

Sygn. akt I ACa 491/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 czerwca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Barbara Górczanowska (spr.)
Sędziowie:	SSA Grzegorz Kręzołek SSO del. Robert Jurga
Protokolant:	st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska

po rozpoznaniu w dniu 11 czerwca 2014 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa **B. B.**

przeciwko **W. C.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Gospodarczego w Krakowie

z dnia 11 grudnia 2013 r. sygn. akt IX GC 393/12

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1800 zł (jeden tysiąc osiemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 czerwca 2014 r.

Powód B. B. domagał się zasądzenia od pozwanego W. C. kwoty 88.128,27 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 27 stycznia 2012 roku do dnia zapłaty oraz kosztów postępowania, tytułem wynagrodzenia za wykonanie posadzki przemysłowej w hali produkcyjno-magazynowej nr 3 dla firmy (...) w W., objętego fakturą nr (...), podając że pozwany odmówił zapłaty tej kwoty powołując się na wady posadzki i odstąpienie od umowy, które było nieuzasadnione.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania zarzucając, że wykonane przez powoda posadzki w hali nr 3 posiadały wady polegające w szczególności na: wgłębnych pęknięciach podłużnych wzdłuż hali i poprzecznych pęknięciach przy słupach, sporządzeniu krzywych dylatacji w niewłaściwych kierunkach, braku

prawidłowych zatarć i braku posypki utwardzającej przy słupach, jak i wzdłuż ścian istniejących hal, nierównościach powierzchni. Wady te usunął pozwany, co wymagało wykonanie m.in: nakłuć wzdłużnych wylewki na powierzchniach dylatacyjnych, na powierzchniach przysłupowych i przyściennych wypełnienia betonem oraz zatarcia, posypania posypką oraz zatarcia, a koszty z tym związane wyniosły kwotę 50 tysięcy złotych w hali nr 3 i 21 tysięcy złotych w hali nr 2, które to kwoty przedstawił do potrącenia.

Wyrokiem z dnia 11 grudnia 2013 r. Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział IX Gospodarczy zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 88.128,27 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 3 marca 2012 r. do dnia zapłaty; oddalił powództwo w pozostałym zakresie; zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 8.946,81 tytułem kosztów postępowania.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia faktyczne:

Pozwany był generalnym wykonawcą hali magazynowo–produkcyjnej dla inwestora J. G., zaś powód był podwykonawcą pozwanego w zakresie posadzek betonowych w hali nr 2 i hali nr 3, za wynagrodzeniem 57 zł/m⁽⁽²⁾⁾. Wykonane w okresie od 20 września do 27 września 2013 roku roboty w hali nr 2 roboty miały wady, ale powód je usunął, co potwierdzono w protokole odbioru z dnia 27 września 2011 roku, zaznaczając jedynie do wypełnienia dylatacje skurczowe płyty posadzki. Protokół został podpisany przez inspektora nadzoru oraz kierownika robot z ramienia podwykonawcy. Prace poprawkowe wykonano w dniach od 14 do 17 listopada 2011 r. Należne wynagrodzenie w kwocie 34.998,00 zł zostało powodowi zapłacone. Następnie powód wykonał wylewki na hali oznaczonej przez strony nr 3. W dniu 7 listopada 2011 r. pozwany ustnie poinformował powoda, że wykonane w tej hali prace są wadliwe a pismem z dnia 8 listopada 2011 r. wezwał do ich niezwłocznego usunięcia w terminie do 9 listopada 2011 r., jednak nie precyzując wad. Wezwał także do usunięcia wad w hali nr 2. Niezwłocznie po otrzymaniu informacji o wadach w dniu 7 listopada 2011 r. pracownicy powoda przystąpili do prac naprawczych w zakresie wad, o których mieli wiedzę, i zakończyli je w dniu 17 listopada 2011 r. W wyniku podjętych prac wady zostały usunięte a do wykonania pozostało jedynie wypełnienie dylatacji. Protokołem z dnia 14 listopada 2011 roku inwestor wspólnie z pozwanym i kierownikiem budowy A. R. (1) dokonali odbioru technicznego robót budowlanych służących budowie hali produkcyjnej nr 3 w ramach projektu „wdrożenie technologii produkcji innowacyjnej w skali świata uchylnej bramy garażowej”, wykonywanych w okresie od 2 listopada 2011 roku do dnia 7 listopada 2011 roku. W odbiorze na wyraźne żądanie inwestora nie brał udziału powód mimo, że był podwykonawcą wykonanych wylewek. W protokole tym określając stwierdzone niezgodności usterki „wpisano, że stwierdza się, że w wykonanej posadzce nastąpiło wycięcie linii dylatacyjnych niezgodnie ze sztuką budowlaną i technologią, linia krzywa, posadzka jest nierzetelnie zatarta przy krawędziach ścian, słupów oraz brak podsypki żywiczej przy słupach i krawędziach ścian”. Termin usunięcia tej „usterki” inwestor wyznaczył na dzień 29 listopada 2011 roku. W dniu 17 listopada 2011 roku inwestor wezwał pisemnie do pozwanego do usterek w hali nr 3 do dnia 29 listopada 2011 r. W dniu 22 grudnia 2011 r. powód otrzymał trzy pisma datowane na 14 listopada 2011 r., 6 grudnia 2011 r. i 15 grudnia 2011 r. Pismo z dnia 14 listopada 2011 r. stanowiło protokół odbioru technicznego podpisany przez inwestora oraz pozwanego i kierownika budowy, o którym mowa wyżej; w piśmie z dnia 6 grudnia 2011 roku pozwany zarzucił nieprawidłowe wykonanie wylewki przemysłowej w hali nr 3 polegające na niezgodności z technologią i sztuką budowlaną, co stwierdziła Komisja w składzie: inwestor, pozwany, kierownik budowy, i odmówiła podpisania protokołu odbioru; w związku z tymi zarzutami pozwany odstąpił od umowy i odmówił zapłaty; w piśmie z daty 15 grudnia 2011 roku pozwany wezwał powoda do uzupełnienia dokumentacji prac budowlanych na hali nr 2, tj. certyfikatu jakości, aprobat technicznych i gwarancji na wykonanie wylewek zgodnie z obowiązującymi normami i przepisami, oświadczając że nie usunięto usterek w hali nr 2. Pismem z dnia 27 grudnia 2011 roku powód poinformował pozwanego, że stosownie do ustaleń z 8 listopada 2011 roku od razu przystąpił do usunięcia usterek; z kolei protokół odbiorowy z 14 listopada 2011 roku otrzymał w dniu 22 grudnia 2011 r. Pismem z dnia 27 listopada 2011 r. pozwany potwierdził, że pracownicy powoda przybyli na budowę, ale wobec oświadczenia o odstąpieniu od umowy pismem z dnia 6 grudnia 2011 roku temat usunięcia usterek jest nieaktualny, a „koszty usterek przejął na swoją firmę”. Pismem z dnia 28 grudnia 2012 roku pozwany podtrzymał swoje stanowisko. W dniu 27 grudnia 2011 roku powód wystawił fakturę na kwotę 88.128,27 zł tytułem wynagrodzenia za wykonanie posadzki betonowej, utwardzonej powierzchniowo w hali L. w ilości 1.257 m⁽⁽²⁾⁾ przy wynagrodzeniu 57/m⁽⁽²⁾⁾, określając termin zapłaty przelewem na 30 dni, którą to fakturę pozwany odebrał 7

