

Sygn. akt I ACa 246/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 października 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Wiesława Kuberska

Sędziowie: SA Jacek Pasikowski (spr.)

del. SO Bożena Rządzińska

Protokolant: stażysta Weronika Skalska

po rozpoznaniu w dniu 6 października 2016 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł.

przeciwko **Przedsiębiorstwu Budowlano-Uslugowemu (...) A. Z., J. K. vel K., P. (...) spółce jawnej z siedzibą w Ł.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 30 grudnia 2015 r. sygn. akt X GC 595/11

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od Przedsiębiorstwa Budowlano-Uslugowe go (...) A. Z., J. K. ve l K., P. (...) spółki jawnej z siedzibą w Ł. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. kwotę 2.700 ( dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Sygn. akt I ACa 246/16

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 30 grudnia 2015 roku Sąd Okręgowy w Łodzi, w sprawie z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł., przeciwko Przedsiębiorstwu Budowlano – Uslugowemu (...) A. Z., J. K. vel K., P. (...) spółce jawnej z siedzibą w Ł. o zapłatę, zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 110.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 18 stycznia 2011 roku do dnia zapłaty oraz kwotę 14.903,50 zł tytułem zwrotu kosztów procesu oraz nakazał ściągnąć od strony pozwanej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 1.220,58 zł tytułem zwrotu poniesionych przez Skarb Państwa wydatków – kosztów opinii biegłego.

Powyższe orzeczenie Sąd Okręgowy oparł na ustaleniach, z których w szczególności wynika, że (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. prowadzi działalność gospodarczą m.in. w zakresie rozbiórki i burzenia obiektów budowlanych, przygotowywania terenu pod budowę, wykonywania wykopów i wierceń

geologiczno-inżynierskich, wykonywania konstrukcji i pokryć dachowych. Strona pozwana prowadzi działalność gospodarczą m.in. w zakresie montażu konstrukcji budowlanych, instalatorstwa sanitarnego, elektrycznego i c.o., projektowania w budownictwie, nadzoru budowlanego.

W dniu 24 stycznia 2008 roku strony zawarły umowę o roboty budowlane. Przedmiotem umowy stanowiła kompleksowa realizacja zadań inwestycyjnych, polegających na modernizacji w zakresie robót remontowo-budowlanych oraz montażowych niezbędnych do wykonania prac instalatorskich, instalacji wodno-kanalizacyjnej, instalacji centralnego ogrzewania, instalacji wentylacji, instalacji solarnej, instalacji elektrycznej oraz robót wykończeniowych budynku mieszczącego się w Ł. przy ul. (...). Prace na obiekcie podzielono na dwa etapy, które miały się zakończyć w terminach do dnia 31 sierpnia 2008 r. (etap I) oraz 30 czerwca 2009 r. (etap II). Strony uzgodniły w § 9 umowy wynagrodzenie wstępne za wykonanie przedmiotu umowy na kwotę 2.000.000,00 zł netto. Wynagrodzenie miało być płatne na podstawie faktur VAT wystawianych raz w miesiącu na podstawie zaakceptowanych protokołów odbioru robót, których dotyczyłaby faktura. Płatność miała nastąpić w terminie 21 dni od daty doręczenia faktury do siedziby strony powodowej. W § 11 pkt 4 umowy strony uzgodniły, że w przypadku wystąpienia zwłoki w usunięciu przez wykonawcę (stronę pozwaną) wad wykonania przedmiotu umowy, stwierdzonych w okresie gwarancji, po upływie okresu wyznaczonego na ich usunięcie, zamawiający (strona powodowa) uprawniony będzie do dochodzenia zapłaty na swoją rzecz kary umownej w kwocie stanowiącej 0,1% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki. Natomiast w § 11 pkt 5 umowy wskazano, że strony zastrzegają możliwość odstąpienia od naliczania i dochodzenia kar umownych w uzasadnionych przypadkach. W § 12 umowy strony ustaliły, że wykonawca udziela 3-letniej gwarancji na prace budowlano-instalacyjne zrealizowane w ramach przedmiotowej umowy. W § 13 umowy uzgodniono, że umawiające się strony ustalają 14-dniowy termin na usunięcie wad stwierdzonych w okresie gwarancji, a wszelkie opóźnienia w pracach związanych z usunięciem jakichkolwiek wad po zakończeniu inwestycji będą rozliczane z wykorzystaniem tej kwoty tzn. zamawiający uprawniony będzie do potrącenia z należnej zapłaty na swoją rzecz kary umownej w kwocie stanowiącej 0,1% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki; stwierdzenie usunięcia wad winno nastąpić w formie protokolarnej.

Umowa była następnie trzykrotnie aneksowana w dniach 22 września 2008 r., 30 grudnia 2008 r. oraz 10 września 2010 r. Aneksem z dnia 22 września 2008 r. m.in. zmieniono kwotę wynagrodzenia zwiększając ją do kwoty 3.500.000,00 zł oraz ustalając nowy termin zakończenia I etapu prac do dnia 31 grudnia 2008 r. Aneksem z dnia 30 grudnia 2008 r. m.in. podwyższono kwotę wynagrodzenia do kwoty 5.000.000,00 zł oraz ustalono termin zakończenia I etapu prac do dnia 30 marca 2009 r. Aneksem z dnia 10 września 2010 r. ustalono ostateczną kwotę wynagrodzenia na kwotę 4.853.930,71 zł netto, określono, że terminy rękojmi i gwarancji rozpoczynają swój bieg od dnia 30 kwietnia 2009 r. (I etap prac) oraz od dnia 30 grudnia 2009 r. (II etap prac).

Prace na budynku przy ul. (...) w Ł. zostały przez stronę pozwaną w całości wykonane, zakończone i następnie odebrane. W trakcie odbioru pojawiła się kwestia usterek i niedociągnięć, wskazywano usterki i niedoróbki, które miały zostać poprawione. Te usterki zostały usunięte przez stronę pozwaną. Protokół odbioru został podpisany bez zastrzeżeń.

