tych pismach. Tym samym nie można uznać że strona powodowa wyznaczyła powodom stosowny termin do usunięcia usterek o którym mowa w dyspozycji art. 637 § 1 k.c.

Ponadto, zarówno z zeznań świadków, przedstawionych dokumentów, jak i opinii biegłego wynika, że zastrzeżenia dotyczące wykonanych prac nie były istotne dla finalnego wykonania umowy, odnosiły się w przeważającej mierze do prac niewykonywanych przez powodów, będących poza zakresem umowy stron i wykonywanych przez inne podmioty z branż spoza instalacji sanitarnych i c.o., zaś w pozostałej części dotyczyły estetyki wykonanych prac.

Prace objęte umową zostały wykonane, odebrane i są użytkowane, a usunięcie usterek polega na uzupełnieniu brakujących elementów w już istniejących instalacjach bądź drobnych poprawkach, a nie wykonaniem instalacji czy prac od początku. Nieprawidłowe byłoby przyjęcie stawek z Secocenbud i w oparciu o KNR-y wyliczenie na nowo wartości prac zaniechanych lub wadliwych. Pozwana natomiast domagała się rozliczenia robót w taki sposób, który całkowicie pozbawiałby powoda wynagrodzenia za wykonaną pracę, co jest niedopuszczalne i niezgodne z powołanymi przepisami, które takich uprawnień nie dają zamawiającemu.

Zgłaszane w trakcie inwestycji przez pozwaną zastrzeżenia w zakresie kotłowni dotyczyły estetyki, braku czyszczenia kotła, nieodpowiedniego materiału użytego do wykonania rur kanalizacyjnych. Były to drugorzędne i nieistotne dla użytkowania i odbioru prac elementy. Dopiero biegły w opinii wskazał na takie elementy, jak brak w projekcie zaworu trójdrogowego, czy brak zaworów odcinających.

Zadaniem strony pozwanej było wskazanie i wykazanie wszystkich uchybień i usterek związanych z pracami powodów, które obniżały wartość prac.

Jednak pozwana nie podolała w tym zakresie obowiązkom dowodowym i wskazywała bądź to na nieistotne uchybienia, bądź też niezwiązane zupełnie z pracami powodów.

Zdaniem Sądu Okręgowego niezasadny był zarzut braku wymagalności roszczenia wobec braku protokołu odbioru robót powodów. Już w dniu 30 stycznia 2012r. kierownik budowy R. W. wpisem od dziennika budowy stwierdził zakończenie budowy. Zatem również prace powodów zostały ujęte w zgłoszeniu. Również sama pozwana wskazała, że nie później niż 8 lutego 2012r. nastąpiło wykonanie umowy, gdyż w tej dacie złożony został wniosek o zezwolenie na użytkowanie budynku. Brak jest zatem podstaw do negowania uprawnień powodów do żądania dokonania odbioru ich prac. Po zgłoszeniu prac przez powodów do odbioru już 17 stycznia 2012r. należało taki protokół sporządzić z ewentualnym wskazaniem usterek i wad oraz wyznaczeniem terminu na ich usunięcie. Brak było podstaw do

odmowy sporządzenia takiego dokumentu ze strony pozwanej. Brak jest obecnie podstawy do powoływania się na niesporządzenie bezusterkowego protokołu odbioru robót powodów, gdy pozwana nie przystąpiła do sporządzenia protokołu odbioru.

Usterki i braki wskazywane przez pozwaną w pismach zostały przez powodów usunięte, co podkreślał również biegły w opiniach i odpowiedziach na zarzuty stron. Pozwana wielokrotnie wskazywała na wady i usterki spoza zakresu prac powodów, co uniemożliwia ich zakwalifikowanie jako wadliwości prac powodów.

Obie strony zaniechały właściwej inwentaryzacji prac i opisu ich zakresu (powodowie przejęli prace po innym podwykonawcy) oraz właściwej dokumentacji ewentualnych wad i usterek, co obecnie uniemożliwia dokonanie precyzyjnych ustaleń.