lutego 2012 roku. Sąd podał, że fakt zasadności wynagrodzenia powód przyznał, odmawiając jego zapłaty z powodu wad, które musiał usunąć na własny koszt. W dniu 25 lipca 2012 roku inwestor złożył oświadczenie, że wady w hali nr 2 i 3 usuwali pracownicy pozwanego;

W ramach omówienia materiału dowodowego Sąd Okręgowy przedstawił treść zeznań świadków oraz odniósł się do opinii biegłego wskazując, że miał on udzielić odpowiedzi czy obecnie można określić czy roboty wykonano prawidłowo czy też nie, czy wystąpiły wady w wykonaniu hali nr 2 i 3 oraz jakiego rodzaju były to wady, a także ustalić koszt ewentualnego ich usunięcia, jednakże według stanowczego stanowiska biegłego, na obecnym etapie użytkowania hali nie jest możliwe określenie prawidłowości wykonanych prac, bo usterki i wady zostały usunięte pod koniec 2011 roku, hala jest użytkowana od dwóch lat, zamontowane są maszyny i jest brak dostępu do całej powierzchni. Biegły wskazywał jedynie na dowody w sprawie które przemawiają za wystąpieniem wad i ich usunięciem. Według biegłego, także wszystkie pozostałe dowody nie pozwalają na oszacowanie kosztów usunięcia wad. Jednakże zdaniem Sądu pierwszej instancji celem opinii biegłego nie jest ustalanie faktów mających znaczenie dla sprawy, lecz udzielenie sądowi wyjaśnień w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych, a tym samym ułatwienie sądowi wyciągnięcie prawidłowych wniosków co do oceny i rozstrzygnięcia sprawy, zaś biegły nie może zastąpić sądu w wyjaśnieniu rzeczywistej ocenie stanu faktycznego i nie może powoływać się na własną ocenę dowodów przedstawionych przez strony, co jest zadaniem sądu (wyr. SN, VCSK 360/06 lex nr 238973).