W okresie gwarancji ujawniły się wady przedmiotu umowy i w konsekwencji strona powodowa wystąpiła w dniu 28 września 2010 r. do strony pozwanej o dokonanie przeglądu gwarancyjnego. W dniu 8 października 2010 r. odbył się przegląd gwarancyjny, z którego sporządzono protokół. W protokole wskazano, że stwierdzono istnienie licznych usterek m.in. pęknięcie płytek na II piętrze, nietrzymające się gniazdko telefoniczne na parterze, pęknięcia pod parapetem na I piętrze, pęknięcia ścian, zalane sufity, na IV piętrze odpadł fragment elewacji. W protokole wskazano, że usterki podpisane zostaną usunięte w terminie 14 dni od dnia 11 października 2010 r., natomiast termin usunięcia usterek niepodpisanych zostanie ustalony na oddzielnym spotkaniu. Część drobnych usterek została przez stronę pozwaną usunięta np. spękania na ścianach pediatrii, zły montaż sedesu, przeciekający dach.

W związku z nieusunięciem wszystkich wykrytych wad w terminie do dnia 25 września 2010 r. sporządzono wykaz usterek usuniętych, wykaz usterek nieusuniętych oraz wykaz usterek spornych, co do zasady ich powstania.

Pismem z dnia 16 listopada 2010 r. strona powodowa wezwała pozwaną spółkę do usunięcia wszystkich wykrytych wad, zgodnie ze sporządzonym protokołem z przeglądu gwarancyjnego. W treści pisma wskazano, że od dnia 26 października 2010 r. wierzycielowi przysługiwało prawo naliczania kar umownych z tytułu nieterminowego usunięcia wad. Wskazano także, że strona powodowa może skorzystać w przypadku niewywiązania się przez stronę pozwaną z zobowiązania, z wykonania zastępczego. Ostatecznie wezwano do usunięcia wykrytych wad do dnia 27 listopada 2010 r. Po przesłaniu pisma z listy 8 nieusuniętych usterek wynikających z protokołu gwarancyjnego zostały wykonane prace w zakresie 2 punktów.

W dniach 14 stycznia 2011 r. oraz 11 maja 2011 r. strona powodowa skierowała do pozwanej spółki dalsze pisma wzywające do usunięcia stwierdzonych protokołem z dnia 8 października 2010 r. usterek. W piśmie z dnia 11 maja 2011 r. podkreślono, że termin usunięcia usterek minął 25 października 2010 r. w związku z czym powodowa spółka może żądać kary umownej za 229 dni zwłoki w kwocie 1.111.549,97 zł.

Pismem z dnia 20 maja 2011 r. strona pozwana podniosła, że zostały usunięte wszystkie wady objęte protokołem z dnia 8 października 2010 r. za wyjątkiem wady elewacji budynku w postaci pęknięcia na nadprożu 4 pięta. Nieusunięcie tej wady było spowodowane brakiem dostępu do pomieszczenia, z którego jest dostęp do tego punktu elewacji, czyli z przyczyny nie leżącej po stronie pozwanej spółki. Wskazano ponadto, że wymienione drobne pęknięcia i rysy na ścianach nie są objęte gwarancją wykonawcy, gdyż przyczyną ich powstania jest osiadanie budynku. Mimo tego zaproponowano wykonanie tych prac pod koniec okresu gwarancji.

W piśmie z dnia 13 czerwca 2011 r. strona powodowa przedstawiła pozwanej spółce proponowane terminy na usunięcie wad oraz zaoponowała przeciwko stanowisku, zgodnie z którym strona pozwana chce przeprowadzić prace malarskie pod koniec okresu gwarancji wskazując, że mogą powstać kolejne rysy.

Na zlecenie strony powodowej mgr inż. M. S. sporządził prywatną opinię techniczną w celu określenia przyczyn powstania usterek w budynku przy ul. (...) w Ł.. Na podstawie przeprowadzonych oględzin i analizy biegły stwierdził, że przyczyną powstania wszystkich wymienionych w opracowaniu usterek były błędy wykonawcze przy wykonywaniu robót budowlano-wykończeniowych. Prace zostały wykonane nieprawidłowo i spowodowały usterki, najczęściej w postaci pęknięć, rys i uszkodzeń na zewnętrznych powierzchniach elementów wykończenia budynku. Błędy wykonawcze popełnione w trakcie realizacji wpływają w sposób niekorzystny na trwałość i walory użytkowe budynku i jako takie nie odpowiadają akceptacji dla dalszego użytkowania obiektu. Opinia została przesłana stornie pozwanej w dniu 13 czerwca 2011 r.

W piśmie z dnia 1 lipca 2011 r. strona pozwana odniosła się do sporządzonej prywatnej opinii technicznej mgr inż. M. S.. Pozwana spółka co do zasady nie negowała treści opinii i dopuszczała różne możliwości i przyczyny powstania wad. Podniesiono jednakże, że część wad wynikała z materiału o złej jakości oraz na skutek niewłaściwego uprzątnięcia śniegu z budynku, a nie wadliwego wykonawstwa. Wskazano także, że rozpoczęto prace poprawkowe w zakresie usuwania bieżących usterek.

