

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 maja 2012 r.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu – Wydział I Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Janusz Kaspryszyn
Sędziowie:	SSA Agnieszka Piotrowska SSA Dariusz Kłodnicki (spr.)
Protokolant:	Małgorzata Kurek

po rozpoznaniu w dniu 15 maja 2012 r. we Wrocławiu na rozprawie

sprawy z powództwa **Przedsiębiorstwa Usług Budowlanych (...), (...) Spółki Jawnej z siedzibą w O.**

przeciwko **(...) Spółce z o.o. z siedzibą we W.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu

z dnia 15 listopada 2011 r. sygn. akt X GC 225/10

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej 5.400 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

UZASADNIENIE

Strona powodowa „Przedsiębiorstwo Usług Budowlanych (...), (...) Spółka jawna w O. wniosła pozew przeciwko (...) Spółce z o.o. we W. o zapłatę 388.662,40 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi do dnia zapłaty: od kwoty 375.000 zł od dnia 12.05.2009 r. i od kwoty 13.662,40 zł od dnia 1.10.2009 r., domagając się ponadto zasądzenia na jej rzecz od strony pozwanej zwrotu kosztów procesu.

W uzasadnieniu powództwa wskazała, że na dochodzoną należność składa się kwota 375.000 zł, którą strona pozwana winna była jej wypłacić, tytułem zwrotu wymagalnej części kaucji zabezpieczającej należyte wykonanie robót objętych umową zawartą między stronami w dniu 22.08.2007 r., której przedmiotem była realizacja przez stronę powodową robót budowlanych, obejmujących budowę zespołu budynków mieszkalno – usługowych we W. przy ul . (...) oraz kwota 13.662,40 zł, co do której pozwana zobowiązana jest do zapłaty, tytułem zwrotu kaucji zabezpieczającej należyte wykonanie robót dodatkowych, objętych umową stron zawartą w dniu 2.05.2008 r.

W dniu 17.05.2010 r. Sąd Okręgowy we Wrocławiu wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, pod sygn. akt X GNC 299/09.

Strona pozwana wniosła sprzeciw, zaskarżając niniejszy nakaz zapłaty w części tj. ponad kwotę 51.250 zł. W zakresie objętym sprzeciwem wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od strony powodowej na jej rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 7200 zł.

W jego uzasadnieniu podniosła zarzut nieistnienia zobowiązania w zaskarżonej części, a to w wyniku złożenia przed wytoczeniem powództwa oświadczenia o potrąceniu wierzytelności dochodzonej niniejszym pozwem, z przysługującą jej wzajemnie wierzytelnością, z tytułu kar umownych naliczonych za nieterminowe zakończenie robót budowlanych, stanowiących przedmiot umowy łączącej strony. Strona pozwana określiła kwotę potrąconej wierzytelności na 323.750 zł. W odniesieniu do żądania zapłaty kwoty 13.662,40 zł, wskazała, że nie została wezwana do jej zwrotu, a zatem roszczenie w tym zakresie jest przedwczesne.

Strona pozwana wniosła również o przypozwanie Z. M., pełniącego na podstawie umowy funkcję zastępczego inwestora w realizowanej inwestycji przy ulicy (...) we W., wobec ewentualnych roszczeń, jakie mogą jej przysługiwać w przypadku przegrania procesu.

Sąd Okręgowy zawiadomił Z. M. o toczącym się postępowaniu i wezwał do go oświadczenia, czy wstępuje do sprawy w charakterze interwenienta ubocznego w terminie 14 dni pod rygorem uznania, że nie wstępuje do procesu (k. 422). Mimo prawidłowego doręczenia zawiadomienia (k. 425) Z. M. nie złożył żadnego oświadczenia.

Wyrokiem z dnia 15.11.2011 r. - sygn. akt X GC 225/10, Sąd Okręgowy we Wrocławiu zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej 337.412,40 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 323.750 zł od 12.05.2009 r. do dnia zapłaty i od kwoty 13.662,40 zł od dnia 1.10.2009 r. do dnia zapłaty (pkt I) oraz kwotę 27.599,18 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania (pkt II).

Podstawą jego wydania były następujące ustalenia.

Strony są przedsiębiorcami. Strona powodowa prowadzi działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Budowlanych (...), (...)Spółka jawna z siedzibą w O., a strona pozwana pod firmą (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W.. Zgodnie z zasadami reprezentacji strony pozwanej, organem uprawnionym do reprezentowania spółki i składania oświadczeń woli w jej imieniu umocowani są łącznie dwaj członkowie zarządu.

