

*Sygn. akt VI ACa 1006/14*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 31 lipca 2015 r.*

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

*Przewodniczący – Sędzia SA Irena Piotrowska*

*Sędziowie: SA Jacek Sadowski*

*SO (del.) Jolanta Pyżlak (spr.)*

*Protokolant: Katarzyna Łopacińska*

*po rozpoznaniu w dniu 28 lipca 2015 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) Spółki z o.o. z siedzibą w W. oraz (...) S.A. z siedzibą w W.*

*przeciwko Spółdzielni Mieszkaniowej (...) z siedzibą w W.*

*przy udziale po stronie powodowej interwenienta ubocznego (...) Spółka Jawna z siedzibą w miejscowości N.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji powodów*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 18 marca 2014 r.*

*sygn. akt XX GC 728/08*

- 1. prostuje oczywistą omyłkę pisarską w zaskarżonym wyroku przy oznaczeniu siedziby interwenta ubocznego (...) Spółki Jawnej w ten sposób, iż w miejsce słów „w W.” wpisuje „w miejscowości N.”;*
- 2. oddala apelacje powodów,*
- 3. zasądza od (...) Spółki z o.o. z siedzibą w W. na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej (...) z siedzibą w W. kwotę 5400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) oraz od (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej (...) z siedzibą w W. kwotę 2700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.*

*Sygn. akt VI ACa 1006/14*

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 18 grudnia 2008 r. (...) Spółka z o. o. w W. oraz (...) S.A. w W. wniosły o zasądzenie na ich rzecz od pozwanej Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w W. następujących kwot: 1.209.829,79 zł na rzecz (...) sp. z o.o. oraz 147.360,89 zł na rzecz (...) S.A. - z ustawowymi odsetkami od dnia 15 czerwca 2008r. do dnia zapłaty tytułem zwrotu

kaucji gwarancyjnej zatrzymanej przez pozwaną tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy nr (...) z dnia 17 marca 1999r. oraz wniosły o zasądzenie na ich rzecz kosztów procesu według norm przepisanych.

W odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o oddalenie obu powództw w całości oraz zasądzenie na jej rzecz kosztów zastępstwa procesowego. W treści pisma, pozwana wskazała, iż w odebranych robotach stwierdzono wady, które zostały naprawione w ramach zastępczego wykonania przez podmioty trzecie, z potrąceniem wynikłych stąd kosztów z zatrzymanej przez pozwaną kaucji, w wyniku czego roszczenie powodów wygasło.

W toku procesu (...) Spółka Jawna zgłosiła interwencję uboczną po stronie (...) Sp. z o.o. w W., wskazując, iż jest wierzycielem pozwanej w zakresie należności dochodzonej przez powódkę w niniejszym postępowaniu.

W piśmie procesowym z dnia 4 marca 2014r. strona pozwana przedstawiła do potrącenia dalsze wierzytelności w łącznej kwocie 291 807,57 zł, przysługujące jej w stosunku do powodowych spółek.

Wyrokiem z dnia 18 marca 2014r. Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie XX GC 728/08 zasądził od pozwanej Spółdzielni Mieszkaniowej (...) w W. na rzecz powoda (...) Spółki z o.o. w W. kwotę 15 616 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 15 czerwca 2008 r. do dnia zapłaty; w pozostałym zakresie obydwaj powództwa oddalił, a rozstrzygnięcie o kosztach pozostawił referendarzowi sądowemu, przyjmując, że koszty niniejszego postępowania ponoszą powodowie.

Swoje rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych:

(...) Sp. z o.o. w W., jako wykonawca, oraz Spółdzielnia Mieszkaniowa (...), jako zamawiający, zawarły w dniu 17 marca 1999r. umowę oznaczoną nr (...), przedmiotem której było wybudowanie przez (...) sp. z o.o. dwóch budynków przy ul. (...) w W.. Umowa ta, była w latach 2000-2004 wielokrotnie aneksowana (odpowiednio aneksami nr: (...), (...), (...), (...) i (...)). Zgodnie z § 7 ust. 1.10 umowy (w brzmieniu zgodnym z aneksem nr (...)), strony ustaliły, że zabezpieczeniem należytego wykonania przez wykonawcę przedmiotu umowy w okresie do dnia odbioru końcowego będzie 5% wartości faktur przejściowych. Zamawiający dokona zwrotu 3% wartości faktur w terminie 30 dni od daty protokołu końcowego odbioru robót, zaś pozostałe 2% niezwłocznie po przedstawieniu przez wykonawcę nieodwołalnej gwarancji bankowej na kwotę 2% wartości faktur na okres jednego roku od daty wystawienia faktury końcowej. Ponadto, strony zakontraktowały 36 miesięczny okres gwarancji na wybudowany obiekt od daty odbioru, a na izolację wodną stropu garażu - 10 letni. Jako zabezpieczenie kosztów usuwania wad ujawnionych w okresie gwarancji oraz odszkodowań, wykonawca miał udzielić zamawiającemu zabezpieczenia w postaci weksla własnego in blanco na okres gwarancji (§ 8 ust. 8.1 i 8.2 przedmiotowej umowy w zw. z treścią załącznika nr 6).