Według Sądu Okręgowego strony były związane ustną umową o roboty budowlane, która choć powinna być stwierdzona pismem (art. 648 § 1 k.c. w zw. z art. 74 § 3 k.c.) może być dowiedziona wszelkimi środkami dowodowymi, bez żadnych ograniczeń. Zdaniem Sądu spór sprowadzał się do tego czy powodowi należne jest żądane przez niego wynagrodzenie wobec podnoszonego zarzutu ich wadliwego wykonania, kosztów wykonania zastępczego i odstąpienia od umowy przez pozwanego, co znalazło odbicie w zarzucie potrącenia kwoty 71 tysięcy złotych. Sąd powołał się na oświadczenie pozwanego, że „gdyby nie było wad w wykonaniu robot to spór byłby bezprzedmiotowy bo zapłata by się powodowi należała” (k-93). Stosownie do art. 647 k.c. odebranie obiektu jest jednym z obowiązków inwestora należącym do istotnych elementów umowy o roboty budowlane, co jednak nie oznacza, że inwestor nie może odmówić odebrania obiektu, jeżeli ma ono wady tego rodzaju, że nie można korzystać z obiektu zgodnie z przeznaczeniem, bądź wiąże się to z niebezpieczeństwem dla użytkownika. Obowiązek odbioru dzieła i robót budowlanych wchodzi w grę jedynie wówczas, gdy świadczenie wykonawcy odpowiada treści zobowiązania. Zamawiający, któremu wykonawca zgłasza do odbioru obiekt z wadami, ma przede wszystkim prawo odmowy jego odbioru, co jest uzasadnione uwarunkowaniem wyłączającym odpowiedzialność z tytułu rękojmi, w razie dokonania przez zamawiającego odbioru obiektu mimo znajomości wady. Ma wtedy zastosowanie art. 557 § 2 k.c. w zw. z art. 656 §1 k.c. i art. 638 k.c. - do umowy o roboty budowlane. Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 5 marca 1997 roku (OSNC 1997 nr 6-7 poz 90) w protokole czynności odbioru robót budowlanych, stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie poczynionych ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad wraz z ewentualnymi terminami do ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego przysługującego mu uprawnienia. Sąd Okręgowy podał, że zakres robót co do hali nr 2 został poddany takiemu odbiorowi, co potwierdził protokół odbioru stwierdzający, iż roboty zostały dobrze wykonane. Drobne usterki zgłoszone w uwagach zostały także wykonane, co potwierdzili pracownicy pozwanego A. R. czy W. P., a pośrednio także w początkowej fazie sam pozwany. Pozwany żadnych poprawek nie dokonywał. W tej sytuacji zdaniem sądu już tylko z tego powodu nie zasługuje na uznanie zarzut pozwanego potrącenia kwoty 21 tysięcy złotych tytułem kosztów zastępczego wykonania robot w hali nr 2, czy z jakiegokolwiek innego tytułu.

Odnosząc się do robót wykonywanych w hali nr 3 Sąd Okręgowy wskazał, że były one wykonywane przez powoda w okresie od 2 listopada 2011 roku do dnia 7 listopada 2011 roku, przy czym ich odbiór na żądanie inwestora i z udziałem tylko pozwanego odbył się, kiedy pracownicy powoda jeszcze usuwali usterki wylewki. Do protokołu, spisane bez udziału powoda, wpisano ściśle określone usterki, których termin usunięcia wyznaczono pozwanemu na dzień 29 listopada 2011 roku. Wady nie były kwestionowane przez powoda, jednakże wady te miały charakter usuwalny i faktycznie zostały usunięte przez powoda, a potem pozwany dokonywał poprawek do poprawek, co wynika z zeznań świadków. Usuwanie usterek przez powoda miało miejsce między 7 a 14 listopada 2011 roku, bo jak przyznał powód 7

listopada 2011 roku pozwany ustnie poinformował go o wadach i wezwał do ich usunięcia. Z kolei po nich usunięciu, poprawek określonych w protokole z dnia 14 listopada 2011 roku dokonywał pozwany, co wynikało z żądania inwestora aby jak najszybciej oddać halę, bo miały być instalowane maszyny. Poza tym należy uznać, że dopiero w dniu 22 lutego 2011 roku pozwany doręczył powodowi protokół odbioru z dnia 14 listopada 2011 roku. Po zapoznaniu się z nim, powód chciał przystąpić do usunięcia wskazanych usterek poczynając od dnia 27 grudnia 2011 roku, ale nie został do robót dopuszczony. Pozwany nie wykazał aby wyznaczył powodowi inny termin na usunięcie wad, jak określony na dzień 9 listopada 2011 r. w piśmie z dnia 8 listopada 2011 roku. Zdaniem Sądu, oświadczenie pozwanego z dnia 6 grudnia 2011 r. o odstąpieniu od umowy, doręczone powodowi w dniu 22 grudnia 2011 roku, jest nieskuteczne, jako złożone po wykonaniu robót i ich odbiorze, gdyż nie można odstąpić od umowy po jej wykonaniu. W protokole z dnia 14 listopada 2011 r. stwierdzono, że roboty zostały wykonane niezgodnie z dokumentacją projektową oraz warunkami technicznymi, jednakże w toku postępowania żadna ze stron nie powoływała się na dokumentację projektową czy warunki techniczne, co wskazuje, że zapis ten został uczyniony albo rutynowo albo odnosił się do oceny jeszcze innych robot. Zdaniem Sądu odbiór, który dokonał pozwany z inwestorem, jest też skuteczny co do jego relacji z powodem. Sąd wskazał ponadto, że powołane w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy wezwanie pisemne z dnia 8 listopada 2011 roku wyznaczyło termin dla usunięcia wad do dnia 9 listopada 2011 roku, co było nierealnym terminem, nawet przy przyjęciu, że nie dotyczyło wad w hali nr 2, którą już znacznie wcześniej odebrano. Zgodnie z art. 636 §1 k.c., który ma odniesienie do umowy roboty budowlane, jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie. Przepis jednoznacznie mówi, że ma to być termin odpowiedni a więc taki, który przy uwzględnieniu stopnia wadliwości robót daje realną, rzeczywistą możliwość ich usunięcia. Według świadków termin jednego dnia takich wymagań nie spełniał. Poza tym pozwany nie wskazał, w czym upatruje wadliwości robót, a wykonawca musi znać zakres robót do poprawy. Z kolei termin do usunięcia usterek określony w protokole odbioru z dnia 14 listopada 2011 roku odnosił się do relacji pozwanego z inwestorem, a pozwany nie wykazał by powyższy protokół przekazał powodowi wcześniej niż przed dniem 22 grudnia 2011 roku, a więc już dawno po upływie terminu 29 listopada 2011 r. Ostatecznie wskazana podstawa do odstąpienia jest nie do zaakceptowania, a przez to i samo odstąpienie jest bezskuteczne. Dodatkowo Sąd wskazał na treść wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 1997-04-04, II CKN 65/97, w którym wyrażono pogląd, że „przepis art. 636 k.c. określa uprawnienia zamawiającego w trakcie wykonywania dzieła. Gdy problem wad dzieła wynikł dopiero przy jego odbiorze art. 636 k.c. w ogóle nie może mieć zastosowania”.