W dniu 22.08.2007 r. strony zawarły umowę o wykonanie robót budowlanych, na mocy której strona powodowa zobowiązała się do budowy zespołu budynku mieszkalno-usługowych na ulicy (...) we W., a strona pozwana zobowiązała się zapłacić jej wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 12.500.000 zł. Termin zakończenia robót określono na dzień 30.11.2008 r. W umowie strony ustaliły, że tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy strona pozwana zatrzyma z każdej faktury VAT 3 % jej wartości netto. 50% kwoty stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy miało zostać stronie powodowej zwrócone nie później niż 6 miesięcy po dacie odbioru końcowego przedmiotu umowy, 25% zabezpieczenia nie później niż 18 miesięcy, po dacie odbioru końcowego, 25% nie później niż 36 miesięcy, po dacie odbioru końcowego. Niezależnie od tego kwota ta miała zostać zwrócona w terminie 14 dni po przedłożeniu polis ubezpieczeniowych na równowartość zatrzymanego zabezpieczenia.

Strony ustaliły również, że rozliczenie robót dodatkowych nastąpi po ich wprowadzeniu aneksem do umowy, w oparciu o sporządzony protokół określający zakres oraz wartość robót. Wykonawca udzielił gwarancji jakości na zrealizowany zakres robót i dostaw na okres 3 lat na roboty budowlane + 3 miesiące rękojmi oraz 1 rok na urządzenia. Bieg terminów liczony jest od dnia dokonania przez zamawiającego odbioru końcowego. Wady i usterki miały zostać usunięte w terminie 14 dni od dnia pisemnego zgłoszenia lub w innym terminie ustalonym przez strony.

W dniu 2.05.2008 r. strony zawarły aneks nr 1 do w/w umowy, na mocy którego strona powodowa zobowiązała się do robót zewnętrznych nieobjętych dotychczasową umową, za wynagrodzeniem ustalonym ostatecznie aneksem nr

2 na kwotę 910.827 zł. Termin zakończenia robót określono na dzień 31.03.2009 r. W tym też dniu strona strony sporządziły protokół odbioru końcowego.

Pismem z dnia 06.11.2008 r. strona powodowa zwróciła się o przesunięcie terminu zakończenia robót na dzień 20.12.2008 r., w związku ze zmianą konstrukcji budynku. Prezes strony pozwanej w adnotacji złożonej na piśmie wyraził zgodę na zmianę terminu.

Strona powodowa obciążyła stronę pozwaną kwotą 12.500.000 netto tytułem wynagrodzenia z umowy podstawowej oraz kwotą 910.827 zł netto tytułem robót dodatkowych (aneks nr 1 i 2), na podstawie faktur VAT, każdorazowo podpisanych przez przedstawiciela strony pozwanej.

Pismem doręczonym 17.04.2009 r. strona powodowa przedstawiła stronie pozwanej gwarancję (z aneksem) należytego usunięcia wad lub usterek pochodząc od (...) S.A. obejmującą kwotę 375.000 zł, w okresie od dnia 18.02.2009 r. do dnia 17.07.2009 r., kwotę 187.500,00 w okresie od 18.07.2009 r. do dnia 17.07.2010 r. oraz w okresie 18.07.2010 r. do dnia 17.04.2012 kwotę 93.750,00 zł kwotę 93.750,00 zł.

Pismem z dnia 15.02.2010 r. strona powodowa bezskutecznie wzywała stronę pozwaną do zapłacenia kwoty 375.000 zł tytułem zatrzymanej kaucji gwarancyjnej w wysokości 3% wartości robót oraz kwoty 13.662,40 zł, stanowiącej 50% zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z §9 ust. 1 umowy. W odpowiedzi strona pozwana wskazała, że obciążyła stronę powodową kwotą 316.250 zł tytułem kary umownej za nieterminowe zakończenie robót. Pismem z dnia 06.04.2009 r. prezes zarządu strony pozwanej oświadczył w imieniu strony pozwanej, że strona powodowa została obciążona karami umownymi w łącznej kwocie 323.750 zł za opóźnienie w zakończeniu robót i jednocześnie, że należności z tytułu kar umownych zostają potrącone z należnym stronie powodowej wynagrodzeniem. W kolejnych pismach przedsądowych strony podtrzymały swoje stanowiska.

W dniu 17.01.2009 r. strony podpisały protokół końcowy odbioru z listą usterek i wad do usunięcia, które nie miały charakteru istotnego tj. nie uniemożliwiały normalnego korzystania z rzeczy zgodnie z jej przeznaczeniem. Począwszy od 10.2008 r. strona powodowa zgłaszała stronie pozwanej na piśmie poszczególne obiekty inwestycji – lokale mieszkalne do odbioru. W dniu 15.12.2008 r. dokonano odbioru kotłowni. W dniu 23.10.2008 r. został zgłoszony budynek C, w dniu 28.11.2008 budynek C, natomiast budynek A w dniu 18.12.2008 r. Lokale niesprzedane zostały odebrane w imieniu strony pozwanej przez inwestora zastępczego Z. M.. Usterki zgłaszane w toku tych odbiorów były usuwane przez stronę powodową na bieżąco. Ostateczne zakończenie robót budowlanych nastąpiło w dniu 20.12.2008 r., co zostało potwierdzone wpisami do dziennika budowy przez inspektorów poszczególnych rodzajów prac, a przez inspektora nadzoru pozwanej w dniu 23.12.2008 r. W dniu 22.12.2008 r. strony podpisały protokół, w którym stwierdzono, że stan zaawansowania wszystkich prac wynosi 100%, na którego podstawie strona powodowa wystawiła fakturę VAT (...) z dnia 22.12.2008 r., następnie zapłaconą przez stronę pozwaną. W dniu 30.12.2008 r. strona pozwana wystąpiła o pozwolenie na użytkowanie obiektu.

