

Sygn. akt I ACa 552/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 grudnia 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący:	SSA Teresa Rak (spr.)
Sędziowie:	SSA Robert Jurga SSA Jerzy Bess
Protokolant:	st. sekr. sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 3 grudnia 2019 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. w W.

przeciwko (...) S.A. w K.

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 28 grudnia 2018 r. sygn. akt I C 1846/14

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 8.100 zł (osiem tysięcy sto złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego).**

SSA Robert Jurga SSA Teresa Rak SSA Jerzy Bess

Sygn. akt I ACa 552/19

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie

z dnia 20 grudnia 2019 r.

Strona powodowa (...) Spółka Akcyjna w W. – w pozwie skierowanym przeciwko (...) S.A. w K. – wniosła o zasądzenie od strony pozwanej na jej rzecz kwoty 1.283.881,26 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od 22 sierpnia 2014 r. do dnia zapłaty, a ponadto o zasądzenie od strony pozwanej na jej rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm prawem przepisanych.

Uzasadniając swoje roszczenie strona powodowa podała, że jej poprzednik prawny zawarł ze stroną pozwaną 10 września 2004 r., po rozstrzygnięciu w trybie przetargu nieograniczonego, umowę inwestycyjną, której przedmiotem była przebudowa istniejącego budynku wraz z budową obiektu (...) i zaplecza administracyjno – technicznego wraz z infrastrukturą techniczną, w oparciu o projekt architektoniczno – budowlany autorstwa firmy (...) sp. z o.o. w K. dostarczony przez inwestora. Przedmiotowa umowa inwestorska była wielokrotnie zmieniana w drodze pisemnych aneksów. Ponadto w związku z koniecznością wykonania dodatkowych prac budowlanych lub wykonania prac zamiennych, których nie przewidziano w dniu zawarcia umowy inwestycyjnej, strony zawierały umowy o roboty dodatkowe – między innymi zawarto umowę z 4 lipca 2006 r. zmienioną aneksami nr (...), a także umowę z 9 października 2007 r. zmienioną aneksami nr (...), która w § 1 pkt 1 A ppkt 18 i 19 wskazywała na wykonanie wentylacji naturalnej dachu oraz konstrukcję stalową na gzymsie podrynnowym – jako konieczne do wykonania. Strona powodowa wykonała roboty budowlane w czasie od 24 września 2004 r. do 13 października 2008 r. Po wykonanych pracach dokonano odbioru i przekazania protokolarnego stronie pozwanej wszystkich obiektów. Roboty budowlane zostały w całości wykonane i odebrane bez zastrzeżeń, zostały one także przeprowadzone zgodnie z umową inwestycyjną z uwzględnieniem wszelkich zmian zawartych w aneksach do niej i umowach dodatkowych oraz w zgodzie z przepisami Prawa budowlanego oraz zasadami sztuki budowlanej. Strona powodowa udzieliła stronie pozwanej gwarancji jakości na wykonane roboty budowlane na okres 60 miesięcy, natomiast na urządzenia – zgodnej z gwarancją jakości producenta, przy czym nie krótszej niż 36 miesięcy. Strona powodowa wystawiła także na rzecz strony pozwanej gwarancje bankowe opiekujące na łączną kwotę 1.283.881,26 zł, na podstawie których Bank (...) S.A. zobowiązał się zapłacić stronie pozwanej wskazane w poszczególnych gwarancjach kwoty na jej pierwsze wezwanie, w którym oświadczy ona, że strona powodowa nie wywiązała się ze swych określonych w Umowie Inwestycyjnej zobowiązań z tytułu rękojmi w okresie jej trwania. Zdaniem strony powodowej, pozwana nigdy nie kwestionowała ani treści gwarancji, ani zakresu udzielonego zabezpieczenia. Gwarancje bankowe miały zabezpieczać wyłącznie roszczenia pozwanego z tytułu rękojmi za wady fizyczne robót budowlanych. W umowie inwestycyjnej zastrzeżono kary umowne za zwłokę m.in. w wykonaniu przedmiotu umowy lub usunięcia usterek. Prace związane z wykonaniem dachu budynku (...)strona powodowa rozpoczęła w 2006 r. Po dokonaniu rozbiórki pokrycia dachowego okazało się, iż stan istniejącej konstrukcji nośnej dachu uniemożliwia jej dalszą eksploatację, wobec czego niezbędna była wymiana całej konstrukcji nośnej dachu. Rozszerzenie zakresu robót o wymianę całej konstrukcji nośnej dachu budynku (...)znalazło wyraz w Umowie (...). Projekt remontu dachu stanowiący załącznik do umowy, nie przewidywał jednakże wentylacji przestrzeni dachowej w budynku (...), co wywołało wątpliwości ze strony podwykonawców powoda. Powód zgłosił problem inwestorowi. W związku z tym strony uznały, że konieczne jest uzupełnienie dokumentacji projektowej o projekt wentylacji dachowej przez projektanta. Mając na uwadze naciski ze strony powoda i inwestora, projektant zlecił opracowanie opinii technicznej w przedmiocie brakującego rozwiązania projektowego wentylacji dachu profesorowi dr hab. inż. arch. A. B., który przedstawił Opinię techniczną dotyczącą możliwości urządzenia wentylacji naturalnej stropodachu w budynku „(...)” (...). Na spotkaniu przedstawiciele stron 15 czerwca 2007 r. ustalono zakres prac projektowych i zobowiązano projektanta do ich wykonania. Firma (...) otrzymała od projektanta rysunki, które były niekompletne. Ostatecznie projektant zaopiniował pozytywnie rysunki detali przedstawiane przez podwykonawcę powoda i w rezultacie, projekt wentylacji dachu wraz z projektami detali (wlotu powietrza od strony ulicy (...), projektem kalenicy dachowej oraz projektem rozprowadzenia wentylacji wzdłuż ściany SOI) stanowiły całość dokumentacji projektowej zatwierdzonej przez (...)dotyczącej wykonania wentylacji dachu, na podstawie której została wykonana przez powoda wentylacja grawitacyjna dachu (...). Na naradzie koordynacyjnej ustalono także, iż słupy ściany SOI przy kalenicy budynku (...) (...) służyć mają jako wywiew. Dodatkowo ustalono, iż zakończenie krążyn dachu nastąpi według szkicu z 19 lipca 2007 r. Reasumując, powód wykonał komplet pokrycia dachowego w oparciu o zatwierdzony przez (...) projekt i w oparciu o rozwiązania zatwierdzone na naradach stron. Wykonawstwo wentylacji nie znalazło sprzeciwu inspektora nadzoru na żadnym etapie jej wykonywania ani faktycznie, ani poprzez wpis do dziennika budowy. Odbiór budynku (...)wraz z infrastrukturą techniczną miał miejsce 25 listopada 2008 r., zaś odbiór budynku (...) z infrastrukturą techniczną – 8 września 2008 r. Daty te stanowią podstawę do obliczenia upływu terminów gwarancji na roboty budowlane udzielonej przez powoda pozwanemu, która zgodnie z powyższym wygasła: 8 września 2013 r. – odnośnie budynku (...) oraz 25 listopada 2013 r. - odnośnie budynku (...). Pozwany zarzuca powodowi, iż sufit w budynku (...) (...) został wadliwie wykonany, o czym ma świadczyć pojawiające się na suficie

