

Sygn. akt *I AGa 70/18*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 kwietnia 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Jerzy Geisler

Sędziowie: SA Mikołaj Tomaszewski (spr.)

SA Piotr Górecki

Protokolant: st. sekr. sąd Izabela Kyc

po rozpoznaniu w dniu 6 kwietnia 2018 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **P. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w L.**

przeciwko **A. K.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 22 listopada 2016 r. r. sygn. akt IX GC 230/16

I. oddala apelację;

II. zasądza od pozwanej na rzecz powoda 4.050 zł tytułem zwrotu kosztów

zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym

Mikołaj Tomaszewski Jerzy Geisler Piotr Górecki

--	--	--

UZASADNIENIE

Powód - P. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L. wniósł o zasądzenie od pozwanej A. K. kwoty 139.883,23 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi oraz kosztami postępowania.

Pozwana wniosła o odrzucenie pozwu.

Wyrokiem z dnia 22 listopada 2016r. Sąd Okręgowy w Poznaniu:

1. zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 139.883,23 zł wraz z odsetkami liczonymi w następujący sposób:

a) od kwoty 69.941,61 zł odsetki ustawowe od dnia 17 lipca 2014r. do dnia 31 grudnia 2015r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 01 stycznia 2016r. do dnia zapłaty, b

b) od kwoty 69.941,62 zł odsetki ustawowe od dnia 06 marca 2015r, do dnia 31 grudnia 2015r. i odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 01 stycznia 2016r. do dnia zapłaty,

2. kosztami postępowania obciążył pozwaną w całości i w związku z tym zasądził od niej na rzecz powoda kwotę 5.366 zł tytułem zwrotu kosztów procesu,

3. nakazał ściągnąć od pozwanej na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Poznaniu kwotę 5.246 zł tytułem nieuiszczonej części opłaty od pozwu.

W motywach rozstrzygnięcia Sąd Okręgowy wskazał, że powód - P. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w L. prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców KRS.

Pozwana - A. K. prowadzi działalność gospodarczą pod firmą (...) A. K. w P. na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej.

W dniu 14 lipca 2011 r., strony zawarły umowę nr (...) o wykonanie robót budowlano-montażowych, której przedmiotem było wykonanie przez powoda kompleksowej budowy pod klucz hali magazynowej z częścią socjalno-biurową wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną (w tym systemem rozsączania wody opadowej) wjazdem na działkę oraz drogami i placami utwardzonymi oraz terenami zielonymi na działce i kompletnym ogrodzeniem, kompletnymi sieciami na terenie działki, wewnętrzną instalacją gazową, wodno-kanalizacyjną, C.O., ogrzewania, wentylacji i p-poz w hali i części socjalno-biurowej oraz klimatyzacji w biurach na terenie nieruchomości przy ul. (...) w P. w zakresie określonym w załączniku nr 1 - zmiany do specyfikacji przetargowej, załączniku nr 2 - dokumentacja przetargowa wraz ze specyfikacją przetargową i projektem budowlanym stanowiącym załącznik do pozwolenia na budowę nr (...) z dnia 16 maja 2011 r., załączniku nr 3 - odpowiedzi zamawiającego na pytania oferentów.

Strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy w kwocie 4.985,000 zł netto. Następnie aneksem nr (...) do umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 4.662.774,45 zł, rezygnując z części robót.

Strony postanowiły, że integralną częścią składową umowy nr (...) stanowiąc będą m. in. warunki ogólne umowy o wykonanie robót budowlano- montażowych (dalej: OWU). W § 12 OWU wskazano, że rozliczenie końcowe nastąpi po odbiorze robót zgodnie z zapisami pkt 13 OWU i po podpisaniu protokołu końcowego.

W celu zabezpieczenia ewentualnych roszczeń pozwanej w stosunku do powoda z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy powód ustanowił na rzecz pozwanej kwotę zabezpieczenia w wysokości 3% wynagrodzenia netto. Kwota ta miała być potrącana z każdej faktury wystawionej przez powoda i zaakceptowanej przez pozwaną (§12 pkt. 2 OWU). W § 13 OWU uzgodniono, że kwota powyższego zabezpieczenia zostanie zwrócona na rzecz powoda (o ile uprzednio pozwana nie zaspokoi z niej przysługujących jej roszczeń) w następujący sposób: 50% kwoty zabezpieczenia zostanie zapłacone wykonawcy w 7 dni po końcowym odbiorze robót przez zamawiającego i usunięciu wad i usterek stwierdzonych w czasie odbioru, a drugie 50% kwoty zabezpieczenia zostanie zwrócone po dostarczeniu pozwanej zabezpieczenia w postaci bezwarunkowej, nieodwołalnej oraz płatnej na pierwsze żądanie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej w wysokości 1,5% wartości umowy netto ważnej na okres 36 miesięcy. Pozwana zastrzegła jednostronne prawo do zaakceptowania zarówno treści gwarancji jak i instytucji finansowej udzielającej takiej gwarancji.

W § 22 pkt. 1 OWU strony zastrzegły, iż uprawnienia pozwanej z tytułu rękojmi wygasają po upływie trzech lat, licząc od dnia odbioru końcowego. Powód wykonał prace objęte umową z dnia 14 lipca 2011 r. W dniu 3 lutego 2012 r. nastąpił odbiór techniczny robót budowlanych określonych w/w umową. W protokole odbioru stwierdzono, że roboty rozpoczęte dnia 1 sierpnia 2011 r. zostały zakończone dnia 3 lutego 2012 r. Podczas odbioru stwierdzono wady i usterki

wykonanych prac, które zostały opisane w załączniku do protokołu. Jednocześnie komisja odbiorowa składająca się z przedstawicieli obydwu stron uznała roboty za zakończone i odebrane zgodnie z umową.

W dniu 9 i 12 marca 2012 r. powód zgłosił pozwanej gotowość do odbioru usuniętych wad. W dniu 21 marca 2012 r. w obecności przedstawicieli obydwu stron dokonano protokolarnego odbioru usterek wymienionych w protokole końcowego odbioru robót z dnia 03 lutego 2012 r. Stwierdzono usunięcie części usterek, natomiast pozostałe - ujęte w załączniku do protokołu, nie zostały wyeliminowane. Wskazano m.in., że należy wypełnić silikonem styk posadzki przemysłowej i posadzki w holu kasowym po upływie roku od momentu wykonania posadzki.

W dniu 24 kwietnia 2012 r. powód zgłosił gotowość do przeprowadzenia przeglądu z usunięcia usterek i tego samego dnia inwestor-pozwana odmówił odbioru i nie podpisał protokołu. W dniu 22 sierpnia 2012 r. pozwana zwróciła się drogą mailową do powoda, aby dokonał usunięcia wymienionych w piśmie usterek. Powód starał się usunąć usterek, ale w dniu 18 września 2012 r. nadal występował brak przepływu wody grzewczej.