Strona pozwana w dniu 18.03.2009 r. wystawiła referencje dla strony powodowej, w których wskazała, że roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z harmonogramem i bez żadnych zastrzeżeń. W dniu 29.12.2008 r. strona powodowa wydała inspektorowi zastępczemu Z. M. oryginał dziennika budowy, oświadczenie kierownika budowy, uprawnienia, kwalifikacje, protokoły badań i sprawdzeń, operaty geodezyjne, inwentaryzację geodezyjną powykonawczą, deklaracje zgodności wbudowanych i użytych materiałów, dokumentację powykonawczą oraz karty gwarancyjne, instrukcje obsługi. Strona powodowa pismem z dnia 05.02.2009 r. (data doręczenia) poinformowała stronę pozwaną o usunięciu usterek stwierdzonych w toku odbioru końcowego w dniu 17.01.2009 r. Inwestor zastępczy Z. M. potwierdził usunięcie tych usterek.

Postanowieniem z dnia 06.03.2009 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego nałożył na stronę pozwaną grzywnę w kwocie 9.000 zł za wykonanie inwestycji niezgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym.

Decyzją nr 515/2009 z dnia 06.03.2009 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego odmówił pozwolenia na użytkowanie, o które wnioskowała strona pozwana wnioskiem z dnia 30.12.2009 r. Strona pozwana występowała

jeszcze dwukrotnie do Inspektoratu z wnioskiem o pozwolenie na użytkowanie, jednakże ze względu na istotne odstępstwa od zatwierdzonego projektu budowlanego oraz przepisów, decyzją nr 1075 z dnia 08.05.2009 r. i decyzją nr 1474/2009 z dnia 18.06.2009 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego odmówił pozwolenia na użytkowanie zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych z wbudowanymi usługami i garażami podziemnymi przy ulicy (...) we W.. Decyzją nr 328/2009 z dnia 18.11.2009 r. Prezydent Miasta W. uchylił decyzję nr 1385/2007 z dnia 03.08.2007 r. zatwierdzając projekt budowy i udzielając pozwolenia na budowę zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych z wbudowanymi usługami i garażami podziemnymi przy ulicy (...) we W.. Po przeprowadzeniu procedury naprawczej Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego decyzją nr 2289/2010 z dnia 24.08.2010 r. zatwierdził projekt budowlany zamienny, udzielił pozwolenia na wznowienie robót budowlanych. W dniu 29.10.2010 r. strona pozwana złożyła wniosek o wydanie pozwolenia na użytkowanie i obecnie prowadzone jest postępowania administracyjne.

Kompleksową dokumentację projektową dla inwestycji zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych z wbudowanymi usługami i garażami podziemnymi przy ulicy (...) we W. sporządził T. N., na podstawie umowy z dnia 02.04.2007 r.

Na podstawie umowy z dnia 02.04.2007 r. zawartej ze stroną pozwaną, Z. M. jako inwestor zastępczy zobowiązał się do wykonania w imieniu i na rzecz inwestora – strony pozwanej obowiązków związanych z przygotowaniem do realizacji i obsługą realizacji inwestycji: zespołu budynków mieszkalno-usługowy przy ulicy (...) we W..

Strona pozwana zawarła z (...) SA umowę o kredyt developerski w rachunku kredytowym nr (...). Zgodnie z umową kredytu okres dostępności kredytu w rachunku upływał w dniu 31.12.2008 r. Po tym terminie strona pozwana traciła prawo do wykorzystania pozostałej części kredytu.

W świetle powyższych okoliczności Sąd Okręgowy uznał, że powództwo zasługiwało na uwzględnienie w całości.

W pierwszym rzędzie zwrócił uwagę, że strona pozwana nie kwestionowała zasadności zgłoszonego żądania w aspekcie przesłanek powstania roszczenia o zwrot kaucji w zakresie robót stanowiących jej pierwotny przedmiot, ani też jego wysokości, a jedynie ograniczyła się do zgłoszenia zarzutu nieistnienia zobowiązania w wyniku złożenia oświadczenia o potrąceniu. Co do kaucji zabezpieczającej prawidłową jakość robót dodatkowo zleconych stronie powodowej, pozwana podniosła z kolei zarzut braku wezwania do jej zapłaty. Bezpośrednią konsekwencją oparcia obrony w niniejszym procesie przez stronę pozwaną na zarzucie nieistnienia zobowiązania, był brak zaskarżenia przez nią nakazu zapłaty w części w jakiej nie znajdowała ona pokrycia w kwocie podlegającej potrąceniu.