Sąd Okręgowy ponadto wskazał, że stosownie do art. 637 § 1 i 2 k.c. odmowa wykonawcy usunięcia wad dzieła nie upoważnia jeszcze zamawiającego do odstąpienia od umowy. Zamawiający może odstąpić od umowy wówczas tylko, gdy wcześniej wyznaczy odpowiedni termin na wykonanie naprawy i do tego doda zagrożenie, że po bezskutecznym upływie terminu naprawy nie przyjmie, zaś przyjmujący zamówienie nie usunie wad w wyznaczonym terminie. Wobec nieodstąpienia od umowy w sposób prawidłowy zamawiający może co najwyżej żądać obniżenia wynagrodzenia. Odnosząc zarzut potrącenia kwoty 50 tysięcy złotych do sytuacji po dniu 14 listopada 2011 roku, a więc po dacie odbioru robót w hali nr 3, Sąd Okręgowy stwierdził, że wadliwe wykonanie robót jest nienależytym wykonaniem zobowiązania, co umożliwi pozwanemu dochodzenie odszkodowania na zasadach ogólnych (art. 471 k.c.). Pozwany ma przy tym możliwość dokonania wyboru, może bowiem oprzeć swoje roszczenia wyłącznie na ogólnych przepisach normujących odpowiedzialność kontraktową (art. 471 i nast. K.c.) albo też, nie rezygnując z uprawnień z tytułu rękojmi, dodatkowo dochodzić naprawienia poniesionej szkody. Dokonując wyboru reżimu odpowiedzialności z rękojmi za wady pozwany musi wykazać istnienie wad. Dokonując zaś wyboru odpowiedzialności opartej na art. 471 k.c. lub art. 566 k.c. musi wykazać istnienie przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej. Zdaniem Sądu Okręgowego stosownej treści żądanie oraz wykazanie, że zostały spełnione jego przesłanki nie znalazły się w stanowisku pozwanego a samo odwołanie się do ogólnych reguł odpowiedzialności za „nieprawidłowe wykonanie robot” Sąd uznał za niewystarczające. Decydujące znaczenie należy bowiem przypisać sformułowanemu żądaniu usunięcia wad przez pozwanego, a także odwołanie się w stanie faktycznym do okoliczności wskazujących do przepisów normujących kwestię odpowiedzialności wykonawcy za wady wykonanych robót (art. 637 w zw. z art. 656 k.c.) jakkolwiek tego pozwany także w sposób wyraźny nie wyartykułował. Skoro zatem strona powodowa nie wystąpiła

z żądaniem naprawienia poniesionej szkody, sąd nie mógł orzec co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem (art. 321 § 1 k.p.c.).