Wypełnienie silikonem spoin posadzki głównej hali zostało wykonane przez podwykonawcę S. Ś. na początku 2013 r.

W trakcie trwania procesu budowlanego pozwana nie potrącała z należności ujętych w kolejnych fakturach VAT wystawianych przez powoda 3% ich wartości tytułem zabezpieczenia należytego wykonania przedmiotu umowy.

W dniu 10 lutego 2012 r. powód wystawił końcową fakturę VAT nr (...) z tytułu wykonania robót zgodnie z umową nr (...) na kwotę 1.998.199,37 zł z terminem płatności na dzień 3 marca 2012 r. Pozwana z w/w faktury VAT zatrzymała kwotę 139.883,24 zł stanowiącą 3% całego wynagrodzenia należnego powodowi za wykonanie umowy nr (...).

Pismem z dnia 20 kwietnia 2012 r. oraz z dnia 19 lipca 2012 r. powód wezwał pozwaną do zapłaty należności wynikającej z powyższej faktury. Na poczet faktury VAT nr (...) pozwana zapłaciła łącznie kwotę 1.750.000 zł.

Pozwem z dnia 9 sierpnia 2012 r. powód P. (...) sp. z o.o. w L. domagał się zasądzenia od pozwanej A. K. kwoty 178.202 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 3 marca 2012 r. do dnia zapłaty oraz kosztami procesu z tytułu pozostałej do zapłaty części należności ujętej w fakturze końcowej VAT nr (...) -01. Powód twierdził, iż pozwana jest uprawniona do zatrzymania tytułem zabezpieczenia lewo ty równej 1,5 % wynagrodzenia netto. W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwana stanęła m. in. na stanowisku, iż nie został spełniony wymóg skutecznego żądania przez powoda zapłaty kwoty stanowiącej równowartość połowy z 3% zatrzymanego przez pozwaną wynagrodzenia netto ustalonego przez strony, ponieważ powód nie usunął usterek i wad stwierdzonych podczas odbioru końcowego. Pozwana wskazała, że powodowa spółka nie może również domagać się zapłaty 1,5% wynagrodzenia netto zatrzymanego przez pozwaną, albowiem nie dostarczyła jej odpowiedniej gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej za wykonane roboty budowlane. Za zasadne uznała zatem zatrzymanie przez nią kwoty 139.883,23 zł, stanowiącej równowartość 3% wynagrodzenia powoda.

Powyzsza sprawa zawisła przed Sądem Okręgowym, Wydział IX Gospodarczy w P. pod sygn. akt (...) W toku postępowania przeprowadzono dowód z opinii biegłej sądowej z dziedziny budownictwa i wyceny nieruchomości K. (...) która stwierdziła, iż część usterek wskazanych przy końcowym odbiorze robót nie została usunięta przez powoda. Nie zostały wyeliminowane następujące wady ujęte w załączniku do protokołu odbioru usunięcia usterek z dnia 21 marca 2012 r.:

- pod numerem: (...). dotycząca elewacji od strony E.: cokoły wykonano niezgodnie z warunkami technicznymi wykonania robót, niewłaściwie i niedokładnie wykończono tynki na styku cokołu z płytą warstwową ścian zewnętrznych hali oraz na styku cokołu z gruntem,

- pod numerem (...) dotycząca elewacji tylnej: występowały w niej drobne ubytki warstwy zewnętrznej tynku na cokolach, niedokładnie wykończył tynki na styku cokołu z gruntem,

- pod numerem (...). dotycząca elewacji zachodniej: niewłaściwie, niedokładnie wykończono tynki na styku cokołu z płytą warstwową ścian zewnętrznych hali oraz na styku cokołu z gruntem,
- pod numerem (...) dotycząca elewacji frontowej: występowały na niej odpryski i ubytki warstwy zewnętrznej tynku na cokołach w części elewacji zachodniej oraz niedokładne wykończenie tynków na styku cokołu z gruntem,
- częściowo nie usunięto usterki określonej pod numerem(...) - w kotłowni występowały zacieki nad kotłem, zacieki na ścianie, przy manometrze, przy grzejniku, ubytki stropu przy przejściach przewodów nad kotłem, ponadto był wyczuwalny zapach gazu w pomieszczeniu.

W dniu 19 grudnia 2013r. Sąd Okręgowy w Poznaniu wydał w sprawie o sygn akt (...) wyrok, w którym zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 38.318,77 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 03 marca 2012r. do dnia zapłaty, w pozostałym zakresie oddalając powództwo, W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Sąd wskazał m. in., że zebrany w sprawie materiał dowodowy, świadczył o tym, że powód nie usunął wszystkich wad wymienionych podczas odbioru końcowego. Do wyeliminowania przez powoda pozostały wady związane z wykonaniem cokołów, w zwłaszcza od strony obiektu E. oraz elewacji zwaną zachodnią. Nie usunięto również wszystkich usterek w pomieszczeniu kotłowni. Oznacza to w ocenie Sądu, że nie został spełniony warunek wypłaty przez pozwaną na rzecz powoda 50% kwoty zabezpieczenia w wysokości 3% wynagrodzenia powoda netto wynikający z § 13 pkt 3 OWU, który stanowił, że 50 % kwoty zabezpieczenia zostanie wypłacone powodowi w 7 dni po końcowym odbiorze robót przez pozwaną i usunięciu wad i usterek stwierdzonych w czasie odbioru. Sąd wyjaśnił także, iż niespornym było, że powód nie dostarczył pozwanej bezwarunkowej, nieodwołalnej oraz płatnej na pierwsze żądanie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej na kwotę stanowiącą 1,5% wartości wynagrodzenia netto ważnej na okres 36 miesięcy. Sąd uznał zatem, iż w tej sytuacji nie aktywował się obowiązek pozwanej do wypłaty na rzecz powoda drugiej części zabezpieczenia, odpowiadającej wysokości 1,5% wynagrodzenia powoda netto. Sąd stwierdził, iż pozwana nie była zobowiązana zgodnie z § 13 pkt 3 w zw. z § 12 pkt 2 OWU do wypłaty na rzecz powoda 3% wynagrodzenia powoda netto tj. kwoty 139.883,23 zł.

Wyrok ten nie był kwestionowany przez żadną ze stron i stał się prawomocny.

Powód usunął wady wskazane w opinii biegłej sądowej w sprawie o sygnaturze akt (...) dotyczące elewacji od strony E., elewacji tylnej, zachodniej i frontowej oraz w kotłowni w 2014r.