Sąd Okręgowy uznał, że potrącenie dokonane przez stronę pozwaną w dniu 06.04.2009 r. nie było skuteczne, gdyż w świetle zebranego materiału dowodowego wiarygodność nim objęta nie była wymagalna w dniu złożenia przez nią oświadczenia w tym przedmiocie, a ponadto zostało ono złożone niezgodnie z zasadami jej reprezentacji.

Sąd Okręgowy za niezasadny uznał również zarzut przedwczesności żądania zapłaty kwoty 13.662,40 zł, wskazując, że w świetle brzmienia §9 ust. 2 umowy nie było wymagane kierowanie przez stronę powodową wezwania do zwrotu części kaucji gwarancyjnej, bowiem obowiązek jej zwrotu został ukształtowany jako zobowiązanie terminowe. Zwrócił przy tym uwagę, że kwota ta była objęta wezwaniem z dnia 10.02.2010 r.

Niezależnie od powyższej oceny, Sąd Okręgowy wskazał, że strona pozwana nie udowodniła, że faktycznie przysługiwało jej roszczenie wobec strony powodowej, co do należności objętych oświadczeniem o potrąceniu. Odwołując się do zgromadzonego w niniejszej sprawie materiału dowodowego dokonał oceny, że roboty objęte umową łączącą strony zostały zrealizowane terminowo, bowiem zostały zakończone do dnia 20.12.2008 r.

Sąd I instancji nie podzielił przy tym stanowiska strony pozwanej odnośnie usterkowego i wadliwego ich wykonania, a w konsekwencji podniesionego przez nią zarzutu, że do odebrania robót doszło dopiero w dniu 17.01.2009 r. Odwołując się do wyników postępowania dowodowego, w tym głównie do wniosków wyrażonych w opinii przez

biegłego sądowego, wskazał, że usterki i wady ujawnione w toku odbioru końcowego, nie były wadami istotnymi, które mogłyby przesądzać o tym, że roboty budowlane nie zostały zakończone w dacie zgłoszenia ich do odbioru końcowego.

Sąd Okręgowy w ramach uzasadnienia zaskarżonego wyroku wyjaśnił, że przyczyną oddalenia w toku procesu części wniosków dowodowych strony pozwanej, było złożenie ich z naruszeniem zasad prekluzji dowodowej obowiązującej w postępowaniu gospodarczym.

W tych okolicznościach, na podstawie art. 647 kc i 499 kc uwzględnił powództwo w całości, a o odsetkach od zasądzonych kwot orzekł na podstawie art. 481 kc. Orzeczenie o kosztach wydane zostało w oparciu o treść art. 98 k.p.c.

Strona pozwana wniosła apelację od niniejszego wyroku i zaskarżając go w całości, zarzuciła Sądowi Okręgowemu, że przy jego wydaniu dopuścił się:

1. obrazy przepisów prawa materialnego, poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie:

a) art. 455 k.c. w zw. z art. 65 k.c. poprzez uznanie, że pozwany przed podniesieniem zarzutu potrącenia nie wezwał powoda do wykonania zobowiązania, a tym samym zobowiązanie powoda nie było wymagalne, zamiast uznania, że reakcja pozwanego na wezwanie przesądowe powoda było wezwaniem do zapłaty wobec - późniejszego wielokrotnego oświadczenia przez pozwanego o potrąceniu wierzytelności powoda;

b) art. 498 k.c. poprzez jego niezastosowanie, w związku z uznaniem, że wierzytelność pozwanego nie jest wymagalna względem wierzytelności powoda;

c) art. 60 k.c. poprzez bezpodstawne przyjęcie oświadczenia o potrąceniu z dnia 06.04.2009 r. za bezskuteczne, bowiem złożonego niezgodnie z zasadami reprezentowania strony pozwanej, gdy tymczasem Sąd za w pełni skuteczne uznał oświadczenie pozwanego o przedłużeniu terminu wykonania umowy, które również podpisane zostało przez jednego członka zarządu;

d) naruszenia prawa materialnego tj. umowy stron, w szczególności jej §15 pkt. 3, pozwalającego na naliczenie i potrącenie kar umownych w przypadku nieterminowego zakończenia robót i odbioru dzieła, w związku z treścią art. 498 i 499 k.c. poprzez przyjęcie, że brak było najpierw wezwania do zapłaty kar umownych, a więc potrącenie nie było możliwe, podczas gdy strona pozwana we wszystkich pismach przesądowych; z dnia 24.03.2009 r., z dnia 6.04.2009 r. oraz z dnia 22.02.2010 r., wyraźnie wskazywała na treść umowy stron pozwalającej zgodnie z treścią § 15 naliczać kary umowne i „ma prawo potrącać kary umowne z wynagrodzenia należnego wykonawcy”, a zarzut potrącenia złożyła również w sprzeczności od nakazu zapłaty poprzez pełnomocnika, prawidłowo umocowanego poprzez pełnomocnictwo procesowe podpisane przez 2 członków zarządu strony pozwanej. Wskazując szczegółowo w piśmie przedsądowym z dnia 22.02.2010 r. załączonym do sprzeciwu, że powód w żaden sposób nie ustosunkował się do zarzutu potrącenia;