Na mocy aneksu nr (...) z dnia 18 lutego 2004r. do w/w umowy przystąpił w charakterze współwykonawcy (...) S.A. w W.. W § 2 wskazano, iż w zakresie wszystkich robót budowlanych realizowanych przez (...) S.A., będzie on związany postanowieniami umowy nr (...), uwzględniając zmiany wynikające z przedmiotowego aneksu.

W dniu 1 czerwca 2005 r. strony podpisały protokół odbioru końcowego robót objętych umową nr (...) stwierdzając braki w dokumentacji powykonawczej, wskazując szereg robót nie wykonanych i nie dokończonych przez powodów oraz spis usterek.

W wyniku przeglądu gwarancyjnego przeprowadzonego po upływie pierwszego roku w dniach od 20 marca 2006 r. do 12 kwietnia 2006 r. ustalono zakres wad i usterek ujawnionych w wykonanych przez (...) sp. z o.o. i (...) S.A. pracach, co potwierdzono protokołem, podpisanym m.in przez przedstawicieli obu spółek oraz załączonymi doń szczegółowymi wykazami. W treści w/w protokołu wskazano ponadto, iż przedstawiciele pozwanej wezwali wykonawcę i współwykonawcę do natychmiastowego przystąpienia do robót oraz ich zakończenia do dnia 31 maja 2006 r.

(...) sp. z o.o. ani (...) S.A. nie przedstawiły wymaganych w § 7 umowy gwarancji bankowych.

W dniu 3 kwietnia 2006 r. zarówno (...) sp. z o.o. jak i (...) S.A. złożyły oświadczenia, iż nie są w stanie zrealizować wymogu zabezpieczenia kosztów usuwania wad ujawnionych w okresie gwarancji oraz odszkodowań w postaci weksla

in blanco, wystawionego zgodnie z ustaleniami stron. Obie spółki oświadczyły, że w związku z powyższym faktem, w przypadku powstania wierzytelności Spółdzielni względem nich Spółdzielnia będzie uprawniona do zaspokojenia takich wierzytelności również z kaucji, o której mowa w § 7 ust. 10 umowy, w brzmieniu tego przepisu zgodnego z aneksem nr (...).

W ramach zakontraktowanego między stronami częściowego (2%) zatrzymania wynagrodzenia tytułem kaucji gwarancyjnej, Spółdzielnia zatrzymała kwotę 1.209.829,79 zł z wynagrodzenia należnego (...) sp. z o.o. oraz 147.360,89 zł z wynagrodzenia należnego (...) S.A. oraz nie dokonała ich zwrotu.

W dniu 15 kwietnia 2006r. strony sporządziły bilansowe zestawienie należności i potrąceń za wykonanie podstawowe (harmonogramowe) z przedmiotowej umowy do faktury końcowej. W uwagach do pkt 27 dotyczącego kosztów usunięcia usterek z protokołu odbioru strony zaznaczyły, iż kwoty te winny być potrącone z zatrzymanych 2% wynagrodzenia.

Protokół z komisji II roku gwarancji został sporządzony jednostronnie przez przedstawicieli pozwanej w wyniku przeglądu przedmiotu umowy dokonanego w okresie od dnia 10 września 2007r. do 21 września 2007r. W toku przeglądu ujawniono kolejne wady przedmiotu umowy.

Z uwagi na przyznaną przez spółki niemożność dokonania napraw usterek, Spółdzielnia zlecała ich zastępcze wykonanie podmiotom trzecim m.in. K. S. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą (...), A. B. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą (...) oraz H. M. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą (...), a część wad usunęła we własnym zakresie, obciążając powoda kosztami zakupu materiałów budowlanych. W związku z wykonanymi pracami Spółdzielnia wystawiała noty księgowe i przysyłała je powodowym spółkom komunikując w ten sposób fakt obciążenia ich kosztami wykonania określonych napraw.

Koszt robót zastępczego usuwania wad inwestycji wraz z kosztem opracowania ekspertyz i dokumentacji powykonawczej niezbędnej do uzyskania pozwolenia na użytkowanie, uwzględnionych w w/w zestawieniu bilansowym w wykonawstwie zastępczym wyniósł łącznie z podatkiem VAT 1 418 492,09 zł. Podmioty trzecie wykonały naprawę stwierdzonych wad i usterek w sposób prawidłowy, a poniesione przez Spółdzielnię z tego tytułu wydatki były uzasadnione.