rzekome „przebarwienie” (ciemniejszy kolor w części sufitu od wewnętrznej strony budynku). Powód stanowczo zaprzeczył, aby wykonał roboty budowlane polegające na wykonaniu sufitu w budynku (...) (...) w sposób niezgodny z Umową Inwestycyjną bądź niezgodnie ze sztuką budowlaną. Powód podkreślił, że powyższe zjawisko jest niezależne od sposobu wykonania robót budowlanych. Jest to efekt specyficznych rozwiązań architektonicznych, przenikania się budynków, zaprojektowania stropodachu oraz użycia słupów ściany SO1 do wentylowania dachu budynku (...), a także nieprawidłowego korzystania z urządzeń wentylacyjnych obiektu. Pozwany zgłosił rzekomą wadę w postaci „przebarwień dużej powierzchni sklepienia sufitu w budynku (...)” na podstawie zgłoszenia reklamacyjnego z 26 marca 2012 r. Odbiór robót wykonanych w budynku (...) miał miejsce 8 września 2008 r., a pozwany dokonał zgłoszenia rzekomej wady wykonania sufitu dopiero po ponad trzech latach. Powód jednakże podjął czynności zmierzające do ustalenia przyczyn zaobserwowanego zjawiska. Okazało się, że rzekome „przebarwienie” jest spowodowane osiadaniami kurzu sufitu, nie jest natomiast wynikiem wadliwego wykonania sufitu. W dniu 28 stycznia 2011 roku miał miejsce komisyjny przegląd budynków(...) (...), tj. po okresie dwuletniego użytkowania budynku. W trakcie przeglądu stwierdzono rzekomą usterkę w postaci „nieszczelności elewacji” oraz „występowania silnego strumienia zimnego powietrza przedostającego się przez otwory rewizyjne budynku „(...)”. Powód nigdy nie uchylił się przed pomocą w rozwiązywaniu problemów pozwanego, przy czym uczestnictwo powoda w spotkaniach i naradach nie stanowi o przyznaniu istnienia wad. Pozwany pismem z 9 sierpnia 2012 r. wezwał powoda do usunięcia wad w postaci nawiewu zimnego powietrza do budynków (...) i (...) oraz przebarwień na suficie w budynku (...) w terminie do 31 sierpnia 2012 r. Pozwany powołuje się na przeprowadzone na zlecenie inwestora zastępczego badania termowizyjnego, a także na częściowe odkrytki w budynku (...), które wedle twierdzeń pozwanego wykazują luki w warstwie izolacji. Stwierdzenie braku szczelności powietrznej budynku nie jest równoznaczne z brakiem wykonania izolacji. Badania i opracowania pozwanego, nie wskazują na żadne konkretne wady wykonawstwa. Co więcej, badania wykonane przez firmę (...) dowodzą, że termoizolację wykonano starannie i brak jest obszarów wyróżniających się temperaturowo, poza miejscami, w których projektant zaprojektował wentylację naturalną. Powód zlecił wykonanie ekspertyzy dr hab. inż. Ł. M. w przedmiocie w/w problemów, która wykazała, że źródłem dwóch rzekomych wad wskazanych powyżej są założenia projektowe oraz nieprawidłowe korzystanie z wentylacji mechanicznej budynków (...)przez jej użytkownika. Pozwany bezpodstawnie zażądał wypłaty z gwarancji bankowych środków, które miały stanowić rzekome pokrycie przysługujących mu kar umownych za opóźnienie w usuwaniu ww. rzekomej wady. Nadto, żądania zapłaty wystosowane przez pozwanego zmierzały do zaspokojenia roszczeń pozwanego z tytułu kar umownych, a nie jak wskazał on w pismach do banku, roszczeń z tytułu rękojmi. Pozwany wystąpił o wypłatę środków z gwarancji bankowych w złej wierze i bezzasadnie. Od 19 marca 2014 r. pozwany pozostaje bezpodstawnie wzbogacony, zaś świadczenie uzyskane, jako nienależne, podlega zwrotowi. Powód wskazał, że roszczenie z tytułu kar umownych nie jest roszczeniem z rękojmi. Jedynym roszczeniem pieniężnym z tytułu rękojmi jest roszczenie o obniżenie wynagrodzenia powoda z tytułu wykonanych robót, a kwota o jaką wynagrodzenie powoda winno ulec obniżeniu, powinna zostać wykazana przez ubiegającego się o obniżenie tego wynagrodzenia. Ponadto przewidziany w art. 568 k.c. trzyletni okres wygaśnięcia roszczeń z tytułu rękojmi upłynął w odniesieniu do budynku (...) 8 września 2012 r., zaś w odniesieniu do budynku (...) 25 listopada 2011 r., a zatem już z tego powodu brak było podstaw do wypłaty środków z gwarancji. Ewentualne roszczenia odszkodowawcze z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania nie stanowią roszczeń z tytułu rękojmi, podobnie jak roszczenia o zapłatę kar umownych. Powód podniósł także zarzut nadużycia prawa podmiotowego przez pozwanego poprzez bezzasadne pozyskanie środków z gwarancji bankowej. Nadto z ostrożności procesowej powód wskazał, że żądanie usunięcia wady winno zawierać co najmniej wskazanie konkretnej wady i wykazanie jej istnienia. Żądanie inwestora sprowadzało się do wezwania do zlikwidowania „nawiewu zimnego powietrza” i „odbarwień sufitu”, bez względu na to co stanowi przyczynę tych zjawisk. Podniósł także zarzut, iż naliczona kara umowna jest rażąco wygórowana.

Pozwana (...) w K. wniosła o oddalenie powództwa i o zasądzenie kosztów procesu. Wskazała, że wykonawca ma za zadanie wykonać roboty budowlane nie tylko zgodnie z projektem, ale również zgodnie z zasadami wiedzy technicznej. Pozwany zgłaszał zastrzeżenia co do treści gwarancji bankowej, jednak został poinformowany przez powoda, że wystawiona gwarancja daje możliwość dochodzenia roszczeń z tytułu gwarancji oraz rękojmi za wady i usterki. Wskazał, że gwarancja miała zabezpieczać także roszczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Okres obowiązywania gwarancji bankowych jednoznacznie wskazuje, iż zakres gwarancji obejmuje 60

miesięczny okres gwarancji jakości, a nie tylko okres rękojmi za wady. Na spotkaniu 28 czerwca 2007 r. wykonawca został zobowiązany do przedstawienia w terminie do 6 lipca 2007 r. rysunków warsztatowych do biura (...) dotyczących kalenicy dachu, a dokumentacja projektowa została zatwierdzona ostatecznie 19 lipca 2007 r., z zaznaczeniem na przekroju (...)w lewym górnym rogu „rozwiązanie szczegółu do korekty”, co oznacza, że przedstawione rozwiązanie zostało zakwestionowane w tym fragmencie. Opracowany przez powoda rysunek przekroju budynku nie został przez projektanta zatwierdzony, albowiem powód nie przedstawił poprawnego projektu warsztatowego i nie uzyskał stosownych zatwierdzeń od Biura Projektowego. Występujący nawiew zimnego powietrza utrudnia pozwanemu prawidłowe użytkowanie budynków, co szczególnie uwidacznia się w okresie jesienno-zimowym. Powód nie usunął skutecznie stwierdzonej wady. Powód zobowiązał się na spotkaniu 5 maja 2011 r. do wykonania szeregu czynności zmierzających do wyeliminowania wady. W dniu 17 lipca 2012 r. dokonano odkrywek i stwierdzono brak paraizolacji na połączeniu połączy dachu ze ścianą od strony ul. (...) – strumień zimnego powietrza przedostaje się przez wyrwę w wełnie mineralnej. Został też stwierdzony brak ciągłości izolacji termicznej. Została zlecona ekspertyza, wykonana przez L. P., wykonano także badania termowizyjne. Stwierdzono brak szczelności powietrznej budynku oraz nieprawidłowość wykonania wentylacji grawitacyjnej. Rysunek przekroju budynku, będący kluczowym dla rozumienia idei wentylacji grawitacyjnej nie został przez projektanta zatwierdzony i nie mógł stanowić podstawy wykonania wentylacji. Autor ekspertyzy sformułował zalecenia pozwalające na usunięcie usterek. Inwestor zastępczy wezwał powoda do usunięcia przyczyny zimnego nawiewu powietrza i przebarwień na suficie. Na spotkaniach 7 stycznia 2013 r. oraz 28 stycznia 2013 r., również z udziałem rzeczoznawcy, zostało wypracowane wspólne stanowisko w sprawie dokonania prac naprawczych. Rozwiązania te zyskały akceptację głównego projektanta i przekazane zostały do powoda. Powód w dalszym ciągu utrzymywał, że przyczyny nawiewu zimnego powietrza do budynków (...) i (...) należy szukać po stronie wentylacji. Inwestor zastępczy zażądał usunięcia usterki przypominając, że nieprzekraczalny wyznaczony termin do 31 sierpnia 2012 r., a sposób usunięcia wady został pozostawiony do decyzji powoda. Jeśli chodzi o przebarwienia na suficie to również wynikają one z wadliwego wykonania robót. Jest ona pochodną wad nieprawidłowo działającej wentylacji grawitacyjnej. Pozwany zgłosił wadę 26 marca 2012 r. Powód wezwał o usunięcie przedmiotowej usterki swojego podwykonawcę. Następnie pismem z 11 kwietnia 2012 r. odmówił uznania usterki w postaci przebarwień sufitu. Obie wady zostały zgłoszone w okresie trwania rękojmi i gwarancji. Pozwany był uprawniony do naliczenia kary umownej za nieusunięcie w wyznaczonym terminie usterek zgodnie z umową inwestycyjną, a tym samym do uruchomienia środków z gwarancji bankowej. W ocenie pozwanego błąd w wykonawstwie robót budowlanych polegał na wykonaniu wentylacji grawitacyjnej w oparciu o niezatwierdzony przez projektanta projekt warsztatowy. Odmienny kolor sufitu jest zaś wynikiem źle działającej wentylacji. Pozwany nie uczynił nic co mogłoby uzasadniać postawienie mu zarzutu nadużycia prawa podmiotowego. Pismem z 21 sierpnia 2013 r. pozwany poinformował powoda o naliczeniu kary i zobowiązał do jej zapłaty w ciągu 7 dni od wezwania. Nawet jeśli przyjąć twierdzenie, iż bank nie był zobowiązany do wypłaty środków z gwarancji celem pokrycia roszczeń z tytułu naliczonych kar umownych, to nie podlega wątpliwości, że powód nie usunął wad, co za tym idzie nie wywiązał się on z określonych w umowie inwestycyjnej zobowiązań z tytułu rękojmi i gwarancji w okresie ich trwania, zatem pozwany miał prawo do uruchomienia środków z gwarancji. Pozwany zakwestionował istnienie przesłanek z art. 405 k.c., w jego ocenie wszelkie przesunięcia majątkowe w sprawie miały swą podstawę prawną.

Wyrokiem z dnia

Sąd Okręgowy wskazał, że niesporne w sprawie były poniższe okoliczności:

W dniu 10 września 2004 r. w (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (poprzednik prawny strony powodowej (...) S.A.) i strona pozwana(...) w K., po rozstrzygnięciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, zawarły Umowę nr (...) (dalej: „Umowa Inwestycyjna”).

Przedmiotem Umowy Inwestycyjnej było zrealizowanie przez powoda robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego „Przebudowa istniejącego budynku wraz z budową obiektu (...) i zaplecza administracyjno-technicznego oraz infrastrukturą techniczną” na działce (...) obr. (...)zlokalizowanej przy ul. (...) w K., w sposób zapewniający ciągłość pracy i funkcjonowanie (...) w budynku głównym ((...))” (§ 1 ust. 2 Umowy Inwestycyjnej).

Przedmiot umowy został określony w dokumentacji technicznej, kosztorysie, ofercie powoda oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W Umowie Inwestycyjnej wskazano prawa i obowiązki stron procesu inwestycyjnego. Zgodnie z § 10 Umowy Inwestycyjnej Zamawiający zobowiązany był do: protokolarnego przekazania placu budowy przy udziale Inwestora Zastępczego, przekazania Wykonawcy zatwierdzonej do realizacji dokumentacji projektowej, przekazania decyzji o pozwoleniu na budowę, dostarczenia planu sytuacyjno-wysokościowego z naniesionym uzbrojeniem podziemnym, zapewnienia Nadzoru Inwestycyjnego i Autorskiego, wskazania miejsc poboru mediów (wody, energii elekt.), realizacji należności Wykonawcy, odebrania niewadliwie wykonanych robót, uprzedniego sporządzenia i uzgadniania z Wykonawcą harmonogramu ograniczeń w wykonywaniu robót, spowodowanych koniecznością zapewnienia bezkolizyjnej pracy (...).