2. obrazy przepisów prawa procesowego poprzez:

a) naruszenia art. 479¹⁴ §2 k.p.c. w związku z odmową przyjęcia dowodu z postanowienia (...) Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 21.11.2011 r., jako objętego prekluzją, gdy tymczasem już z daty wystawienia dokumentu wynikało, iż strona nie mogła powołać tego dowodu wcześniej;

b) niedopuszczenie dowodu z dokumentu, oświadczenia o potrąceniu podpisanego przez dwóch członków zarządu (wskazując przy tym, że w egzemplarzu doręczonym stronie powodowej pomimo pieczętek obu członków - zapewne przez pomyłkę nie został złożony podpis drugiego członka zarządu), który miał istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a tym samym naruszenie art. 217 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c., wobec jednoznacznego stanowiska strony pozwanej wyrażanego w wezwaniach przesądowych i w procesie w zakresie potrącenia;

c) niepełną oraz błędną analizę zebranego w sprawie materiału dowodowego, a tym samym naruszenie art. 233 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c. poprzez uznanie, iż opinia biegłego była pełna, logiczna i nie zawierała sprzeczności, gdy tymczasem przyjęcie przez biegłego braku istotnych wad budynku pozostaje w sprzeczności z odmową wydania

pozwanemu pozwolenia na użytkowanie budynku, a ponadto z treści postanowień Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego wynika, że budynki zostały wykonane niezgodnie z projektem i prawem budowlanym.

W oparciu o powyższe zarzuty strona pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa i zasądzenie od strony powodowej na jej rzecz zwrotu kosztów procesu za obie instancje.

Na wypadek nie uwzględnienia tych żądań wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Złożyła ponadto wniosek o dopuszczenia przez Sąd Apelacyjny dowodu z wezwania skierowanego do strony powodowej z dnia 30.11.2011 r., wskazując, iż data tego pisma uzasadnia twierdzenie, że nie mogła z niego skorzystać na wcześniejszym etapie postępowania, a potrzeba jego powołania uzasadniona jest stanowiskiem Sądu Okręgowego wyrażonym w uzasadnieniu wyroku oraz z pismem strony powodowej z dnia 5.02.2009 roku.

W odpowiedzi na apelację strona powodowa wniosła o jej oddalenie w całości oraz o zasądzenie od strony pozwanej na jej rzecz zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie.

Podstawą jej rozstrzygnięcia był stan faktyczny ustalony przez Sąd Okręgowy, który w ocenie Sądu Apelacyjnego znajdował pełne oparcie w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

W pierwszym rzędzie należało rozpoznać zarzuty apelacji dotyczące prawa procesowego, mając na uwadze, że ocena zasadności naruszenia prawa materialnego może być dokonana dopiero po stwierdzeniu, że ustalenia stanowiące podstawę faktyczną zaskarżonego wyroku dokonane zostały zgodnie z obowiązującą procedurą.

Odnosząc się do pierwszego z tej grupy zarzutów tj. zarzutu naruszenia art. 479¹⁴ §2 k.p.c., przede wszystkim należy wskazać, że strona nie może skutecznie zarzucać w apelacji uchybienia przez sąd pierwszej instancji przepisom postępowania, w zakresie związanym z wydaniem - na podstawie art. 479¹⁴ § 2

w zw. z art. 479^{14a} k.p.c. - postanowienia oddalającego częściowo jej wnioski o przeprowadzenie dowodów, skoro nie podniosła w tym zakresie stosownych zarzutów w trybie art. 162 k.p.c. (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27.06.2008 r., III CZP 50/08, OSNC 2009/7-8/103, Biul.SN 2008/6/13).

Należy wskazać, że w niniejszej sprawie postanowieniem wydanym na rozprawie w dniu 06.10.2011 r. Sąd Okręgowy oddalił wnioski dowodowe strony pozwanej złożone w piśmie z dnia 10.08.2011 r. oraz na rozprawie (k. 541), jako spóźnione. Ponadto postanowieniem wydanym na rozprawie w dniu 15.11.2011 r. Sąd Okręgowy oddalił jako spóźniony również wniosek dowodowy pozwanej z dokumentu, obejmującego oświadczenie o potrąceniu podpisane przez dwóch jej członków zarządu z dnia 6.04.2009 r. (k. 552). Ponieważ pełnomocnik reprezentujący stronę pozwaną nie wniósł zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c., co do wydanego w tym zakresie postanowienia, powoływanie w apelacji zarzutu naruszenia art. 479¹⁴ §2 k.p.c. nie mogło być uznane za prawnie skuteczne.

