

Sygn. akt I ACa 64/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 marca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Władysław Pawlak
Sędziowie:	SSA Zbigniew Ducki SSA Grzegorz Krężolek (spr.)
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Lech

po rozpoznaniu w dniu 26 marca 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa K. G. (1)

przeciwko Przedsiębiorstwu Budowlano - Usługowo - Handlowemu (...) Spółce z o.o. w K.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 23 października 2014 r. sygn. akt VII GC 112/13

1. oddala obydwie apelacje;

2. znosi wzajemnie między stronami koszty postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt : I ACa 64/15

UZASADNIENIE

K. G. (1) w pozwie skierowanym przeciwko Przedsiębiorstwu Budowlano - Usługowo - Handlowemu (...) - spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K. domagała się zasądzenia kwoty 470 000 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 21 marca 2013r oraz obciążenia przeciwniczki procesowej kosztami postępowania .

Uzasadniając żądanie wskazała , że dochodzona należność stanowi świadczenie z tytułu kary umownej za nie usunięcie wad pokrycia dachowego z blachy tytan - cynk patyna grafit na budynku salonu sprzętu , który prowadzi w K. w ramach działalności gospodarczej. Wykonanie pokrycia tym materiałem było jednym z zadań strony pozwanej , która wznosiła salon , na podstawie wiążącej strony umowy o roboty budowlane , zawartej w dniu 21 lutego 2009r.

Powódka twierdziła, że zgodnie z porozumieniem stron wada pokrycia miała zostać usunięta do dnia 6 czerwca 2010r, swojego obowiązku w tym zakresie wykonawca nie zrealizował do chwili wniesienia pozwu.

Powołując jako podstawę swojego roszczenia postanowienie §12 pkt 1 pkt b/ umowy twierdziła, że dochodzi od spółki (...) kary umownej za 695 dni opóźnienia w usunięciu przebarwień blachy, a okres pomiędzy 7 czerwca 2010r a 12 marca 2013r - daty przed sądowego wezwania do zapłaty, co przy ogólnej wartości całego przedmiotu umowy (...). 384, 924, 95 zł, i ustalonej umownie o, 02 % stawki kary, pozwala określić wysokość należnego jej świadczenia na 676, 98 złotego za każdy dzień opóźnienia po stronie wykonawcy, łącznie uzasadniając wskazany przez nią zakres ilościowy dochodzonego roszczenia.

Odpowiadając na pozew strona pozwana domagała się oddalenia powództwa w całości oraz obciążenia K. G. (1) kosztami postępowania.

W swoim stanowisku procesowym przyznała, że łączyła strony umowa o roboty budowlane zawarta 21 kwietnia 2009r, tym nie mniej podnosiła, że wszystkie obowiązki umowne zrealizowała prawidłowo. Negując zasadność dochodzenia kary umownej za nieterminowe usuwanie wad blachy użytej na pokrycie dachu salonu w postaci jej przebarwień podnosiła, że rodzaj użytej blachy był wskazany przez powódkę za sugestią projektanta budynku, wobec czego nie może ona skutecznie wywodzić z jej wad roszczenia określonego pozwem.

Spółka (...) przy tym nie mogła stwierdzić wad materiału, w czasie jego montowania, którego dokonała niezwłocznie po zakupie, w okresie sierpnia i września 2009r, te bowiem ujawniły się dopiero po okresie zimowym, w marcu 2010r, w około 6 miesięcy po zakończeniu prac montażowych.

Oceniała samo roszczenie jako niezasadne także wobec jego przedwczesności argumentując, że producent blachy tytan - cynk spółka z o.o. (...) objął materiał trzydziestoletnią gwarancją.

Wykonawca potwierdził, że zamawiająca zgłosiła mu wady w kolorystyce blachy pismem z 12 kwietnia 2010r ale konsekwentnie nie przystawała na te propozycje ich usuwania, które były formułowane zarówno przez stronę pozwaną jak i producenta blachy, domagając się wymiany pokrycia dachowego w całości przy użyciu nowego [niewadliwego] materiału.

Spółka (...) wskazywała, iż nie jest jasne jaka jest przyczyna stwierdzonych przebarwień sugerując, że wada ta nie tkwi w samej blasze ale jest wynikiem oddziaływania na nią bliżej nieokreślonych czynników zewnętrznych, mających swoje źródło w cechach środowiska, w sąsiedztwie budynku salonu.

W ramach swojego stanowiska, na wypadek nie podzielenia tych argumentów i uznania, że świadczenie powódki jest uzasadnione, domagała się miarkowania kary umownej, wobec jej nieprawidłowego / zawyżonego/ naliczenia. W ramach tego wniosku wskazywała także, że poniosła już konsekwencje finansowe niezasadnego zatrzymania przez K. G. (1) kwoty kaucji gwarancyjnej w wysokości 84 356, 72 złotego o którą ograniczone zostało wypłacone przez zamawiającą wynagrodzenie wykonawcy budynku.

Pozwana wnosiła o przypozwanie Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowo - Handlowego (...) spółki jawnej w L., od której zakupiła blachę na pokrycie salonu powódki. [Podmiot ten nie zgłosił swojego udziału w sprawie]

Wyrokiem z dnia 23 października 214r Sąd Okręgowy w Kielcach :

- zasądził od strony pozwanej na rzecz powódki kwotę 235 000 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 21 marca 2013r oraz kwotę 16 062, 76zł tytułem kosztów procesu [pkt I],

- w pozostałym zakresie powództwo oddalił [pkt II]

- nakazał ściągnąć na rzecz Skarbu Państwa z zasądzonych roszczenia od powódki kwotę 65 złotych tytułem części kosztów sądowych [pkt III]

- taka sama sumę , z tego tytułu nakazał pobrać na rzecz Skarbu Państwa od strony pozwanej [pkt IV sentencji wyroku.

Sąd ustalił następujące fakty istotne dla rozstrzygnięcia :

W dniu 21 lutego 2009r strony zawarły umowę o roboty budowlane , w ramach której strona pozwana zobowiązała się do wybudowania dla powódki budynku usługowo - handlowego pod nazwą salon sprzedaży sprzętu technicznego w K..

Zgodnie z §6 umowy wynagrodzenie wykonawcy zostało określone na kwotę netto 2 774 528, 65 złotego , brutto 3 384 924, 65 złotego. Termin zakończenia prac został ustalony na 30 listopada 2009r.

Zgodnie z postanowieniem §2 pkt 3 umowy zamawiająca miała prawo wskazać wykonawcy rodzaj i miejsce zakupu materiałów i nurza zeń niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy.

Z uprawnienia tego , w zakresie kupna materiału przeznaczzonego na pokrycie dachowe, skorzystała , wskazując spółce (...), iż powinna kupić blachę typu tytan - cynk patyna- grafit o grubości 0,8 mm i wymiarach arkuszy 500 mm w (...) SA za cenę 14, 32 zł za metr kwadratowy. Wykonawca zakupił materiał tego samego typu w innej firmie (...) - spółka jawna w L. za cenę 12, 33 zł za metr kwadratowy.

Po sześciu miesiącach od położenia blachy na dachu budynku zostały zauważone jej wady w postaci białych przebarwień oraz nie zachowywania przez materiał odpowiedniego kształtu.[pofalowanie powierzchni] .

To było przyczyną wystosowania przez K. G. (1), w dniu 12 kwietnia 2010r do strony pozwanej pisma reklamacyjnego w którym zażądała usunięcia stwierdzonej wady ze wskazaniem , iż do czasu tegoż powstrzymuje się z czynnościami odbiorowymi całego obiektu oraz płatnością za zrealizowane roboty.