Sąd Okręgowy wskazał, że oświadczenie o potrąceniu zostało po raz pierwszy zawarte w odpowiedzi na pozew, co każe zastanowić się czy po stronie pełnomocnika powoda nie wystąpił brak umocowania przez powoda do przyjęcia w imieniu mocodawcy materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu, skoro dysponował on jedynie pełnomocnictwem procesowym (art. 91 k.p.c.), tym bardziej, że odpowiedź na pozew zawierająca ten zarzut została doręczona pełnomocnikowi. Sąd uznał, że jednak to oświadczenie doszło do powoda na rozprawie w dniu 10 października 2012 roku i od tego momentu można uznać, że zostało złożone skutecznie. Jednakże warunkiem skuteczności oświadczenia o potrąceniu składanego drugiej stronie, jeśli chodzi o wzajemną wiarytelność potrącającego, jest skonkretyzowanie tej wiarytelności pod względem rodzajowym, terminowym i wartościowym (vide: wyrok SN z 30.05.1968 r., sygn. akt II PR 202/06), a w tej sytuacji nie sposób przyjąć, że pozwany może w dowolny sposób, opierając się na treści oświadczeń o potrąceniu podniesionego dopiero w odpowiedzi na pozew wywodzić, że skonkretyzowana w nim wiarytelność pozwanego w kwocie 71 tysięcy złotych ma swoje źródło w nieprawidłowym wykonaniu umowy czyli nienależytym wykonaniu umowy (art. 471 k.c.), po czym na rozprawie jako podstawę wskazywać, że potrącenie jest wynikiem kosztów usunięcia wad, czyli iż wynika z kosztów wykonania zastępczego bądź uprawnień z tytułu rękojmi, polegających na żądaniu obniżenia ceny. Po odebraniu robót ochrona pozwanego realizuje się zdaniem Sądu na podstawie przepisów o rękojmi za wady (art. 637 § 1 i 2 k.c. przy uwzględnieniu także art. 638 k.c.). Sąd wskazał, że jeżeli dzieło ma wady, ale nie dyskwalifikują one dzieła co do jego istoty, to wówczas następuje wydanie (oddanie) dzieła, zgodnie z umową i ze skutkami prawnymi, o jakich mowa w szczególności w art. 642, 643 i 646 k.c., z tym że dla zamawiającego otwierają się uprawnienia wynikające z rękojmi za wady dzieła, o których mowa w art. 637 i 638 k.c. Podnoszone wady, czy jak je określano usterki, były usuwalne, dotyczyły niestarannego wykonania dotarć, braku w niektórych miejscach podsypki, krzywizn dylatacji, ale nie dyskwalifikował robót jako całości. W tej sytuacji przy przyjęciu, że pozwany także dokonywał usunięcia poprawek po poprawkach powoda, to jego zarzut potrącenia może być rozpatrywany jako konieczność obniżenia wynagrodzenia powoda o koszty ich usunięcia. I tak ostatecznie formułował żądanie pozwany. Jednak brak podstaw do odstąpienia od umowy w oparciu o art. 636 k.c. usuwa możliwość powstania sugerowanego przez pozwanego roszczenia (wiarytelności), która mogłaby być przedstawiona następnie do potrącenia z dochodzoną przez powoda wiarytelnością o wynagrodzenie za wykonane roboty. Z kolei przy przyjęciu, że odstąpienie było skuteczne, to trzeba zwrócić uwagę na to, jakie skutki prawne wywołuje skuteczne odstąpienie od umowy (o roboty budowlane) na podstawie art. 637 § 1 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. Gdyby bowiem uznać, że pozwany odstąpił od umowy na podstawie tych przepisów, to brak podstaw do twierdzenia, że nabył on roszczenie „o naprawienie szkody obejmującej koszt wykonania zastępczego” W grę mogłoby wchodzić jedynie uprawnienie do żądania obniżenia wynagrodzenia (art. 637 § 2 k.c. zd. 2 k.c.), a nie jest to przecież wiarytelność, która mogłaby być przedstawiona do potrącenia na podstawie art. 498 § 1 k.c. Dodatkowo Sąd Okręgowy podniósł, że pozwany w odpowiedzi na pozew oświadczył, iż poniósł koszty usunięcia wad i dokończenia robót w hali nr 3 w wysokości 50 tysięcy złotych oraz w hali nr 2 w wysokości 21 tysięcy złotych, łącznie 71 tysięcy złotych i „w tym zakresie formułuje zarzut potrącenia”. Zarzut potrącenia kwoty z tytułu wskazywanego przez pozwanego kosztu usunięcia wad i dokończenia robót w hali nr 2, zdaniem Sądu Okręgowego, nie zasługiwał na uwzględnienie, gdyż jak ustalono, w hali nr 2 roboty wykonano prawidłowo, a ewentualne usterki usunięto. Pozwany ponadto nie wykazał wymagalności kwoty 21 tysięcy złotych przedstawionej do potrącenia, nie wiadomo jak została wyliczona, według jakich parametrów. To samo odnosi się do kwoty 50 tysięcy złotych. W tym przypadku miała to być kwota, którą inwestor obciążył pozwanego, po czym miała ona być kwotą kosztów wykonania zastępczego, o którą należy obniżyć wynagrodzenie powoda, a w tej postaci nie może być przedmiotem potrącenia. Nic nie stoi na przeszkodzie aby pozwany ewentualnych kosztów wykonania zastępczego dochodził w odrębnym procesie.

Odsetki Sąd Okręgowy zasądził od dnia 3 marca 2012 roku uwzględniając, że wezwanie do zapłaty zostało pozwanemu skutecznie doręczone w dniu 28 lutego 2012 roku z obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. O kosztach orzeczono zgodnie z art. 98 § 1 i 3 k.p.c

Wyrok Sądu Okręgowego częściowo, w części zasądającej od pozwanego na rzecz powoda kwotę 50.000,00 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 3 marca 2012 r. do dnia zapłaty oraz w pkt III, zaskarżył pozwany W. C., który zarzucił naruszenie przepisu prawa materialnego, tj.: art. 498 k.c. poprzez jego niezastosowanie do ustalonego w sprawie stanu faktycznego, co skutkowało zasądzeniem na rzecz powoda kwoty 88.128,27 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 3 marca 2012 r. do dnia zapłaty, podczas gdy kwota ta powinna zostać obniżona o kwotę odpowiadającą różnicy pomiędzy wartością robót wolnych od wad a wartością obliczoną z uwzględnieniem istniejących wad.

Na podstawie art. 368 § 1 pkt 4 w zw. z art. 381 k.p.c. pozwany powołał nowy dowód w sprawie tj. notę księgową wystawioną przez inwestora i obciążającą pozwanego kwotą 43.380,00 zł, z dnia 31 grudnia 2013 roku, wraz z pismem reklamacyjnym inwestora z dnia 18 września 2013 roku, wskazując iż potrzeba powołania się na wyżej wymienione dowody wynika później, wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie przed Sądem II instancji powyższych dowodów na okoliczność ustalenia różnicy pomiędzy wartością robót wolnych od wad a robotami wadliwymi.