W konsekwencji brak było również podstaw do uwzględnienia twierdzeń apelującego, opartych na dowodach, które nie zostały przeprowadzone w toku niniejszej sprawy.

Wobec bezskuteczności zarzutu naruszenia art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. Sąd Apelacyjny jedynie na marginesie wskazuje, że przywołana w uzasadnieniu omawianego zarzutu argumentacja, podobnie jak i przytoczone na jej wsparcie orzeczenia Sądu Najwyższego, utraciły aktualność z chwilą wejścia w życie ustawy z dnia 16.11.2006 r. zmieniającej ustawę kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 235, poz. 1699), tj. w dniu 20.03.2007 r., którą m.in. zmieniono brzmienie art. 479¹⁴ k.p.c. oraz dodano art. 479^{14a} k.p.c., który stanowił, że do sprzeciwu

od nakazu zapłaty stosuje się odpowiednio zasady prekluzji dowodowej obowiązującej stroną pozwaną w sprawach gospodarczych.

Należy w tym miejscu wskazać, że ustawodawca nowelizując z dniem 20.03.2007 r. kodeksowe przepisy o odrębnym postępowaniu w sprawach gospodarczych, ograniczył również pozwanemu podjęcie merytorycznej obrony również w odniesieniu do zgłaszania zarzutu potrącenia, gdyż do potrącenia w toku postępowania mogą być przedstawione tylko wierzytelności udowodnione dokumentami (art. 479¹⁴ § 4 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym w niniejszej sprawie).

W związku z brakiem zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c., za bezprzedmiotowe należało uznać powoływanie się przez stronę pozwaną na zarzut naruszenia art. 217 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c., poprzez niedopuszczenia dowodu z ww. dokumentu, obejmującego oświadczenie strony pozwanej o potrąceniu, które zostało podpisane zgodnie z zasadami jej reprezentacji. Już tylko na marginesie należy wskazać na brak przekonujących argumentów, które uzasadniałyby złożenie wniosku dowodowego z tego dokumentu na tak późnym etapie niniejszej sprawy, mając na uwadę widniejącą na nim datę oraz to, że pochodził on od strony pozwanej.

Za nietrafny, w ocenie Sądu Apelacyjnego należało również uznać zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c.

Sąd Okręgowy na podstawie materiału dowodowego zebranego w niniejszej sprawie, w tym min. na opinii biegłego sądowego, której wnioski podzielił w całości, uznał, że zakończenie robót budowlanych objętych umową z dnia 22.08.2007 r., miało miejsce w dniu 20.12.2008 r. W oparciu o powyższą opinię ocenił również, że wady ujawnione w protokole z dnia 17.01.2009 r. nie miały charakteru wad istotnych.

Sąd I instancji oceniając opinię biegłego przy zastosowaniu art. 233 § 1 kpc, uwzględnił, co wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, przyjęte w orzecznictwie kryteria oceny opinii biegłych (por. np. postanowienie SN z dnia 7.11.2000 r., I CKN 1170/98; wyrok SN z dnia 7.04.2005 r., II CK 572/04), którą to oceną Sąd Apelacyjny w pełni podziela.

Wymaga podkreślenia tym miejscu, że zasadnicze wnioski opinii biegłego korespondują z pozostałym materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, a w szczególności z zapisami w dzienniku budowy oraz z zeznaniami świadka G. S.. Zwrócić przy tym można uwagę również na treść wystawionych przez stronę pozwaną, powodowej spółce referencji w ramach pisma z dnia 18.03.2009 r. (k: 100), zawierających oświadczenie, że zlecone przez nią roboty zostały wykonane zgodnie z harmonogramem i bez żadnych zastrzeżeń.

Reasumując, w ocenie Sądu Apelacyjnego należało uznać, że Sąd pierwszej instancji poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, w oparciu postępowanie dowodowe przeprowadzone bez naruszenia objętych w/w zarzutami regulacji, wynikających z brzmienia art. 233 § 1 k.p.c. oraz art. 479¹⁴ § 2 k.p.c. w zw. z art. 479^{14a} k.p.c.

Przechodząc od oceny zarzutów naruszenia prawa materialnego przypomnieć należy, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy zasadniczo niesporne było istnienie po stronie pozwanej zobowiązania do zwrotu na rzecz strony powodowej kaucji gwarancyjnych w kwocie objętej żądaniem pozwu, któremu to żądaniu przedstawiła ona w części zarzut wygaśnięcia roszczenia, a w części brak jego wymagalności.

Sąd I instancji nie uwzględnił zarzutu wygaśnięcia roszczenia o zapłatę kwoty 323.750 zł, opartego na twierdzeniu pozwanej zawartym w sprzeciwie od nakazu zapłaty, że doszło do tego na skutek złożenia stronie powodowej już przed procesem, oświadczenia o potrąceniu przysługujących jej wzajemnie wierzytelności, z tytułu kar umownych, w zakresie wynikającym z treści złożonego na tą okoliczność pisma datowanego na 6.04.2009 r.