W dniu 16 stycznia 2008. Spółdzielnia złożyła dwa oświadczenia o potrąceniu, kierowane do każdego z powodów, w których wskazała które wierzytelności powstałe z tytułu zastępczego usunięcia wad podlegają potrąceniu z zatrzymaną kaucją gwarancyjną w wysokości 2% wartości faktur przejściowych. Oświadczenia te zawierają zarówno łączne wskazanie kwoty potrącenia, cząstkową wysokość każdej wierzytelności, tytuł jej powstania oraz wskazanie numeru noty księgowej.

Łączna kwota wskazana przez pozwaną w oświadczeniu o potrąceniu w stosunku do (...) Sp. z o.o. wyniosła 1209 829,79 zł, w tym wierzytelności w kwotach 8 784,00 zł oraz 6 823,00 zł (łącznie 15 616,00 zł - noty księgowe nr (...)) nie dotyczące kosztów zastępczego usunięcia wad przedmiotu umowy. Cząstkowe wysokości wskazane do potrącenia są zgodne z kwotami wskazanymi na określonych notach księgowych. Łączna kwota wskazana przez pozwaną w oświadczeniu o potrąceniu w stosunku do (...) S.A. wyniosła 147 360,89 zł. Cząstkowe wysokości wskazane do potrącenia są również zgodne z kwotami wskazanymi na określonych notach księgowych.

Pismem z dnia 4 czerwca 2008 r., doręczonym pozwanej w dniu 6 czerwca 2008r., pełnomocnik strony powodowej wezwał pozwaną do rozliczenia i zwrotu otrzymanej kaucji gwarancyjnej wyznaczając na to termin do dnia 14 czerwca 2008 r.

Powyższy stan faktyczny został ustalony przez Sąd Okręgowy na podstawie złożonych do akt dokumentów, opinii biegłego A. L. (1), która Sąd uznał za zgodną z zasadami wiedzy i techniki, pełną, spójną i logiczną, oraz zeznań przesłuchanych w sprawie świadków: E. R., E. M., J. R., H. M.. Natomiast zeznania A. G., R. A., M. C., A. M. Sąd uznał za nic nie wnoszące do sprawy.

Sąd oddalił pozostałe wnioski dowodowe stron, w tym - składane poza pozwem oraz odpowiedzią na pozew - jako spóźnione w świetle art. 479<sup>12</sup> oraz art. 479<sup>14</sup> k.p.c. lub nieistotne dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu.

Sąd Okręgowy wskazał, iż roszczenie strony powodowej zasługiwało na uwzględnienie jedynie w nieznaczej części, tj. co do kwoty 15.616 zł - wyłącznie na rzecz powoda (...) sp. z o.o. W pozostałym zakresie, jako bezzasadne - z uwagi na dokonane skutecznie przez pozwanego potrącenie, należało je oddalić.

Zgodnie z art. 498 k.c., gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej. Natomiast w myśl art. 499 k.c., potrącenia dokonuje się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Oświadczenie ma moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że od potrącenia jako czynności materialnoprawnej odróżnić trzeba zarzut potrącenia, będący czynnością procesową. Oświadczenie o potrąceniu, o którym mowa w art. 499 k.c., jest czynnością materialnoprawną, powodującą - w razie wystąpienia przesłanek określonych w art. 498 § 1 k.c. - odpowiednie umorzenie wzajemnych wierzytelności, natomiast zarzut potrącenia jest czynnością procesową, polegającą na żądaniu oddalenia powództwa w całości lub w części z powołaniem się na okoliczność, że roszczenie objęte żądaniem pozwu wygasło wskutek potrącenia. Oświadczenie o potrąceniu stanowi zatem materialnoprawną podstawę zarzutu potrącenia.

Kodeks cywilny nie definiuje pojęcia wymagalności, choć zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie przyjmuje się zgodnie, że przez wymagalność należy rozumieć stan, w którym wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności. Jest to stan potencjalny, o charakterze obiektywnym, biorący początek w chwili, w której wierzytelność zostaje uaktywniona. Wówczas też następuje początek biegu przedawnienia i dopuszczalności potrącenia (art. 498 § 1 k.c.). Wymagalność następuje więc zgodnie z art. 455 k.c. wraz z nadejściem terminu spełnienia świadczenia. Przyjmuje się w orzecznictwie, że warunkiem skuteczności oświadczenia o potrąceniu składanego drugiej stronie, jeżeli chodzi o wzajemną wierzytelność potrącającego jest jej skonkretyzowanie pod względem rodzajowym, terminowym i wartościowym, w tym dokładne określenie kwoty pieniężnej, w jakiej ta wierzytelność się wyraża. Mając na uwadze charakter potrącenia i cechy wierzytelności podlegających potrąceniu, Sąd pierwszej instancji wskazał, że nie jest możliwe potrącenie abstrakcyjnej kwoty. Możliwa jest bowiem ocena i rozważanie potrącenia jedynie wskazanych w oświadczeniu pozwanego wierzytelności. Jeżeli są one z jakiegoś powodu wadliwe (np. na tle niniejszej sprawy - wykonane prace naprawcze byłyby zbędne lub też dotyczyłyby roszczeń Spółdzielni wykraczających poza udzieloną przez powodów zgodę na potrącenie) to taka wierzytelność nie mogłaby zostać potrącona. Co istotne, nie zostanie również potrącona abstrakcyjna kwota, odpowiadająca tej wadliwej wierzytelności, bowiem ocena może dotyczyć jedynie konkretnych wierzytelności - wskazanych w oświadczeniu o potrąceniu.