Wskazać należy, że twierdzenia zawarte w prywatnej opinii technicznej zostały potwierdzone przez biegłego sądowego M. Ł. w sporządzonej na zlecenie Sądu opinii. Biegły jednoznacznie wskazał, że wykryte usterki powykonawcze na dzień 6 sierpnia 2012 r. powinny zostać usunięte przez stronę pozwaną. Biegły zakwalifikował także usterkę powstałą na mozaice z płytek w poczekalni na parterze budynku jako trwałą wadę wykonawczą. Biegły podkreślił również, że strona pozwana oświadczyła, że uznaje spisane usterki na przeglądzie gwarancyjnym w dniu 8 października 2010 r., a więc zobowiązała się do ich usunięcia. Część usterek, co zauważył biegły, była przez pozwaną spółkę usuwana. W ustnej uzupełniającej opinii biegły M. Ł. sprecyzował, że wszelkie adnotacje w opinii pisemnej przy poszczególnych usterekach w postaci „do wykonania przez pozwanego” należy rozumieć jako usterki wykonawcze, do usunięcia których zobowiązany był wykonawca.

W pisemnej uzupełniającej opinii biegły M. Ł. określił, że szacunkowa wartość robót ogólnobudowlanych koniecznych do usunięcia usterek wykonawczych stwierdzonych w pisemnej opinii biegłego z dnia 31 lipca 2012 r., według średniego cen robocizny, materiałów i sprzętu na poziomie I kwartału 2013 r., wynosi 5.720 zł netto.

Biegły mgr inż. K. Ś. (1) w opinii sporządzonej na zlecenie Sądu opracował kosztorys prac naprawczych wad wskazanych w dwóch opiniach biegłego M. Ł. na kwotę 16.658,74 zł brutto.

W uzupełniającej pisemnej opinii biegły mgr inż. K. Ś. (1) wskazał wady elewacji zachodniej budynku przy ul. (...) w Ł. w postaci licznych pęknięć tynku oraz miejscowego braku siatki zbrojącej. Biegły zaproponował naprawę wypraw tynkarskich z ponownym siatkowaniem i kołkowaniem oraz gruntowaniem i wyprawą tynkarską lub malowaniem, oszacowując koszt prac naprawczych na kwotę 103.924,99 zł.

W dniach 18 listopada 2010 r., 8 grudnia 2010 r. oraz 28 grudnia 2010 r. strona powodowa wzywała pozwaną Spółkę do wydania dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej. W związku z niewydaniem przez stronę pozwaną w/w dokumentu, strona powodowa w dniu 10 marca 2011 r. wniosła do Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi pozew o wydanie dokumentu gwarancji. W dniu 8 czerwca 2011 r. strona pozwana wydała dokument gwarancji, w związku z czym strona powodowa wycofała powództwo. Ponadto, w dniu 16 marca 2011 r. strona powodowa wniosła do Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi wniosek o zabezpieczenie dowodu w postaci ekspertyzy biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność oceny stopnia uszkodzeń budynków. Tenże Sąd, postanowieniem z dnia 17 maja 2011 roku, wydanym w sprawie o sygnaturze akt XIII GCo 174/11, dopuścił w trybie zabezpieczenia dowód z opinii biegłego.

W dniu 4 stycznia 2011 r. strona powodowa przesłała stronie pozwanej wezwanie do zapłaty należności w wysokości 344.629,03 zł tytułem kary umownej za 71 dni zwłoki w usunięciu przez stronę pozwaną wad wykonywania przedmiotu umowy. Wezwanie strona pozwana odebrała w dniu 10 stycznia 2011 r. Kolejne wezwanie do zapłaty strona powodowa przesłała pozwanej spółce w dniu 19 maja 2011 r. wzywając do zapłaty należności w wysokości 1.111.549,97 zł w związku z 229 dniami zwłoki. W odpowiedzi z dnia 1 czerwca 2011 r. strona pozwana wskazała, że dochodzona należność jest nieuzasadniona.

W dniu 25 lipca 2011 r. strona powodowa ponownie wzywała stronę pozwaną do usunięcia wymienionych wad zgłoszonych w ramach protokołu z dnia 8 października 2010 r..

W dniu 26 października 2010 r. strona powodowa, na podstawie art. 498 § 1 k.c. złożyła oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w kwocie 140.422,49 zł przysługującej jej z tytułu nienależnego świadczenia uzyskanego przez stronę pozwaną w wyniku zapłaty dokonanej przez (...) Sp. z o.o. za wystawione faktury w części w jakiej zapłata obejmowała zawyżone w stosunku do faktycznie należnego wynagrodzenie. W dniu 22 sierpnia 2011 r. powodowa spółka złożyła oświadczenie o potrąceniu swojej wierzytelności tytułem kar umownych z umowy o roboty budowlane z wierzytelnością pozwanej w kwocie 111.946,23 zł.

Wydając powyższy wyrok, Sąd Okręgowy uznał, że między stronami procesu doszło w dniu 24 stycznia 2008 r. do zawarcia umowy o roboty budowlane. Przedmiotem umowy stanowiła kompleksowa realizacja zadań inwestycyjnych polegających na modernizacji w zakresie robót remontowo-budowlanych oraz montażowych niezbędnych do wykonania prac instalatorskich, instalacji wodno-kanalizacyjnej, instalacji centralnego ogrzewania, instalacji wentylacji, instalacji solarnej, instalacji elektrycznej oraz robót wykończeniowych budynku mieszczącego się w Ł. przy ul. (...). Pozwana spółka na mocy umowy o roboty budowlane oraz aneksów do umowy udzieliła 3-letniej gwarancji na prace budowlano-instalacyjne zrealizowane w ramach przedmiotowej umowy (§ 12 umowy). W § 13 umowy uzgodniono, że umawiające się strony ustalają 14-dniowy termin na usunięcie wad stwierdzonych w okresie gwarancji, a wszelkie opóźnienia w pracach związanych z usunięciem jakichkolwiek wad po zakończeniu inwestycji będą rozliczane z wykorzystaniem tej kwoty tzn. zamawiający uprawniony będzie do potrącenia z należnej zapłaty na swoją rzecz kary umownej w kwocie stanowiącej 0,1% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki; stwierdzenie usunięcia wad powinno nastąpić w formie protokolarnej. Dodatkowo, aneksem z dnia 10 września 2010

r. ustalono, że terminy rękojmi i gwarancji rozpoczynają swój bieg od dnia 30 kwietnia 2009 r. (I etap prac) oraz od dnia 30 grudnia 2009 r. (II etap prac).