W dniu 11 czerwca 2014r. zgłosił pozwanej usunięcie w/w usterek i gotowość do odbioru końcowego z ich usunięcia. Ustalono termin takiego odbioru na 09 lipca 2014r. na godzinę 10.00. Pozwana zaakceptowała w/w termin, a w dniu 09 lipca 2014r. poinformowała telefonicznie przedstawicieli powoda na 20 minut przed ustaloną godziną spotkania, iż się nie stawi, nie podając przyczyn. Powód dokonał jednostronnego końcowego odbioru usunięcia usterek. Protokół z tej czynności został dostarczony pozwanej, która odmówiła jego podpisu.

Powód kilkakrotnie wzywał pozwaną do zapłaty pozostałej części należności zarówno z tytułu faktury VAT nr (...) jak i z tytułu zwrotu zatrzymanej części wynagrodzenia w charakterze zabezpieczenia prawidłowego wykonania umowy i usunięcia wad. Pozwana zatrzymanych środków nie zwróciła.

W oparciu o powyższe ustalenia Sąd Okręgowy uznał, iż żądanie pozwu zasługuje na uwzględnienie.

W przedmiotowej sprawie powód domagał się od pozwanej zapłaty kwoty 139.883,23 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi w sposób wskazany w pozwie oraz kosztami postępowania z tytułu zwrotu zatrzymanej przez pozwaną części wynagrodzenia w charakterze gwarancji należytego wykonania przedmiotu umowy oraz gwarancji usunięcia stwierdzonych wad.

Bezspornym w niniejszej sprawie było, że strony w dniu 14 lipca 2011r. zawarły umowę nr (...) o roboty budowlane, której przedmiotem było wykonanie przez powoda kompleksowej budowy pod klucz hali magazynowej z częścią socjalno-biurową wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną. W umowie strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy w kwocie 4.985.000 zł netto. Niespornym było także, iż pozwana była uprawniona

do zatrzymania 3% w/w kwoty tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz usunięcia stwierdzonych wad. Pozwana z w/w uprawnienia skorzystała.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwana podniosła zarzut powagi rzeczy osądzonej. Wskazała, iż sprawa będąca przedmiotem niniejszego postępowania została już prawomocnie rozstrzygnięta - powództwo zostało oddalone, wyrokiem Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 grudnia 2013r. w sprawie o sygnaturze akt (...). Sąd uznał zarzut pozwanej za niezasadny.

Zgodnie z treścią art. 366 kc wyrok prawomocny ma powagę rzeczy osądzonej tylko co do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia, a ponadto tylko między tymi samymi stronami. Ustawodawca nie definiuje spornego w nauce pojęcia powagi rzeczy osądzonej, określa jedynie jej zakres przedmiotowy oraz podmiotowy (m. in.K. P.). Powaga rzeczy osądzonej (res iudicata) zaliczana jest do tzw, negatywnych przesłanek procesowych i oznacza niedopuszczalność prowadzenia drugiego procesu co do tego samego roszczenia (ne bis in idem), o którym orzeczono prawomocnie, pod rygorem nieważności postępowania (art. 379 pkt 3 kpc). W procesie z powagi rzeczy osądzonej korzystają tylko rozstrzygnięcia merytoryczne zawarte w wyrokach oraz nakazach zapłaty, a w postępowaniu nieprocesowym postanowienia co do istoty sprawy. Powagę rzeczy osądzonej posiadają także orzeczenia sądów zagranicznych.

Przywołany przepis kodeksu cywilnego wskazuje, że granice przedmiotowe powagi rzeczy osądzonej obejmują nie to, co stanowiło granice powództwa, ale to, co stanowiło przedmiot i podstawę faktyczną rozstrzygnięcia w chwili wyrokowania. O tożsamości roszczeń można mówić wówczas, gdy identyczny jest nie tylko przedmiot, lecz także podstawa sporu. Dla tożsamości podstaw sporu niezbędna jest natomiast tożsamość podstawy faktycznej i prawnej roszczenia (postanowienia SN: z dnia 9 czerwca 1971 r., II CZ 59/71, OSNCP 1971, nr 12, poz. 226; z dnia 22 kwietnia 1967 r., I CR 570/66, OSPiKA 1968, z. 7-8, poz. 158). Powaga rzeczy osądzonej dotyczy również sytuacji, gdy żądania obu pozwów nie są identyczne, ale oparte są na tej samej podstawie i zmierzają do tego samego celu.

Z powagi rzeczy osądzonej korzysta jedynie sentencja wyroku, a jego motywy tylko w takich granicach, w jakich stanowią konieczne uzupełnienie rozstrzygnięcia niezbędne do wyjaśnienia jej zakresu, zwłaszcza wtedy, gdy powództwo zostało w całości lub w części oddalone; jeśli natomiast motywy rozstrzygnięcia nie zostały sporządzone, zajdzie konieczność oceny zakresu powagi rzeczy osądzonej na podstawie materiału (akt) sprawy. Zaznaczyć należy, że powagę rzeczy osądzonej mają zarówno wyroki uwzględniające, jak i oddalające powództwo, z tym że zwłaszcza w przypadku orzeczeń o treści negatywnej wystąpić może instytucja znana jako causa superveniens, która dotyczy wygaśnięcia powagi rzeczy osądzonej wskutek zmiany okoliczności faktycznych stanowiących podstawę faktyczną w chwili wyrokowania, np. oddalone z powodu braku wymagalności roszczenie stanie się wymagalne (...).

Przenosząc powyższe rozważania na realia przedmiotowej sprawy wskazać należy, że przedmiotem postępowania (...) były roszczenia powoda wobec pozwanej o zapłatę pozostałej części wynagrodzenia za wykonanie prac objętych umową stron (należność ta została ujęta w fakturze końcowej VAT nr (...) -01) oraz o zwrot połowy zabezpieczenia zatrzymanego przez pozwaną z tytułu gwarancji należytego wykonania umowy. Występuje zatem tożsamość podstawy faktycznej i prawnej roszczenia powoda w sprawie IX GC 1119/12 i w sprawie niniejszej.