W ocenie Sądu Okręgowego, oświadczenia o potrąceniu złożone przez pozwaną spełniają co do zasady taki właśnie wymóg. Zatrzymanie przez pozwaną kwot z tytułu zabezpieczenia gwarancyjnego zakontraktowanej umowy oraz ich wysokość nie są przedmiotem sporu między stronami. Kwoty wskazane do potrącenia przez Spółdzielnię również są określone konkretnie, tak więc mogą być przedmiotem potrącenia. Kwestią sporną w niniejszej sprawie było ustalenie tego, czy do samego potrącenia mogło w niniejsze sprawie dojść tj. czy pozwana miała podstawy materialnoprawne by przeprowadzić, na zasadzie wykonania zastępczego, naprawę powstałych usterek i wad, których równowartość przedstawiła do potrącenia z własnym zobowiązaniem do zwrotu kwot zatrzymanych z tytułu zabezpieczenia gwarancyjnego. W ocenie strony powodowej, czynność ta nie miała podstawy w żadnych przepisach prawa czy też w zgodzie strony powodowej. Co więcej, według powoda, zgody takiej powinien udzielić właściwy sąd na zasadzie art. 480 k.c.

Z takim jednak stanowiskiem, Sąd Okręgowy się nie zgodził. W ocenie Sądu, w złożonych oświadczeniach strona powodowa wyraziła zgodę na pokrycie z zatrzymanej kaucji gwarancyjnej wszelkich wierzytelności z zakresu naprawy

wad wykrytych w okresie gwarancji. Tym samym, w ocenie Sądu, powodowie zgodzili się na skorzystanie przez pozwanego z „samopomocy” czy też z wykonania zastępczego.

Zgodnie z art. 480 k.c., w razie zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania czynienia, wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, żądać upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt dłużnika. (§ 1) Jeżeli świadczenie polega na zaniechaniu, wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, żądać upoważnienia przez sąd do usunięcia na koszt dłużnika wszystkiego, co dłużnik wbrew zobowiązaniu uczynił. (§ 2) W wypadkach nagłych wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, wykonać bez upoważnienia sądu czynność na koszt dłużnika lub usunąć na jego koszt to, co dłużnik wbrew zobowiązaniu uczynił. W myśl natomiast art. 637 k.c., jeżeli dzieło ma wady, zamawiający może żądać ich usunięcia, wyznaczając w tym celu przyjmującemu zamówienie odpowiedni termin z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu nie przyjmie naprawy. Przyjmujący może odmówić naprawy, gdyby wymagała nadmiernych kosztów (§1). Gdy wady usunąć się nie dadzą albo gdy z okoliczności wynika, że przyjmujący zamówienie nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim, zamawiający może od umowy odstąpić, jeżeli wady są istotne; jeżeli wady nie są istotne, zamawiający może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. To samo dotyczy wypadku, gdy przyjmujący zamówienie nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego (§2). Jeżeli bowiem wady są usuwalne, przyjmujący zamówienie może przystąpić do ich usunięcia. W takim wypadku skuteczne usunięcie wad wyczerpie uprawnienia zamawiającego z tytułu rękojmi za wady dzieła. Przyjmujący zamówienie może odmówić usunięcia wad, gdyby wymagałyby to nadmiernych kosztów. Z perspektywy uregulowania art. 637 k.c. należy, w ocenie Sądu I instancji, wykluczyć dopuszczalność przymusowej realizacji uprawnienia z tytułu rękojmi do żądania usunięcia wady. Jeżeli więc przyjmujący zamówienie nie skorzystał ze wskazanego uprawnienia z art. 637 § 1 i 2 k.c. i nie usunął skutecznie wad dzieła w wyznaczonym terminie, zamawiający nie może żądać upoważnienia przez sąd do usunięcia wad na koszt przyjmującego zamówienie (art. 480 § 1 k.c.).