W okresie udzielonej gwarancji na budynku przy ul. (...) w Ł. ujawniły się wady przedmiotu umowy. W związku z wykryciem usterek strona powodowa skierowała w dniu 28 września 2010 r. do strony pozwanej pismo, odebrane w dniu 1 października 2010 r., o dokonanie przeglądu gwarancyjnego. W dniu 8 października 2010 r. odbył się przegląd gwarancyjny, z którego sporządzono stosowny protokół, w którym wymieniono i wskazano miejsce wystąpienia licznych usterek m.in. pęknięcie płytek na II piętrze, nietrzymające się gniazdko telefoniczne na parterze, pęknięcia pod parapetem na I piętrze, pęknięcia ścian, zalane sufity, odpadnięcie fragmentu elewacji na IV piętrze. W protokole wskazano, zgodnie z postanowieniami umownymi, że usterki podpisane zostaną usunięte w terminie 14 dni, od dnia 11 października 2010 r., natomiast termin usunięcia usterek niepodpisanych zostanie ustalony na oddzielnym spotkaniu. W związku z nieusunięciem wykrytych wad przez stronę pozwaną w terminie, powodowa spółka przesłała stronie pozwanej w dniu 16 listopada 2010 r. pismo wzywające ją do usunięcia wszystkich wykrytych usterek, zgodnie ze sporządzonym protokołem z przeglądu gwarancyjnego. Jednocześnie strona powodowa wskazała, że od dnia 26 października 2010 r. przysługuje jej, jako wierzycielowi, prawo naliczania kar umownych z tytułu nieterminowego usunięcia wad. Jak wskazywane jest w literaturze przedmiotu, roszczenie o zapłatę kary umownej za zwłokę w terminowym usunięciu wady przedmiotu umowy o roboty budowlane staje się wymagalne w pierwszym dniu po upływie terminu do usunięcia wady. Wymagalność roszczenia o zapłatę kary umownej za zwłokę w usunięciu wady przedmiotu umowy o roboty budowlane, naliczaną za każdy dzień zwłoki, przypada na każdy kolejny dzień pozostawania dłużnika w zwłoce, a nie na dzień oddania przedmiotu umowy.

Pozwany w treści wniesionego w sprawie sprzeciwu od nakazu zapłaty podniósł, że nie uznaje, za wyjątkiem wady w postaci pęknięcia w nadprożu 4 piętra, zgłoszonych przez stronę powodową wad. W ocenie pozwanej spółki usterki wymienione w przeglądzie gwarancyjnym powstały bądź to na skutek osiadania budynku, bądź w wyniku czynników nie związanych z robotami budowlanymi np. na skutek niewłaściwego odśnieżania dachu, złej jakości materiału kupionego przez stronę powodową. W ocenie Sądu, z takimi twierdzeniami nie sposób się zgodzić. Przeczą temu przede wszystkim sporządzone na potrzeby niniejszego procesu opinie biegłego sądowego M. Ł., który w treści pisemnej opinii głównej wskazał i opisał kilkadziesiąt wykrytych usterek, dokładnie je określając i wskazując miejsce ich wystąpienia. Wymienione wady zostały opatrzone adnotacją w jaki sposób powinny one być usunięte oraz kto winien je usunąć. W przypadku dominującej większości wymienionych usterek biegły wskazał stronę pozwaną jako podmiot, który winien je usunąć, zaledwie w 6 przypadkach biegły nie był w stanie określić kto powinien je usunąć. Biegły jednoznacznie również we wnioskach końcowych wskazał, że strona pozwana oświadczyła, że uznała spisane w trakcie przeglądu gwarancyjnego z dnia 8 października 2010 r. usterki, a więc tym samym zobowiązała się do ich usunięcia. W ustnej uzupełniającej opinii, złożonej na rozprawie w dniu 30 listopada 2012 r., biegły M. Ł. sprecyzował, że wszelkie adnotacje w opinii pisemnej przy poszczególnych usterekach w postaci „do wykonania przez pozwanego” należy rozumieć jako usterki wykonawcze, do usunięcia których zobowiązany był wykonawca. Jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego strona pozwana usterek wymienionych w protokole z przeglądu gwarancyjnego z dnia 8 października 2010 r. nie usunęła w 14-dniowym terminie, zakreślonym przez strony w umowie o roboty budowlane z dnia 24 stycznia 2008 r. Mimo usunięcia części drobnych usterek np. montażu sedesu, czy usunięcia spękań na ścianie w pediatрії, strona pozwana co do zasady pozostawała bierna, a kontakt z nią nie odnosił żadnych rezultatów zmierzających do usunięcia wszystkich ujawnionych wad i usterek. Z tej przyczyny strona powodowa była uprawniona do naliczenia kary umownej stosownie do § 13 pkt 2 umowy w wysokości 0,1% umowy, czyli 4.853,93 zł dziennie. Powódka była uprawniona do naliczenia kary umownej za okres od 26 października 2010 r. do chwili wniesienia pozwu, ale w pozwie wskazała, że jej żądanie obejmuje kwotę tytułem kary umownej z tytułu zwłoki w usuwaniu wad od 25. do 47. dnia zwłoki, czyli za okres 23 dni. Wysokość kary umownej określiła na 110.000,00 zł.