Wskazując na powyższe pozwany wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w części, tj. w zakresie zasądzającym od pozwanego na rzecz powoda kwotę 88.128,27 zł poprzez oddalenie powództwa co do kwoty 50.000,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami od tej kwoty od dnia 3 marca 2012 r. do dnia zapłaty; zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego jest nieuzasadniona.

Należy podkreślić, że Sąd Okręgowy poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, wyrażając oceny, które nie pozostają w sprzeczności z zasadami logiki rozumowania czy doświadczenia życiowego i nie wykazują błędów natury faktycznej. Dokonana przez Sąd pierwszej instancji ocena dowodów nie nasuwa zastrzeżeń gdyż nie wykracza poza uprawnienia wynikające z przepisu art. 233 § 1 k.p.c., którego naruszenia pozwany nie zarzucił. Ustalenia będące jej wynikiem nie budzą przy tym wątpliwości co do ich zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy i nie są przez apelującego kwestionowane, dlatego Sąd Apelacyjny je akceptuje i przyjmuje za podstawę własnego rozstrzygnięcia.

Za prawidłowe należy uznać stanowisko Sądu pierwszej instancji co do braku podstaw do odstąpienia przez pozwanego od umowy z powodem na podstawie art. 636 k.c. Zgodnie z tym przepisem w razie wadliwego albo sprzecznego z umową wykonywania dzieła, jeżeli nie doszło jeszcze do jego odbioru (trafnie Sąd Okręgowy wskazał, że art. 636 § 1 k.c. nie ma zastosowania po odebraniu dzieła), zamawiający może wezwać przyjmującego zamówienie do zmiany sposobu wykonania umowy i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Wskazane uprawnienie powstaje w sytuacji, gdy na podstawie postanowień umowy (przewidującej szczególnie sposób działania przyjmującego zamówienie, w tym również ewentualnie osobisty charakter wykonywania dzieła) lub też ogólnych reguł wynikających z przepisów kodeksu cywilnego o umowie o dzieło, zamawiający będzie w stanie wykazać (udowodnić) wadliwe albo sprzeczne z umową wykonywanie dzieła (art. 6 k.c.). Wyznaczony przez zamawiającego termin będzie odpowiedni, jeżeli uwzględni okoliczności określonej umowy, stan zaawansowania prac, użytych materiałów, a także niebezpieczeństwo związane z kontynuowaniem wadliwego wykonywania dzieła.

Jak wynika z niezakwestionowanych ustaleń Sądu Okręgowego, roboty w hali nr 3 były wykonywane pomiędzy 2 a 7 listopada 2011 r. (taki przedział wskazano w protokole odbioru z dnia 14 listopada 2011 r. – karta 8), a w dniu 14 listopada 2011 r. przeprowadzono ich odbiór pomiędzy pozwanym jako generalnym wykonawcą a inwestorem. Pozwany nie wskazywał, by odbiór dokonano w innym terminie, zatem prawidłowe jest stanowisko Sądu pierwszej instancji, że odbiór w dniu 14 listopada 2011 r. był skuteczny także w stosunku do powoda. W tych okolicznościach jest oczywiste, że oświadczenie z dnia 6 grudnia 2011 r. o odstąpieniu od umowy zostało złożone już po odbiorze robót, a jego podstawą nie może być wskazany art. 636 k.c. Gdyby nawet przyjąć, że w chwili złożenia tego oświadczenia roboty nie zostały jeszcze odebrane (do czego w świetle ustaleń Sądu pierwszej instancji nie ma żadnych podstaw), to na przeszkodzie uznania skuteczności odstąpienia z wskazanych powodów leży także brak wyznaczenia wykonawcy odpowiedniego terminu do zmiany sposobu wykonania przedmiotu umowy. W piśmie z dnia 8 listopada 2011 r.

pozwany wezwał bowiem powoda do usunięcia wad (których nie sprecyzował) w terminie do dnia 9 listopada 2011 r. Termin ten nie mógł zostać uznany za odpowiedni i możliwy do zastosowania przez powoda.

Należy także rozważyć, czy odstąpienie od umowy zawarte w oświadczeniu z dnia 6 listopada 2011 r. stanowiło realizację uprawnień z tytułu rękojmi i czy w związku z tym było skuteczne. Zgodnie z art. 637 § 1 k.c., mającym zastosowanie do robót budowlanych z mocy art. 656 § 1 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, a dopiero 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. Stwierdzone w wykonanych przez powoda robotach wady niewątpliwie były usuwalne. Brak było także podstaw do przyjęcia, że powód nie usunąłby wad w czasie odpowiednim, gdyby powód wyznaczył mu odpowiedni ku temu termin i gdyby wady te wskazał w trakcie odbioru. Tymczasem w piśmie z dnia 8 listopada 2011 r. powód żadnych wad nie sprecyzował, z materiału dowodowego nie wynika też, by zgłaszał powodowi inne wady niż stwierdzone w protokole z dnia 14 listopada 2011 r. Jak wyżej wskazano, termin jednodniowy, wyznaczony na usunięcie wad, w żadnym wypadku nie można uznać za odpowiedni, tym bardziej, że sam pozwany twierdził, iż jego pracownicy wykonywali poprawki przez kilka dni. Nie ma podstaw do przyjęcia, jak podnosił pozwany, że wady posadzki zgłaszane były powodowi wcześniej niż 7 listopada 2011 r., skoro według ustaleń Sądu Okręgowego, roboty wykonywane były od 2 do 7 listopada 2011 r. Z kolei o treści protokołu z dnia 14 listopada 2011 r. i opisanych w nich wadach oraz wyznaczonym tam przez inwestora terminie, powód powziął wiadomość 22 grudnia 2011 r., zgłaszając gotowość do usunięcia tych wad. Z woli pozwanego do tego nie doszło, bowiem posadzka była już przez niego poprawiona. W tych okolicznościach brak było podstaw do odstąpienia od umowy w oparciu o przepis art. 637 § 2 k.c.