Na podstawie Umowy o zastępstwo inwestycyjne z 21 maja 2013 r., inwestorem zastępczym został ustanowiony Zarząd (...) W dniu 1 grudnia 2006 r., doszło do zmiany inwestora zastępczego na (...) Spółdzielnię Pracy (...) z siedzibą w K..

Zgodnie z § 12 Umowy Inwestycyjnej, Inwestor zastępczy zobowiązany był do kontroli i prowadzenia ewidencji dokumentacji technicznej wraz z jej obiegiem, przekazania Wykonawcy placu budowy i pozwolenia na budowę, sprawowania nadzoru technicznego, inwestorskiego zgodnie z przepisami Prawa Budowlanego, obowiązującymi normami oraz sztuką budowlaną, ze szczególnym uwzględnieniem jakości wykonywanych prac, oraz wzywania, gdy to konieczne, osób właściwych do sprawowania Nadzoru Autorskiego nad realizacją inwestycji, dokonywania odbiorów częściowych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, organizowania końcowego odbioru zadania inwestycyjnego lub jego części, przeprowadzenia odbioru z udziałem Zamawiającego oraz przygotowania dokumentów niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynku po zakończeniu inwestycji lub po zakończeniu pojedynczych, poszczególnych etapów inwestycji, przechowywania źródłowych dowodów dotyczących realizacji przedmiotu umowy od czasu jego rozpoczęcia do czasu jej zakończenia i przekazania Zamawiającemu, skompletowania dokumentacji powykonawczej, instrukcji obsługi maszyn i urządzeń, pozostałych dokumentów niezbędnych do dokonania odbioru przekazanych przez Wykonawcę zgodnie z umową oraz przekazania jej po odbiorze końcowym Zamawiającemu, prowadzenia całokształtu spraw związanych z rękojmią za wady, łącznie z dochodzeniem i egzekwowaniem kar umownych, przyjmowania od Wykonawcy faktur VAT, sprawdzania ich merytorycznie, formalnie i rachunkowo w ciągu 7 dni, licząc od daty wpływu faktury do siedziby Inwestora Zastępczego oraz składania ich na Dzienniku Podawczym Zamawiającego, przygotowania informacji i danych do sprawozdawczości i ewidencji kosztów oraz dowodów OT po przekazaniu inwestycji lub jej etapów.

Do obowiązków wykonawcy, zgodnie z § 11 Umowy Inwestycyjnej, należało: wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją, obowiązującymi przepisami prawa, w terminach określonych umową, wykonanie na swój koszt zaplecza budowy, wykonanie robót przez pracowników posiadających odpowiednie kwalifikacje zawodowe oraz przeszkolonych w zakresie przepisów bhp i ppoż., zapewnienie ciągłego nadzoru wewnętrznego (kierownictwo robót) nad prowadzonymi robotami, zapewnienie całodobowego dozoru na budowie, prowadzenie na bieżąco Dziennika Budowy i Dziennika Montażu, utrzymywanie porządku na terenie budowy, na dojazdach oraz zapewnienie stałego sprzątnięcia terenu przylegającego do terenu budowy, dróg wjazdowych z odpadków (gruzu, ziemi) pozostawionych przez pojazdy Wykonawcy, realizacja warunków określonych przez Zamawiającego, dotyczących możliwości zamieszczania przez Wykonawcę wszelkich informacji i reklam na elementach ogrodzenia i innych obiektach, zdemontowanie i zabezpieczenie, przewiezienie i rozładowanie, na wskazanym przez Zamawiającego miejscu, elementów ogrodzenia placu budowy, będących własnością Zamawiającego, Wykonawcy na etapie przetargu oraz w związku z koniecznością ustalenia dodatkowego wynagrodzenia za pracę.

Strony w miarę potrzeb, w trakcie realizacji inwestycji zawierały umowy o roboty dodatkowe, które były wynikiem uprzednich negocjacji i wzajemnych ustaleń. Finalnie zawarto siedemnaście umów o roboty dodatkowe.

W szczególności zawarto Umowę nr (...) z 4 lipca 2006 r. zmienioną następnie pięcioma aneksami (dalej: „Umowa (...)”) oraz Umowę nr (...) z 9 października 2007 r. zmienioną następnie czterema aneksami, która to umowa w § 1 pkt 1

A ppkt 18 i 19 wskazywała wykonanie wentylacji naturalnej dachu oraz konstrukcję stalową na gzymsie podrynnym – jako konieczne do wykonania (dalej jako: „Umowa (...)\”).

Zgodnie z § 4 Umowy Inwestycyjnej powód udzielił pozwanemu na wykonane roboty budowlane (budowlano-montażowe) gwarancji na okres 60 miesięcy, natomiast na urządzenia – gwarancji zgodnej z gwarancją producenta, przy czym nie krótszej niż 36 miesięcy. Gwarancja rozpoczęła swój bieg z datą odbioru końcowego każdego z budynków (§ 4 Umowy Inwestycyjnej).

Powód jako wykonawca zobowiązany był – na podstawie § 8 Umowy Inwestycyjnej – do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10 % ceny oferty na wykonanie przedmiotu umowy, tj. kwoty 5.489.000,00 zł w formie gwarancji bankowej z terminem ważności do 31 stycznia 2007 roku (przy założeniu zakończenia robót do 29 grudnia 2006 r.). Po 31 stycznia 2007 r., zabezpieczenie miało ulec zmniejszeniu do kwoty odpowiadającej 3% wartości przedmiotu umowy (§ 8 ust. 4 Umowy Inwestycyjnej).

Zgodnie z powyższym, 5 czerwca 2012 r. na zlecenie powoda, Bank (...) S.A. wystawił na rzecz pozwanego gwarancje bankowe (łącznie opiewające na kwotę: 1.283.881,26 zł), a to:

1) gwarancję bankową nr (...) opiewającą na kwotę 895.499,56 zł, ważną do 25 listopada 2013 r., dla zrealizowanych w ramach Umowy Inwestycyjnej prac „Przebudowa istniejącego budynku wraz z budową obiektu (...) i zaplecza administracyjno -technicznego oraz infrastrukturą techniczną -Budynek (...), prace dotyczące organizacji placu budowy oraz roboty zewnętrzne”;

2) gwarancję bankową nr (...) opiewającą na kwotę 318.109,70 zł, ważną do 8 września 2013 r., dla zrealizowanych w ramach Umowy Inwestycyjnej prac „Przebudowa istniejącego budynku wraz z budową obiektu (...) i zaplecza administracyjno -technicznego oraz infrastrukturą techniczną-Budynek (...);

3) gwarancję bankową nr (...) opiewającą na kwotę 70.272,00 zł, ważną do 8 września 2013 r., dla zrealizowanych w ramach umowy nr (...) z 4 lipca 2006 r. prac.

Na podstawie gwarancji bankowych, bank zobowiązał się zapłacić pozwanemu wskazane w poszczególnych gwarancjach kwoty na jego pierwsze wezwanie, w którym pozwany oświadczył, że powód nie wywiązał się ze swych określonych w Umowie Inwestycyjnej zobowiązań z tytułu rękojmi w okresie jej trwania.

Gwarancje bankowe banku (...) S.A. zastąpiły uprzednio zlecone przez Powoda 10 września 2010 r. gwarancje udzielone przez (...) Bank S.A. z siedzibą w W.. Te z kolei zastąpiły gwarancje (...) Banku (...) Spółka Akcyjna z grudnia 2008 r. Zmiany gwarancji następowały każdorazowo za pisemną zgodą Pozwanego.

Przebudowa (...) przez powoda na podstawie Umowy Inwestycyjnej odbywała się na podstawie projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego opracowanego przez (...) sp. z o.o. w K..

Prace związane z wykonaniem dachu budynku (...) Powód rozpoczął w 2006 roku. W pierwotnym projekcie budowlanym przebudowy (...) przewidziano jedynie rozebranie pokrycia dachowego z papy i blachy oraz konstrukcji więźb dachowych i wykonanie dachu budynku (...) w wersji tytanowo - cynkowej wraz z izolacją z wełny mineralnej i papy. Po dokonaniu rozbiórki pokrycia dachowego okazało się, iż stan istniejącej konstrukcji nośnej dachu uniemożliwia jej dalszą eksploatację, wobec czego niezbędna była wymiana całej konstrukcji nośnej dachu, co wymagało uprzedniego uzyskania przez (...) decyzji o zmianie pozwolenia na budowę. Rozszerzenie zakresu robót o wymianę całej konstrukcji nośnej dachu budynku (...) znalazło wyraz w Umowie (...). Roboty budowlane dachu zostały opisane oraz wycenione w trzech kosztorysach.

W dniu 31 grudnia 2007 r. doszło do protokolarnego odbioru końcowego i przekazania obiektów budynku (...) pozwanemu. W protokole odbioru stwierdzono zgodność wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym

i warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami. Jednocześnie dokument stwierdza brak zwłoki Powoda w wykonaniu przedmiotu odbioru i brak podstaw do naliczenia kar umownych (pkt 1.8. protokołu).