Odnosnie kosztów wykonawstwa zastępczego, które pozwana przedstawiła do potrącenia, Sąd Okręgowy wskazał, że z jednej strony są one niezwiązane z pracami powodów, a z drugiej, nie można dublować uprawnień do obniżenia wynagrodzenia i jednocześnie naliczać kwot za zastępcze wykonanie prac. W ten sposób pozwana dwukrotnie z tej samej podstawy obniżyłaby wynagrodzenie, co nie jest dopuszczalne w świetle art. 637 k.c.

Zdaniem Sądu Okręgowego zarzut potrącenia kar umownych za zwłokę w realizacji umowy, jak i za opóźnienie w usunięciu usterek, jest również niezasadny.

Kara umowna określona w § 10 umowy została przewidziana na wypadek zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, czyli kwalifikowanego opóźnienia, które w tym przypadku ma wykazać pozwana, a dodatkowo ma ono powstać z wyłącznej winy powodów. Przesłanki te nie zaistniały w niniejszej sprawie. Powodowie wykazali, iż nawet jeśli doszło do przekroczenia terminów, to z uwagi na prace budowlane prowadzone w kotłowni, czy brak podłączenia energetycznego, bądź też brak odbioru przez UDT z uwagi na niezakończone prace w kotłowni przez innych podwykonawców, a także szereg innych przeszkód opóźniających realizację, np. zatkanie kanału wentylacyjnego, co uniemożliwiało uruchomienie kotłowni, zmiany projektowe i lokatorskie. Również wskazany przez pozwaną okres od 30 listopada 2011r. do 8 lutego 2012r. nie jest okresem miarodajnym dla naliczania kar umownych. W terminie do dnia 30 listopada 2011r. miały zostać wykonane prace określone w § 1 potrzebne do oddania obiektu do użytkowania, zaś w terminie do 20 grudnia 2011r. wszelkie inne pozostałe prace potwierdzone bezusterkowym końcowym protokołem odbioru robót potwierdzone przez inspektora nadzoru zamawiającego. Pozwana nie wykazała które prace, które powinny być wykonane do 30 listopada 2011r. nie zostały wykonane przez powodów. Podobnie, zdaniem Sądu Okręgowego, końcowa data okresu naliczania kary umownej przyjęta została dowolnie na 8 lutego 2012r., podczas gdy powodowie wykazali, iż zakończyli prace w styczniu 2012r.

Również kara umowna za opóźnienie w usunięciu wad przedmiotu umowy z § 10 pkt 1 b) została zdaniem Sądu Okręgowego naliczona bezpodstawnie. Pozwana nie wezwała skutecznie powodów do usunięcia usterek będących w zakresie wykonanych przez nich prac. Ogólne wskazanie na nieprawidłowości i ich wymienienie nie może być uznane za skuteczne, tym bardziej, że wymienione były prace spoza zakresu instalacji c.o. Zatem również terminy uprawniające do naliczania liczby dni opóźnienia nie rozpoczęły biegu. Brak jest możliwości ustalenia okresu i zakresu nieusuniętych wad, za jaki miałyby być naliczona kara umowna.

Ponadto, z uwagi na istnienie wadliwości w pracach powodów, ale brak możliwości ich dokładnego sprecyzowania Sąd Okręgowy uwzględnił już żądanie obniżenia wynagrodzenia. Ponownie zatem w przypadku uwzględnienia potrącenia wierzytelności określonej na 149.175 zł, pomniejszone zostałoby wynagrodzenie powodów dodatkowo o wartość przekraczającą wartość wykonanych prac. Wobec ustalenia na podstawie opinii biegłego, iż obniżenie wartości prac przy uwzględnieniu wszystkich nawet spornych robót (takich jak głowice termostatyczne) o 12%, istnieją pełne podstawy do miarkowania kary umownej do tej wysokości.

Odnosnie zarzutu zatrzymania 3% kaucji Sąd Okręgowy wskazał, że na dzień orzekania pozwanej nie przysługiwało prawo zatrzymania kaucji z uwagi na upływ terminów wskazanych w treści § 12 umowy z dnia 18 października 2011r.