W odpowiedzi na to żądanie strona pozwana wskazała , iż reklamację przekazała do spółki (...) - spółka z o. o. oraz zaproponowała, by niezależnie od procedury reklamacyjnej dokonać odbioru obiektu. Ostatecznie powódka na to przystała , proponując odbiór prac w dniu 6 maja 2010r.

Do odbioru w tym dniu doszło z udziałem przedstawicieli obu stron. Podpisując protokół strony zgodnie podzieliły stwierdzone nieprawidłowości wykonawcze na wady i usterki salonu.

Usterki opisane w załączniku nr 2 do protokołu odbioru końcowego , jak ustala Sąd Okręgowy , zostały przez wykonawcę usunięte, wyznaczonym terminie , natomiast zasadnicza wada blachy pokrywającej dach , w postaci zacieków i przebarwień występowała nadal, czyniąc ten element robót wykonanym nieprawidłowo.

W końcowym protokole odbioru wada ta została potwierdzona zgodnie przez strony , a K. G. (1) zażądała wymiany pokrycia dachu w całości w terminie miesięcznym od jego daty wskazując , że pokryty takim materiałem dach nie spełnia wymagań tak estetycznych jak i użytkowych.

Pismem z dnia 25 czerwca 2010r producent blachy firma (...) zaproponowała próbę wyczyszczenia blachy na niewielkiej powierzchni , wskazując w dalszej korespondencji z powódką , że jej efekty mogą nie być widoczne od razu z uwagi na możliwą różną reakcje materiału na użyte w procesie czyszczenia środki chemiczne. Skutek powinien natomiast nastąpić po czterech tygodniach. Z jej propozycji wynikało , że w przypadku , gdy upływ czasu nie przyniesie spodziewanych efektów jest gotowa do podjęcia czynności zmierzających do doprowadzenia pokrycia dachowego do właściwego stanu. W przypadku gdyby nie wywiązała się z przyjętych na siebie obowiązków, powódka mogłaby , w oparciu o oświadczenie producenta o poddaniu się egzekucji , złożonego w formie aktu notarialnego , uzyskać sumę 400 000 złotych.

W odpowiedzi na tą propozycję , w piśmie z dnia 13 lipca 2010r , skierowanego do pozwanej spółki , K. G. poinformowała o braku pozytywnego skutku przeprowadzonych prób czyszczenia pokrycia zauważając , że jego wady jedynie zwiększyły swój zakres, gdyż skala przebarwień rozszerzyła się. W odpowiedzi spółka (...) zaproponowała wymianę blachy na powierzchni około 190 m. kw.

Nie spotkała się ona z akceptacją ze strony zamawiającej, której nie satysfakcjonowała wymiana części pokrycia, a jedynie całościowa jego wymiana. Zwróciła przy tym uwagę na swoje uprawnienie umowne do naliczenia kary umownej za nieterminowe usunięcie tej wady oraz oznaczyła zakres swojego roszczenia. Podniosła również, że w sytuacji istnienia stanu, w którym wada ta nadal występuje, jest ona uprawniona do zatrzymania kwoty kaucji gwarancyjnej.

W dalszej korespondencji strony wymieniły pomiędzy sobą wezwania do zapłaty: powódka wskazanej kary umownej, a spółka (...) należności z tytułu dotąd nie uiszczonych przez zamawiającą wynagrodzenia za wykonane w ramach umowy z dnia 21 lutego 2009r roboty budowlane.

Sąd Okręgowy ustalił ponadto- na podstawie przeprowadzonej w sprawie opinii Instytutu (...) Polskiej Akademii Nauk w K., że wada w postaci przebarwień blachy położonej na dachu salonu powódki tkwi w samym materiale, będąc konsekwencją wady produkcyjnej. Jej przyczyną jest nieprawidłowe przygotowanie warstwy cynku w procesie patynowania, która była nierówna. Doprowadziło to do sytuacji, iż mająca tworzyć zabezpieczenie zewnątrz warstwa patyny nie była dostatecznie gruba i poprawnie ukształtowana w procesie wytwarzania materiału.

Zachodzące procesy chemiczne, szczególnie z udziałem związków siarki reagującej z cynkiem, przy tych nierównościach, doprowadziły do powstawania wżerów korozyjnych, dających efekt wizualny w postaci tzw. białej korozji objawiającej się na powierzchni blachy białym nalotem, powodując konsekwencje w postaci przebarwień na powierzchni dachu pokrytym taką blachą.

Proces ten ma charakter postępujący i nie przyniesie spodziewanego efektu estetycznego pomalowanie powierzchni dachu, które jedynie ten proces może spowolnić. Usunięcie wżerów korozyjnych nie jest wykluczone ale wymaga długotrwałych czynności bez gwarancji osiągnięcia spodziewanego efektu. Podjęcie tych czynności w warunkach pozostawiania blachy na dachu nie jest możliwe.

Rozważania prawne rozpoczął Sąd Okręgowy od przedstawienia przesłanek normatywnych, których spełnienie determinuje możliwość wystąpienia z roszczeniem o zapłatę kary umownej.

Następnie, odnosząc te generalne rozważania do faktów ustalonych w sprawie ocenił, że co do zasady żądanie K. G. (1) jest usprawiedliwione, a jego podstawą jest postanowienie umowne określone przez zapis §12 pkt 1 lit. b/ umowy stron z 21 lutego 2009r.

Na jego podstawie zamawiającą miała prawo do naliczenia kary za nieterminowe usunięcie wady wykonawczej w postaci przebarwień blachy, którą pokryty został dach, w wymiarze 0,02 % całkowitej wartości przedmiotu umowy, za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu tego zobowiązania spółki - wykonawcy. Przy tym, zdaniem Sądu I instancji, przeciwnik procesowy powódki nie dowiódł, że jego niewykonanie nastąpiło z przyczyn za które nie ponosiłby odpowiedzialności.

Uwzględniając ogólną wartość przedmiotu umowy [suma brutto 3 384 924, 95 złote] Sąd I instancji wskazując, że zgodnie z postanowieniem umownym z §12 pkt 1 lit. b/, na którym powódka opierała wyliczenie rozmiaru dochodzonego roszczenia, za każdy dzień opóźnienia, miała prawo naliczyć karę w wysokości 0,02 % tej wartości oraz na to, iż pozwana wносиła o miarkowanie świadczenia z tego tytułu, podnosząc jego rażące zawyżenie,

pozostałą część rozważań poświęcił analizie podstaw do sięgnięcia po możliwość jego ograniczenia na podstawie art. 484 §2 kc.

Wskazując na kryteria ustawowe w oparciu o które może dojść do zredukowania kary umownej uznał, że świadczenie dochodzone przez powódkę, jest rażąco wygórowane.

Ponadto należy wziąć, jego zdaniem pod rozwagę, iż zobowiązanie zostało przez spółkę (...) w znacznym zakresie wykonane. To decyduje, zdaniem Sądu I instancji, należy dokonać redukcji świadczenia dochodzonego przez K. G. (1) o połowę, a taka jej skala nie zniweczy przy tym celów kary umownej założonych przez ustawodawcę.

Podstawą rozstrzygnięcia o kosztach postępowania była norma art. 98 §1 i 3 kpc i wynikająca z niej zasada odpowiedzialności za wynik procesu.

Apelacje od tego orzeczenia złożyły obydwie strony.

Spółka (...), kwestionując rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w zakresie punktów I i IV jego sentencji, domagała się w pierwszej kolejności zmiany wyroku i oddalenia powództwa w całości oraz obciążenia K. G. (1) kosztami postępowania za obydwie instancje.