W dniu 25 listopada 2008 r. dokonano protokolarnego odbioru końcowego i przekazania Inwestorowi obiektu (...) wraz z infrastrukturą techniczną oraz całego zadania inwestycyjnego „Przebudowa istniejącego budynku wraz z budową obiektu (...) i zaplecza administracyjno-technicznego wraz z infrastrukturą techniczną” – zlokalizowanego przy ulicy (...) w K. na działce nr (...) obr. (...) W protokole odbioru (pkt 1.7 protokołu) stwierdzono wykonanie robót budowlanych zgodnie z umowami, projektami, w tym projektem wykonawczym wewnątrz kosztorysem ofertowym, nadzorami autorskimi, poleceniami projektanta podanymi w protokołach z narad koordynacyjnych, dyrekcyjnych oraz w protokołach ze spotkań z projektantem. Nie stwierdzono zwłoki w wykonaniu przedmiotu odbioru i stwierdzono brak podstaw do naliczenia kar umownych, nie stwierdzono również żadnych wad odbieranego obiektu.

W dniu 8 września 2008 r. dokonano odbioru i przekazania pozwanemu obiektu (...) wraz z infrastrukturą techniczną. Prace budowlane dotyczące tej części inwestycji zostały zrealizowane 24 września 2004 r. – 16 czerwca 2008 r. W protokole wskazano, iż prace zostały wykonane zgodnie z Umową, projektami, w tym zgodnie z projektem wykonawczym wewnątrz, kosztorysem ofertowym, nadzorami autorskimi, poleceniami projektanta podanymi w protokołach z narad koordynacyjnych, dyrekcyjnych oraz w protokołach ze spotkań z projektantem (pkt 1.6 protokołu). Komisja odbiorowa nie stwierdziła zwłoki w wykonaniu prac budowlanych (pkt 1.7). Nie stwierdzono występowania wad trwałych (pkt 1.8) i wskazano wyłącznie jedną nieistotną wadę do usunięcia: „wykonanie zabezpieczenia koryt odwadniających przed liśćmi i śmieciami”.

Ponadto Sąd Okręgowy ustalił co następuje:

Umowa Inwestycyjna przewidywała w § 14 możliwość naliczenia przez stronę powodową kar umownych względem pozwanego m.in. w przypadku zwłoki Powoda w usunięciu usterek - w wysokości 0,2 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, licząc od dnia ustalonego przez strony jako termin usunięcia usterek do dnia faktycznego odbioru prac. Maksymalny limit kar umownych nie mógł przekroczyć 10 % wynagrodzenia umownego Powoda.

Powód rozpoczął wykonywanie robót budowlanych zmierzających do wykonania dachu w 2006 r. Podwykonawcy powoda zgłosili powodowi wątpliwości dotyczące projektu budowlanego – wykonawczego stanowiącego załącznik do Umowy (...) z uwagi na brak w projekcie rozwiązania w zakresie wentylacji przestrzeni dachowej w budynku (...). Powód podjął rozmowy w tym przedmiocie z pozwanym, co finalnie doprowadziło do uzupełnienia projektu o rozwiązanie w zakresie wentylacji dachu.

Projektant zlecił w tym celu opracowanie opinii technicznej w przedmiocie brakującego rozwiązania projektowego wentylacji dachu profesorowi dr hab. inż. arch. A. B.. Wykonane przez prof. A. B. opracowanie zostało przedstawione powodowi i inwestorowi na naradzie dyrekcyjnej 5 czerwca 2007 r. Opracowanie zatytułowane „Opinia techniczna dotycząca możliwości urządzenia wentylacji naturalnej stropodachu w budynku „(...)” (...)” zawierało propozycję wykonania wentylacji naturalnej przegrody stropodachu poprzez wykonanie szczelin nawiewnych rozmieszczonych we wsporniku rynnowym żelbetowym poniżej rynny dachowej oraz wykonanie szczelin wywiewnych oraz kominka na przedłużeniu kalenicy. Dodatkowe otwory nawiewne przewidziano w postaci kominków systemowych. Na tej samej naradzie dyrekcyjnej ustalono, iż powód wraz z podwykonawcami będzie współpracował z projektantem celem przygotowania odpowiedniego projektu warsztatowego (pkt 10 protokołu z narady dyrekcyjnej z 5 czerwca 2007 r.).

Na spotkaniu przedstawicieli stron 15 czerwca 2007 r. ustalono zakres prac projektowych i zobowiązano Projektanta do wykonania: rzutu dachu z zaznaczeniem wentylacji kalenicowej reflektorowej oraz przekroji poprzecznych pokazujących miejsca wlotu i wylotu powietrza, rozprowadzenia wentylacji wzdłuż ściany SOI wraz z przekrojem poprzecznym i podłużnym, rozwiązania prowadzenia wentylacji (szczeliny wzdłuż ściany fasadowej na fasadach ścian szczytowych). Jednocześnie ustalono, iż celem przyspieszenia opracowania rysunków warsztatowych projektant wyda wyprzedzająco 19 czerwca 2007 r. podwykonawcy powoda ((...) sp. z o.o.) drogą elektroniczną rzut dachu, przekrój z oznaczeniem wylotu wentylacji kalenicowej oraz wytyczne opisowe i wymiarowanie. Powód z kolei miał przekazać projektantowi detal połączenia ściany SOI i budynku. Rysunki warsztatowe dostarczał projektantowi

podwykonawca. W dniu 28 czerwca 2007 r. (...) przekazała projektantowi szkic detalu rozwiązania kalenicy dachu budynku (...), zaś projektant zaopiniował przedstawione rozwiązanie pozytywnie zezwalając na rozpoczęcie prac na kalenicy. Podwykonawca został jednak zobowiązany do przedstawienia dokładniejszego rysunku warsztatowego do zaopiniowania projektantowi.

W dniu 3 lipca 2007 r. doszło do przekazania przez projektanta powodowi rysunku detalu wlotu powietrza w pasie rynnowym, zaś 12 lipca 2007 r. rysunków wentylacji dachu budynku (...). Pismem z 18 lipca 2017 r. skierowanym do projektanta powód wyraził swe wątpliwości co do prawidłowości zwymiarowania detalu przekroju wzdłużnego izolacji termicznej sufitu pod dźwigarem stalowym, zwracając się o uzupełnienie projektu w tym zakresie. Projektant odesłał powoda do legendy przekazanego rysunku technicznego, wskazując, że wełnę należy układać warstwami między profilami sufitu podwieszzonego bezpośrednio na paroizolacji ułożonej na płytach fermacell.

Całość dokumentacji projektowej została zatwierdzona przez projektanta 19 lipca 2007 r. Podwykonawcy wykonywali dach w oparciu o dokumentację zaakceptowaną przez projektanta. Rysunki przygotowane przez wykonawców były zatwierdzane przez projektanta, zanim na ich podstawie wykonano jakiegokolwiek roboty.

Prace budowlane dotyczące dachu powód rozpoczął 19 lipca 2007 r. W trakcie wykonywania prac dochodziło do dodatkowych uzgodnień m.in. dotyczących ostatecznego wyglądu detalu kalenicy oraz wysokości prześwitu dla wlotu powietrza i sposobu ułożenia wełny mineralnej na stropodachu.

W sierpniu 2007 r. doszło również do przerobienia koryta gzymsu budynku (...) w celu zapewnienia nawiewu powietrza, na podstawie rysunku Projektanta przekazanego Powodowi 26 września 2007 r.

W dniu 4 października 2007 r., na naradzie koordynacyjnej ustalono także, iż słupy ściany SOI przy kalenicy budynku (...) (...) służyć mają jako wywiew, czyli zapewnić wentylację dachu. W pkt 8 protokołu ze spotkania ustalono, iż zakończenie krążyn dachu nastąpi według szkicu z 19 lipca 2007 r., co stanowiło finalne uzgodnienie ostatniej kwestii związanej z wykonaniem dachu i wentylacji naturalnej stropodachu budynku (...) (...).

W dniu 14 listopada 2007 r. rozpoczęto wyłożenie termoizolacji stropu beczkowego, na której konstrukcję składały się: 2 płyty (...), paroizolacja, stelaż i wełna mineralna. W trakcie wykonywania termoizolacji wykonano wentylację „podłużną” stropu budynku (...) oraz otwory w słupach ściany SO1 służące do wentylacji dachu.

W trakcie wykonywania wentylacji przez powoda, inspektor nadzoru nie wyrażał sprzeciwu na żadnym etapie jej wykonania. Wykonanie tych robót nie zostało zakwestionowane również w trakcie odbioru robót częściowych.

Po 2 latach użytkowania budynków w trakcie komisyjnego przeglądu budynków 28 stycznia 2011 r. stwierdzono, że występuje zjawisko nawiewu zimnego powietrza przedostającego się przez otwory rewizyjne budynku (...). Następnie w związku z wykryciem ww. zjawiska miały miejsca liczne spotkania stron oraz dochodziło do wymiany korespondencji między stronami, w celu ustalenia przyczyn nawiewu oraz znalezienia rozwiązania problemu. Na spotkaniu 5 maja 2011 r. w sprawie nawiewu, powód zobowiązał się do wykonania szeregu czynności zmierzających do wyeliminowania wady. Na spotkaniu 5 września 2011 r. stwierdzono, że powód nie wykonał części robót, do których wykonania się zobowiązał, z uwagi na konieczność rozbiórki ściany.

W dniu 5 stycznia 2012 r. stwierdzono, że zimne powietrze dalej przedostaje się spod poszycia ściany w budynku (...).

Po przeprowadzeniu odkrywek, w protokole z 17 lipca 2012 r. stwierdzono, że występuje brak paroizolacji na połączeniu połaci dachu ze ścianą od strony (...), strumień zimnego powietrza przedostaje się przez wyrwę w wełnie mineralnej. Został też stwierdzony brak ciągłości izolacji termicznej. W protokole z 25 lipca 2012 r. (przedstawiciel powoda opuścił wówczas spotkanie w czasie jego trwania) projektant zobowiązał powoda do wskazania sposobu dokonania naprawy wad opisanych w protokole z 17 lipca 2012 r. Protokół z 25 lipca 2012 r. został powodowi przesłany pismem z 26 lipca 2012 r. W piśmie tym pozwany zażądał usunięcia wady w nieprzekraczalnym terminie do 31 sierpnia 2012 r.