Sąd Okręgowy w Poznaniu rozstrzygając o w/w żądaniu powoda w wyroku z dnia 19 grudnia 2013r. oddalił powództwo powyżej kwoty 38.318,77 zł, wskazując, iż zebrany w sprawie materiał dowodowy, świadczył o tym, że powód nie usunął wszystkich wad wymienionych podczas odbioru końcowego (wady związane z wykonaniem cokołów, usterki w pomieszczeniu kotłowni). Powyższe ustalenie skutkowało przyjęciem przez Sąd, że na etapie wydawania wyroku w sprawie (...) nie został spełniony warunek wypłaty przez pozwaną na rzecz powoda 50% kwoty zabezpieczenia w wysokości 3% wynagrodzenia powoda netto wynikający z § 13 pkt 3 OWU, tj. usunięcie wad i usterek stwierdzonych w czasie odbioru końcowego prac. Zatem Sąd uznał, iż roszczenie powoda o zwrot 50% kwoty zabezpieczenia było niewymagalne i to stanowiło podstawę dla oddalenia roszczenia powoda w tej części.

Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 grudnia 2013r. wspominał także, iż nie aktywował się obowiązek pozwanej do wypłaty na rzecz powoda także drugiej części zabezpieczenia, odpowiadającej wysokości 1,5%

wynagrodzenia powoda netto, albowiem powód nie dostarczył pozwanej bezwarunkowej, nieodwołalnej oraz płatnej na pierwsze żądanie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej na w/w kwotę. Jednakże w/w należność nie była objęta żądaniem pozwu w sprawie (...)

Analiza stanowisk stron i materiału dowodowego w niniejszej sprawie wskazuje, iż w zarzut pozwanej „res iudicata” jest niezasadny, albowiem w przedmiotowym postępowaniu wystąpiła tzw. causa superveniens. Powaga rzeczy osądzonej co do żądania powoda zwrotu kwoty zatrzymanej przez pozwaną tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy i usunięcia wad, będącego przedmiotem prawomocnego rozstrzygnięcia Sądu w sprawie (...) wygasła wskutek zmiany okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę faktyczną w chwili wyrokowania w sprawie (...), albowiem roszczenie w/w powoda stało się wymagalne.

Jak już wcześniej wskazano, podstawą dla oddalenia żądania powoda o zasądzenie od pozwanej kwoty stanowiącej 50% kwoty zabezpieczenia w wysokości 3% wynagrodzenia powoda netto, było ustalenie przez Sąd w sprawie (...), iż nie zaistniały wskazane w umowie stron i stanowiących jej integralną część warunkach ogólnych umowy o wykonanie robót budowlano-montażowych przesłanki zwrotu tej kwoty, tj. usunięcie usterek i wad stwierdzonych w protokole odbioru końcowego robót budowlanych. Analiza zgromadzonego w niniejszej sprawie materiału dowodowego, tj. dokumentów przedłożonych przez strony oraz zeznań świadków; J. W. (1) i T. K. (1) wskazuje, iż na dzień rozstrzygnięcia sprawy (...)w/w okoliczność faktyczna uległa zmianie,

W oparciu o w/w materiał dowodowy Sąd Okręgowy ustalił, że w 2014r. powód usunął pozostałe wady i usterek wskazane w protokole końcowym odbioru prac, a w szczególności te, wyliczone przez biegłą sądową z dziedziny budownictwa i wyceny nieruchomości K. (...) w opinii sporządzonej na potrzeby sprawy (...). Powyższe potwierdza protokół jednostronnego końcowego odbioru usunięcia usterek z dnia 09 lipca 2014r. oraz zeznania świadków - J. W. (1) - pracownika powoda i T. K. (1) - współpracownika i męża pozwanej. Powyższe dowody nie były kwestionowane przez żadną ze stron, a Sąd nie miał żadnych podstaw, aby odmówić im wiarygodności.

Wobec powyższego zarzut pozwanej „res iudicata” nie mógł zostać uwzględniony w niniejszej sprawie, bowiem pomimo tożsamości podmiotowej stron sporu w sprawach (...) i (...) oraz zbieżności podstawy faktycznej i prawnej w tych sprawach, doszło do zmiany okoliczności faktycznych mających wpływ na rozstrzygnięcie - roszczenie niewymagalne stało się wymagalne.

Umowa z dnia 14 lipca 2011r. nr (...) o roboty budowlane oraz stanowiące jej integralną część warunki ogólne umowy o wykonanie robót budowlano-montażowych; przewidywały możliwość zatrzymania przez pozwaną części wynagrodzenia powoda tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz usunięcia stwierdzonych wad i usterek. Powód ustanowił na rzecz pozwanej kwotę zabezpieczenia w wysokości 3% wynagrodzenia netto, która miała być potrącana z każdej faktury wystawionej przez powoda i zaakceptowanej przez pozwaną (§ 12 pkt. 2 OWU). Zwrot w/w zabezpieczenia miał się odbywać dwójako: 50% kwoty zabezpieczenia miało zostać zapłacone wykonawcy - powodowi w 7 dni po końcowym odbiorze robót przez zamawiającego - pozwaną i usunięciu wad i usterek stwierdzonych w czasie odbioru, a drugie 50% kwoty zabezpieczenia miało zostać zwrócone po dostarczeniu pozwanej zabezpieczenia w postaci bezwarunkowej, nieodwołalnej oraz płatnej na pierwsze żądanie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej w wysokości 1,5% wartości umowy netto, ważnej na okres 36 miesięcy.

Powód w niniejszym postępowaniu wykazał, iż ostatecznie usunął usterek i wady stwierdzone w protokole końcowego odbioru robót z dnia 3 lutego 2014r. do dnia 9 lipca 2014r. Zatem, zgodnie z § 13 OWU, aktywował się obowiązek pozwanej zwrotu połowy zatrzymanej tytułem zabezpieczenia kwoty, tj. 69.941,61 zł, po upływie siedmiu dni od dnia stwierdzenia usunięcia usterek i wad, tj. 16 lipca 2014r.

Zgodnie z przywołanymi postanowieniami OWU druga część zabezpieczenia miała zostać zwrócona powodowi po dostarczeniu pozwanej bezwarunkowej, nieodwołalnej oraz płatnej na pierwsze żądanie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej w wysokości 1,5% wartości umowy netto, ważnej na okres 36 miesięcy. Niespornym w niniejszej sprawie było, iż powód takie gwarancji pozwanej nie dostarczył.