Nie budzi jakichkolwiek wątpliwości, że oświadczenie to, tak jak ocenił Sąd I instancji, zostało złożone niezgodnie z zasadą łącznej reprezentacji dwóch członków zarządu strony pozwanej, gdyż zostało podpisane jedynie przez prezesa jej zarządu S. B.. Z tej przyczyny oświadczenie to nie mogło być uznane za prawnie skuteczne. Nietrafnie strona pozwana wywodziła w oparciu o przepis art. 60 k.c., że oświadczenie woli drugiego członka zarządu zostało wyrażone w

kolejnych jednoznacznych w treści pismach kierowanych do strony powodowej. Wprawdzie w orzecznictwie przyjmuje się, że nie narusza obowiązku współdziałania dwóch członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przy składaniu oświadczeń w imieniu spółki (k.s.h.) złożenie oświadczenia przez każdego z członków zarządu w innym czasie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 sierpnia 2009 r., I CSK 32/09, LEX nr 528170), jednak w takiej sytuacji nie może być wątpliwości, co do treści danego oświadczenia woli. Wbrew twierdzeniom apelującej, brak jest dowodów na to, aby stronie powodowej zostało złożone oświadczenie o potrąceniu należności objętych w/w pismem, podpisane przez drugiego członka zarządu pozwanej spółki. W konsekwencji zarzut naruszenia art. 60 k.c. należało uznać za oczywiście bezzasadny.

Trafności powyższej oceny nie niweczy nieprawidłowe przyjęcie przez Sąd Okręgowy, że w oparciu o adnotację prezesa zarządu pozwanej spółki, zawartej na dokumencie z dnia 6.11.2008 r. (k:41), należało uznać, że nastąpiła zmiana warunków umowy polegająca na przesunięciu terminu jej zakończenia na dzień 20.12.2008 r. Jak wskazano wyżej do tej czynności wymagane było współdziałanie dwóch jej członków zarządu łącznie. Zwrócić jednakże należy uwagę, że w toku postępowania przed Sądem I instancji strona pozwana nie kwestionowała twierdzeń strony powodowej, że doszło do uzgodnienia między stronami przesunięcia terminu końcowego umowy, dlatego też nie było przedmiotem dowodzenia, czy stanowisko w tym zakresie wyraził również drugi z członków zarządu pozwanej spółki. Co istotniejsze, należy jednakże zwrócić uwagę, że składający zeznania prezes zarządu pozwanej spółki (...) oświadczył, że kary umowne za nieterminową realizację umowy, zostały naliczone za okres od dnia 20.12.2008 r. (k: 482), a zatem kwestia, czy doszło do przesunięcia terminu jej zakończenia do tej daty, nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Wbrew twierdzeniom pozwanej, brak było zatem podstaw do uznania, że przed procesem złożyła ona skutecznie oświadczenie o potrąceniu wzajemnych należności. Za w pełni trafną należało przy tym uznać ocenę Sądu Okręgowego, że nawet, gdyby oświadczenie objęte w/w pismem zostało złożone zgodnie z zasadą reprezentacji strony pozwanej, to i tak w świetle dyspozycji art. 498 § 1 k.c., nie wywołałoby ono skutku, o którym mowa w §2 tego przepisu, bowiem brak jest dowodów na to, że wiarygodność zgłoszona przez pozwaną do potrącenia była w dacie jego złożenia wymagalną.

Niezależnie od oceny skuteczności złożonego oświadczenia woli o potrąceniu Sąd Okręgowy dokonał również merytorycznej oceny, co do braku podstaw do naliczania stronie powodowej kar umownych uznając, że sformułowane w tym zakresie przez stronę pozwaną twierdzenia należało uznać za nieudowodnione.

Sąd Apelacyjny podzielając to stanowisko, zwraca dodatkowo uwagę, że kierując się oświadczeniem prezesa zarządu pozwanej spółki, który doprecyzował, że kary umowne zostały powodowi naliczone od dnia 20.12.2008 r., rozpatrzeniu wymagał jedynie okres ich naliczenia po tej dacie. Jak w pełni trafnie ocenił Sąd I Instancji już wówczas nastąpiło faktyczne zakończenie robót budowlanych (objętych pierwotnym przedmiotem umowy) i zostały one zgłoszone do odbioru końcowego. Został on dokonany w dniu 17.01.2009 r., co potwierdzono protokołem odbioru, do którego załączono listę stwierdzonych wad, które nie były jednakże wadami istotnymi. Powyższe ustalenie w świetle dowodów zgromadzonych w sprawie, w tym w świetle opinii biegłego, należało uznać za w pełni przekonujące. W przypadku istnienia wad nieistotnych przyjąć należało, że doszło do wykonania zobowiązania, ale w sposób nienależyty, co do jakości, co rzutuje na uprawnienie inwestora, który może domagać się ich usunięcia w oznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia (por. wyrok SN z dnia 25.04. 2008 r., II CSK 613/07, LEX nr 420867). Zatem wobec braku nienależytego wykonania przez stronę powodową zobowiązania w postaci nieterminowego zakończenia robót budowlanych, Sąd Okręgowy słusznie ocenił, że roszczenie z tytułu kar umownych naliczonych po 20.12.2008 r., nie zasługiwało na uwzględnienie.