Jako wniosek ewentualny sformułowała żądanie uchylecia rozstrzygnięcia objętego kontroli instancyjną w zaskarżonej części i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Środek odwoławczy został oparty na następujących zarzutach :

A/ naruszenia prawa procesowego, w sposób mający istotny wpływ na wynik sprawy, a to przepisów :

a/ 217 kpc w zw z art. 227 i 278 kpc jako następstwa oddalenia lub pominięcia wniosków apelującej o przeprowadzenie dowodów z :

- badań laboratoryjnych blachy użytej na pokrycie dachu budynku salonu według obowiązujących norm, bliżej określonych w ramach tego zarzutu, metodami opisanymi przez autora apelacji i ich oceny przez opinię dwóch niezależnych jednostek badawczych [wskazywanych w środku odwoławczym], specjalizujących się w badaniach cynku,

- dowodu wskazanego w załączniku do protokołu rozprawy z 28 lipca 2014r/ k. 760 akt/, w jego punktach 6, 7 i 8

- dowodu z opinii biegłego z zakresu oddziaływań środowiskowych, który nietrafnie został oceniony przez Sąd Okręgowy jako zbędny, w świetle wniosków opinii Instytutu (...), która w swoich konkluzjach nie jest konkretna i nie odpowiada na istotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia pytania, w szczególności czy przebarwienia są spowodowane sposobem przeprowadzania procesu patynowania czy mają inne źródło oraz czy dadzą się usunąć, ewentualnie czy i kiedy samoistnie ustąpią.

- dowodu z oględzin dachu z udziałem Sądu, których wynik dawałby podstawę do oceny, iż wady kolorystyczne blachy są nieznaczne nie mając żadnego wpływu na walory użytkowe obiektu i nie wywołują negatywnych skutków dla efektów gospodarczych działalności powódki,

Zdaniem spółki (...) badania przeprowadzone przez Instytut (...) w K., w oparciu o które zostały sformułowane wnioski wydanej przez Instytut opinii były nierzetelne. Wskazane nietrafne decyzje procesowe lub zaniechania Sądu w zakresie rozstrzygnięcia o wskazanych wyżej wnioskach dowodowych, zdecydowały także o naruszeniu praw procesowych spółki, która w ten sposób została pozbawiona możliwości obrony swoich praw,

b/ art. 231 kpc jako następstwa oparcia się przez Sąd I instancji na wnioskach opinii Instytutu i na ich podstawie określenia przyczyn występowania smug na blasze mimo, że możliwym jest iż przyczyna ta jest inna, pozostając konsekwencją negatywnego oddziaływania na pokrycie dachu przez znajdującą się w pobliżu, kopalni surowców skalnych.

c/ art. 233 kpc, wobec przeprowadzenia przez Sąd oceny dowodów, w sposób dowolny a nie swobodny. W tym zakresie strona pozwana zarzuciła, iż Sąd Okręgowy nie poddał dostatecznie dokładnej analizie treści korespondencji stron,

w ramach której nie znając przyczyny występowania przebarwień tak spółka (...) jak i producent blachy składał K. G. (1) liczne propozycje usunięcia wad na które ona konsekwentnie nie przystawała.

Apelująca, w ramach tego zarzutu, podniosła także fakt nieprawidłowości przy pobieraniu próbek materiału, który był później przedmiotem badań laboratoryjnych w Instytucie, których wyniki stanowiły podstawę do sformułowania wniosków opracowania eksperckiego, które okazało się dla apelującej esu niekorzystne, potwierdzając wadę blachy jako wynikającej nieprawidłowego procesu produkcyjnego. Spółka twierdziła, że wadliwość w pobieraniu próbek, w postaci braku udziału jej przedstawicieli w tej czynności zdeprecjonowały wartość tych badań, na co Sąd Okręgowy w ramach oceny dowodów nie zwrócił uwagi

B/ naruszenia prawa materialnego, a to art. 483 §1 kc w zwz z art. 471 kc oraz art. 484 §1 kc jako następstwa wadliwego zastosowania tych norm i nietrafnego przyjęcia że wada pokrycia dachu nie została przez spółkę z K. usunięta w wyznaczonym terminie z przyczyn za które odpowiada, nie uwzględniając stanowiska powódki, która swoim zachowaniem uniemożliwiła wykonawcy dostęp do obiektu i tym samym stwierdzenia jaka jest rzeczywista przyczyna stwierdzonej wady.

W motywach tego zarzutu apelująca eksponowała fakt nie odniesienia przez nią na skutek nadal istniejącej wady, o nieznanym jej zdaniem, źródle jakiegokolwiek szkody, skoro zasadniczy cel wykonania pokrycia, poprawnie zrealizowanego przez wykonawcę, czyli zabezpieczenie obiektu przed wpływami atmosferycznymi, został osiągnięty.

Ponadto, w sytuacji gdy nie została, jak dotąd, określona rzeczywista przyczyna przebarwień pozwana nie jest w stanie podjąć skutecznych kroków w celu ich usunięcia, ergo nieusprawiedliwionym jest wniosek, iż nie usunięcie wady w terminie, jest spowodowane przyczynami za które rzeczywiście wykonawca dachu odpowiada.

Podniosła także apelująca, że w ramach innego procesu sądowego prowadzonego przez strony K. G. uzyskała już świadczenie od wykonawcy salonu z tytułu nieterminowego zakończenia prac, których A. podjęła się na podstawie umowy z 21 lutego 2009r.

Pozwana swoją apelacją objęła punkty II, III i IV sentencji wyroku Sądu Okręgowego i domagała się jego zmiany poprzez uwzględnienie żądania pozwu w całości oraz obciążenia pozwanej kosztami postępowania za obydwie instancje.

Środek odwoławczy został oparty na następujących zarzutach :

- naruszenia prawa procesowego, w sposób mający istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia poddanego kontroli instancyjnej a to :

art. 3, 217 §1 i 232 kpc, w następstwie którego doszło do naruszenia zasady kontradiktoryjności oraz prawa strony do prowadzenia obrony przed zarzutami przeciwnika procesowego. (...) tego zarzutu K. G. (1) upatrywała w szczególności w tym, że Sąd I instancji przeprowadził miarkowanie świadczenia z tytułu kary umownej w oparciu o inne kryterium niż to, na które powoływała się spółka (...) formułując, w treści odpowiedzi na pozew, wniosek o jego dokonanie.

W motywach tego zarzutu apelująca wyeksponowała, że motywując wniosek o miarkowanie wykonawca odwoływał się jedynie do faktu zatrzymania przez powódkę kwoty kaucji gwarancyjnej. Fakt ten nie mógł stanowić skutecznej podstawy do redukcji świadczenia należnego zamawiającej, a mimo to Sąd zdecydował o niej, odwołując się zupełnie innych niż wskazana przez spółkę podstawa, w tym do rażącej dysproporcji pomiędzy [niezredukowanym] świadczeniem, a szkodą jakiej na skutek nie usunięcia wady miała doznać,

- naruszenia prawa materialnego jako następstwa nietrafnej wykładni, a co za tym idzie wadliwego zastosowania art. 484 §2, 353 [1] i 354 kc wobec zastosowania kryterium miarkowania nieadekwatnego do okoliczności sprawy i pozostającego bez związku z faktami z którymi powódka wiąże dochodzone roszczenie.

Wada ta , zdaniem apelującej wynika także stad , iż dokonując zmniejszenia świadczenia aż o połowę Sąd I instancji zniweczył funkcje stymulująco - represyjną i kompensacyjną kary umownej , doprowadzając do sytuacji , że zamawiająca, uwzględniając wysokość świadczenia ostatecznie przyznanego nie będzie mogła za jego pośrednictwem wyrówna uszczerbku jaki rzeczywiście poniosła.