W konsekwencji, Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, że nie będzie miał zastosowania art. 480 k.c., lecz odpowiednio przepisy o robotach budowlanych i umowie o dzieło. Tym samym, pozwana nie musiała uzyskać uprzedniej zgody sądu na wykonanie prac zastępczych i obciążenie nimi powodów; byłoby to sprzeczne z samą ideą kaucji gwarancyjnej. Powodowie wprost stwierdzili, że nie są w stanie dokonać napraw i zezwolili pozwanemu na zastępcze ich wykonanie oraz obciążenie czy też zaspokojenie się z zatrzymanej kaucji gwarancyjnej i odmienne twierdzenie wobec tak jasno wyrażonej woli strony, nie może się ostać.

Sąd Okręgowy wskazał, iż w treści oświadczenia (...) Sp. z o.o. wskazane są przez omyłkę wierzytelności przysługujące stronie powodowej w oparciu o inny stosunek prawny (odrębną inwestycję i umowę) - na kwotę łączną kwotę 15.616 zł - w tym więc jedynie zakresie, potrącenie to nie będzie skuteczne. Co więcej, nawet sam pozwany przyznał, iż z przedstawionych do potrącenia wierzytelności, dwie z nich na kwoty 6.832 zł i 8.784 zł nie dotyczą kosztów zastępczego usunięcia wad powstałych w przedmiocie umowy nr (...).

Sąd Okręgowy wskazał, iż wbrew przeciwnym twierdzeniom powodów, z analizy dokumentów czy oświadczeń o potrąceniu nie wynika by doszło do podwójnego potrącenia kosztów dokonania napraw powstałych usterek. Brak jest również jakichkolwiek dowodów, które by za tym faktem przemawiały. Strona powodowa podniosła niniejszy zarzut i z niego wyciąga korzystne dla siebie skutki - to na jej barkach spoczywał ciężar dowodu (zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.c.). W ocenie Sądu Okręgowego powodowie nie podołali temu obowiązкови. Na korzyść niniejszej tezy przemawia również okoliczność, iż w treści zestawienia należności i potrąceń w pkt 27 zamieszczonej tam tabeli wprost widnieje zapis o tym, że koszty naprawy usterek zostaną potrącone z zatrzymanych 2%. Ponadto, w ocenie Sądu I instancji, brak jest jakichkolwiek podstaw by twierdzić, że pozwany zobligowany był do załączenia do wystawianych not potrąceniowych całościowej dokumentacji związanej z wykonanymi pracami zastępczymi. Taki obowiązek nie wynika z żadnej regulacji prawnej ani z kontraktu łączącego strony. Uzasadnienie znajduje wręcz stanowisko, iż dla powstania wierzytelności pozwanej wystosowanie przedmiotowych not księgowych nie było niezbędne. Wierzytelność ta, powstałaby bowiem na zasadach ogólnych, zgodnie z odpowiednimi przepisami k.o. Same noty nie budzą wątpliwości Sądu do ich wiarygodności. Także sami powodowie faktycznie nie kwestionują

ich, poza w/w dokumentami na kwotę 6.832 zł i 8.784 zł, a dotyczącymi prac wykonanych w ramach odrębnych przedsięwzięć i umów.

Sąd Okręgowy wskazał, iż dla oceny skuteczności dokonanego potrącenia koniecznym jest, by potrącana wierzytelność rzeczywiście istniała, i to w danej, ściśle określonej wysokości. Z uwagi na to, że twierdzenia pozwanej odnośnie istnienia (i wysokości) potrąconych wierzytelności zostały zakwestionowane przez stronę powodową, to zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c., to na pozwanej jak ona stronie, która wywodzi z dokonanego potrącenia korzystne dla siebie skutki, spoczywał ciężar wykazania istnienia tychże przedstawionych do potrącenia wierzytelności. W tym zakresie, Sąd Okręgowy w oparciu o opinię biegłego sądowego ustalił, iż całkowite koszty celowego, zastępczego wykonania robót związanych z powstałymi w wykonanym przedmiocie robót, przekroczyły kwotę żadaną przez stronę powodową, wynosząc łącznie 1.418.491,99 zł. Tym samym, Sąd uznał, iż pozwana skutecznie wykazała istnienie przedstawionej do potrącenia wierzytelności, ale jedynie w zakresie, w jakim wskazane w oświadczeniach o potrąceniu wierzytelności powstały w granicach zastępczej naprawy wad i usterek budowlanej stanowiącej przedmiot umowy nr (...), bowiem zgoda strony powodowej obejmowała jedynie zastępcze wykonanie w tymże zakresie.