Sąd zasądził odsetki na podstawie art. 481 k.c., przyjmując jako datę wymagalności roszczeń datę wymagalności faktur wystawionych na rzecz pozwanej spółki.

Apelację od powyższego wyroku wniosła pozwana, zaskarżając go w części, tj. w zakresie punktu pierwszego i trzeciego. Apelująca zarzuciła:

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez faktyczne pominięcie dowodów z opinii biegłego P. G. (1) oraz dowodów z zeznań świadków wskazujących na konkretne wady i usterki, a także brak kompletności robót wchodzących w zakres świadczenia umownego powodów oraz zaaprobowanie opinii biegłego P. G. (1) w zakresie przyjętego przez niego poziomu obniżenia wynagrodzenia w sytuacji, kiedy opinia w tym zakresie była dowolna i niejasna;
- błędną wykładnię art. 637 § 2 k.c. i art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 1 pkt 6 umowy poprzez odniesienie zarzutu obniżenia wynagrodzenia do wysokości zgłoszonego żądania pieniężnego w miejsce wynagrodzenia umownego;
- naruszenie art. 637 § 1 i 2 k.c. poprzez zaniechanie ustalenia odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia w powiązaniu z kosztami robót i materiałów niezbędnych do usunięcia usterek i uczynienia robót powodów kompletnymi;
- naruszenie § 10 pkt 1 a) i b) Umowy w zw. z art. 498 § 2 k.c. poprzez zanegowanie skuteczności poczynionego przez pozwaną potrącenia kar umownych i wykonania zastępczego;
- naruszenie art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z § 7 pkt 3 w zw. z § 8 ust 1 Umowy poprzez przyjęcie wymagalności żądania zapłaty.

Skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w punkcie I poprzez oddalenie powództwa w całości, w punkcie III poprzez orzeczenie, że koszty postępowania ponoszą w całości powodowie oraz o zasądzenie solidarnie od powodów na rzecz pozwanej kosztów procesu za postępowanie odwoławcze, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

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

Apelacja pozwanej zasługuje jedynie na częściowe uwzględnienie.

Pozwana, stawiając zarzut naruszenia art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z § 7 pkt 3 w zw. z § 8 ust 1 zawartej przez strony niniejszego sporu umowy, zakwestionowała trafność stanowiska Sądu Okręgowego co do wymagalności dochodzonego przez powodów roszczenia o wynagrodzenie. U podstaw tego zarzutu legło odwołanie do treści umowy, która wiązała prawo powodów do wynagrodzenia z podpisaniem bezusterkowego protokołu odbioru prac, a do podpisania takiego protokołu nie doszło. Zdaniem Sądu Apelacyjnego zarzut ten nie jest zasadny. Otóż, odbiór robót jest obowiązkiem zamawiającego, a postanowienie umowne, które uzależnia prawo wykonawcy od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru uznać należy za nieważne, jako sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c. W świetle ugruntowanego już w orzecznictwie poglądu, zgłoszenie do odbioru przez wykonawcę robót budowlanych, które spełniają cechy zamówienia określone w umowie, chociaż zawierają pewne wady lub braki, rodzi po stronie inwestora obowiązek odebrania wykonanych prac, zgodnie z art. 643 k.c. Inwestor może uchylić się od tego obowiązku tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i osadzonych w treści umowy bądź przepisach prawa przyczyn, które czynią zgłoszenie wykonawcy nieskutecznym (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 sierpnia 2012 r., II CSK 21/12 oraz Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 30 maja 2014 r., I ACa 124/14). Podnosi się przy tym, że strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależniać odbioru tych robót od braku jakichkolwiek usterek, albowiem jedynie wady istotne uzasadniają taką odmowę (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 marca 2014 r., V ACa 725/13, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 12 października 2016 r. I ACa 138/16). Również w jednym z ostatnich orzeczeń, tj. wyroku z dnia 21 kwietnia 2017 r. o sygn. I CSK 333/16 Sąd Najwyższy wskazał, że wynikającego z art. 647 k.c. obowiązku inwestora odbioru robót nie można sprowadzać do sytuacji, w której odebranie ma dotyczyć wyłącznie obiektu całkowicie wolnego od wad. Przyjmowanie bowiem, że każde odstępstwo od takiego idealnego stanu dawałoby inwestorowi prawo odmowy odebrania obiektu pozostawałoby w sprzeczności z naturą zobowiązania objętego umową o roboty budowlane i naruszałoby równowagę między

inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Przyjmuje się, że projekt i zasady wiedzy technicznej powołane w przepisie art. 647 k.c. stanowią kompromis między tym, co możliwe i konieczne w budownictwie, uwzględniają interes publiczny i prywatny użytkownika i tym samym stanowią kryterium dopuszczalności modyfikacji wymagań odnośnie do jakości obiektu budowlanego. Inwestor może bowiem skutecznie dochodzić usunięcia stwierdzonych wad.

Sąd Apelacyjny orzekający w niniejszej sprawie w pełni podziela te poglądy. W sytuacji, gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych i brak jest wad istotnych, zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru. W protokole z tej czynności, stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualnego wykazu wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy stwierdzone wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Inwestor może natomiast skutecznie dochodzić usunięcia wad w oparciu o przepisy art. 637 k.c. i art. 638 k.c., jednak to jego uprawnienie nie wpływa na obowiązek odbioru i zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane.

Sąd Okręgowy zasadnie uznał, opierając się w tym zakresie na opinii biegłego, że brak jest podstaw do przyjęcia, że roboty wykonane przez powodów były dotknięte wadami na tyle istotnymi, że obiekt nie nadawał do użytkowania.

Pozwana miała więc obowiązek dokonania odbioru i pomimo niespisania przez strony bezusterkowego protokołu odbioru, zdaniem Sądu Apelacyjnego, przyjąć należy, że z momentem dokonania przez kierownika budowy wpisu w dzienniku budowy o zakończeniu robót, a najpóźniej z momentem wydania przez UDT decyzji o oddaniu obiektu do użytkowania, faktyczny odbiór robót nastąpił. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 sierpnia 2012 r. o sygn.. II CSK 21/12 gdy odbiór dzieła nastąpić ma poprzez sporządzenie protokołu, a więc w formie pisemnej, brak sporządzenia takiego protokołu nie stanowi przeszkody do uznania, że odbiór nastąpił, jeżeli faktycznie miał on miejsce, a zatem w sytuacji, w której czynności faktyczne świadczą o tym, że do tego doszło. Może o tym świadczyć np. dysponowanie dziełem, zlecenie dokonania poprawek dzieła przez inny podmiot, czy dokonywanie innych jeszcze czynności, jak choćby zapłata części wynagrodzenia.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego na gruncie okoliczności niniejszej sprawy można uznać, że odbiór nastąpił najpóźniej z momentem skutecznego zgłoszenia obiektu do użytkowania co nakazywało rozważenie zasadności żądania zapłaty wynagrodzenia, zgodnie z regułą określoną w art. 642 k.c.

Opinia biegłego potwierdza, że prace wykonane przez powodów były dotknięte wadami nieistotnymi, w związku z tym pozwanej przysługiwało uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia. Nie miała ona natomiast prawa odmowy wypłaty wynagrodzenia. W celu ustalenia zakresu, w jakim z powodu wad wynagrodzenie winno być obniżone, koniecznym jest porównanie wartości dzieła dotkniętego wadami i wartości dzieła, jakiego na podstawie umowy zamawiający miał prawo oczekiwać.