W tym kontekście odwołała się także do treści rozstrzygnięcia innego sporu prowadzonego przed Sądem przez strony , oznaczonego sygnaturami VII GC 148/10 i I ACa 1310/ 12 , Sądu Okręgowego w Kielcach i Sądu Apelacyjnego w Krakowie , wskazując , że w sytuacji gdy i w jego ramach doszło do redukcji należnej jej kary umownej za nieterminowe wykonania zobowiązania umownego do wykonania prac przy wznoszeniu budynku przez wykonawcę aż do 5 % wartości zobowiązania wynikającego z umowy stron z 21 lutego 2009r , możliwość wyrównania szkody z związanej z wadą pokrycia dachowego będzie tym bardziej wyłączona .

Akcentowała przy tym , że dochodząc w obecnie rozstrzyganym sporze jedynie części należnego jej roszczenia, tak oznaczyła jego rozmiar ilościowy by tego rodzaju kompensata mogła mieć miejsce.

Twierdziła także , że nieusprawiedliwione faktami ustalonymi w sprawie oraz stanowiskiem pozwanej co do podstawy miarkowania jego przeprowadzenie stanowi nadmierną i nieuzasadnioną ingerencję Sądu w treść stosunku zobowiązaniowego stron , wbrew ich woli, wyrażonej treścią samej umowy.

W odpowiedziach na apelacje strony wnosiły o oddalenie środków odwoławczych przeciwnika procesowego , negując zasadność podniesionych przez nich zarzutów apelacyjnych i domagając się przyznania na swoją rzecz kosztów postępowania przed Sądem II instancji.

Rozpoznając apelacje, Sąd Apelacyjny rozważył

Środki odwoławcze stron nie są zasadne i podlegają oddaleniu.

Przechodząc do oceny apelacji złożonej przez stronę pozwaną , i rozpoczynając od omówienia zarzutu naruszenia prawa procesowego , który miał być zrealizowany czy to przez oddalenie czy też nierozpoznanie przez Sąd I instancji wniosków dowodowych składanych przez spółkę (...) , w pierwszej kolejności wskazać trzeba , że zarzut ten , o ile dotyczy decyzji procesowych o oddaleniu wniosków o przeprowadzenie dowodu z oględzin dachu salonu w K. jak i dowodu z opinii dwóch niezależnych jednostek, zajmujących się badaniem cynku nie może być skutecznie podniesiony albowiem obydwie kwestionowane przez apelującą decyzje, podjęte przez Sąd Okręgowy na rozprawie w dniu 27 stycznia 2014r , mimo obecności na niej profesjonalnego pełnomocnika strony pozwanej nie spotkały się ze sformułowaniem zarzutu naruszenia w ten sposób przepisów formalnych, opartego na normie art. 162 kpc . / por. protokół rozprawy z 27 stycznia 2014r k. 648- 649 akt/.

Zaniechanie to , zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Sądu Najwyższego, kształtowanym na tle w wykładni przepisu art. 162 kpc powoduje , że strona , którego zawodowy pełnomocnik nie podniósł wobec postanowienia Sądu , które może być zmienione lub uchylone stosownie do okoliczności , zarzutu naruszenia w ten sposób przepisów postępowania nie może odwoływać się skutecznie do tego naruszenia jako podstawy zarzutu apelacyjnego.

/ por. bliżej w tej materii, powołane jedynie dla przykładu i wypowiedające tę samą myśl orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2005r , sygn.. III CZP 55/05, publ. OSNC z 2006 nr 9 poz. 144 z dnia 12 stycznia 2007r , sygn.. IV CSK 340/06 , publ. Lex nr 395263 oraz z dnia 3 czerwca 2009r ,k sygn.IV CSK 96/09 , publ. Lex nr 511990/

W odniesieniu do orzeczenia dowodowego Sądu Okręgowego , którego negacja ma usprawiedliwić omawiany zarzut a , wobec którego taki zarzut został podniesiony / oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu oddziaływań środowiskowych / podzielić go nie można dlatego , że oddalenie tego wniosku przez Sąd Okręgowy było uzasadnione.

W pierwszym rzędzie dlatego, że teza dowodowa, której potwierdzenia poszukiwała pozwana za jego pośrednictwem była nadmiernie ogólna ale przede wszystkim dlatego, że w świetle treści innych dowodów zgromadzonych w sprawie, prowadzenie tego dowodu zostało, wbrew odmiennej ocenie apelującej, poprawnie ocenione przez Sąd Okręgowy jako zbędne, dla poczynienia ustaleń doniosłych dla rozstrzygnięcia.

Oto bowiem wnioski wynikające z opinii Instytutu (...) w K., w ramach której przeprowadzono również badania laboratoryjne dostarczonych przez strony próbek blachy, będąc potwierdzonymi w wypowiedzi ustnej, kierującego nim Prof. dr hab. inż. M. F. / por. k. 785 v – 786 akt, zapis dźwiękowy rozprawy 00: 03, 53 - 00: 54 z dnia 20 października 2014r / są jednoznaczne co do tego, że przyczyną stwierdzonej wady pokrycia dachowego na budynku salonu powódki jest nieprawidłowość w procesie produkcji blachy w postaci nie zachowania wymaganej równości powierzchni cynku z którego jest ona wykonana.

Ta nierówność powoduje, że warstwa patyny nie przylega dostatecznie ściśle do warstwy cynku, przez co nie stanowi dla materiału dostatecznego zabezpieczenia przed wywołaną reakcjami chemicznymi, [możliwymi wobec braku szczelności warstwy ochronnej] korozją, która objawia się białym nalotem na zewnątrz.

Z uwagi na to, iż proces korozji postępuje nie jest możliwe jego zatrzymanie przez np. ponowne pomalowanie dachu [co sugerował biegły z zakresu budownictwa B. N.], które ewentualnie może jedynie spowolnić ten proces. Jakkolwiek same wżery korozyjne stwierdzone podczas badań laboratoryjnych można by usunąć, co wymaga żmudnych, długotrwałych prac, to jednak nie jest to możliwe w warunkach w których materiał dotknięty wadą miałby pozostawać na dachu.

Przy tak jednoznacznych wnioskach opinii przygotowanej przez instytut naukowy, które jednoznacznie identyfikują przyczynę powstawania wad w procesie produkcji materiału [i tylko w niej], Sąd I instancji miał podstawę do tego by uznać wnioskowany przez apelującą dowód za zbędny dla dokonania ustaleń istotnych dla rozstrzygnięcia.

Rzeczywiście, jak podnosi pozwana, Sąd I instancji nie wydał formalnej decyzji procesowej w odniesieniu do wniosków dowodowych wskazanych w jej piśmie z 17 marca 2014r oraz opisanych w punktach 6, 7 i 8 załącznika do rozprawy z dnia 28 lipca 2014r.

To zaniechanie nie może jednak stanowić o trafności omawianego zarzutu, gdy zważyć, że po pierwsze pozwana nie tłumaczy w ramach jego motywów, czym charakteryzują się postulowane metody badawcze i dlaczego, w realiach faktycznych rozstrzyganego sporu należałoby je zastosować.

W tym kontekście stwierdzić także należy, że całkowicie nietrafny jest argument autora apelacji, że oparcie przez Sąd ustaleń na wnioskach opinii Instytutu (...) w K. pozbawiło stronę pozwaną możliwości obrony swoich praw procesowych, wobec braku możliwości weryfikacji ustaleń jak i ocen zawartych w tym opracowaniu. Nie można także podzielić zawartego w motywach ocenianego zarzutu stwierdzenia, iż opracowanie Instytutu jeżeli chodzi o przyjętą metodę badań, jest nierzetelne.