W ocenie Sądu pierwszej instancji kwoty 6.832 zł i 8.784 zł wskazane i przedstawione do potrącenia powodowi (...) sp. z o.o. w W. nie dotyczyły w ogóle należności tejże spółki, a zatem nie mogły być w/w powodowi skutecznie przedstawione do potrącenia.

W toku postępowania, tj. po stwierdzeniu w/w wadliwości potrącenia kwot 6.832 zł i 8.784 zł wobec (...) sp. z o.o. przez biegłego sądowego, pozwana przedstawiła do potrącenia inne, wskazane przez siebie wierzytelności, jakie miały mu przysługiwać wobec w/w powoda. Jednakże zdaniem Sądu Okręgowego zarzut ten został podniesiony z uchybieniem art. 479<sup>14</sup> k.p.c. Nadto do potrącenia w toku postępowania mogły być przedstawione tylko wierzytelności udowodnione dokumentami.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy uznał, iż na uwzględnienie zasługiwało jedynie roszczenie (...) sp. z o.o. co do kwoty 15 616,00 zł jako należnej jej części kwoty kaucji gwarancyjnej, która nie została przez pozwaną skutecznie potrącona z przysługującymi jej względem powodów roszczeniami. Wobec treści pisma skierowanego do pozwanej z dnia 4 czerwca 2008r., wskazującego termin do zapłaty należności do dnia 14 czerwca 2008r., Sąd uznał za zasadne zasądzenie odsetek w wysokości ustawowej od dnia 15 czerwca 2008r. W pozostałym zakresie roszczenie powodów zostało oddalone, z uwagi na skutecznie dokonane przez pozwaną potrącenie z wierzytelnościami wobec powodów.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł w oparciu o art. 108 §1 k.p.c. w zw. z art. 100 k.p.c.

Od powyższego wyroku apelację wniosły powódki zaskarżając wyrok w części w jakiej oddalono powództwo. Podniosły następujące zarzuty:

I. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, a w szczególności:

1. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

a) wyprowadzenie ze zgromadzonego materiału dowodowego, a w szczególności z opinii biegłego sądowego mgr. inż. A. L. (1) wraz z opinią uzupełniającą wniosków logicznie nieprawidłowych przez uznanie przedmiotowej opinii za wiarygodną i spójną, sporządzoną w sposób jasny i precyzyjny i nie zawierającej istotnych braków, a także uznanie dokonanych przez biegłego obliczeń za rzeczowe, kompleksowe i prawidłowe, w sytuacji gdy przedmiotowa opinia jest niewyczerpująca i nierzetelna oraz nie udziela odpowiedzi na postawioną tezę powodową;

b) wskutek powyższego wyprowadzenie ze zgromadzonego materiału dowodowego, a w szczególności z opinii biegłego sądowego mgr. inż. A. L. (1) wraz z opinią uzupełniającą wniosków logicznie nieprawidłowych polegających na przyjęciu, że wysokość wydatków pozwanej poniesionych na naprawę stwierdzonych wad i usterek, była zasadna;

2. art. 3 k.p.c. i art. 321 § 1 k.p.c. poprzez ich niezastosowanie w sprawie i orzeczenie, co do przedmiotu, który nie był objęty przedmiotem sporu, albowiem pełnomocnik pozwanej w toku postępowania wyraźnie wskazał, iż podstawę prawną przedstawionej do potrącenia wierzytelności stanowi reżim rękojmi i gwarancji, tymczasem sąd uznał, iż pozwana była uprawniona do zastępczego wykonania napraw w ramach „samopomocy”, przez co wyszedł poza zakres sporu;

3. art. 6 k.p.c. w zw. z art. 217 k.p.c. poprzez jego niezastosowanie w sprawie i w konsekwencji oddalenie powództwa, w sytuacji, gdy pozwany nie udowodnił istnienia wierzytelności zgłoszonej do potrącenia;

II. naruszenie prawa materialnego, a w szczególności:

1. art. 637 k.c. w zw. z art. 656 k.c. przez jego niezastosowanie w sprawie, w sytuacji gdy pozwana dokonała wyboru reżimu z tytułu rękojmi i gwarancji jako podstawy prawnej wierzytelności zgłoszonej przez nią do potrącenia;

2. 498 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie i w konsekwencji przyjęcie, że kwoty wskazane do potrącenia przez pozwaną mogą być przedmiotem potrącenia w sytuacji, gdy w stanie faktycznym będącym przedmiotem rozstrzygnięcia nie zachodziły kumulatywnie przesłanki dopuszczalności potrącenia wierzytelności pozwanej.