W odpowiedzi, w piśmie z 2 sierpnia 2012 r. powód wskazał, że dach na budynku (...) został wykonany zgodnie z przedstawionym wykonawcy projektem i dokumentacją techniczną.

W dniu 26 marca 2012 r. pozwany zgłosił powodowi wadę w postaci przebarwień powierzchni sklepienia sufitu w budynku (...). Powód podjął czynności zmierzające do ustalenia przyczyn zaobserwowanego zjawiska. Po zbadaniu problemu stwierdził, że przyczyną przebarwienia jest osiadanie kurzu. Powód odmówił uznania usterki w postaci przebarwień sufitu, jednakże mimo to 28 sierpnia 2012 r. podjął próbę czyszczenia sufitu. Powód zwrócił się także do producenta systemu suchej zabudowy, z której wykonano sklepienie sufitu w budynku (...) i (...) - firmy (...) - o wypowiedź w przedmiocie zaistniałego zjawiska. Producent złożył oświadczenie, w którym wskazał, iż system suchej zabudowy zastosowany w budynku (...) jest prawidłowo dobrany do budynków tego typu (użyteczności publicznej). Jednakże, wobec różnych warunków zastosowania, część sufitu („czysta” - od strony (...)) znajduje się w innym obszarze i warunkach termicznych, niż część sufitu zlokalizowana pod budynkiem (...) (to ta część sufitu ciemniejsza). Panujące tam warunki i różnica temperatur, a tym samym wilgoci, może powodować szybsze osiadanie kurzu na powierzchni poszycia z płyt F. w części pod budynkiem (...).

Pozwany pismem z 9 sierpnia 2012 r. po raz kolejny wezwał powoda do usunięcia wad w postaci nawiewu zimnego powietrza do budynków (...) i (...) oraz przebarwień na suficie przypominając wyznaczony pozwanemu termin do 31 sierpnia 2012 r.

Pozwany 23 kwietnia 2012 r. wystosował do powoda pismo, w którym zgłosił swoje obawy odnośnie wpływu zmiany gwarancji na skuteczność jej uruchomienia w związku z już zgłoszonymi przez pozwanego wadami i usterkami, prosząc o wyjaśnienie treści zapisów. Powód w odpowiedzi na powyższe pismo, w piśmie z 27 kwietnia 2012 r., oświadczył, że zmiana gwarancji nie wpłynie na uprawnienia pozwanego oraz zapewnił, że klauzula zawarta w umowie gwarancji zapewnia pozwanemu zachowanie ciągłości zabezpieczenia oraz nie pozbawi możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi za wady i usterki.

Inwestor zastępczy podjął decyzję o zleceniu ekspertyzy budowlanej w sprawie nawiewu zimnego powietrza do budynków (...) i (...) oraz przebarwienia na suficie, która została poprzedzona wykonaniem badań termowizyjnych. Z ekspertyzy budowlanej autorstwa L. P. wynikało, że wentylacja grawitacyjna przestrzeni dachowej w budynku (...) nie została wykonana prawidłowo. Autor sformułował zalecenia mające na celu usunięcie usterek. Inwestor zastępczy przekazał ekspertyzę powodowi i pismem z 15 listopada 2012 r. ponownie wezwał powoda do usunięcia przyczyny nawiewu zimnego powietrza do budynków (...) i (...) oraz przebarwień na suficie.

Pismem z 15 lutego 2013 r. inwestor zastępczy po raz kolejny zażądał usunięcia usterki, przypominając, że nieprzekraczalny wyznaczony termin do 31 sierpnia 2012 r., pozostawiając do uznania powoda sposób usunięcia wady.

Pismem z 21 sierpnia 2013 r. pozwany wezwał powoda do zapłaty kary umownej w wysokości 4.135.035,16 zł w terminie 7 dni za nieusunięcie w wyznaczonym terminie wady/usterki zgłoszonej w okresie gwarancji i rękojmi, dotyczącej nawiewu zimnego powietrza do budynków (...) i (...) oraz przebarwień na suficie budynku (...) w związku z realizacją Umowy nr (...) oraz Umowy nr (...), załączając do wezwania notę księgową nr (...) z 21 sierpnia 2013 r. Kara umowna została naliczona za okres od 1 września 2012 r. do 17 czerwca 2013 r. Wezwanie zawierało pouczenie, iż w razie braku zapłaty przez Powoda żądanej kwoty. Pozwany przejmie kwotę zabezpieczenia wniesionego przez Powoda w formie gwarancji bankowej zabezpieczającej zobowiązania z tytułu rękojmi w wysokości 1.283 881, 26 złotych, zaś pozostałą kwotę będzie dochodził na zasadach ogólnych.

Powód nie uczynił zadość żądaniu Pozwanego, podtrzymując stanowisko, że ujawnione wady są wynikiem błędów dotyczących rozwiązań projektowych, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Pismem z 4 września 2013 r. Pozwany zwrócił się do (...) S.A. z żądaniem wypłaty całości środków objętych trzema Gwarancjami Bankowymi. We wniosku do Banku Pozwany wskazał, iż wnosi o wypłatę środków z Gwarancji Bankowych w związku z tym, że (...)nie wywiązał się ze swych zobowiązań z tytułu rękojmi wynikających z Umowy

(...) oraz Umowy nr (...), w okresie jej trwania. Bank (...) S.A. zawiadomił powoda o otrzymaniu żądania Pozwanego, oczekując zapewnienia środków na realizację Gwarancji Bankowych w terminie 3 dni roboczych.

Powód zlecił wykonanie dodatkowej ekspertyzy, która miała wskazać źródło ww. problemów, która została wykonana w grudniu 2013 r. przez dr hab. inż. Ł. M.. Z ekspertyzy wynikało, iż izolacja termiczna powierzchni sufitu została wykonana poprawnie, zaś problem nawiewu zimnego powietrza wynika z założeń projektowych oraz nieprawidłowego korzystania z wentylacji mechanicznej przez pozwanego.

Ekspertyza została poprzedzona badaniami funkcjonowania systemów HV AC oraz wydajności systemów wymiany powietrza w budynku (...)zleconymi przez powoda S. M.. Autor badań przedstawił wnioski, iż użytkownik systemu (pozwany) zmienił częściowo ustawienia, pierwotnie przewidziane w projekcie. Zmiany temperatur miały jednak dopuszczalny zakres.

W dniu 19 marca 2014 r. doszło do wypłacenia pozwanemu kwoty 1.283.881,26 zł przez Bank (...) S.A.

Dokumentacja projektowa została wykonana dla całego obiektu (...)w sposób kompleksowy i poprawny, przy założeniu odpowiedniej szczelności budynku i braku dopływu niekontrolowanego powietrza oraz przyjętego rozwiązania wentylacji przestrzeni dachu. W dokumentacji projektowej nie została rozwiązana sprawa wentylacji przestrzeni (...)pomiedzy sufitem i dachem budynku (...) w części wchodzącej w budynek (...). W opisanym rozwiązaniu nie uwzględniono współdziałania wentylacji naturalnej tej części dachu z instalacją wentylacyjno-klimatyzacyjną.

Dodatkowo aktualny stan wentylacji tej części dachu odbiega również od przyjmowanych rozwiązań korygowanych w trakcie narad roboczych. Stan wentylacji tej części dachu budynku (...) jest powodem występowania niskiej temperatury sufitu i wykraplania pary wodnej na jego powierzchni. Po zrealizowaniu instalacji wentylacyjnej nie zostały wykonane pomiary gwarancyjne, które mogły wykazać występowanie niekontrolowanego napływu powietrza do budynku (...) i stan wentylacji przestrzeni dachowej budynku (...) wchodzący w bryłę budynku (...). Wentylacja została wykonana zgodnie z dokumentacją projektową i umową inwestycyjną z wyjątkiem zmian wprowadzanych w trakcie realizacji budynku, a dotyczących wentylacji przestrzeni dachowej znajdującej się w bryle budynku (...).

W budynku (...) (...) występuje zjawisko ponadstandardowego nawiewu zimnego powietrza do budynku. Zjawisko to zostało stwierdzone zarówno w miejscu, w którym ściana budynku (...) znajduje się w bryle budynku (...), jak również w ścianie zewnętrznej budynku (...) od strony ulicy (...). Dopływ powietrza zewnętrznego ma miejsce od strony ściany wschodniej budynku (...) poprzez nieszczelności w izolacji ocieplenia ścian budynku (...) pokrytych płytami elewacyjnymi, szczelinami na łączeniu muru pionowego z wieńcem oraz braku szczelnego odizolowania połączeń wieńca z przestrzenią między płytami stanowiącymi okładzinę wewnętrznych ścian budynku (...). Powietrze zewnętrzne dostaje się tymi drogami do wnętrza budynku (...), jak i przestrzeni między sufitem a dachem w części wchodzącej do budynku (...).

Na etapie realizacji inwestycji dochodziło wielokrotnie do uzupełniania dokumentacji projektowej, ale nie zwalniało to wykonawcy od właściwego wykonania prac budowlanych. Część rozwiązań przewidzianych pierwotnie w projekcie była korygowana. Brak szczelności budynku związany jest z niestarannym wykonaniem prac budowlanych. W związku z zabudową instalacji wentylacyjno-klimatyzacyjnych w budynku (...), które nie muszą pracować na zrównaniu strony napływu i wypływu powietrza oraz występującą nieszczelnością budynku (...) zachodzi zwiększony dopływ powietrza zewnętrznego. Brak szczelności budynku (...) jest powodem ponadstandardowego nawiewu powietrza zewnętrznego do budynku (...) i (...) oraz przestrzeni między sufitem i dachem budynku (...) w obrębie bryły budynku (...). W szczególności w okresach niskich temperatur przyczynia się to do obniżenia temperatury sufitu i wykraplania pary wodnej z powierza na powierzchni sufitu, a co za tym idzie do osiadania kurzu i zmiany zabarwienia. Ponadstandardowy nawiew powietrza w budynku (...) powoduje obniżenie komfortu w holu na parterze budynku (...).