Zgodnie z treścią opinii przyjętą przez Instytut metodą badawczą dostarczonych próbek jest metoda oznaczona jako(...)polegająca na badaniu morfologii powierzchni z wykorzystaniem metody elektronowej mikroskopii skaningowej.

Jest to procedura badawcza uznawana przez jednostkę akredytującą- Polskie Centrum Akredytacji. Laboratorium badawcze Instytutu także jest tą akredytacją objęte, co oznacza pełną akceptację dla stosowanej przez nie metody badania materiałów.

Zakwestionować także należy poprawność wspierającej tezę o nierzetelności badań, a co za tym idzie także opracowania eksperckiego Instytutu, ocenę apelującej, że nierzetelność badań potwierdza fakt, iż w jednej z próbek, objętych badaniami [nr (...)] nie stwierdzono cynku a kobalt, chociaż blacha była wykonana w 98 % z tego pierwszego pierwiastka.

Wypowiadająca się, w toku postępowania na temat metodologii badań , prowadząca je dr inż K. B. / por. k. 765 v akt , zapis dźwiękowy protokołu rozprawy z 30 lipca 2014r/ 00 : 07 :51- 00: 26:36/ , wskazała , że próbką tą jest blacha aluminiowa , co tłumaczy brak w jej składzie cynku oraz występowanie kobaltu. Wskazała również , że badaniom poddane zostały wszystkie próbki materiału znajdujące się w aktach. Poza sporem pomiędzy stronami było , że fragment takiej właśnie blachy złożył do nich, opiniujący w sprawie biegły z zakresu budownictwa B. N..

W tych okolicznościach prowadzenie dowodów wnioskowanych przez spółkę (...), do których Sąd się formalnie nie odniósł, należało ocenić jako zbędne dla poczynienia relewantnych z punktu widzenia rozstrzygnięcia ustaleń/ Wobec tego trafnie wytknięty błąd Sądu Okręgowego w postaci opisanego zaniechania nie był nieprawidłowością doniosłą do oceny samego rozstrzygnięcia.

Całkowicie chybionym jest zarzut naruszenia przez Sąd I instancji art. 231 kpc.

Zważywszy na motywy jaki posługuje się spółka by zarzut ten uzasadnić nie sposób nie zauważyć , że za jego pośrednictwem apelująca kwestionuje [podobnie jak i w oparciu o zarzut wyżej omówiony] posłużenie się przez Sąd I instancji jako podstawą do dokonania ustaleń opinią Instytutu (...) mimo , że wnioski wynikające z tego opracowania wcale, zdaniemA., nie są , w zakresie określenia przyczyny i mechanizmu powstawania przebarwień na dachu , jednoznaczne.

Tak motywowany zarzut wyklucza jego zasadność, skoro dokonując tej części ustaleń , Sąd I instancji w zupełności nie posługiwał się instytucją domniemania faktycznego o jakiej mowa w tym przepisie.

Jako pozbawiony uzasadnienia ocenić także należy zarzut naruszenia przepisu art. 233 kpc.

Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa sądowego , w tym w szczególności Sądu Najwyższego , skuteczne postawienie zarzutu naruszenia tego przepisu [art. 233 §1 kpc], tę bowiem normę, jak można domniemać , apelującej w istocie chodziło] wymaga od strony odwołującej się do niego by wykazała , w odniesieniu do zindywidualizowanego dowodu , że dokonanej przez Sąd jego oceny nie da się pogodzić z regułami doświadczenia życiowego czy zasadami logicznego rozumowania albo , iż ocena ta jest wadliwa albowiem nie uwzględni treści zgromadzonych dowodów w ich całokształcie. Gdy polemika z oceną przeprowadzoną przez Sąd jest oparta na innych podstawach konstrukcyjnych staje się polemiką dowolną , która nie może prowadzić do uznania zarzutu za trafny.

/ por. w tej kwestii także , powołane przykładowo judykaty Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2001r , sygn. 970/00 i z dnia 6 lipca 2005r , sygn. III CK 3/05 , obydwie powołane za zbiorem Lex nr 52573 i 180925 /

Bliższa analiza treści uzasadnienia tego zarzutu jakim posłużyła się spółka z K. w ramach którego , odpowiadająca wskazanym kryteriom , rzeczowa polemika tak z oceną dowodów , a co za tym idzie , także ustaleniami faktycznymi opartymi na niej nie została w zupełności podjęta , zarzut ten dyskwalifikuje.

W związku z treścią jego motywacji stwierdzi jedynie należy , iż niezasadnie w jej ramach strona pozwana podważa sposób w jaki przygotowywane i dostarczane były próbki materiału do badań laboratoryjnych , będących częścią opinii Instytutu . Pozwana zarzuca , iż Sąd I instancji nie zwrócił dostatecznej uwagi na nieprawidłowości w tym względzie, a zrodziła ona skutek w postaci nierzetelności samych wyników.

Prezentująca takie stanowisko spółka (...) całkowicie pomija , że nie domagała się komisyjnego- z jej udziałem - pobierania próbki do badań , w szczególności tej dostarczonej przez przeciwniczkę procesową. Zaaprobowała sytuację , w której każda strona sporu zobligowana do tego przez Sąd , dostarczyła tego rodzaju próbę , przygotowaną przy nieobecności przedstawiciela przeciwnika.

Ponadto, nie podzielając stanowiska pozwanej , należy zwrócić uwagę , [do czego zasadnie nawiązuje także powódka w odpowiedzi na apelację] , że na nieprawidłowości procedury pobierania próbek spółka nie powoływała się ani wobec

opiniującego Instytutu ani wobec Sądu I instancji , w ramach rozpraw z 30 lipca i 20 października 2014r , podczas których gdzie kwestia wyników badań była rozważana. /por. k. 759-765 i k. 785-786 v akt /

Bez znaczenia dla oceny tego zarzutu pozostają także konstatacje pozwanej odwołujące się kroków jakie podejmowała by usunąć stwierdzoną wadę oraz do postawy wobec nich K. G. (1). Odwołanie się do tych okoliczności w istocie nie służy bowiem negacji przeprowadzonej przez Sąd I instancji oceny dowodów ale temu , by podważyć dokonana przez Sąd ocenę prawną roszczenia dochodzonego pozwem [które zdaniem spółki (...) , przede wszystkim dla braku szkody po stronie K. G. , powinno zostać w całości oddalone]

Uznanie za nietrafne zarzutów procesowych , w tym tego , za pomocą którego kwestionowała ona ocenę dowodów przeprowadzona przez Sąd I instancji ma m.in. to następstwo , iż ustalenia , które uczynił podstawą faktyczną kontrolowanego instancyjnie orzeczenia , jako poczynione prawidłowo, a przy tym kompletne , Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne.

Nie ma też racji pozwana , gdy podnosi zarzut naruszenia przez orzeczenie z dnia 23 października 2014r prawa materialnego.

Twierdząc , że Sąd I instancji, nieprawidłowo stosując przepisy art. 483 §1 kc w zw z art. 471 kc oraz 484 §1 kc zasądził od pozwanej na rzecz K. G. (1) świadczenie z tytułu kary umownej w sytuacji, gdy zamawiająca na skutek istniejących na pokryciu dachu prowadzonego przez nią salonu przebarwień nie poniosła żadnej szkody , co więcej zyskując już wcześniej , na podstawie wyniku procesu stron , w sprawie VII GC 148/10 Sądu Okręgowego w Kielcach i I ACa 1310/12 Sądu Apelacyjnego w Krakowie , rekompensatę uszczerbku majątkowego wynikającego z nieterminowego zakończenia przez A. prac określonych umową stron z 21 lutego 2009r.