W konsekwencji skarżące wniosły o zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej oddalenia powództwa w zakresie zobowiązania pozwanego do zapłaty na rzecz powódek kwoty 1 341 575 zł i uwzględnienie powództwa we w/w zakresie, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego w części oddalającej powództwo i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania w tym zakresie oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu za obydwie instancje, z wyodrębnieniem kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwana Spółdzielnia wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

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

Apelacje powodów są niezasadne. Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne, jak i co do zasady rozważania prawne Sądu Okręgowego.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 233§1 k.p.c. w odniesieniu do oceny dowodu w postaci opinii biegłego A. L. (1), należy stwierdzić, iż zarzut ten nie jest uzasadniony. Zgodnie z postanowieniem z dnia 4 lutego 2013r. Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa celem ustalenia czy prace wykonane przez powodów w inwestycji (...) były wadliwe oraz czy koszty poniesione przez pozwaną na zastępcze usunięcie wad w okresie gwarancji były uzasadnione i czy obejmują roboty wynikające z zaistniałej wadliwości robót wykonanych przez powodów (k. 5182). Skarżący zarzuca, iż biegły nie odpowiedział na tak sprecyzowaną tezę dowodową. Wbrew zarzutom apelacji biegły generalnie odpowiedział na tak postawione pytanie, jednak ocena czy prace wykonane przez powodów były wadliwe musiała nastąpić w oparciu o materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, bowiem skoro wady te zostały usunięte, to obecnie biegły nie mógł ich ocenić w wyniku oględzin nieruchomości. Biegły w swojej opinii potwierdził występowanie wad w pracach wykonanych przez powodów (k. 5198-5201v) w oparciu o załączoną dokumentację, zdjęcia, spostrzeżenia zawarte w prywatnych opiniach rzeczoznawców oraz protokoły przeglądów gwarancyjnych. W odniesieniu do części wad powódki podpisując protokoły uzgodnień przy odbiorze robót czy protokoły oględzin pierwszego roku gwarancji potwierdziły ich istnienie. Biegły oparł się również na danych zawartych w protokole II roku gwarancji z przeglądu, w którym powódki nie brały udziału, ale były o nim powiadomione, a następnie otrzymały odpis tego dokumentu, a zatem mogły wówczas zweryfikować wskazany zakres usterek. Wobec usunięcia usterek nie jest obecnie możliwe zweryfikowanie faktycznego zakresu tych wad. Dotyczy to również izolacji stropu garażu. Fakt istnienia wad tej izolacji stwierdzony jest już w maju 2005r. w ekspertyzie technicznej (...) Ośrodka (...) (k. 877-014), a następnie w protokole II roku gwarancji i notatkach z odkrywek warstw na stropie nad garażem. W oparciu o ten materiał dowodowy biegły ocenił, iż występowały wady, a koszty ich usunięcia uznał za uzasadnione.

Biegły wprawdzie nie wypowiedział się co do poprawności wprowadzonego w toku prac naprawczych rozwiązania zamiennego, wskazując, iż nie jest kompetentny w tej kwestii i nie było to przedmiotem zlecenia, ale strona nie zgłosiła wówczas wniosku o opinię innego biegłego z tej dziedziny.

Wbrew twierdzeniom zawartym w apelacji – biegły wypowiedział się co do kosztów poniesionych przez pozwaną na zastępcze usunięcie wad i część tych kosztów zakwestionował. Apelacja nie wskazuje w jakim zakresie ocena ta została dokonana nierzetelnie czy w sposób niepełny. Biegły ocenił poniesione przez pozwaną wydatki jako uzasadnione i nie odbiegające w sposób rażący od cen rynkowych, aczkolwiek nie sporządził ich szczegółowej wyceny według stosowanych na rynku cenników, przedmiotem opinii nie była bowiem szczegółowa wycena tych prac.

Jak się wskazuje w orzecznictwie koszty wykonania zastępczego, do pokrycia których zobowiązany jest dłużnik, nie mogą być „nadmiernymi kosztami”. Ciężar dowodu, że poniesione koszty były nadmierne i w związku z tym wierzyciel nadużył prawa, obciąża dłużnika (wyrok SN z dnia 10 stycznia 2008 r., IV CNP 147/07, LEX nr 361455). Dochodzenie zwrotu kosztów po ich wydatkowaniu przez wierzyciela tym różni się od innych przypadków żądania odszkodowania, że wierzyciel nie musi przeprowadzać dowodu na okoliczność powstania i wielkości szkody, a jedynie wykazać wysokość poniesionych wydatków (tak M. Podrecka „Zaspokojenie interesu wierzyciela przez zastępcze spełnienie świadczenia” KPP 1999/1/97).

W niniejszej sprawie pozwana winna była wykazać wysokość poniesionych wydatków i taką wysokość wykazała. To powódki mogły dowodzić, iż koszty poniesione przez pozwaną były kosztami nadmiernymi; nie zostało to jednak wykazane. W szczególności strona nie zgłosiła wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego, która to opinia podważyłaby wnioski płynące z opinii biegłego A. L..