Reasumując, do skutecznego odstąpienia od umowy nie doszło, zatem powodowi przysługuje roszczenie o zapłatę wynagrodzenia, czego zresztą pozwany nie kwestionował zgłaszając zarzut potrącenia wierzytelności z tytułu poniesionych kosztów usunięcia wad.

Zarzut naruszenia art. 498 k.c. nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem w okolicznościach niniejszej sprawy brak było podstaw do jego zastosowania. Należy podkreślić, że art. 498 k.c. uzależnia dokonanie potrącenia m.in. od istnienia wierzytelności przedstawionych do potrącenia i ich wymagalności. Dla uznania, że potrącenie wywołało skutek prawny w postaci wygaśnięcia (umorzenia) wzajemnych wierzytelności, nie wystarcza samo powoływanie się przez stronę pozwaną składającą oświadczenie o potrąceniu na fakt przysługiwania jej wierzytelności przeznaczonej do potrącenia. Istnienie tej wierzytelności musi ona udowodnić. W uzasadnieniu apelacji pozwany wyjaśnił, że zgłoszona przez niego do potrącenia określona kwota stanowiła formę realizacji uprawnień z tytułu rękojmi w zakresie żądania obniżenia wynagrodzenia. Jednakże rację ma Sąd pierwszej instancji, że z treści odpowiedzi na pozew realizacja takiego uprawnienia nie wynikała. Pozwany bowiem wyraźnie stwierdził, że „poniósł koszt usunięcia wad i dokończenia robót w hali nr 3 w wysokości 50.000 zł (...) i w tym zakresie formułuje zarzut potrącenia” (karta 35). Stanowisko takie podtrzymał na rozprawie w dniu 10 października 2012 r. (karta 93).

Zaznaczenia wymaga, że zlecający roboty budowlane, które wykonawca wykonał w sposób wadliwy, może dochodzić roszczeń opartych na reżimie odpowiedzialności z tytułu rękojmi, gwarancji (w przypadku jej udzielenia) lub odszkodowawczym: kontraktowym lub deliktowym. Każdy z powyższych reżimów opiera się na innych przesłankach i zasadach, wybór każdej z tych podstaw odpowiedzialności determinuje inny zakres okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, faktów, które musi udowodnić powód oraz środków obrony pozwanego i faktów, które on musi udowodnić. Sąd pierwszej instancji wskazał, że stanowisko pozwanego, co do charakteru zgłoszonego roszczenia nie było jednoznaczne. Fakt zgłoszenia do potrącenia konkretnej wierzytelności pieniężnej, jaka miała wiązać się z nienależytym wykonaniem umowy, a zatem wskazania na przysługujące pozwanemu roszczenie, nie można uznać za jednoznaczne z realizacją uprawnień z tytułu rękojmi. Uprawnienie do żądania obniżenia ceny (wynagrodzenia) jest prawem kształtującym, a nie roszczeniem. Uprawnienie to (o którym mowa w art. 637 k.c.) stanowi przyznaną

zamawiającemu kompetencję do dokonania jednostronną czynnością prawną rzeczywistej zmiany treści umowy, w sposób wynikający z powołanego wyżej przepisu, czego pozwany nie uwzględnił. Niemniej jednak Sąd pierwszej instancji rozważał odpowiedzialność powoda także w ramach rękojmi za wady, co wobec powinności Sądu dążenia do przyjęcia takiej kwalifikacji prawnej, która zapewniałaby stronie należytą ochronę prawną, zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, było uzasadnione. Oddalenie powództwa nie powinno bowiem z zasady następować z powodu jego wadliwej „kwalifikacji prawnej”, ale z powodu jego niezasadności „w ogóle” w świetle prawa i dotyczy to także roszczeń zgłoszonych do potrącenia.