Ponadto przyznając powódce świadczenie określone zaskarżonym wyrokiem , co także potwierdza zasadność stawianego zarzutu , Sąd Okręgowy nie uwzględnił , że przebarwienia mogą ustąpić samoistnie w następstwie kontynuacji , rozciągniętego w czasie procesu patynowania blachy, ani też tego , że postawa pozwanej uniemożliwiła usunięcie stwierdzonej wady , co powiązaniu z tym , iż zdaniem spółki, przyczyna ich wystąpienia nadal pozostaje nieustalona, dodatkowo uzasadnia ocenę , że nie dochowanie terminu usunięcia jej nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy , znosząc tym samym możliwość obciążenia go karą umowną , podstawą do naliczenia której jest zapis (...) umowy stron.

Uznając stawiany zarzut za nieuzasadniony na wstępie należy zauważyć , że norma art. 483§1 kc o ile na podstawie jej treści pozwana spółka formułuje wniosek , iż niedoniesienie przez wierzyciela szkody na skutek niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez dłużnika , wyklucza powstanie po stronie wierzyciela uprawnienia do dochodzenia z tego tytułu, uprzednio zastrzeżonej w umowie stron kary umownej, jest wadliwie przez nią wykładana.

W świetle tego przepisu nie znajduje bowiem uzasadnienia łączenie obowiązku zapłacenia umówionej kary z przesłanką powstania szkody. Samo użycie w tym przepisie sformułowania , iż „ naprawienie szkody [...] nastąpi przez zapłatę określonej sumy „ oznacza tylko , że zastrzeżenie kary umownej ma zrekompensować wszystkie - traktowane szeroko - niedogodności jakie wobec niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez drugą stronę są udziałem wierzyciela.

Powstanie tak rozumianej szkody i jej wymiar ilościowy [rozmiar] może mieć natomiast znaczenie dla ewentualnego ograniczenia świadczenia z tego tytułu.

/ por. także zbieżne z tym poglądem , stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w judykatach z dnia 16 kwietnia 2006r , sygn. V CSK 34/06 , oraz z 12 maja 2006r , sygn.. V CSK 55/06 teza 3 , powołanych za zbiorem Lex nr 195426 i 200875./

Nie można także podzielić stanowiska apelującej, zgodnie z którym nie oddalenie powództwa w całości, wynikając z nieprawidłowego zastosowania powołanych norm, nie uwzględnia, że niezachowanie terminu usunięcia wady w postaci przebarwienia nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy.

Opiera się ono bowiem na założeniach, których podstaw faktycznych strona pozwana w sporze nie dowiodła, a przeciwnie, okoliczności ustalone w jego ramach zaprzeczają ich trafności.

Spółka (...) nie dowiodła, że z biegiem czasu, przez nadal zachodzący proces patynowania powierzchni materiału użytego do pokrycia dachu salonu powódki, przebarwienia, których występowania nie negowała, samoistnie zanikną. Przez okres pięciu lat od daty ich ujawnienia do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez Sąd II instancji w dalszym ciągu były widoczne na dachu budynku.

Nie zdołała wykazać, że nie była dopuszczana do niego w celu usuwania stwierdzonej wady. Przeciwnie K. G., będąc zainteresowaną doprowadzeniem pokrycia do właściwego stanu, godziła się na pierwsze z propozycji wykonawcy i producenta blachy spółki (...) by blachę wyczyścić. Późniejsze jej zachowanie, kiedy wskazywała na nieskuteczność czynności czyszczenia, rzeczywiście zrealizowanych na niewielkiej powierzchni dachu albo też opanowała przeciwko wymianie pokrycia jedynie na części powierzchni dachu nie potwierdza oceny, że opóźnienie w wykonaniu obowiązku usunięcia wady nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy.

Nie można także podzielić jego zapatrywania, że dochowanie ustalonego umownie terminu uniemożliwiła sama K. G. (1). Nie można także zaaprobować poglądu spółki, iż przyczyna przebarwień jest dotąd nieustalona [co usprawiedliwiałoby przekroczenie terminu ich usunięcia] skoro, jak wynika z przeprowadzonej w sprawie opinii Instytutu (...) w K., jej źródłem są błędy procesu produkcyjnego użytej blachy.

Wobec tego, iż żaden z zarzutów na jakich opiera się apelacja strony pozwanej nie jest trafny, jej środek odwoławczy podlegał oddaleniu na podstawie art. 385 kpc w zw z art. 483 §1 kc

Niezasadna jest również apelacja powódki.

Ocena zarzutów na jakich została oparta wymaga poczynienia kilku uwag wstępnych, mających także charakter porządkujący.

Przewidziana przez normę art. 484 §2 kc możliwość ograniczenia świadczenia z tytułu kary umownej, zgodnie z mogącym być uznanym za utrwalony, poglądem Sądu Najwyższego wymaga wyraźnie sformułowanego żądania dotyczącego takiej redukcji, pochodzącego od dłużnika, który ma obowiązek wskazać z jakimi faktami wiąże realizację jednej, lub obydwu przyczyn / podstaw / miarkowania, które czynią żądanie ograniczenia rozmiaru świadczenia z tego tytułu uzasadnionym.

Dla możliwości sformułowania takiego żądania bez znaczenia pozostaje to, jaki charakter ma kara umowna, którą zastrzeżono w umowie stron, w szczególności czy ma ona charakter zaliczalny czy wyłączny.

/por. także wyrażające zbieżne z prezentowanym, stanowisko zawarte w judykatach Sądu Najwyższego z 18 czerwca 2003r, sygn. II CKN 240/01, z 9 lutego 2005r, sygn. II CK 420/04, z 16 kwietnia 2010, sygn. CSK 494/09, wszystkie powołane za zbiorem Legalis, chociaż należy wskazać także, że prezentowane jest w orzecznictwie także stanowisko odmienne uznające, że samo żądanie oddalenia roszczenia o zasądzenie kary umownej, zawiera implicite również wnioski o redukcję tego świadczenia,- dla przykładu wyrok SN z 22 maja 2002r, sygn. I CKN 1567/99, publ. OSNC z 2003 poz. 109 oraz wyrok z 12 maja 2006r, sygn. V CSK 55/06, powołany za zbiorem Legalis. Co do możliwości ograniczenia w ten sposób świadczenia niezależnie od rodzaju kary por. także orzeczenie SN z dnia 11 października 2007r, sygn. IV CSK 181/07, publ. OSNC z 2008 nr 2 poz. 48 /

Stanowiące o istocie pierwszej z wymienionych w art. 484 §2 kc przyczyn ograniczenia świadczenia z tego tytułu pojęcie „wykonania zobowiązania w znacznej części”, należy wyklądać w ten sposób, aby to nieostre określenie odnosić do

skali w jakiej interes wierzyciela został zaspokojony albo też, nieco inaczej rzecz ujmując, o tej podstawie jego redukcji decyduje ocena oparta na kryterium przydatności przedmiotu świadczenia dla wierzyciela oraz tych, które dotyczą sposobu wykonania zobowiązania przez dłużnika, wskazanych przez przepis art. 354 §1 kc.

Odrębną podstawą, w oparciu o którą może nastąpić ograniczenie świadczenia z tytułu kary umownej jest rażące wygórowanie w takim znaczeniu tego pojęcia, że można o nim mówić wówczas, gdy zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy wysokością świadczenia z tego tytułu, które obciąża dłużnika, a zakresem słusznego, podlegającego ochronie interesu wierzyciela. W konsekwencji skala redukcji, w oparciu o tę podstawę może mieć miejsce jedynie w takim zakresie do którego można mówić o tego rodzaju rażącej dysproporcji.