Biegły sądowy P. G. ustalił, że wynagrodzenie to winno być obniżone o 8 lub 12 %. Sąd Okręgowy uznał za zasadne obniżenie wynagrodzenia o 12 %, i jak wynika ze stanowiska pełnomocnika powodów zajętego na rozprawie apelacyjnej dnia 26 lipca 2017 r., przyjęty przez Sąd Okręgowy zakres obniżenia wynagrodzenia nie był przez powodów kwestionowany. Ze stanowiskiem Sądu Okręgowego nie zgodziła się natomiast pozwana, która w swej apelacji zarzuciła, że błędnie doszło do zaaprobowania opinii biegłego P. G. (1) w zakresie przyjętego przez niego poziomu obniżenia wynagrodzenia, w sytuacji, gdy opinia w tym zakresie była dowolna i niejasna. Zdaniem Sądu Apelacyjnego ten zarzut apelacji nie jest zasadny. Otóż, w opinii uzupełniającej z marca 2015 r. biegły P. G. wskazał, że wynagrodzenie winno być obniżone o 8%, bez uwzględnienia elementów, które zdaniem powoda nie były objęte umową – projekt nie przewidywał głowic termostatycznych i zaworu trójdrogowego, a biorąc pod uwagę te elementy – o 12 %.

Biegły w swej opinii uzupełniającej odniósł się do zastrzeżeń zgłaszanych przez stronę pozwaną i wyszczególnił w swej opinii usterki i wady sklasyfikowane jako związane z robotami wykonanymi przez powoda i dokonał ich wyceny.

Biegły wskazał przy tym, że pozwana wskazywała w swych pismach również na usterki i braki, które dotyczyły prac niewynikających z zawartej umowy, obejmujących m.in. usunięcie nieszczelności w lokalu nr (...) w obrębie skrzynki, wymianę porysowanej skrzynki w lokalu nr (...) i koszty inspekcji sanitarnej. Biegły wskazał również, że z uwagi na brak opisu robót dotyczących naprawy i modernizacji instalacji wodno-kanalizacyjnej na kwotę 7000 zł, brak jest możliwości ustalenia na czym prace te polegały, a tym samym ich oceny i weryfikacji.

Biegły wskazał też, że w kotłowni brak jest takich elementów, jak zawór trójdrogowy i instancji spustowej, ale zarazem wyjaśnił, że elementy te nie były przewidziane w projekcie, a powodowie zobowiązani byli do wykonania instalacji zgodnie z projektem.

Biegły oszacował wartość prac naprawczych wykonanych na zlecenie pozwanej na 15 749 zł. Przedstawił również w piśmie z dnia 3 lipca 2015 r. kosztorys swej wyceny i strona pozwana do tego kosztorysu nie zgłaszała już zastrzeżeń, nie wniosła o uzupełnienie stanowiska biegłego, nie wносиła nawet o wezwanie biegłego na rozprawę w celu umożliwienia zadania biegłemu dodatkowych pytań. Co istotne pozwana nie wносиła też o powierzenie opinii innemu biegłemu, a to na pozwanej spoczywał ciężar dowodu tego, w jakim zakresie wynagrodzenie należne powodom winno być obniżone. Pozwana domagała się obniżenia wynagrodzenia co najmniej o kwotę równą poniesionym przez nią kosztom usunięcia wad. W tym stanie rzeczy, kwestionowanie opinii biegłego dopiero na etapie postępowania apelacyjnego należy uznać za spóźnione.

Pozwana zdaje się nie dostrzegać, iż biegły w swej opinii wskazał, że nie wszystkie zastrzeżenia pozwanej dotyczyły prac wykonanych przez powodów, co więcej, część prac, która według twierdzeń pozwanej nie została zrealizowana przez powodów, to prace, które nie były objęte umową i nie były przewidziane w projekcie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w świetle treści umowy zawartej przez strony brak jest również podstaw do uznania, że powodowie zobowiązani byli do zakupu i montażu głowic termostatycznych. Obciążenie powodów tymi kosztami nie było więc zasadne.

Zatem szacunek biegłego, że wynagrodzenie winno być obniżone o 12 %, które zostało zaakceptowane przez Sąd Okręgowy, jest prawidłowe. Co istotne, 12 % wynagrodzenia ryczałtowego ustalonego w umowie to kwota wyższa niż zweryfikowane przez biegłego koszty usunięcia wad.