Istnieje wpływ działania wentylacji mechanicznej na występowanie zjawiska ponadstandardowego napływu powietrza poprzez nieszczelności do budynku (...). Przy istniejącej nieszczelności budynku (...) praca instalacji wentylacyjno-klimatyzacyjnej na podciśnieniu przyczynia się do zwiększenia dopływu niekontrolowanego i nieuzdatnionego

(nie ogrzanego w porze zimowej) powietrza. Zjawisko to występuje jednak również przy wyłączonej wentylacji mechanicznej.

Wysoki budynek (...) posiada wpływ na wymianę powietrza w przylegającym do niego budynku (...). Gdyby jednak nie występowały tak znaczne nieszczelności nie dochodziło by do intensywnego dopływu powietrza zewnętrznego do budynku (...). Nieszczelności przegród budowlanych stanowią aktualnie łatwą drogę dopływu powietrza do budynku (...) i pośrednio do budynku (...) (występują małe opory przepływu powietrza przez nieszczelności). Zabudowane systemy klimatyzacji w budynku (...) powinny pracować w warunkach zrównania przepływu powietrza po stronie nawiewnej i wywiewnej. To zrównanie nie musi zawsze występować i w przypadku nieszczelności budynku powoduje zwiększenie intensywności napływu powietrza zewnętrznego. Gdyby budynek był szczelny nie dochodziłoby do napływu powietrza zewnętrznego. Jeśli chodzi o wpływ zabudowanej wentylacji pożarowej na napływ powietrza to można stwierdzić, że na klapach pożarowych i miejscach zabudowy wentylatorów wentylacji zawsze występują pewne nieszczelności. Te nieszczelności mieszczą się w granicach błędów zrównania przepływów strony nawiewnej i wywiewnej instalacji wentylacyjno – klimatyzacyjnej, jednak mogą być one powodem zwiększenia intensywności dopływu powietrza. W przypadku odpowiedniej szczelności budynku (...) nie miałyby one wpływu na niekontrolowany napływ powietrza zewnętrznego do budynków (...) i (...).

System zarządzania wentylacją i klimatyzacją w budynku jest zgodny z dokumentacją projektową i przeznaczeniem budynku (...).

Powodem nieprawidłowości występujących w budynkach (...) i (...) (...) są warunki komfortu występujące w holu budynku (...) oraz kwestia sufitu w budynku (...). Te problemy związane są zaś z występującą nieszczelnością budynku (...).

W odniesieniu do sposobu wykonania stropodachu w budynku (...) (...) występują następujące odstępstwa od założeń projektowych i ich późniejszych zmian:

- brak szczelności stropodachu budynku (...) znajdującego się w bryle budynku (...);
- występowanie braku ciągłości przegrody izolacyjnej za ostatnim wspornikiem stalowym okapu od strony budynku (...) (rys. 82 i 83). W miejscu tym zaobserwowano zasysanie powietrza do wnętrza budynku (...). Zasysane powietrze przedostaje się do przestrzeni między murem ceglanym a okładziną wewnętrzną. Zjawisko przepływu powietrza o mniejszej intensywności zarejestrowano również przy pozostałych wspornikach stalowych okapu;
- nieprawidłowy sposób wykończenia przegrody rozdzielającej stropodach budynku (...) od strony budynku (...) (rys. 84 i 106);
- brak odcięcia przestrzeni między murem ceglanym a okładziną z płyt gipsowo-kartonowych z przestrzenią wentylowaną stropodachu, co skutkuje swobodnym przepływem zimnego powietrza do wnętrza budynku (...) wywołującym podciśnieniem związanym z systemem wentylacyjno-klimatyzacyjnym budynków (...)
- brak przestrzeni wentylacyjnej między deskowaniem połączenia stropodachu a okładziną ogniochronną oczepek
- brak zmiany grubości izolacji termicznej pod dźwigarami stropodachu w celu wytworzenia ciągłej szczeliny pod dźwigarami łukowymi do wentylowania poprzecznego stropodachu,
- zastosowanie lokalnej komprymacji wełny mineralnej o grubości 20 cm za pomocą I kształtek ze styropianu
- zastosowanie jednowarstwowego układu izolacji termicznej.

Powyższe nieprawidłowości są równocześnie niezgodne ze sztuką budowlaną.

Przyczyną występowania efektu wizualnego ciemniejszego sufitu w części stropu budynku (...) (...) jest występowanie zjawiska kondensacji pary wodnej na analizowanej powierzchni sufitu. Ze względu na zarejestrowane, szczególnie

w okresie zimowym, temperatury płyt cementowo-włóknowych można wnioskować, że są one znacznie niższe od temperatury punktu rosy. Oznacza to, że przy odpowiednich warunkach temperaturowo-wilgotnościowych powietrza wewnątrz budynku następuje kondensacja pary wodnej na powierzchni sufitu powodując tym samym zwiększenie jego zawilgocenia co z kolei sprzyja osiadananiu zabrudzeń znajdujących się w powietrzu - kurzu. Efekt wizualny ciemniejszego sufitu występuje w miejscach najzimniejszej jego części. Należy podkreślić, że w analizowanym budynku przede wszystkim na antresoli, wielokrotnie organizowane są spotkania, które ze względu na dużą liczbę uczestników powodują zwiększenie wilgotności powietrza, co dodatkowo może potęgować rejestrowane efekty wizualne.

Niska temperatura płyt cementowo-włóknowych spowodowana jest brakiem ocieplenia stropodachu budynku (...) znajdującego się w bryle budynku C, co zostało wykazane we wcześniejszej części opinii. Przeprowadzone badania oraz wizje lokalne wykazały, że ta część stropodachu nie spełnia wymagań szczelności i występuje w nim ruch zimnego powietrza. Nieszczelności te, a tym samym zasilanie zimnym powietrzem zewnętrznym, występują przede wszystkim na połączeniu okapu dachu ze ścianą podłużną budynku (...) w miejscu przenikania się brył budynku (...) i C. Dodatkowo wytworzone mostki termiczne w wyniku nieprawidłowego zabudowania przegrody rozdzielającej stropodach budynku (...) w miejscu wzajemnego przenikania się brył budynków (...) i C oraz brak izolacji termicznej wsporników okapu w przedmiotowej części budynku powodują wychładzanie pustej przestrzeni stropodachu.

Również w pozostałej części sufitu budynku (...) rejestruje się lokalnie ciemniejsze efekty, które wywołane są nieprawidłowo wykonaną izolacją termiczną stropodachu. Efekt ciemnych pasów związany jest z zastosowanym jednowarstwowym układem izolacji termicznej, który powoduje powstanie mostków termicznych na styku pasów wełny mineralnej. Również efekt wizualny ciemnych punktów sufitu związany jest z mostkami termicznymi wytworzonymi w wyniku komprymacji wełny mineralnej za pomocą dystansów' z kształtek styropianu.

Efekt ciemniejszych plam na wewnętrznej okładzinie ścian zewnętrznych budynku (...) jest również wynikiem występowania punktowych mostków termicznych w miejscach łączników płyt okładziny, tworząc w ten sposób tzw. "efekt biedronki". Opisany efekt jest wynikiem przepływu zimnego powietrza w przestrzeniach między starymi murami obiektu, a wewnętrzną okładziną z płyt gipsowo-kartonowych.

W przypadku występujących przetok termicznych czyli występujących różnic temperatury na ścianie południowej budynku (...) od strony ul. (...) należy stwierdzić, że ich przyczyna jest taka sama jak na styku budynków (...) i (...). Tam również występują nieszczelności przegrody budowlanej i następuje dopływ niekontrolowanego powietrza zewnętrznego. Ściana wewnętrzna budynku (...) od ul. (...) jest pokryta płytami kartonowo-gipsowymi. Za płytami kartonowo-gipsowymi występuje wolna przestrzeń, której grubość jest zmienna na długości ściany. W miejscu lokalizacji otworów rewizyjnych wynosi około 20 cm. W innych miejscach grubość przestrzeni wolnej jest mniejsza, co przykładowo przedstawiono na rysunku 25. W zależności od występującego napływu powietrza i zastosowanej izolacji przegrody zewnętrznej pojawiają się miejsca o różnym poziomie wychłodzenia, a więc i różnych temperaturach.

Występowanie tych przetok związane jest z brakiem staranności wykonanego ocieplenia ścian i występowaniem nieszczelności powodujących przepływ powietrza zewnętrznego do wnętrza budynku (...), za co odpowiada wykonawca.

Przyjęte rozwiązanie wentylacji przestrzeni dachu oparte na wentylacji naturalnej jest poprawne w sensie projektowym. Rozwiązanie to polegało na zapewnieniu dopływu powietrza poprzez wloty zlokalizowane wzdłuż ściany budynku i wylot w kalenicy. W miejscu, w którym nie przewidziano wywiewu w kalenicy dachu budynku (...) zaproponowano wylot powietrza z przestrzeni dachowej poprzez słupy nośne elewacji budynku (...). Pozostała część dachu budynku (...) znajdująca się w bryle budynku (...), miała być szczelnie oddzielona od przestrzeni wentylowanej.

Powietrze zewnętrzne (atmosferyczne) wpływa do przestrzeni między sufitem, a dachem od strony ściany wschodniej poprzez nieszczelności do źle odizolowanego muru pionowego z wieńcem. Wypływ powietrza następuje poprzez słupy nośne elewacji budynku (...). Taki przepływ powietrza przy braku izolacji termicznej powoduje wychłodzenie sufitu

do niskich temperatur, co przy dużej wilgotności powietrza w budynku (...) powoduje wykraplanie się pary wodnej z powietrza na powierzchni sufitu. Ta przyczyna jest powodem przebarwień sufitu.

Brak właściwie rozwiązanej wentylacji przestrzeni między sufitem, a dachem w budynku (...) w części wchodzącej do budynku (...), nieszczelność łączenia ścian pionowych z wieńcem oraz brak izolacji powodują występowanie przebarwień sufitu.