Oceniając zasadność odmowy zwrotu tej części zabezpieczenia przez pozwaną nie można pominąć celu jakiemu zabezpieczenie to miało służyć. Intencją stron umowy z dnia 14 lipca 2011r. było bowiem, aby poprzez zatrzymanie części wynagrodzenia powoda, pozwana uzyskała zabezpieczenie swoich ewentualnych roszczeń z tytułu nienależytego wykonania umowy oraz nieusunięcia stwierdzonych wad. W umowie co prawda nie wskazano, w jaki sposób ma nastąpić zwrot w/w zabezpieczenia, jeśli powód nie przedstawi pozwanej gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, jednakże uprawnienie pozwanej do zatrzymania części wynagrodzenia powoda z tego tytułu uprawnienie nie może mieć charakteru bezterminowego. W § 22 pkt. 1 warunków ogólnych umowy o wykonanie robót budowlano - montażowych zastrzeżono, iż uprawnienia (pозwanej) z tytułu rękojmi wygasają po upływie 3 lat, licząc od dnia odbioru końcowego. Nadto, zgodnie z § 13 OWU, gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, która powód miał dostarczyć pozwanej, również miała obowiązywać przez okres 36 miesięcy. Powyższe postanowienia, w ocenie sądu, pozwalają na przyjęcie, że intencją stron umowy było zapewnienie pozwanej gwarancji należytego wykonania prac budowlano - montażowych przez okres trzech lat, licząc od dnia zakończenia robót, tj. od dnia protokolarnego, końcowego odbioru prac. Okres ten już upłynął. Roboty budowlane wykonane przez powoda odebrano w dniu 03 lutego 2012r. Trzyletni termin upłynął więc z dniem 03 lutego 2015r. Z upływem tego terminu aktywował się obowiązek pozwanej zwrotu zatrzymanych tytułem zabezpieczenia środków pieniężnych lub też wskazania powodowi, iż środki te przeznaczyła na zaspokojenie swoich roszczeń gwarancyjnych, czyli np. na zastępcze usunięcie stwierdzonych i niewyeliminowanych przez powoda wad. Pozwana nie wykazała natomiast w toku postępowania, aby takie zdarzenia miały miejsce.

W szczególności strona pozwana nie udowodniła, aby w trzyletnim okresie gwarancji w pracach budowlanych wykonanych przez powoda wystąpiły nowe wady, poza tymi stwierdzonymi w sprawie (...) których poprzednio powód nie usunął, pomimo wezwania pozwanej. Świadek T. K. (1) zeznał, iż w tym okresie wystąpiły nowe usterki w szczególności dotyczące chodnika (zbierała się woda), dachu (przecieki), nagrzewnicy, studni wodomierzowej (nasiąkanie wodą). Jednakże już z zeznań tego świadka wynika, iż powód kwestionował charakter w/w usterek i ich związek z pracami wykonanymi przez jego firmę. Przykładowo powód odmówił uznania reklamacji nagrzewnicy} albowiem pozwana na własną odpowiedzialność dopuściła się ingerencji w urządzenie - zamontowała termostat. Powyższe potwierdził także świadek J. W. (2) czak. Pozwana, wbrew ciężącemu na niej obowiązkowi wynikającego z art. 6 kc, nie przedstawiła dowodów, które pozwoliłyby na ustalenie, iż owe usterki opisane w zeznaniach przez świadka T. K. (1) są wadami w rozumieniu przepisów prawa budowlanego, a nadto, że pozostawały one w związku z pracami powoda i powstały w skutek niezgodnego z zasadami sztuki budowlanej działania powoda. Za niewystarczające w tej kwestii Sąd uznał zeznania świadka T. K. (1). Nadto pozwana nie udowodniła, iż konkretne usterki nie zostały przez powoda usunięte. Analiza zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności zeznań świadka J. W. (1) prowadzi do wniosku wręcz przeciwnego. Świadek ten bowiem zeznał, iż część z „nowych” usterek wskazanych przez T. K. (1) została przez powoda usunięta.

Strona pozwana co prawda przedłożyła dokumenty w celu wykazania w/w okoliczności, w postaci: wiadomości e-mail i faktury za wykonanie zastępcze, jednakże zrobiła to już po zamknięciu rozprawy, nie powołując się na te okoliczności w sprzeciwie do nakazu zapłaty . w tych okolicznościach Sąd nie przeprowadził tych dowodów uznając je za spóźnione. Nawet gdyby uznać, że w/w wniosek dowodowy pozwanej nie był spóźniony, to w ocenie Sądu powyższe dokumenty nie mogą być uznane za wystarczające dla wykazania, iż wskazane w nich uchybienia były wadami, za które odpowiedzialność należy przypisać powodowi. Do zweryfikowania powyższych okoliczności konieczne jest posiadania wiadomości specjalnych z zakresu budownictwa. Zatem dowodem, który pozwalałby na zweryfikowanie twierdzeń pozwanej w tym zakresie byłby dowód z biegłego sądowego z dziedziny budownictwa, a pozwana z takim wnioskiem dowodowym w toku postępowania nie wystąpiła.

Sąd Okręgowy wskazał, że pozwana nie przedłożyła żadnych dokumentów, które potwierdzałyby zgłaszanie przez nią powodowi stwierdzonych usterek, zgodnie z procedurą przewidzianą w umowie stron - § 25 umowy. W szczególności nie przedstawiła pisemnego zawiadomienia powoda o wykryciu wady. Natomiast zgodnie z w/w postanowieniami umowy, winna była powoda poinformować o wystąpieniu wady w drodze pisemnej, korespondencja e-mail miała stanowić tylko dodatkową metodę informowania, nie zastępując formy podstawowej - pisemnej. Nadto większość

korrespondencji elektronicznej załączonej do spóźnionego wniosku pozwanej dotyczyła okresu już po wygaśnięciu trzyletniego okresu gwarancji, więc nie wskazywała ona tak naprawdę w jakim okresie powstały wady w niej wskazywane i czy powód w ogóle ponosiłby za nie odpowiedzialność.

Reasumując, Sąd Okręgowy uznał, iż pozwana nie udowodniła, aby zatrzymana przez nią kwota stanowiąca 1,5% wartości umowy netto tytułem zabezpieczenia usunięcia wad w okresie gwarancji, została przez nią wydatkowana na zaspokojenie swoich roszczeń gwarancyjnych, czyli np. na zastępcze usunięcie stwierdzonych usterek, których powód nie wyeliminował. Tym samym z upływem trzyletniego okresu gwarancji, tj. z dniem 03 lutego 2015r. aktywował się jej obowiązek zwrotu powodowi zatrzymanych z tego tytułu środków pieniężnych.

O odsetkach ustawowych orzeczono na podstawie art. 481 § 112 k.c.