Co do zasady rację należy natomiast przyznać pozwanej, iż obniżenie wynagrodzenia winno odnosić się do całości wynagrodzenia uzgodnionego przez strony, a nie jedynie tej części, która jest przedmiotem niniejszego sporu.

Strony uzgodniły wynagrodzenie na kwotę 195 000 zł netto. 12 % z tej kwoty to 23 400 zł. Zatem powodowie winni ostatecznie otrzymać za wykonane prace kwotę 171 600 zł netto, czyli przy uwzględnieniu 8% podatku VAT (13 728 zł), należne powodom wynagrodzenie to kwota 185 328 zł brutto.

Pozwana jeszcze w trakcie realizacji robót dokonała zapłaty części wynagrodzenia w łącznej kwocie 75 875,64 zł netto, czyli kwocie 93 327 zł brutto. Tę kwotę należy odliczyć od wynagrodzenia po jego obniżeniu w kwocie 185 328 zł brutto. Do zapłaty pozostała zatem kwota 92 001 zł brutto (185 328 zł - 93 327 = 92 001).

Powodom przysługuje również prawo do wynagrodzenia za prace dodatkowe w kwocie 2700 zł, co do którego pozwana nie zgłosiła ani w postępowaniu pierwszoinstancyjnym ani w apelacji żadnych zastrzeżeń. Zatem łącznie należne powodom świadczenie wynosi 94 701 zł.

Sąd Okręgowy zasądził kwotę 112 519,32 zł. Różnica pomiędzy tymi kwotami wynosi 17 818, 32 zł. W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny w oparciu o art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym częściowo w ten sposób, że oddalił powództwo o zapłatę kwoty 17 818, 32 zł oraz częściowo w punkcie pierwszym litera a) w ten sposób, że oddalił powództwo o odsetki ustawowe za opóźnienie, liczone od kwoty 17 818, 32 zł od dnia 29 lutego 2012r. do dnia zapłaty.

Zmiana rozstrzygnięcia w przedmiocie roszczenia głównego uzasadniała korektę rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów procesu. Powodowie dochodzili kwoty 144 827 zł, ostatecznie ich roszczenia zostały uwzględnione do kwoty 94 701zł. Powodowie wygrali w 65%, a przegrali w 35 %, zatem winni ponieść 35 % kosztów procesu, a pozwana wygrała w 35%, przegrała w 65 %, zatem winna ponieść 65 % kosztów procesu. Z tych powodów Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok również w punkcie drugim w ten tylko sposób, że rozstrzygnął, że powodowie T. D. i A. S. ponoszą koszty procesu i wydatki Skarbu Państwa w 35 %, zaś pozwana (...) sp. z o.o. (...) spółka komandytowa z siedzibą w W. w 65 % tych kosztów.

Pozwana w swej apelacji zakwestionowała stanowisko Sądu Okręgowego co do

niewwzględnienia zarzutu potrącenia kar umownych, podnosząc zarzut naruszenia § 10 pkt 1 a) i b) umowy w związku z art. 498 § 2 k.c. poprzez zanegowanie skuteczności poczynionego przez pozwaną potrącenia kar umownych i kosztów wykonania zastępczego.

Jeśli chodzi o podniesione zarzuty potrącenia, to przede wszystkim wskazać należy, że pozwana przed procesem nie składała powodom oświadczenia o potrąceniu, zatem zarzuty potrącenia podniesione w niniejszej sprawie były połączone ze złożeniem materialno-prawnego oświadczenia o potrąceniu.

Zarzuty potrącenia nie są zasadne z uwagi na to, że pozwana nie wykazała, by oświadczenia o potrąceniu złożyła adresatom, czyli powodom w niniejszej sprawie.