Nie można określić sposobu i kosztów usunięcia nieszczelności bez demontażu płyt okładzinowych oraz części płyt cementowo-włóknowych sufitu. W aktualnym stanie trzeba dokonać zdjęcia płyt kamiennych z elewacji budynku (...) i wykonać uszczelnienie w miejscach, które zostały wskazane jako drogi przepływu powietrza zewnętrznego do budynku (...).

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił na podstawie powołanych dowodów z dokumentów, albowiem ich wiarygodność nie budziła wątpliwości.

Sąd Okręgowy przyjął za wiarygodne zeznania świadków M. W. (inspektor robót budowlanych), J. S. (kierownika budowy), L. G. (pracownik strony powodowej), J. P. (kierownik robót podwykonawcy powoda), L. O. (administrator kontraktu), R. T. (koordynator robót instalacyjnych), A. K. (dyrektor handlowy powoda), H. L. (dyrektor oddziału powoda), L. S. (kierownik budowy z ramienia powoda), W. B. (kierownik robót z ramienia podwykonawcy), J. J. (koordynator robót elektrycznych i teletechnicznych), S. C. (mistrz budowy ze strony powoda), S. M. (inżynier projektu podwykonawcy w zakresie instalacji słaboprądowych), Ł. S. (inżynier budowy z ramienia powoda), B. S. (prezes inwestora zastępczego), R. L. (autor projektu (...)), T. F. (pracownik biura projektowego), P. B. (podwykonawca projektanta) i W. S. (pracownik pozwanego). Zdaniem Sądu Okręgowego, zeznania ww. świadków były spójne i korespondowały z pozostałym materiałem dowodowym, w szczególności zalegającymi w aktach sprawy dokumentami (pismami powoda i pozwanego oraz protokołami ze spotkań).

Z zeznań M. W., H. L., L. S., W. B., B. S., R. L. oraz T. F. wynikało jednoznacznie, że prace były wykonywane przez powoda w oparciu o dokumentację przekazaną przez projektanta, a także rysunki, które choć wykonywane były niejednokrotnie przez podwykonawców powoda, były objęte akceptacją projektanta. Wykonywanie prac w oparciu o dokumentację zatwierdzoną przez projektanta nie przesądza jednak o tym, że prace to zostały w całości wykonane poprawnie i zgodnie z projektem. Przeczą temu w sposób jednoznaczne wnioski opinii (...) (...) w K..

W szczególności zeznania świadka R. L. potwierdziły, iż zmiana sposobu wentylacji dachu została zaproponowana przez powoda i rysunki warsztatowe wentylacji dachu zostały sporządzone przez powoda. Tak samo zeznał świadek T. F.. Świadek R. L. potwierdził napływ zimnego powietrza, który został stwierdzony podczas wizji lokalnych, które odbywały się na wniosek pozwanego – potwierdził on, iż istotą przenikania dachu jest rozwiązanie, które stawia ewidentną barierę termiczną pomiędzy częścią dachu wewnętrzną i zewnętrzną. W swoich zeznaniach świadkowie ci zgodnie stwierdzili, iż nie było wad w projekcie, a przyczyną zarówno nawiewu zimnego powietrza jak i powstania przebarwienia sufitu w budynku (...) (...) były błędy wykonawcze. Potwierdzenie w opinii biegłych z (...) znalazły m.in. depozycje świadka T. F., który podnosił, iż nie zapewniono szczelności budynku, czyli jednego z podstawowych parametrów jeśli chodzi o energetykę obiektu; świadek ten potwierdził również brak ciągłości paroizolacji. Z zeznań świadka W. S. wynika z kolei, iż powietrze zimne było nawiewane z elewacji, która znajduje się wewnątrz budynku (...) i po próbach i doświadczeniach wszyscy zebrani doszli do wniosku, iż jest to powietrze, które dostaje się z wentylacji dachu.

Świadek W. S. przyznał, że pracownicy pozwanego dokonywali zmian ustawień wentylacji (co było przedmiotem zarzutów pozwanego). Okoliczność tę potwierdził świadek L. G., R. T., J. J., a także świadek S. M., który przeprowadzał badania w tym przedmiocie, świadek ten jednak przyznał, że jeśli chodzi o ustawienia temperatur to zmiany były dokonane w dopuszczalnym zakresie. Ostatecznie jednak, jak wynika z opinii (...) wprowadzenie przedmiotowych zmian nie można uznać za przyczynę występowania wad w postaci nawiewu zimnego powietrza do budynku i przebarwień na suficie.

Świadkowie S. C., M. W. i J. P. wskazali, iż wszelkie prace, w tym prace podlegające zakryciu, były odbierane przez inspektora budowlanego. Ewentualne nieprawidłowości w tym zakresie były korygowane przez wykonawców. Przedstawiciele pozwanej nie zgłaszali zatem zastrzeżeń do poprawności przeprowadzania prac przez powoda w trakcie ich wykonywania. Okoliczność tę potwierdzają także dokumenty w postaci wpisów do dziennika budowy oraz protokołów końcowych odbiorów budynków, w których nie pojawiły się zasadniczo żadne zastrzeżenia co do jakości wykonanych prac. Brak zastrzeżeń inwestora w trakcie wykonywania prac przez powoda nie zwalnia jednak powoda z odpowiedzialności za wady wykonania, mogące uwidocznić się już po odebraniu budynków, o czym szerzej w rozważaniach.

Świadek B. S. potwierdziła okoliczności związane z ujawnieniem się wad oraz podejmowanych prób związanych z jej usunięciem. Zeznania świadka korespondują w tym zakresie ze zgromadzonymi dokumentami. Z kolei zeznania J. S. potwierdziły, że powód podjął pewne czynności dotyczące likwidacji problemu nawiewu zimnego powietrza po jego zgłoszeniu, jednakże były one bezskuteczne. Powyższe znajduje oparcie również w dokumentach przedłożonych przez strony.

Zdaniem Sądu Okręgowego, zeznania A. K. i H. L. potwierdzały z kolei, że treść udzielonej gwarancji nie była przedmiotem dyskusji czy jakichkolwiek negocjacji między stronami. Zeznania świadków w tym zakresie nie budziły wątpliwości, z tym zastrzeżeniem, że między stronami miała jednak miejsce pewna korespondencja dotycząca warunków gwarancji. Jak wynika z pisma pozwanej z 23 kwietnia 2012 r. zgłaszał on powodowi swe obawy odnośnie wpływu zmiany gwarancji na skuteczność jej uruchomienia w związku z już zgłoszonymi przez pozwanej wadami i usterkami. Powód w odpowiedzi na powyższe pismo, w piśmie z 27 kwietnia 2012 r., oświadczył, że zmiana gwarancji nie wpłynie na uprawnienia pozwanej oraz zapewnił, że klauzula zawarta w umowie gwarancji zapewnia pozwanej zachowanie ciągłości zabezpieczenia oraz nie pozbawi możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu gwarancji i rękąmi za wady i usterki.

Sąd Okręgowy oparł się również na opinii (...) (...) w K. Wydziału (...) która w jego ocenie była rzetelna, w pełni zrozumiała, wyczerpująco odpowiadała na pytania tego Sądu oraz przedstawiała w sposób jasny tok rozumowania biegłych, który doprowadził do przyjętych konkluzji. Biegli swoje wnioski oparli na przeprowadzonych czynnościach w postaci analizy dokumentacji projektowych oraz kilkakrotnych wizjach lokalnych obiektu w trakcie których wykonano szereg badań i pomiarów, a pomiary te wykonywane były zarówno w porze letniej i zimowej. Podkreślić należy, iż przedmiotowa opinia została sporządzona w sposób kompleksowy, logiczny i z zachowaniem najwyższej staranności. Wszelkie twierdzenia strony powodowej, iż nie wiadomo w oparciu o jakie dokumenty opinia została sporządzona nie znajdują uzasadnienia – wszystkie dokumenty zostały przywołane i opisane w opinii. Zauważyć należy, iż jedynym dokumentem, który nie był w aktach sprawy, a został wskazany w opinii jako podstawa do jej wydania, to dokument ze zbioru dokumentacji powykonawczej. Pozwany 2 października 2018 r. złożył do akt sprawy przedmiotowy fragment dokumentacji powykonawczej. Poszczególne elementy opinii należy ocenić jako poprawne i składające się na trafność wniosków końcowych. W ocenie Sądu Okręgowego, stanowisko biegłych zaprezentowane w treści opinii jest jednoznaczne, stanowcze i logiczne, zaś sama opinia została sporządzona w sposób przystępny i zrozumiały także dla osób nieposiadających wiedzy specjalnej w zakresie budownictwa.

Zdaniem Sądu I instancji, przedmiotowa opinia w sposób jednoznaczny potwierdziła istnienie wad w wykonanych przez stronę powodową robotach budowlanych. W szczególności opinia potwierdziła niekontrolowany nawiew powietrza zewnętrznego do budynku (...) i budynku (...) (...), czego dowodem są wykonane przez biegłych pomiary z wykorzystaniem kamery termowizyjnej. Biegli wskazali potencjalne drogi migracji powietrza zewnętrznego, a nadto określili przyczynę nieszczelności wskazując, iż wynika ona z niestarannego wykonawstwa prac na budowie. Biegli w sposób przekonujący wyjaśnili również, z jakiej przyczyny na suficie budynku (...) (...) pojawiło się charakterystyczne przebarwienie – jak podali, zastosowanie przez wykonawcę robót budowlanych jednowarstwowego układu izolacji termicznej spowodowało powstanie mostków termicznych na styku pasów wełny mineralnej, co jest powodem lokalnego wychładzania płyt, co z kolei przy odpowiednich warunkach temperaturowych i wilgotności powietrza powoduje kondensację pary wodnej oraz osadzanie zabrudzeń, czego widocznym efektem jest ciemniejszy

sufit. Jako przyczynę opisanych wyżej wad biegli kategorycznie i jasno wskazali fakt niestarannego wykonania prac budowlanych przez stronę powodową, jednocześnie nie sformułowali oni w zasadzie żadnych zastrzeżeń do dokumentacji projektowej dostarczonej wykonawcy.