Powyższy wyrok zaskarżyła apelacją pozwana, który powołując się na:

- 1) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż w okolicznościach niniejszej sprawy powód w sposób należyty wykazał tak co do zasady jak i wysokości roszczenie dochodzone w niniejszym postępowaniu, w szczególności ustaleniu, że upłynął okres gwarancji uprawniający do domagania się zwrotu 50 % kwoty zabezpieczenia,
- 2) naruszenie prawa materialnego oraz procesowego tj. art. 6 k.c. w związku z art. 232 k.p.c. poprzez przyjęcie, że powód wywiązał się z obowiązku wykazania okoliczności będących podstawą niniejszego powództwa, podczas gdy zebrany w sprawie materiał dowodowy, składający się w głównej mierze z dowodów osobowych jest niewystarczający do stwierdzenia tak zasady jak i wysokości kwestionowanego przez pozwaną roszczenia,
- 3) naruszenie prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego i przyjęcie, że roszczenie powoda jest zasadne i udowodnione, pomimo, że przedłożone dowody w żadnym razie nie pozwalają na przyjęcie, że w okolicznościach sprawy powód udowodnił swoje roszczenie,
- 4) naruszenie prawa procesowego tj. art. 233 k.p.c. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów z zeznań świadka J. W. (1), w zakresie w jakim Sąd na podstawie zeznań tego świadka za udowodnione przyjął okoliczności braku zgłoszenia wad i usterek w okresie gwarancji, oraz usuwania na bieżąco wad i usterek zgłaszanych w okresie gwarancji
- 5) naruszenie prawa procesowego, tj. art. 233 k.p.c. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów, w zakresie w jakim za niewystarczające Sąd uznał zeznania świadka T. K. (1) na okoliczności istnienia i zgłoszenia wad oraz usterek w okresie gwarancji, jak również w zakresie w jakim za niewystarczające Sąd uznał zeznania świadka T. K. (1) na okoliczność nieusunięcia przez powódkę wszystkich zgłoszonych w okresie gwarancji wad i usterek,
- 6) naruszenie prawa procesowego, tj. art. 233 k.p.c. poprzez dowolną, a nie swobodną ocenę dowodów w zakresie, w jakim bez uzasadnionej przyczyny w przypadku rozbieżności w zeznaniach świadka J. W. (1) oraz świadka T. K. (1), za wiarygodne Sąd uznał zeznania J. W. (1),
- 7) naruszenie art. 232 k.p.c. poprzez niedopuszczenie i nieprzeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, podczas gdy przeprowadzenie przedmiotowego dowodu było niezbędne do wydania prawidłowego rozstrzygnięcia.

Z powołaniem na powyższe apelująca wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Sąd Okręgowy na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, ocenionego bez przekroczenia granic określonych treścią art. 233§1 kpc dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych oraz trafnie określił ich prawne konsekwencje. Ustalenia te oraz ich prawną ocenę Sąd Apelacyjny podziela, przyjmując je jako własne.

Odnosnie do zarzutu naruszenia art. 6 kc przez przyjęcie, że powód wywiązał się z obowiązku wykazania okoliczności będących podstawą niniejszego powództwa należy wskazać, że tak sprecyzowany zarzut jest chybiony.

Art. 6 kc dotyczy jedynie negatywnych skutków związanych, w myśl przepisów prawa cywilnego, z nieudowodnieniem przez stronę faktów, z których wywodzi ona skutki prawne (aspekt materialnoprawny rozkładu ciężaru dowodu). Poza jego dyspozycją pozostaje natomiast aspekt procesowy, w tym m.in. kwestia, czy strona wywiązała się z obowiązku udowodnienia faktów, z których wywodzi określone skutki prawne (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt I CSK 23/10, niepubl.; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, niepubl.; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 grudnia 2000 roku, sygn. akt II CKN 420/00, niepubl.).

W myśl ogólnych zasad na powodzie spoczywa obowiązek udowodnienia faktów uzasadniających jego roszczenie, a na stronie pozwanej obowiązek udowodnienia okoliczności uzasadniających jej wnioski o oddalenie powództwa (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 3 października 1969 r., II PR 313/69, OSNCP 1979, nr 9, poz. 147 i z dnia 20 kwietnia 1982 r., I CR 79/82, nie publ.).

Sąd Okręgowy zasady tej nie naruszył na co jednoznacznie wskazuje treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku, w którym Sąd I instancji prawidłowo określił wynikające z art. 6 kc obowiązki stron i trafnie uznał, że udźwignęła je jedynie strona powodowa.

Wbrew stanowisku apelacji Sąd Okręgowy nie naruszył też art. 316 § 2 kc. Zgodnie z tym przepisem rozprawa powinna być otwarta na nowo, jeżeli istotne okoliczności ujawniły się dopiero po jej zamknięciu. Strona wnioskująca o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy (czy też zarzucająca w apelacji sądowi I instancji zaniechanie uwzględnienia wniosku w tym zakresie) musi wykazać więc, że dopiero po zamknięciu rozprawy ujawniły się (stały się jej wiadome) okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia. W przepisie tym chodzi o fakty nowe - jakościowo różne od wcześniej istniejących lub o okoliczności już wcześniej zaistniałe, ale które uległy zmianie po zamknięciu rozprawy. Tak więc zmiana może polegać na powstaniu całkiem nowych okoliczności obok już istniejących, lub na modyfikacji wcześniej istniejących. Nie uzasadnia żądania otwarcia rozprawy na nowo jedynie stwierdzenie potrzeby dodatkowego odniesienia się lub powołania dowodów w związku ze stanowiskiem przedstawionym przez stronę przeciwną na rozprawie, jeśli potrzeba ta nie opiera się o okoliczności mające cechy nowości w przedstawionym wyżej rozumieniu.

Tymczasem w niniejszej sprawie strona pozwana we wniosku o otwarcie rozprawy na nowo powołała się, że wniosek ten składa z uwagi na zeznania J. W. (1), które poświadczają nieprawdę.

Trzeba zatem zauważyć, że dowód świadek zeznawał na rozprawie w dniu 8.11.2016r. w obecności pozwanej i jej pełnomocnika, a po przeprowadzeniu tego dowodu złożył zeznania św. T. K., który prowadzi przedsiębiorstwo pozwanej.

Już wówczas można było złożyć wniosek o przeprowadzenie dowodu z dokumentów dołączonych do pisma z 17.11.2016r., które z jednym wyjątkiem - faktury (...) wystawionej ponad pół roku przed zamknięciem rozprawy - pochodziły przy tym z lat 2012-2014.

Wszystkie okoliczności i dowody, na które powoływała się pozwana w piśmie zawierającym wniosek o otwarcie zamkniętej rozprawy na nowo były jej znane wcześniej i winny być złożone już w odpowiedzi na pozew.

Z całą pewnością pozwana miała możliwość złożenia tych dowodów przed zamknięciem rozprawy i nie można tu mówić o nowych okolicznościach i dowodach w rozumieniu art. 316 § 2 kpc.

W procesie cywilnym obowiązuje zasada koncentracji materiału dowodowego. Jest to szczególnie istotne w sprawach gospodarczych.