Strona pozwana nie była także uprawniona do naliczenia kary umownej na podstawie § 15 ust. 2 pkt c umowy, tj. za nieterminowe usunięcie wad i usterek, do czego strona powodowa była zobowiązana z tytułu udzielonej gwarancji. Zgodnie z literalnym brzmieniem cytowanego zapisu oraz z gwarancją udzieloną w ramach tej umowy, strona powodowa zobowiązana była do usunięcia wad i usterek ujawnionych w okresie gwarancji, który rozpoczynał się od dnia dokonania odbioru końcowego (§ 13 ust. 1 umowy). Jak wynika ze sporządzonego na tą okoliczność protokołu z dnia 17.01.2009 r., wyszczególnione w nim wady i usterki ujawniono na etapie odbioru robót, a zatem nie powstały

one w okresie gwarancji. W oparciu o warunki umowy brak było zatem podstaw do uznania, że strony zastrzegły kary umowne również na wypadek nieterminowego usunięcia wad i usterek stwierdzonych na etapie odbioru robót.

Jak wskazano już wyżej, kwestie dotyczące istnienia po stronie pozwanej spornych wierzytelności mają jednak drugorzędne znaczenie wobec braku skutecznie złożonego oświadczenia o ich potrąceniu, przez stronę pozwaną.

Należy przy tym stwierdzić, że także w toku procesu takie oświadczenie nie zostało złożone stronie powodowej. Jak wynika z treści złożonego do akt pełnomocnictwa udzielonego przez stronę pozwaną adwokatowi A. K., nie obejmowało ono upoważnienia do składania w jej imieniu oświadczeń o skutkach materialnoprawnych. Ponadto, co istotniejsze adresatem tych oświadczeń, był jedynie pełnomocnik procesowy strony powodowej. Analizując treść art. 91 k.p.c., należy dojść do przekonania, że nie daje on podstaw do przypisania pełnomocnikowi procesowemu prawa przyjmowania w imieniu mocodawcy materialnoprawnych oświadczeń kształtujących. Pełnomocnik procesowy nie jest więc pełnomocnikiem, jaki po myśli art. 95 k.c. mógłby zastąpić powoda w skutecznym zapoznaniu się z oświadczeniem strony pozwanej o potrąceniu wierzytelności (por. wyrok SN z 12.10.2007 r., V CSK 171/07, Legalis).

Ponadto, gdyby do potrącenia miało dojść w toku procesu, należałoby uwzględnić treść art. 479¹⁴§ 4 k.p.c., zgodnie z którym do potrącenia w toku postępowania mogą być przedstawione tylko wierzytelności udowodnione dokumentami, co nie miało miejsca w niniejszym przypadku.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy, spełnione zostały warunki do zwrotu kaucji gwarancyjnych, określone w umowie, mając na uwadze, że strony uzależniły ten skutek od przedstawienia przez stronę powodową stosownej gwarancji ubezpieczeniowej. Pomimo bezspornego złożenia wymaganych dokumentów strona pozwana nie dokonała zwrotu kaucji gwarancyjnej, dlatego prawidłowo Sąd Okręgowy uwzględnił powództwo w całości, w tym również w części obejmującej kwotę 13.662,40 zł. Należy przy tym zwrócić uwagę, że co do rozstrzygnięcia w tym zakresie brak jest jakichkolwiek zarzutów apelacyjnych.

Wskazać zatem jedynie należy, że Sąd Apelacyjny podzielił ocenę dokonaną przez Sąd Okręgowy, iż dochodzenie zwrotu wskazanej kwoty było zasadne z uwagi na treść § 9 ust. 1 umowy stron.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację pozwanego jako bezzasadną i stosownie do wyniku tego etapu postępowania, zgodnie z żądaniem strony wygrywającej, zasądził na jej rzecz od strony pozwanej, zwrot kosztów postępowania apelacyjnego, w oparciu o art.

98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 7 i § 12 ust. 1 pkt 2 rozp. Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (...)

Należy na koniec wskazać, że oddalenie wniosku apelującej o dopuszczenie dowodu z jej pisma skierowanego do strony powodowej, datowanego na dzień 30.11.2011 r., wynikało z tego, że nie miało ono jakiegokolwiek znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, skoro obejmowało jedynie wezwanie do zapłaty wskazanych w nim kwot, z tytułu nienależytego wykonania łączącej strony umowy w kwocie 367.450 zł oraz kar umownych, uprzednio żądanych w kwocie 316.250 zł.

Zwrócić przy tym można uwagę, że co do pozostałych dokumentów złożonych wraz z apelacją strona pozwana nie sformułowała jakichkolwiek wniosków.

mw