Katalog kryteriów wedle których należy oceniać, czy w okolicznościach faktycznych konkretnej sprawy zastrzeżoną karę należy uznawać za rażąco wygórowaną, jest katalogiem otwartym, przy czym orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz przedstawiciele literatury wskazują, iż najdonioślejszymi sposobami są: wysokość szkody wierzyciela, rozmiar możliwego do uzyskania przez niego odszkodowania na zasadach ogólnych, porównanie wysokości kary z wartością całego zobowiązania głównego czy też z wartością świadczenia spełnionego z opóźnieniem.

/ por. w tej materii także, powołane jedynie dla przykładu, orzeczenia SN: wyrok z 20 maja 1980r, sygn. I CR 229/80, publ. OSNCP z 1980 nr 12 poz.243, uchwała [7] z 6 listopada 2003r, sygn.. III CZP 61/03, publ. OSNC z 2004 nr 9 poz. 115, wyrok z 19 kwietnia 2006 r, sygn.. V CSK 34/06, powołany za zbiorem Legalis, wyrok z 11 października 2007, sygn. IV CSK 181/07, a także uwagi P. Drapały w Systemie Prawa Prywatnego t. 5 .s.974 i n., wydanie z 2010r, oraz T. Wiśniewskiego w Komentarzu do kodeksu cywilnego s. 803 i n., wydanie z 2011r/

Przenosząc te uwagi na grunt rozstrzyganej sprawy, w pierwszej kolejności odeprzeć należy procesowy zarzut apelującej wskazujący na naruszenie kontrolowanym orzeczeniem art. 3, 217 §1 i 232 kpc, których realizacji upatrywała w tym, iż Sąd Okręgowy dokonał miarkowania świadczenia z tytułu kary w oparciu o inne okoliczności niż wskazywane przez pozwaną, w uzasadnieniu wniosku o jego ograniczenie, zawartego w odpowiedzi na pozew.

K. G. (1) wskazywała, iż tym samym została pozbawiona możliwości zwalczania podstaw, w oparciu o które Sąd zdecydował o redukcji należnego jej świadczenia i to w sytuacji, gdy podawana przez spółkę (...) przyczyna wobec której należy jej dokonać / zatrzymanie przez zamawiającą kaucji gwarancyjnej / nie mogła być skuteczną podstawą do jej dokonania.

W treści odpowiedzi na pozew, w której w sposób wyraźny żądanie miarkowania kary umownej zostało przez stronę pozwaną sformułowane / por. k. 200 akt /, wbrew temu co twierdzi apelująca, nie opierało się ono tylko na [rzeczywiście nie doniosłej z rozważanego punktu widzenia] tej podstawie, iż powódka dokonała zatrzymania kaucji gwarancyjnej w wysokości 84 356, 72 zł.

Treść tego fragmentu pisma procesowego spółki pozwala na stwierdzenie, że w jej ocenie, nawet przy założeniu [wobec którego konsekwentnie oponowała], iż roszczenie jest co do zasady usprawiedliwione, kwota należna zamawiającej z tego tytułu jest źle określona. Nadto podnosiła, że sytuacji ustalenia przyczyny przebarwień pokrycia dachu dojdzie do usunięcia stwierdzonej wady.

W konsekwencji, wbrew temu co twierdzi powódka, w ramach omawianego zarzutu strona przeciwna określiła zarówno samo żądanie redukcji dochodzonego świadczenia jak i oznaczyła przesłanki / podstawy /, do których odwołując się domaga się jego ilościowego ograniczenia.

Nie można przy tym nie uwzględniać, że w toku całego postępowania rozpoznawczego spółka (...) konsekwentnie negowała zasadę dochodzonego roszczenia oraz podkreślała, nawet przy akceptacji dla faktu, że pokrycie dachowe salonu dotknięte jest wadą, że mimo nich K. G. (1) w istocie nie doznała szkody skoro dach spełnia swoje walory użytkowe, a braki w zakładanej kolorystyce pokrycia w żaden sposób nie wpływają ograniczająco na sposób prowadzenia w budynku salonu działalności handlowej przez powódkę. Odwoływała się także pozwana do faktu, że

umowa z dnia 21 lutego 2009r została przez nią zrealizowana w sposób który , gdy chodzi jakoś wykonawczą, był afirmowany przez biegłego z zakresu budownictwa B. N..

Przeciwko takiemu stanowisku wykonawcy przez cały czas trwania sporu oponowała powódka , zwalczając każde twierdzenie i wniosek prawny strony przeciwnej.

Wobec tego nie sposób uznać za trafne twierdzenia podnoszonego w ramach omawianego zarzutu , że Sąd dokonując miarkowania świadczenia dopuścił się dowolności , wykraczając poza te podstawę redukcji do jakiej odwoływała się spółka z K. , a to miało zdecydować o naruszeniu praw procesowych K. G. oraz zasady kontradiktoryjności procesu.

Z treści istotnego - z rozważanego punktu widzenia - fragmentu odpowiedzi na pozew odczytanej w powiązaniu ze stanowiskiem procesowym pozwanej , w tym podnoszonych przez nią twierdzeń , wynika bowiem , że formułując żądanie miarkowania świadczenia z tytułu kary , A.odwołała się do obydwu jego podstaw tj wykonania zobowiązania w znacznej części i - w szczególności- rażącego zawyżenia świadczenia dochodzonego pozwem. Co więcej i przede wszystkim powódka , wbrew jej stanowisku stanowiącym uzasadnienie dla formułowanego przez nią zarzutu procesowego, miała nieskrępowaną możliwość , w ramach zachowanej w toku sporu zasady kontradiktoryjności procesu do wskazywania na okoliczności , które podważały zasadność tego żądania .

Obowiązkiem Sądu I instancji , który zrealizował, była ocena jego trafności przez pryzmat obu podstaw ewentualnego ograniczenia świadczenia określonego żądaniem pozwu.

Z brzmienia (...) / w związku z ust. (...) tego punktu umowy stron wynika , że kara umowna zastrzeżona dla zamawiającej z tytułu opóźnienia w usunięciu wad i usterek wykonawczych przedmiotu umowy przez wykonawcę miała charakter tzw. kary zaliczalnej , skoro K. G. (1) miała równocześnie prawo dochodzić od pozwanej odszkodowania wyrównującego uszczerbek majątkowy przewyższający kwotę zastrzeżonej kary.

Z treści podstawy faktycznej powództwa wynikało równocześnie , w sposób nie budzący wątpliwości , że dochodzone roszczenie wywodzi ona z faktu nie usunięcia wady w postaci przebarwień pokrycia dachu w terminie , oznaczonym na miesiąc od daty podpisania końcowego odbioru wykonanych przez spółkę z K. wszystkich prac stanowiących przedmiot umowy z 21 lutego 2009r.

Z ustaleń poczynionych w sprawie wynika także , iż termin ten nie został przez wykonawcę dotrzymany , a niewykonanie tego zobowiązania o charakterze niepieniężnym nastąpiło z przyczyn za które spółka (...) odpowiada.

Stąd też , co do zasady , należy ocenić jej roszczenie jako usprawiedliwione tym nie mniej za nietrafny należy uznać jej zarzut naruszenia przez orzeczenie Sądu Okręgowego w ramach którego doszło do ograniczenia należnego jej świadczenia o połowę , prawa materialnego.

Uzasadniając tę ocenę, w pierwszej kolejności zauważyć należy , odwołując się do okoliczności faktycznych rozstrzyganego sporu , iż w sytuacji gdy pokrycie dachu budynku salonu w K. , gdzie powódka prowadzi działalność gospodarczą , nadal dotknięte jest wadą w postaci jego przebarwień nie można w sposób uzasadniony uznać , iż podstawą do ograniczenia świadczenia należnego powódce jest pierwsza z przewidzianych przez normę art. 484 §2 kc podstaw jego zmniejszenia.