Pozwana była fachowo reprezentowana w postępowaniu przed Sądem Okręgowym i nie może powoływać się na brak wiedzy o tym, w jakim terminie winny być zgłoszone wnioski dowodowe.

Pozwana swoją obronę w sprawie opierała przede wszystkim na zarzucie formalnym (*res iudicata*) domagając się odrzucenia pozwu.

W wystąpieniu przed Sądem Okręgowym pełnomocnik pozwanej wyraźnie wskazał, że z uwagi na złożenie zarzutu *res iudicata* nie widział potrzeby złożenia wniosku o przeprowadzenie dowodu z dokumentów przed rozpoznaniem tego zarzutu.

Zgodnie jednak z art. 221 kpc pozwany nie może odmówić wdania się w spór co do istoty sprawy - ze wszystkimi konsekwencjami w zakresie obowiązków dowodowych - chociaż wniósł zarzuty formalne.

Nie daje podstaw do zastosowania art. 316 § 2 kpc okoliczność, że fachowo reprezentowana strona, pozwana w procesie gospodarczym, dopiero po tygodniu od zamknięcia rozprawy doszła do wniosku, że dotychczas zaoferowane przez nią środki dowodowe mogą być niewystarczające do wygrania sprawy.

W istocie skarżąca zmieniła też po zamknięciu rozprawy koncepcję obrony w postępowaniu i nie podnosi już w środku odwoławczym, że pozew powinien być odrzucony.

Nie sposób zatem zakwestionować stanowiska Sądu Okręgowego, co do braku podstaw do otwarcia rozprawy na nowo.

Nie zachodzi zarzucane w środku odwoławczym naruszenie art. 233 § 1 kpc przez brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego i przyjęcie, że roszczenie powoda jest zasadne i udowodnione, mimo że przedłożone w sprawie dowody w żadnym razie nie pozwalają na przyjęcie, że w okolicznościach sprawy powód udowodnił swoje roszczenie. Tak sformułowany zarzut naruszenia art. 233 § 1 kpc jest chybiony.

Przepis ten dotyczy oceny dowodów. Naruszenie tego przepisu może więc polegać na tym, iż sąd z naruszeniem zasady swobodnej oceny dowodów przyjął za wiarygodny określony dowód lub też odmówił wiarygodności konkretnemu dowodowi. Strona, która podnosi taki zarzut musi przy tym wykazać, o jaki konkretnie dowód chodzi i na czym polega przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów.

Przepis art. 233 § 1 k.p.c. reguluje jedynie kwestię oceny wiarygodności i mocy (wartości) dowodowej przeprowadzonych w sprawie dowodów, a nie poczynionych ustaleń faktycznych, czy wyprowadzonych z materiału dowodowego wniosków. Zaniechanie zaś wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału, czy też pominięcie przez sąd przy wyrokowaniu określonej okoliczności faktycznej, nawet jeżeli strona uważają za okoliczność istotną dla rozstrzygnięcia sprawy - nie stanowi o naruszeniu powyższego przepisu (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2003 r., II CK 293/02).

Tak postawiony zarzut dotyczy sprzeczności istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału.

Jednak i tego zarzutu nie można uznać za skuteczny.

Skarżąca ogranicza się bowiem do prezentacji własnej wersji stanu faktycznego, co stosownie do utrwalonych poglądów doktryny i judykatury nie może być uznane za skuteczne wykazanie zarzutu sprzeczności istotnych ustaleń sądu z treścią zebranego w sprawie materiału.

Sąd Okręgowy nie naruszył też art. 233 § 1 kpc przy dokonywaniu dowodu z zeznań świadków J. W. i T. K..

W odnoszący się do tego zarzutu fragmencie części motywacyjnej środka odwoławczego skarżąca powołuje się jedynie na to, że Sąd Okręgowy oparł swoje rozstrzygnięcie w znacznej mierze na zeznaniach św. J. W. przy jednoczesnym uznaniu za niewystarczające zeznań świadka T. K., w zakresie w jakim wskazywał on, iż strona powodowa miała wiedzę o istnieniu nowych wad i usterek oraz że wad tych nie usunęła.

Trzeba zatem wskazać, że w ramach swobodnej oceny dowodów sąd ma prawo eliminować pewne dowody nie dające wiary lub uznając je za nieistotne. Jeżeli swoje stanowisko uzasadni przez wskazanie określonych w art. 233 § 1 k.p.c. przesłanek wyboru to nie narusza powołanego przepisu.

W związku z tym skarżąca winna wykazać w środku odwoławczym, że Sąd Okręgowy rażąco naruszył ustanowione w powołanym przepisie zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów i że naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik sprawy.

Skarżąca ogranicza się jednak w tym zakresie jedynie do wskazania jakoby twierdzenia świadka J. W. czeka co do usuwania przez powoda usterek i wad w okresie gwarancji nie zostały potwierdzone jakimikolwiek dowodami.

Trzeba zatem zauważyć, że strona nie stawiała się w dniu 9 lipca 2014r. na końcowy odbiór usunięcia usterek, mimo że wcześniej zaakceptowała zaproponowany przez powoda termin tej czynności.

W konsekwencji strona powodowa dokonała jednostronnego odbioru usunięcia usterek.

Taki dokument potwierdza zasadność stanowisko strony powodowej, a pozwana odmawiając ostatecznie udziału w czynnościach odbiorowych pozbawiała się możliwości zgłoszenia ewentualnych zastrzeżeń w treści przedmiotowego protokołu.

Nie sposób zatem uznać, by strona pozwana wykazała, by Sąd Okręgowy przy dokonywaniu oceny dowodów uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, a tylko to może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie stron o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu.

Wykazanie przez stronę powodową, że strona powodowa usunęła usterki, których stwierdzenie w opinii biegłej K. (...) stało się przyczyną częściowego oddalenia powództwa w sprawie (...) nie budzi wątpliwości.

Wszak nawet z zeznań T. K. wynika, że powód usunął usterki dotyczące elewacji i cokołów oraz kotłowni wskazane w powołanej ekspertyzie.

Świadek wskazał jedynie jakoby pojawiły się inne usterki, których strona powodowa jakoby nie usunęła.

Jednak z zeznań świadka J. W. wynikało, że powód usunął także te nowe usterki za wyjątkiem tych, co do których kwestionowała, by były one związane z niewłaściwym wykonaniem przez nią robót objętych umową.

Brak jest także podstaw do kwestionowania stanowiska Sądu Okręgowego co do przyjęcia, że pozwana nie wykazała także podstaw odpowiedzialności powoda co do awarii nagrzewnicy.