Zastosowanie kary umownej miało w tej sytuacji przede wszystkim skłonić wykonawcę do spełnienia swego zobowiązania, co jednak nie nastąpiło. Strona powodowa nie miała obowiązku wykazywania, że wskutek zaniechania strony pozwanej tj. niewykonania obowiązku gwarancyjnego i nie usunięcia wad poniosła szkodę. Nie mniej jednak ocena tej szkody ma wpływ na wysokość dochodzonej kary umownej i może mieć wpływ np. na ograniczenie wysokości

dochodzonej kary umownej w oparciu o art. 484 § 2 k.c. Wskazać jednakże należy, że na gruncie przedmiotowej sprawy nie zaistniała taka sytuacja. Jak podkreślił biegły K. Ś. (1) w opinii sporządzonej na zlecenie Sądu, koszt prac naprawczych wad wskazanych w dwóch opiniach biegłego M. Ł. wynosi kwotę 16.658,74 zł brutto. Dodatkowo, w uzupełniającej pisemnej opinii biegły wskazał wady elewacji zachodniej budynku przy ul. (...) w Ł. w postaci licznych pęknięć tynku oraz miejscowego braku siatki zbrojącej. Biegły zaproponował naprawę wypraw tynkarskich z ponownym siatkowaniem i kołkowaniem oraz gruntowaniem i wyprawą tynkarską lub malowaniem, oszacowując koszt prac naprawczych na kwotę 103.924,99 zł. Uwzględniając obydwie wyliczenia kosztów naprawy istniejących wad i usterek, nie można mówić o ograniczeniu wysokości kary umownej na gruncie przedmiotowej sprawy.

Jednocześnie w toku procesu nie pojawił się należycie zgłoszony i uzasadniony zarzut, aby strona powodowa w jakikolwiek sposób, czy to w drodze zapłaty czy potrącenia zrealizowała już roszczenie z tytułu kar umownych za nieterminowe usunięcie usterek. Strona powodowa powołała się, co prawda na okoliczność złożenia wobec pozwanego oświadczenia o potrąceniu kwoty kary umownej z tytułu nieterminowego usunięcia wad robót budowlanych w kwocie przekraczającej dochodzone w niniejszym postępowaniu 110. 000 zł. Brak jednak jakichkolwiek podstaw do ustalenia, iż oświadczenie to było, w jakimkolwiek zakresie skuteczne.

Powodowa spółka, co prawda zrealizowała wydaną jej przez pozwanego gwarancję ubezpieczeniową na kwotę 44.413 zł., lecz wiarygodność powoda wobec (...) z tego tytułu została zajęta przez Komornika w dniu 13 października 2011 roku w sprawie KM715/10 prowadzonej z wniosku pozwanego w niniejszej sprawie. Nie jest zatem prawdą twierdzenie pozwanego, iż powód dysponował środkami ze zrealizowanej gwarancji bankowej i miał możliwość wykonania prac poprawkowych we własnym zakresie i pokrycia ich kosztów z gwarancji. Nawet przy uwzględnieniu tej okoliczności suma zasądzonej wyrokiem kary umownej i kwoty uzyskanej z tytułu gwarancji (110 000 złotych i 44 413 złotych) nieznacznie tylko przekracza szacunkową wartość kosztów usunięcia stwierdzonych usterek ustaloną w opinii biegłego K. Ś. a wynoszącą łącznie około 130 000 złotych.

O odsetkach orzeczono na podstawie art. 481 k.c. i 455 k.c., w związku z § 13 pkt 1 umowy. Strona pozwana otrzymała wezwanie do zapłaty kary umownej w dniu 10 stycznia 2011 r., a zatem siedmiodniowy termin do zapłaty kary upłynął w dniu 17 stycznia 2011 r.

Na podstawie art. 83 ust. 2 w zw. z art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Sąd nakazał ściągnąć od strony pozwanej na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 1.220,58 złotych tytułem zwrotu poniesionych przez Skarb Państwa wydatków – kosztów wydania opinii przez biegłego.

Apelację od powyższego wyroku wywiodła strona pozwana, zaskarżając wyrok w całości i zarzucając:

1. naruszenie prawa procesowego, tj. sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez przyjęcie, iż wszystkie usterki określone w opinii biegłego K. Ś. (1) ujawniły się w okresie gwarancji i rękojmi i w związku z tym przypisanie pozwanej odpowiedzialności z tytułu kar umownych naliczonych w związku z nieusunięciem tychże usterek.
2. naruszenie prawa materialnego, tj.
  - a) art. 484 § 2 k.c. poprzez przyjęcie, że nie zachodzą przesłanki do miarkowania kary umownej
  - b) art. 353 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 822 § 1 k.c. poprzez przyjęcie, że kary umowne nie zostały zapłacone w żadnym zakresie.

W konkluzji apelująca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie zwrotu kosztów procesu, w tym zastępstwa procesowego za I i II instancję.

W odpowiedzi na apelację strona powodowa wniosła o oddalenie apelacji w całości oraz zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, według norm przepisanych.

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

Apelacja nie jest zasadna.

Skarżący podnosi zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego, a zatem w pierwszej kolejności należy zatem odnieść się do jego treści, gdyż tylko prawidłowo ustalony stan faktyczny daje podstawę do kontroli poprawności zastosowania prawa materialnego. Ustalony przez Sąd Okręgowy stan faktyczny Sąd Apelacyjny przyjął za własny bowiem wyprowadzony on został z dowodów, których ocena odpowiada wszelkim wskazaniom powołanego wyżej przepisu. Ocena wiarygodności i mocy dowodów jest podstawowym zadaniem sądu orzekającego, wyrażającym istotę sądenia, a więc rozstrzygnięcia kwestii spornych w warunkach niezawisłości, na podstawie własnego przekonania sędziego przy uwzględnieniu całokształtu zebranego materiału (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 1996 r., II CRN 173/95, Lex nr 1635264). Skuteczne przedstawienie zarzutu naruszenia przez sąd art. 233 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania, lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (orzeczenia Sądu Najwyższego: z 5 dnia sierpnia 1999 r., II UKN 76/99, OSNAPiUS 2000, nr 19, poz.732; z dnia 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000, OSNC 2000, nr 10, poz. 189; z dnia 10 stycznia 2002 r., II CKN 572/99, Lex nr 53136; z dnia 27 września 2002 r., II CKN 817/00, Lex nr 56096).

Zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. apelujący utożsamia w istocie z twierdzeniem, wszystkie usterki określone w opinii biegłego K. Ś. (1) ujawniły się w okresie rękojmi i gwarancji, co oznacza przypisanie pozwanej odpowiedzialności za z ich nie usunięcie i w konsekwencji naliczenie kar umownych. W tym miejscu Sąd Apelacyjny musi wskazać, że jednym z przejawów specyfiki dowodu z opinii biegłego sądowego jest, że mimo iż dowód ten, tak jak każdy inny, podlega ocenie według art. 233 § 1 k.p.c., to jednakże sfera merytoryczna opinii kontrolowana jest przez sąd, który nie posiada wiadomości specjalnych. W konsekwencji odwołanie się przez sąd dokonujący oceny dowodu z opinii biegłego, do takich kryteriów jak: zgodności opinii z zasadami logicznego myślenia, doświadczenia życiowego i wiedzy powszechnej, podstaw teoretycznych opinii, sposobu motywowania sformułowanego w niej stanowiska oraz stopnia stanowczości wyrażonych w niej ocen, a także poziomu wiedzy biegłego, stanowi wystarczające i należyte odniesienie się do wiarygodności dowodu z opinii biegłego sądowego (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2005 r. II CK 572/04, Lex 151656; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2002 r. V CKN 1354/00, Lex 77046; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2000 r. IV CKN 1383/00, Lex 52544; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2000 r. I CKN 1170/98, OSNC 2001, z. 4, poz. 64). W realiach niniejszego postępowania zostało sporządzonych kilka opinii biegłych, na co wskazuje uzasadnienie zaskarżonego wyroku, jednak nie były one oparte na bezpośrednim badaniu elewacji budynku, a element ten był oceniany, albo jako widok ogólny, albo przez lornetkę wojskowa. Dopiero zatem sporządzona na zlecenie powoda prywatna opinia mgr inż. R. K. została sporządzona na podstawie oględzin z użyciem podnośnika, co pozwalało na szczegółową ocenę wykonania elewacji i sporządzenie dokumentacji fotograficznej. W tym stanie rzeczy zasadnie Sąd I instancji dopuścił dowód z uzupełniającej opinii biegłego sądowego mgr inż. K. Ś. (1) na okoliczność wad robót budowlanych wykonywanych przez stronę pozwaną i szacunkowego kosztu ich usunięcia, która miała odnieść się do ustaleń dokonanych przez R. K.. To zatem ostateczna opinia mgr inż. K. Ś. (1) została przyjęta przez Sąd Okręgowy za podstawę ustaleń w zakresie istnienia i kosztów usunięcia wad. Skarżący potwierdza, że Sąd I instancji prawidłowo ustalił, że zgodnie z umową stron terminy rękojmi i gwarancji rozpoczęły swój bieg od dnia 30 kwietnia 2009 roku ( I etap) i od dnia 30 grudnia 2009 roku (II etap) i skończyły swój bieg odpowiednio w dniu 30 kwietnia 2012 roku i w dniu 30 grudnia 2012 roku. Zdaniem zatem apelującego za wady stwierdzone po tych datach nie ponosi on odpowiedzialności, zaś opinie biegłego K. Ś. (1) zostały wydane po przeprowadzeniu oględzin obiektu w listopadzie 2013 roku i w kwietniu 2015 roku, a tym samym ustalenia tychże opinii nie mogą stwierdzać wad powstałych w okresie

gwarancji i rękojmi, gdyż po upływie wskazanych wcześniej terminów, na elewację miała wpływ erozja techniczna w postaci wpływu warunków atmosferycznych, drgań powstałych od ruchu ulicznego i pracy budynku. Trafnie jednak wskazano w odpowiedzi na apelację, że skarżący myli wady wykonanych przez siebie prac z następstwami tych wad. Biegły K. Ś. (1) w opinii z dnia 30 grudnia 2013 roku wskazał na brak siatki zbrojeniowej na ścianach zewnętrznych klatek schodowych, a także na wyszczególnionych pasach od obróbki w górę i ustalił nadto brak pokrycia styropianu klejem, brak pokrycia siatki klejem, brak zakładu arkuszy siatki oraz liczne odchylenia powierzchni ocieplenia od płaszczyzny. Z pewnością powyższe usterki dotyczyły nieprawidłowo wykonanych prac budowlanych przez stronę pozwaną. Z kolei w opinii uzupełniającej wydanej w 2015 roku tenże biegły po dokonaniu oględzin nie stwierdził nowych wad, a jedynie wskazał na kolejne skutki nieprawidłowo zrealizowanych prac. W tym stanie rzeczy nie sposób odwoływać się do normalnego zużycia budynku, jak czyni to skarżący, skoro ujawnione usterki są skutkiem niewłaściwie wykonanych, czy też w ogóle nie wykonanych prac. W tym kontekście nie można utożsamiać dat dokonania oględzin przez biegłego, z datą powstania wad jak czyni to skarżący. Zasady wiedzy technicznej, o których mowa w art. 647 k.c. wyznaczają pośrednio zakres przedmiotowy zobowiązania wykonawcy. Ich rola polega bowiem na wyznaczeniu sposobu wykonania zobowiązania oraz wielkości nakładów, których poniesienie jest niezbędne do wykonania obiektu. Zasady wiedzy technicznej stanowią element treści stosunku prawnego wynikającego z umowy o roboty budowlane z mocy art. 56 k.c. (J.A. S., E.A. Z., Umowa o roboty budowlane, Cz. 1, s. 543). Skoro zatem wykonawca realizuje prace niezgodnie w wymogami sztuki budowlanej w istocie musi liczyć się z następstwami tego stanu rzeczy.