Zarzuty potrącenia zostały zgłoszone w sprzeciwie przez pełnomocnika pozwanej. Z treści pełnomocnictwa wynika, że jego umocowanie obejmowało również umocowanie do składania oświadczeń o potrąceniu. Sprzeciw został jednak doręczony nie powodom, lecz pełnomocnikowi powodów. Oświadczenie o potrąceniu dla swej skuteczności wymaga dojścia do adresata (art. 61 k.c.), a zatem nieskuteczne pozostaje jego doręczenie wyłącznie nieumocowanemu do jego przyjęcia pełnomocnikowi procesowemu powoda (por. wyrok SN z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12). Przewidziany w art. 91 k.p.c. zakres umocowania z mocy ustawy nie uprawnia pełnomocnika procesowego do złożenia materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu. Oświadczenie woli mocodawcy o udzieleniu pełnomocnictwa do złożenia takiego oświadczenia może być jednak złożone w sposób dorozumiany. Podniesienie zarzutu potrącenia w odpowiedzi na pozew jest równoznaczne ze złożeniem oświadczenia o potrąceniu, jeśli takie oświadczenie nie zostało złożone wcześniej. Również w przypadku zastępowania strony przez pełnomocnika procesowego założenie celowego działania mocodawcy w kierunku wygrania procesu pozwala przyjąć, że zakresem umocowania strona objęła także złożenie w jej imieniu określonego oświadczenia woli, jeśli jest to niezbędne w ramach obrony jej praw w procesie. Inaczej natomiast należy ocenić relację między mocodawcą a pełnomocnikiem procesowym w sytuacji, gdy to mocodawca ma być odbiorcą takiego oświadczenia. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12, skoro oświadczenie o potrąceniu może wyrzucić skutek dopiero z chwilą dojścia do adresata (art. 61 k.c.), to zawarte w odpowiedzi na pozew oświadczenie o potrąceniu, doręczone jedynie nieumocowanemu do jego przyjęcia pełnomocnikowi powoda, nie może być ocenione jako skuteczne (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 2017 r. V CSK 305/16).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego podniesione w apelacji zarzuty potrącenia nie są zasadne również z innych przyczyn.

Po pierwsze, jeśli chodzi o karę umowną za nieterminowe wykonanie robót, to prawidłowo Sąd Okręgowy uznał, że do niedotrzymania terminów realizacji prac doszło z przyczyn nieleżących po stronie powodów.

Strony w umowie precyzyjnie określiły terminy realizacji robót. Strony postanowiły, że w terminie do dnia 30 listopada 2011r. miały zostać wykonane prace określone w § 1 potrzebne do oddania obiektu do użytkowania, zaś w terminie do 20 grudnia 2011r. wszelkie pozostałe prace potwierdzone bezusterkowym końcowym protokołem odbioru robót.

Nie ma sporu pomiędzy stronami, że terminy te nie zostały dotrzymane. Spór sprowadzał się natomiast do oceny czy doszło do zwłoki powodów w realizacji prac będących przedmiotem umowy, czyli zawinonego przez powodów niedotrzymania terminu realizacji prac, czy też nastąpiło to z przyczyn od powodów niezależnych.

Opinia biegłego P. G. wskazuje, że dotrzymanie tych terminów nie było możliwe, gdyż w pomieszczeniu kotłowni w okresie, w którym miały być przez powodów realizowane roboty, trwały prace budowlane prowadzone na zlecenie pozwanej spółki przez podmioty trzecie. Z opinii biegłego wynika (k. 374), że pomieszczenie kotłowni zostało wykonawcy przekazane z 4-dniowym opóźnieniem. Do 18 stycznia 2012 r. w pomieszczeniach kotłowni trwały prace budowlane, a prace malarskie zakończono 25 stycznia 2012 r. Roboty pyłące uniemożliwiały uruchomienie kotła, a dopiero dnia 17 stycznia 2012 r. wykonano docelową instalację elektryczną, co pozwoliło na uruchomienie w tym dniu kotłowni. Co istotne, biegły wskazał też na zmiany aranżacyjne w lokalach, które przekazano wykonawcy dopiero dnia 21 listopada 2011 r., a więc 34 dni po podpisaniu umowy. Tego dnia dostarczono projekt aranżacji 5 zmian w 5 lokalach. Przed 21 listopada 2011 r. dostarczono zmiany lokatorskie w 19 z 47 lokali, co skutkowało koniecznością zmian wcześniej zamontowanych grzejników. Zmieniono typy i zwiększono liczbę grzejników. Łącznie nastąpiły zmiany w 19 z 47 lokali. W ocenie biegłego liczba wprowadzonych zmian i ich charakter (zwiększenie liczby grzejników, zmiana ich lokalizacji) wymagała dokonania nowych obliczeń hydraulicznych i dostarczenia informacji o nowych nastawach do wykonania instalacji centralnego ogrzewania.