Zarzut naruszenia art. 6 k.c. należy uznać za niezasadny, bowiem Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, iż ciężar dowodu w tej kwestii spoczywał na powódkach.

Naruszenie art. 217 k.p.c. może nastąpić przez niezasadne pominięcie wniosków dowodowych lub też niezasadne ich dopuszczenie, mimo iż były np. spóźnione. Apelacja nie formułuje zarzutu naruszenia tego przepisu w taki sposób, a jedynie zarzut ten odnosi do nieudowodnienia wzajemnej wiarygodności przez pozwaną. Tak sprecyzowany zarzut powinien w istocie odnosić się do błędnych ustaleń faktycznych czy błędnej oceny dowodów, a nie naruszenia art. 217 k.p.c.

Żądanie pozwu w niniejszej sprawie sprecyzowała strona powodowa, a rozpoznając zgłoszony przez pozwaną zarzut potrącenia Sąd Okręgowy nie mógł naruszyć art. 321§1 k.p.c., który odnosi się do żądania określonego w pozwie. Natomiast art. 3 k.p.c. adresowany jest do stron postępowania, a zatem Sąd nie mógł go naruszyć.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia prawa materialnego w pierwszej kolejności należy wskazać, iż przepisy o rękojmi (w tym art. 637 k.c.) nie mają charakteru przepisów bezwzględnie obowiązujących. Powszechnie w literaturze i orzecznictwie przyjmuje się, iż uprawnienia te mogą być przez strony modyfikowane (tak SN w uchwale z 15 lutego 2002r. III CZP 86/01 OSNC 2002/11/132).

Taka modyfikacja uprawnień zamawiającego nastąpiła w niniejszej sprawie. Już § 6 ust. 4 umowy wskazuje, iż strony przyznały pozwanej prawo zastępczego usuwania wad stwierdzonych w toku odbioru (k. 234). Ponadto przyznanie wierzycielowi prawa zastępczego usuwania wad wynika również z zestawienia należności podpisanego przez strony oraz pośrednio z oświadczeń powódek z kwietnia 2006r. o zmianie charakteru zatrzymanej przez pozwaną kwoty. Przyznanie tej okoliczności zawarte jest wyraźnie w pozwie (k. 5 pozwu), a zatem zgoda powódek na zastępcze usuwanie wad przez pozwaną niewątpliwie została wyrażona. Obecna zmiana stanowiska powódek nie jest niczym uzasadniona. Tym samym Sąd Okręgowy zasadnie uznał, iż pozwana miała prawo do zastępczego usuwania wad, przy czym wbrew twierdzeniom apelacji Sąd pierwszej instancji nie orzekł ponad zgłoszony przez pozwaną zarzut, bowiem prawo do zastępczego usuwania wad wynikało ze zmodyfikowanego umownie przez strony reżimu rękojmi.



Każdorazowo pozwana informowała powódki o stwierdzonych wadach i wyznaczała jej termin na ich usunięcie, a dopiero po bezskutecznym upływie tego terminu sama przystępowała do ich usunięcia, informując potem powódki o kosztach. Właściwy tryb postępowania reklamacyjnego został zatem zachowany. Nie jest zatem zasadny zarzut naruszenia art. 637 k.c., bowiem strony umownie zmodyfikowały uprawnienia wynikające z tego przepisu.

Nie jest również zasadny zarzut naruszenia art. 498 k.c. Wprawdzie przepis ten stanowi, iż obydwie wierzytelności muszą być wymagalne, jednak powszechnie przyjmuje się, iż wymagalna musi być tylko wierzytelność potrącającego czyli strony aktywnej. Jak wskazuje A. J. w komentarzu do art. 498 k.c. (LEX) ograniczenie warunku wymagalności tylko do wierzytelności strony aktywnej znajduje uzasadnienie w samej konstrukcji potrącenia. Potrącenie jest bowiem równoznaczne z przymusowym zaspokojeniem wierzytelności przysługującej osobie, która składa oświadczenie woli, a egzekucja wierzytelności niewymagalnej nie może być prowadzona. Jednakże dokonując potrącenia strona płaci równocześnie swój dług, a skoro według art. 457 k.c. termin spełnienia świadczenia w razie wątpliwości przyjmuje się za zastrzeżony na korzyść dłużnika, to co do zasady nie ma przeszkód, by zobowiązany zapłacił przed terminem. W niniejszej sprawie wierzytelność pozwanej była wymagalna w dacie złożenia oświadczeń o potrąceniu, a fakt, iż powódki dopiero później wezwały pozwaną do zwrotu zatrzymanej kwoty wynagrodzenia nie stał na przeszkodzie uznaniu potrącenia za skuteczne.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny oddalił apelacje powodów na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 105§1 zd. 2 k.p.c.