Skarżąca wywodzi, że to powoda obciąża obowiązek wykazania, że samowolna ingerencja pozwanego w to urządzenie (zainstalowanie termostatu) stanowi przyczynę powstania wady.

Tymczasem problem nie sprowadza się do tego, czy zainstalowanie termostatu w nagrzewnicy przez pozwaną spowodowało wadę nagrzewnicy. Zasadą przy stosunku rękojmi i gwarancji jest, że uprawniony nie może dokonywać samodzielnych napraw i przeróbek przedmiotu umowy i to pod rygorem utraty praw wynikających z rękojmi.

Zasadę tę przyjęły także strony w § 28 ust.4 umowy, gdzie wskazano, że „drobne naprawy mogą być wykonywane przez Zamawiającego na koszt Wykonawcy po uprzednim pisemnym zawiadomieniu Wykonawcy, bez utraty przez Zamawiającego uprawnień wynikających z rękojmi(k. 18v).

Nie sposób jednak uznać, by tak daleko idąca ingerencja pozwanej w nagrzewnicę stanowiła drobną naprawę.

To pozwana winna wykazać, że naruszenie warunków rękojmi przez samowolną ingerencję w nagrzewnicę nie daje podstaw do pozbawienia jej uprawnień z rękojmi, w szczególności, że była to drobna naprawa i że powód został o niej pisemnie zawiadomiony.

Słusznie też wskazał Sąd Okręgowy, że skarżąca nie wykazała, by te usterki zgłaszała powodowi w trybie określonym w § 25 umowy z 14.07.201 r.

Rację ma wreszcie Sąd Okręgowy, że ustalenie, czy za wady, o które chodzi stronie pozwanej ponosi odpowiedzialność strona powodowa nie mogło być dokonane w oparciu o zgłoszone przez stronę pozwaną dowody.

Kwestia ta wymagała wiedzy specjalnej, a strona pozwana nie zgłosiła wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego,

W tym zakresie skarżąca zarzuca naruszenie art. 232 kpc poprzez nieprzeprowadzenie przez Sąd Okręgowy z urzędu dowodu z opinii biegłego. Zarzut ten nie może być uznany za uzasadniony.

Jak wskazano w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2017 r. V CSK 296/16 odnoszącego się do nieprzeprowadzenia z urzędu dowodu z opinii biegłego, artykuł 232 zd. 2 k.p.c. stanowi wyjątek od zasady kontrydiktoryjności, a więc dopuszczenie przez sąd dowodu z urzędu może nastąpić jedynie wtedy, gdy nie ma innej możliwości doprowadzenia do właściwego rozstrzygnięcia sprawy. Jest to prawo sądu, a nie obowiązek i skorzystanie z tego uprawnienia uzależnione jest od oceny sytuacji procesowej danej sprawy, natomiast nie może być wynikiem niekorzystania ze środków procesowych przez stronę, zwłaszcza reprezentowaną przez zawodowego pełnomocnika.

W niniejszej sprawie gospodarczej fachowo reprezentowana strona kierując się zasadami przyjętej przez siebie taktyki procesowej świadomie nie złożyła przez zamknięciem rozprawy wniosku o przeprowadzenie dowodu z posiadanych przez siebie dokumentów, które aktualnie uważa za istotne dla sprawy.

Wymaganie by w takiej sytuacji Sąd Okręgowy dopuszczał nie wnioskowany przez stronę dowód z opinii biegłego nie znajdowałoby uzasadnienia.

Nie jest rolą biegłego gromadzenie materiału dowodowego, a jedynie dokonanie oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w zakresie wymagającym wiedzy specjalnej.

Należy przy tym zauważyć, że pozwana nie wnioskowała o przeprowadzenie takiego dowodu także w piśmie zawierającym wniosek o otwarcie zamkniętej rozprawy na nowo.

Nie może być uznane za uzasadnione zarzucanie Sądowi Okręgowemu, że nie dopuścił spóźnionych wniosków dowodowych pozwanej a nadto dowodu przez tę stronę w ogóle nie wnioskowanego.

Byłoby to wszak postępowanie sprzeczne z zasadą kontrydiktoryjności, która w procesie cywilnym w dalszym ciągu obowiązuje i odstępstwa od niej nie mogą być tak daleko idące jak to postuluje się w apelacji.

Art. 232 zd. 2 kpc nie może być rozumiany jako uzasadniający zwolnienie strony od ryzyka przegrania procesu wskutek własnych zaniechań.

Nie zasługują na uwzględnienie wywody apelacji odnoszące się do żądania zwrotu 50% zabezpieczenia, co miało nastąpić po przedstawieniu przez powódkę bezwarunkowej, nieodwołalnej oraz płatnej na pierwsze żądanie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, w wysokości 1,5% wartości umowy netto, ważnej na okres 36 miesięcy.

Sąd I instancji prawidłowo uznał, że mimo nieprzedłożenia przez powoda takiej gwarancji już sam upływ wskazanego czasu stanowił wystarczającą podstawą domagania się zwrotu przedmiotowej części kwoty.

Skarżąca kwestionując to stanowisko akcentuje, że nie upłynął jeszcze okres udzielonej przez powoda gwarancji (jakości).

Trzeba jednak zauważyć, że okres ważności gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej, której dostarczenie przez powoda miało być podstawą zwrotu przedmiotowej części zabezpieczenia, był w umowie stron określony w sposób sztywny (36 miesięcy) i w żaden sposób nie był on związany z terminami udzielonej przez powoda gwarancji jakości.

Na mocy tego postanowienia umownego pozwana miała niezwłocznie po otrzymaniu gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej określonej w § 13 ust. 3 umowy zwrócić powodowi 50% kwoty zabezpieczenia.

Pozwana mogła zatem liczyć na zaspokojenie swoich roszczeń najpóźniej przez 36 miesięcy od otrzymania takiej gwarancji, co miało nastąpić po końcowym odbiorze robót.

Termin ten już upłynął.

W rzeczywistości pozwana przedmiotowej części kwoty zabezpieczenia w ogóle nie zwróciła powodowi.

W konsekwencji kwota ta pozostawała do jej dyspozycji i pozwana mogła np. ulokować ją na oprocentowanym rachunku bankowym, odnosząc w ten sposób korzyść, której by nie uzyskała w przypadku zwrotu tej części kwoty zabezpieczenia po uzyskaniu gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej. Sytuacja pozwanej była zatem lepsza niż w przypadku gdyby zwrotu dokonała tej części kwoty zabezpieczenia po otrzymaniu gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 kpc oddalił apelację.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu w instancji odwoławczej znajdowało oparcie w art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. oraz § 2 pkt 6 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

Mikołaj Tomaszewski Jerzy Geisler Piotr Górecki