W realiach niniejszej sprawy znamienym jest wieloletnie uchylanie się przez pozwanego od obowiązku usunięcia stwierdzonych usterek i wad. Przypomnieć należy, że już piśmem z 16 listopada 2010 roku Spółka (...) była wzywana do usuwania wad pod rygorem naliczania kar umownych. Wykonawca ignorował także kolejne, by w piśmie z dnia 20 maja 2011 roku (k. 65) proponować usunięcie wad w końcowym okresie gwarancji, a następnie w piśmie z dnia 1 lipca 2011 roku (k. 69) wskazywać, że do usuwania usterek przystąpi po zakończeniu okresu gwarancji. Takie zachowanie z pewnością należy traktować jako naruszające staranność przedsiębiorcy określoną w art. 355 § 2 k.c. Wzorzec należytej staranności ujęty w art. 355 § 2 k.c. oznacza, że staranność wymagana w stosunkach danego rodzaju będzie musiała być uwzględniana w odniesieniu do wiedzy, doświadczenia i umiejętności praktycznych, jakie wymagane są od przedsiębiorcy podejmującego się określonej działalności. Wysoki stopień staranności wymaganej od dłużnika wynika bezpośrednio z faktu, że oczekiwania osoby zawierającej z nim umowę zazwyczaj są wyższe niż w stosunku do osoby, która nie prowadzi danej działalności zawodowo. Ustawodawca zakłada więc, że osoba ta nie tylko ma większą wiedzę i doświadczenie niż osoba nieprowadząca takiej działalności, ale jest od niej rzetelniejsza i ma większą zdolność przewidywania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 1998 r., III CKN 574/97, L.; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2002 r., IV CKN 1526/00, OSN 2003, Nr 3, poz. 46).

W kontekście tych ostatnich ustaleń należy odnieść się do kolejnego zarzutu apelacji, a mianowicie naruszenia art. 484 § 2 k.c. i przyjęcie przez Sąd I instancji, że w realiach niniejszej sprawy nie zachodzą przesłanki do miarkowania kary umownej. Przesłankami miarkowania są znaczne wykonanie zobowiązania przez dłużnika oraz rażące wygórowanie kary umownej. Obie przesłanki miarkowania są równorzędne i rozłączne. Wystarczy wystąpienie jednej z nich aby dłużnik mógł żądać redukcji kary umownej. W przypadku wystąpienia jednocześnie obu przesłanek miarkowania mogą być one stosowane jednocześnie i stąd niejako "podwójnie" mogą wpływać na zakres redukcji należnej wierzycielowi kary umownej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2006 r., V CSK 34/06, L.).

Jak wynika z materiału dowodowego dochodzone w niniejszym postępowaniu kary umowne znajdują swą podstawę w § 12 ust. umowy stron z dnia 24 stycznia 2008 roku, który pozwalał inwestorowi obciążyć wykonawcę karą umowną za zwłokę w usunięciu wad wykonania przedmiotu umowy, stwierdzonych w okresie gwarancji, po upływie okresu wyznaczonego na ich usunięcie. Jak wynika z przeprowadzonej wyżej analizy strona pozwana pomimo wezwań nie przystąpiła do usuwania wad, a tym samym nie wykonała przyjętego na siebie umową zobowiązania. Także wysokość kar umownych dochodzonych w niniejszym sporze nie jest wygórowana przy uwzględnieniu kosztów ich usunięcia określonych ostateczną opinią biegłego sądowego mgr inż. K. Ś. (1). Przeprowadzone w apelacji rozważania odnoszące się do pierwotnych opinii biegłych wydanych w sprawie, które zostały sporządzone bez szczegółowych oględzin



obiekty uznane należy za bezprzedmiotowe, co oznacza, że nie istnieją wymagane przez art. 484 § 2 k.c. podstawy do miarkowania zasądzonych kar umownych.