Jeśli kierownik budowy jeszcze w styczniu 2012 r. uczynił w dzienniku budowy wpis o zakończeniu robót, a UDT zaakceptował oddanie budynku do użytkowania dnia 1 lutego 2012 r., to należy uznać, że najpóźniej z tą datą nastąpił odbiór robót od powodów. Zatem biorąc pod uwagę wszystkie wyżej wskazane okoliczności o żadnej zwłocie powodów, która uzasadniałaby naliczanie kar umownych, nie może być mowy.

Jeśli natomiast chodzi o karę umowną za opóźnienie w usuwaniu wad, to zgodzić się należy z Sądem Okręgowym, że pozwana w sprzeciwie nie wskazała w związku z jakimi konkretnie wadami kara umowna została naliczona i za jaki okres. Co istotne, również dokumenty załączone do sprzeciwu nie dają podstaw do poczynienia takich ustaleń. Zasadność wierzitelności objętej zarzutem potrącenia uchyla się spod kontroli z tego powodu, że jak wynika z opinii biegłego P. G., część wad, których usunięcia domagała się pozwana, dotyczyła prac przez powodów nierealizowanych, część wad została usunięta. Zasadność wierzitelności objętej zarzutem potrącenia uchyla się spod kontroli również z tego powodu, że nie został wskazany okres, za jaki kary zostały naliczone. W sprzeciwie pozwana podniosła zarzut potrącenia wskazując, że kary umowne z tytułu nieusunięcia wad w terminie wynoszą 177 255,27 zł. Żadne z dokumentów przedstawionych przez stronę pozwaną tych okoliczności nie precyzuje. Co więcej, w dokumentach tych wskazywane są nawet różne kwoty należnej pozwanemu kary umownej za nieterminowe usunięcie wad. I tak, w piśmie pozwanej z dnia 12 września 2007 r. mowa jest o karze umownej w kwocie 149 175 zł. Również taka sama kwota została wskazana w wezwaniu do zapłaty z dnia 27 sierpnia 2012 r. Tymczasem w sprzeciwie wierzitelność z tytułu kary za opóźnienie w usunięciu wad została określona na kwotę 177 255,27 zł.

Jeśli natomiast chodzi o koszty poniesione przez pozwaną w związku z usunięciem zastępczym wad, określone na kwotę 29 516,99 zł, to trafnie wskazał Sąd Okręgowy, iż w sytuacji, gdy pozwana skorzystała z uprawnienia do obniżenia wynagrodzenia, domaganie się kosztów usunięcia tych samych wad nie jest uzasadnione. Co prawda na mocy art. 638 k.c. zamawiającemu służy odrębne roszczenie o odszkodowanie w związku z wystąpieniem wad dzieła na podstawie odpowiednio stosowanego art. 566 k.c., ale roszczenie odszkodowawcze, o którym mowa w tym przepisie nie może obejmować co do zasady kosztów usunięcia wad, jeśli z tytułu istnienia tych wad, doszło już do obniżenia wynagrodzenia.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny apelację pozwanej oddalił w pozostałym zakresie w oparciu o art. 385 k.p.c.

Na etapie postępowania apelacyjnego pozwana przegrała w 85 %, a powodowie w 15%. Sąd Apelacyjny dokonał więc stosunkowego rozdzielania kosztów i zasądził solidarnie od T. D. i A. S. na rzecz (...) sp. z o.o. (...) spółki komandytowej z siedzibą w W. kwotę 1046,10 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Roman Dzikzek Bogdan Świerczakowski Beata Kozłowska