Jakkolwiek inne wady i usterki wykonawcze , stwierdzone w protokole odbioru podpisanego przez strony w dniu 6 maja 2010r , zostały w określonym w tym celu w tym dokumencie terminie przez wykonawcę usunięte , to jednak z uwagi na , że zasadnicza nieprawidłowość [biały nalot na pokryciu dachu] nadal , mimo prób usuwania , występuje nie można w sposób uzasadniony twierdzić , że zobowiązanie , które przyjęła na siebie spółka (...) , zważywszy także na znaczenie jakie tej wadzie przypisuje K. G. , zostało w znacznej części wykonane.

Podstawą tej redukcji jest natomiast druga z jej ustawowych podstaw , wynikająca z oceny , że świadczenie powódki jest w okolicznościach sprawy rażąco wygórowane.

W kontekście argumentacji jaka posługuje się zamawiająca, by uzasadnić oceniany zarzut prawno materialny odwołując się do skali uszczerbku jaki jest jej udziałem , pozostając w związku z dotąd nie usuniętą wadą pokrycia , wskazać należy , że bez znaczenia dla oceny żądania miarkowania pozostaje to w jaki sposób powódka zdecydowała się określić rozmiar ilościowy dochodzonego obecnie roszczenia , wskazując , iż jest to jedynie jego część.

Prawnie irrelevantny jest również argument odwołujący się do wyniku innego sporu stron w sprawie VII GC 148/10 Sądu Okręgowego w Kielcach i I ACa 1310/12 Sądu Apelacyjnego w Krakowie , w którym dochodzona przez nią kara umowna za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy z 21 lutego 2009r została zredukowana do 5 % należnego jej z tego tytułu świadczenia od wykonawcy., które odczytane wspólnie, mają sprawiać , że świadczenia zasądzone tak wówczas jak i orzeczeniem obecnie kontrolowanym instancyjnie, łącznie nie pozwolą na zrekompensowanie szkody jaką poniosła na skutek wad blachy użytej do pokrycia dachu budynku.

Wystarczy wobec tych stwierdzeń wskazać , że to powódka decyduje jak kształtuje roszczenie procesowe będące przedmiotem oceny Sądu i jej suwerenna w tym zakresie decyzja nie może wpływać na wynik weryfikacji instancyjnej orzeczenia Sądu Okręgowego , podobnie jak wynik innego sporu , tym bardziej gdy jego przedmiot był różny od podstawy sporu obecnego.

Jak wskazano w uprzedniej części motywów rozstrzygnięcia , kryteria na podstawie których należy oceniać podstawę do redukcji kary umownej w postaci rażącego wygórowania kary umownej tworzą otwarty katalog , w ramach którego najbardziej doniosłe jest kryterium wymiaru doznanej przez wierzyciela szkody.

W ocenie Sądu II instancji jego zastosowanie w rozstrzyganej sprawie jest jednym z argumentów za podzieleniem oceny prawnej Sądu I instancji w oparciu o którą doszło do zmniejszenia świadczenia należnego K. G. (1).

Rozważając to kryterium w oparciu o fakty ustalone w sprawie , przy uwzględnieniu szerokiego rozumienia pojęcia szkody jako sumy wszystkich uszczerbków tak majątkowych jak i niemajątkowych jakie może ponieść wierzyciel w następstwie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika , wskazać w pierwszej kolejności należy , że uszczerbek jaki jest udziałem powódki wobec nie usunięcia wady pokrycia dachu wykonanego przez spółkę (...) ocenić jednak należy jako ograniczony.

Budynek salonu technicznego w K. , co wynika z poczynionych ustaleń faktycznych , od chwili jego odbioru jest wykorzystywany przez K. G. (1) na cele prowadzonej przez nią działalności i sposób w jaki z niego korzysta jest takim dla którego miał służyć. Nie doznaje ona w tym zakresie żadnych ograniczeń , a materiał dowodowy nie uzasadnia wniosku , że na skutek nadal istniejącej wady kolorystycznej blachy, walory użytkowe dachu zostały w jakikolwiek sposób ograniczone.

Wyniki postępowania nie dają także dostatecznej podstawy do usprawiedliwionego przyjęcia , iż przychody z działalności prowadzonej przez powódkę są niższe aniżeli te , które osiągałaby gdyby na pokryciu dachowym nie było smug jakie wywołuje tzw. biała korozja.

W konsekwencji uszczerbek po stronie powódki, biorąc też pod uwagę , wskazywane wyżej, wywiązanie się przez wykonawcę ze zobowiązania w zakresie usunięcia innych wad i usterek wykonawczych w terminie, ogranicza się do braku walorów estetycznych pokrycia dachu mogąc dodatkowo, potencjalnie, wpływać na wizerunek firmy powódki w relacji z kontrahentami , co tak stanowczo eksponowała w sporze powódka , uznając tak konstrukcję dachu jak i samo pokrycie za elementy reprezentacyjne swojego przedsiębiorstwa.

Nie można jednak , w tym kontekście nie zauważyć , że wada kolorystyki blachy jest jednak ograniczona na co wskazuje dokumentacja fotograficzna przedłożona przez pozwaną na rozprawie apelacyjnej / por. k. 916 akt /

Ocena o nietrafności omawianego zarzutu apelacyjnego oraz uznanie rozstrzygnięcia Sądu niższej instancji za odpowiadające prawu mają swoje dodatkowe uzasadnienie także w kolejnym kryterium na podstawie którego należy uznać świadczenie dochodzone przez powódkę za rażąco wygórowane , a mianowicie to wynikające z porównania tego

świadczenia z wartością całego zobowiązania głównego , które przyjął na siebie wykonawca podpisując umowę z 21 lutego 2009r.

Jak wskazano wyżej , budynek salonu został zrealizowany w całości i przez zamawiającą odebrany, a K. G. (1) z niego korzysta.

Przyjęty przez strony sposób wyliczenia wysokości świadczenia z tytułu kary umownej za nieterminowe usunięcie wad i usterek wykonawczych , wiąże wysokość kary umownej z wartością całego przedmiotu umowy określonej na kwotę brutto 3 384 924, 95 złotego , stanowiąc iloczyn tej wielkości , ilości dni opóźnienia oraz stawki o , 02 %.

Przy wzięciu pod rozwagę , że wartość tego elementu robót , które były związane z wykonaniem dachu wraz z pokryciem , jak ustala , w sposób niekwestionowany przez strony , Sąd I instancji 13 % wartości wszystkich prac związanych ze wzniesieniem budynku jako całości uzasadnia wniosek , iż również przy zastosowaniu tego kryterium dochodzone przez powódkę świadczenie , będąc rażąco wygórowanym podlega redukcji w oparciu o drugą wymienioną w art. 484 §2 kc., jego podstawę.

Uznając , że sięgnięcie przez Sąd I instancji po instrument redukcji świadczenia należnego K. G. (1) , przynależny kompetencji Sądu w ramach tzw. „prawa sędziowskiego „ było wbrew stanowisku apelującej poprawne i nie znajdując dostatecznych podstaw , w okolicznościach faktycznych sprawy , do zakwestionowania skali przyjętego przez Sąd Okręgowy ograniczenia, Sąd Apelacyjny orzekł o oddaleniu środka odwoławczego powódki w oparciu o normę art. 385 kpc w zw z art. 484 §2 kc.

Oddalenie obu apelacji zdecydowało o treści rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów postępowania apelacyjnego.

Koszty te zostały pomiędzy stronami wzajemnie zniesione na podstawie art. 100 kpc w zw z art. 108 §1 i 391 §1 kpc.

-