Jak wyżej wskazano, w ramach roszczeń z tytułu rękojmi przy umowie o dzieło lub o roboty budowlane, z mocy art. 637 § 1 k.c., zamawiającemu przysługuje w pierwszej kolejności żądanie do usunięcia wad przy wyznaczeniu odpowiedniego terminu z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu nie przyjmie naprawy. Dopiero gdy wady usunąć się nie dadzą albo gdy z okoliczności wynika, że przyjmujący zamówienie nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim, zamawiający może, o ile wady nie są istotne, żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. To samo dotyczy wypadku, gdy przyjmujący zamówienie nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Tymczasem pozwany nie wykazał by w odniesieniu do wad, które usunął we własnym zakresie, dotrzymał warunków żądania obniżenia wynagrodzenia, to jest by wyznaczył odpowiedni termin do ich usunięcia a powód tego nie uczynił. Jak wyżej wskazano, wezwanie z dnia 8 listopada 2011 r. (karta 7) nie zawierało odpowiedniego terminu na usunięcie wad ani też wad tych nie określało, jakkolwiek powód wady, jakie były mu znane, usuwał do dnia 17 listopada 2011 r. (według niekwestionowanych ustaleń Sądu pierwszej instancji). Natomiast wad wskazanych w protokole odbioru z dnia 14 listopada 2011 r. (karta 8-9), dokonanych jeszcze przed zakończeniem usuwania wad przez powoda, powód nie mógł usunąć, skoro protokół ten otrzymał od pozwanego dopiero w dniu 22 grudnia 2011 r., a pozwany nie dopuścił pracowników powoda do wykonania robót poprawkowych, stwierdzając w piśmie z dnia 27 grudnia 2011 r. (karta 13), że sprawa jest nieaktualna a koszty usuwania usterek poniesie we własnym zakresie. Tymczasem skuteczne usunięcie wad przez powoda wyczerpałoby uprawnienia zamawiającego z tytułu rękojmi za wady dzieła.

Mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy należy podkreślić, że uregulowanie art. 637 k.c. wyklucza, w ocenie Sądu Apelacyjnego, dopuszczalność przymusowej realizacji uprawnienia z tytułu rękojmi do żądania usunięcia wady (tak: T. Wiśniewski, Praktyka sądowa w sprawach o wykonanie zobowiązań wynikających z umów o świadczenie usług, NP 1987, nr 3, s. 83). Jeżeli przyjmujący zamówienie nie skorzystał ze wskazanego uprawnienia z art. 637 § 1 zd. 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.). Tak samo, nie może zastępczo usunąć wad z pominięciem reżimu z art. 637 k.c., bez umożliwienia wykonawcy ich usunięcia, i żądać zwrotu tych kosztów przez wykonawcę. Przyjęcie takiego stanowiska jest uzasadnione choćby z tego powodu, że w świetle wymienionego przepisu przyjmujący zamówienie może odmówić usunięcia wad jeśli by wymagało to nadmiernych kosztów.

Należy podzielić stanowisko Sądu Okręgowego, że w świetle materiału dowodowego, żądanie pozwanego nie znajdowało potwierdzenia. Przede wszystkim pozwany formułując roszczenie, czy to z tytułu rękojmi, czy to roszczenie odszkodowawcze, powinien wykazać nienależyte wykonanie zobowiązania przez powoda, co jest równoznaczne z obowiązkiem wykazania rodzaju wad i ich rozmiaru. W protokole odbioru z dnia 14 listopada 2011 r. pomiędzy inwestorem a pozwanym generalnym wykonawcą stwierdzono, że „w wykonanej posadzce nastąpiło wycięcie linii dylatacyjnych niezgodnie ze sztuką budowlaną i technologią, linia krzywa, posadzka jest nierzetelnie zatarta przy krawędziach ścian, słupów oraz brak podsypki żywicznej przy słupach i krawędziach ścian”. Na podstawie takiego opisu wad nie sposób ustalić jaki był w rzeczywistości rozmiar nienależytego wykonania umowy, co mogłoby doprowadzić do ustalenia kosztów potrzebnych do usunięcia wad, czy ustalenia wartości robót dotkniętych wadami. Potwierdził to także biegły T. J., który w swojej opinii stwierdził, że „z uwagi na fakt, że na podstawie akt sprawy brak jest możliwości dokładnego określenia ilości występowania wad, tzn. powierzchni źle zatartej posadzki, długości fug dylatacyjnych wymagających poprawek, powierzchni gdzie brakowało podsypki, niemożliwym jest oszacowanie kosztów usunięcia wad”. Zakres wad nie był możliwy do ustalenia także w wyniku wizji lokalnej, a to w związku z aktualnym stanem hali. (opinia – karta 208). Należy dodać, że twierdzenia, iż na usunięcie wad w hali nr 3 poniósł

koszty w wysokości 50.000 zł, pozwany nie poparł żadnymi dowodami i w żadnym sposób kosztów tych nie wykazał. Powoływana w apelacji nota księgowa nr (...) z dnia 31.12.2013 r., wystawiona przez inwestora J. G. na kwotę 43.380 zł, nie ma żadnego znaczenia dla niniejszej sprawy bowiem zarzut potrącenia nie był w ogóle oparty na takim zdarzeniu, które zaistniało po wydaniu zaskarżonego wyroku. Do potrącenia pozwany przedstawił kwoty stanowiące poniesione przez niego koszty usuwania wad a nie inne obciążenia. Ponadto z treści noty nie wynika nawet że dotyczy budowy przedmiotowej w sprawie hali, wskazuje natomiast, że kary umowne obejmują okres opóźnienia (naliczono je za okres 90 dni), co uniemożliwia łączenie jej z niniejszą sprawą.

W ocenie Sądu Apelacyjnego powodowi przysługuje wynagrodzenie w wysokości zasądzonej w zaskarżonym wyroku, zatem apelację pozwanego jako nieuzasadnioną należało oddalić, na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono stosownie do wyniku sporu, na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz zgodnie z § 6 pkt 5, w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U. nr 163 poz. 1348 z późn.zm.)