Zgodnie z § 12 ust. 2 umowy stron z dnia 24 stycznia 2008 roku wykonawca był obowiązany do przedstawienia na żądanie inwestora gwarancji ubezpieczeniowej. Problemy na jakie napotykała powodowa Spółka w uzyskaniu przedmiotowego zabezpieczenia przedstawił szczegółowo Sąd I instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Apelujący podnosząc zarzut naruszenia art. 353 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 822 § 1 k.c. wskazał, że powyższa gwarancja została zrealizowana w ten sposób, że z kwotą gwarancji strona pozwana potrąciła własne należności wobec powoda, to jednak kwota 44.413 złotych winna zostać zaliczona na poczet kar umownych, gdyż w istocie nastąpiło przysporzenie po stronie powodowej. Nie negując powyższych twierdzeń zważyć jednak należy, że poza rozważaniami apelującego pozostały całkowicie ekonomiczne i prawne ramy tego typu gwarancji. W uproszczeniu przyjąć można, że takie zabezpieczenie należytego wykonania umowy jest swego rodzaju kaucją, która daje zamawiającemu możliwość zaspokojenia swoich roszczeń na wypadek nie wywiązania się przez wykonawcę ze zobowiązania zawartego w treści umowy, poprzez pokrycie roszczenia z sumy wniesionego przez wykonawcę zabezpieczenia. Potencjalna groźba uruchomienia gwarancji, w naturalny sposób, ma wymusić na wykonawcy nie tylko terminowe, ale i rzetelne wykonanie umowy o roboty budowlane i zapobiega konieczności występowania na drogę sądową, w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania, całości lub części robót budowlanych. Podobnie jak gwarancja bankowa, gwarancja ubezpieczeniowa jest udzielana przez podmiot trzeci w stosunku do stron procesu inwestycyjnego. W przeciwieństwie do poręczenia, gwarancja bankowa nie zależy od długu głównego, ma charakter samoistny, co oznacza, że nieważność zobowiązania będącego przedmiotem gwarancji nie ma wpływu na zobowiązanie banku. Gwarancja ubezpieczeniowa jest zbliżona do umowy ubezpieczenia unormowanej w art. 805 k.c. i na jej podstawie zakład ubezpieczeń zobowiązuje się spełnić oznaczone świadczenie w wypadku zaistnienia oznaczonego zdarzenia w zamian za uiszczoną składkę. Tego typu gwarancja nie ma definicji ustawowej, ale należy przyjąć, że gwarancja ubezpieczeniowa jest formą zabezpieczenia, której treść opiera się na zobowiązaniu zakładu ubezpieczeń (gwaranta) do wypłaty na rzecz zamawiającego (beneficjenta) określonej kwoty w wypadku zaistnienia zdarzenia ubezpieczeniowego (niewykonanie umowy stron). W obrocie gospodarczym występują gwarancje bezwarunkowe i warunkowe oraz odwołane i nieodwołalne. Gwarancja bezwarunkowa jest typem gwarancji, w której płatność sumy gwarancyjnej następuje zawsze na pierwsze żądanie beneficjenta gwarancji, bez konieczności wykazania istnienia roszczenia. Z kolei w wypadku gwarancji warunkowej mamy do czynienia z precyzyjnym określeniem okoliczności, od wystąpienia których zależy realizacja roszczenia na rzecz uprawnionego z gwarancji podmiotu, a także dokumentów, które należy załączyć w chwili realizacji gwarancji. Z kolei gwarancję nieodwołalną charakteryzuje to, że nie może być ona odwołana lub też zmieniona bez zgody uprawnionego z gwarancji. Z kolei gwarancja odwołalna przewiduje swą treścią okoliczność, w której na mocy jednostronnego oświadczenia woli może ograniczona lub uchylona odpowiedzialność gwaranta.

Gwarancja ubezpieczeniowa co do zasady ukształtowana jest jako gwarancja nieodwołalna, bezwarunkowa, i na pierwsze żądanie – a więc umowa pozbawiona ryzyka kontraktowego, nie pozwalająca na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od zdarzenia przyszłego i niepewnego oraz zapewniająca wypłatę umówionej sumy bezzwłocznie po wezwaniu przez beneficjenta (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 1996 roku, II CKN 38/96, OSNC nr 9/1996, poz. 122). Potwierdza to okoliczność, że wygaśnięcie gwarancji następuje bądź z upływem terminu jej obowiązywania bądź wypłaty sumy gwarancyjnej na rzecz beneficjenta. Skoro, tak jak w niniejszej sprawie, suma gwarancyjna w istocie została przejęta przez stronę pozwaną, to inwestor nie otrzymał realnych środków pozwalających na przystąpienie do prac związanych z usuwaniem wad obiektu, których to czynności mimo wielokrotnych wezwań nie realizował wykonawca. Takie działanie choć prawnie dopuszczalne, nie może być jednak oceniane jako współdziałanie w realizacji umowy w rozumieniu art. 354 k.c. i powyższa okoliczność także przemawia za oddaleniem żądania pozwanego dotyczącego miarkowania kar umownych.

Zarzut naruszenia art. 353 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 822 § 1 k.c. nie może być uznany za zasadny, gdyż bezspornym jest, że powodowa Spółka była uprawniona do naliczenia kary umownej za okres od dnia 26 października 2010 roku do chwili wniesienia pozwu, ale w pozwie jednoznacznie wskazała, że objęte nim żądanie zapłaty 110.000,00 złotych

dotyczy wyłącznie kary umownej z tytułu zwłoki w usuwaniu wad od 25 do 47 dnia zwłoki, czyli za okres 23 dni, to jest od dnia 19 listopada 2010 roku do dnia 11 grudnia 2010 roku. Wbrew postanowieniom umownym pozwany założył gwarancję ubezpieczeniową dopiero w dniu 8 czerwca 2011 roku, a zabezpieczenie to obowiązywało od dnia 31 maja 2011 roku. Uzyskaną z powyższej gwarancji kwotę 44.413 złotych powód zaliczył na poczet kar umownych za okres od 1 do 24 dnia zwłoki wykonawcy w usunięciu wad, a tym samym uzyskana z przedmiotowej gwarancji należność pozostaje bez wpływu na roszczenia objęte pozwem w niniejszej sprawie. Fakt późniejszego ściągnięcia przez gwaranta od pozwanej kwoty gwarancji pozostaje indyferentny dla niniejszego sporu, gdyż dotyczy on wyłącznie rozliczeń pomiędzy gwarantem, a Spółką (...). Skoro jednak ta Spółka zdecydowała się na zajęcie powyższej kwoty i zaliczyła ją na poczet należnego od powoda wynagrodzenia nie istnieją podstawy, aby ta sama kwota mogła równocześnie zaspokajać inne wierzytelności, czy zobowiązania pozwanej. Jak bowiem stwierdza sam apelujący: "Powódka była winna pozwanej kilkaset tysięcy złotych i należności tych nie regulowała, pomimo istnienia prawomocnych nakazów zapłaty. W związku z zaistniałą sytuacją, Komornik prowadzący przeciwko powódce postępowanie egzekucyjne zajął wierzytelność przysługująca powódce przeciwko (...) o wypłatę odszkodowania z tytułu kar umownych, a (...) wypłacił kwotę 44.413 zł Komornikowi."

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację jako bezzasadną, zaś w oparciu o przepisy art. 98 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. i zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, zasądził od strony pozwanej na rzecz powoda kwotę 2.700,00 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym. Wysokość przedmiotowych kosztów jest zgodna z § 6 pkt 6 w związku z § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. z 2002 r., nr 163, poz. 1348 ze zm.).