Zdaniem Sądu Okręgowego, biegli w swej pisemnej opinii uzupełniającej w sposób przekonujący odnieśli się do zarzutów powoda. Biegli w sposób stanowczy podtrzymali swoją ocenę o istnieniu wad budynku związanych z nieprawidłowym wykonawstwem, wskazując, że dokumentacja powykonawcza, którą dysponowali, a w szczególności przeprowadzone badania, były wystarczające do wysnucia jednoznacznych wniosków w tym przedmiocie. Odnosząc się do twierdzeń powoda biegli podkreślili, że ujawnione wady nie są w żadnym wypadku związane z kwestią czasu użytkowania budynku ani też nie jest ich przyczyną sposób funkcjonowania wentylacji mechanicznej. Biegli jednoznacznie podkreślili, iż błędne są podniesione w zarzutach do opinii stwierdzenia strony powodowej mówiące o współpracy wentylacji mechanicznej i naturalnej dachu, zwracając uwagę, iż wentylacja naturalna dachu nie może nigdy współpracować z wentylacją mechaniczną pomieszczeń budynku. W ocenie biegłych wszelkie problemy związane z wadami budynkami (...) związane są z brakiem szczelności tego budynku i niekontrolowanym dopływem powietrza zewnętrznego nieuzdatnionego (nie oczyszczonego, nieogranzonego lub nie ochłodzonego w okresie letnim) – ich zdaniem, również niekontrolowany dopływ powietrza zewnętrznego do przestrzeni dachowej powoduje problemy z wykraplananiem pary wodnej i zmiany barwy sufitu. Biegli w sposób przekonujący wyjaśnili, iż po pierwsze nie można mówić o braku pracy systemów wentylacji w budynku, w którym funkcjonuje tylko wentylacja mechaniczna i systemy wentylacyjne i klimatyzacyjne służą do ogrzewania pomieszczeń – w wybranych centralach (grupach pomieszczeń) systemy wentylacji i klimatyzacji zostały zaprojektowane z możliwością pracy w trybie pełnej recyrkulacji (bez udziału powietrza zewnętrznego – świeżego), w takiej sytuacji nie ma znaczenia czy te centralne pracują w danym momencie czy też nie, bo nawet jak pracują została przewidziana ich praca w pełnej recyrkulacji; biegli zaznaczyli, iż w żadnym wypadku brak wykonywania pomiarów przy pełnym obciążeniu cieplno-wilgotnościowym (...) nie dyskwalifikuje opinii. Według biegłych oczywistym jest, że praca systemów wentylacji mechanicznej przy nastawach wywołujących w budynku podciśnienie będzie potęgować zjawisko napływu powietrza do budynku przez występujące nieszczelności, jednak nie zmienia to faktu stwierdzonej nieszczelności budynku. Biegli wskazali, że dokumentacja w żadnym zakresie nie przewidywała celowego dopływu powietrza do budynków (...), a budowa obiektu nieszczelnego byłaby sprzeczna z obowiązującymi w tym zakresie przepisami. Zarzuty powoda w tym zakresie należało zatem uznać za chybione. Biegli konsekwentnie przytaczali argumenty wskazujące na okoliczność, iż sposób wykonania robót budowlanych przez powoda nie był prawidłowy i pozostawał w sprzeczności z dokumentacją powykonawczą. Za bezpodstawne biegli uznali twierdzenie powoda, zgodnie z którym w przypadku zapoznania się z dokumentacją powykonawczą i projektową u niego „wniosku opinii byłyby prawidłowe” – w tym kontekście wskazać należy, iż w analizowanym przypadku dokumentacja powykonawcza została protokolarnie przekazana obecnemu administratorowi budynku i w świetle Prawa budowlanego stanowi aktualną dokumentację budynku, w związku z powyższym nie ma znaczenia od kogo biegli uzyskali dokumentację, która jest dokumentem prawnym, a tym bardziej biegli nie mieli obowiązku zwracać się w tej sprawie do powoda. Odpowiadając na dalsze zarzuty powoda biegli oświadczyli, iż w czasie wykonania opinii skupiono się na wykonaniu pomiarów, które pozwoliły odpowiedzieć na postawione pytania – w opinii przedstawiono metodykę pomiarową oraz wykorzystywane przyrządy pomiarowe; zamieszczone w opinii termogramy dotycząc miejsc, w których stwierdzono anomalie temperatury, brak zaś było potrzeby zamieszczania wyników z pozostałych miejsc, w których sytuacja nie wymaga dalszej analizy (biegli zwrócili uwagę, iż termogramy jasno wskazują miejsca występowania znacznego wychłodzenia stropu budynku (...) w bryle budynku (...), co jest spowodowane napływem zimnego powietrza do budynku przez nieszczelności).

Również w ustnych opiniach uzupełniających oraz podczas wizji lokalnej budynku (...) biegli konsekwentnie podtrzymywali swoje tezy zawarte w opinii głównej.

Biegli podnieśli, iż wentylacja dachu nie została przez stronę powodową wykonana zgodnie z projektem budowlanym. Odpowiadając na pytania powoda biegli po raz kolejny powtórzyli, że prawdopodobnym miejscem, z którego napływa do budynków (...) i (...) zimne powietrze jest „okap, gdzie wycięte są otwory, które powinny być zaizolowane” – w tym kontekście biegli wskazali na niedokładnie ułożoną przegrodę rozdzielającą dach ocieplony z częścią okapu

(nieprawidłowo wywinięta folia izolacyjna), przez którą zimne powietrze jest nawiewane do narożnika między budynkami (...) i (...). Biegli zauważyli, iż w przypadku wyeliminowania nieszczelności w przegrodach izolacyjnych, jedynym źródłem wychładzania dachu będą profile stalowe, przy czym prawidłowe wykonanie izolacji wokół nich wymaga szerszych prac – w ocenie biegłych rzetelnie postępujący wykonawca powinien zwrócić uwagę na brak w projekcie szczegółu wykończenia profili stalowych a nie wykonywać prac w tym zakresie bez rozrysowanych precyzyjnie wytycznych. Jednocześnie biegli ponownie zastrzegli, iż nie jest możliwe jednoznaczne stwierdzenie miejsca i zakresu występujących nieszczelności przegród budowlanych w budynku (...) i nie można podać sposobu i kosztów usunięcia nieszczelności bez demontażu płyt okładzinowych oraz część płyt cementowo-włóknowych sufitu – biegli wyjaśnili, iż jednoznaczne ustalenie takich miejsc wiązałoby się z koniecznością dokonania stosownych odkrywek, zaś oni nie dysponują ani środkami ani siłami, aby tych odkrywek dokonać i ponieść koszty tych prac. Odnosząc się zarzutu powoda w przedmiocie niezapewnienia mu prawa uczestniczenia w wizjach lokalnych, badaniach, uniemożliwienia dostępu do badanych dokumentów oraz w konsekwencji pozbawienia go możliwości obrony jego praw, biegli podnieśli, iż nie mieli żadnych wskazań, żeby zawiadomić strony o przeprowadzanych przez siebie wizjach i oględzinach, z których zresztą sporządzili stosowną dokumentację fotograficzną zamieszczoną następnie w treści samej opinii.

W ocenie Sądu Okręgowego, sformułowane przez powoda zarzuty do opinii biegłych z (...), zgłaszane w kolejnych pismach procesowych, były w zasadzie nieuprawnioną polemiką z ocenami biegłego i nie wskazywały konkretnych błędów metodologicznych w ww. opiniach. Jeszcze raz powtórzyć wypada, iż przedmiotowa opinia jest spójna, kompleksowa, wydana w oparciu o całokształt dowodów znajdujących się w aktach sprawy, zaś wnioski z niej wypływające są jednoznaczne i stanowcze. Zdaniem Sądu I instancji, powód nie podważył skutecznie konkluzji wypływających z tejże opinii, co było szczególności widoczne podczas przeprowadzanej wizji lokalnej z udziałem Sądu Okręgowego, jak i w trakcie przesłuchań biegłych na rozprawie. W orzecznictwie sądowym utrwalone jest zaś stanowisko, iż jeśli opinia biegłego nie zawiera niejasności, wewnętrznych sprzeczności ani luk, oparta została na materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie, biegły w sposób należyty uzasadnił swoje wnioski (tj. w szczególności przedstawił tok swego rozumowania w sposób poddający się kontroli pod względem logiki), a konkluzje opinii są konkretne i przekonujące oraz wynikają z przeprowadzonych przez biegłego czynności (np. badań) oraz toku rozumowania, to brak jest podstaw do uznania takiej opinii za nieprzydatną dla rozstrzygnięcia sprawy i przeprowadzania na podstawie art. 286 k.p.c. dodatkowego dowodu z opinii innych biegłych lub uzupełniającej opinii przez tego samego biegłego tylko z tej przyczyny, że strona postępowania nie zgadza się z treścią opinii (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 października 2015 r., sygn. akt III AUa 74/15).

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd I instancji uznał, że żądanie strony powodowej nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd ten wskazał, że zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. W myśl zaś art. 648 § 1 k.c. umowa o roboty budowlane powinna być stwierdzona pismem. Z powyższego wynika, iż umowa o roboty budowlane ma charakter konsensualny, odpłatny i jest umową wzajemną, gdyż obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej ze stron umowy jest odpowiednikiem świadczenia drugiej. W ramach umowy o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do wykonania obiektu zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia - zobowiązanie wynikające z umowy o roboty budowlane ma charakter zobowiązania rezultatu.

Bezsporne w sprawie było, iż strony niniejszego postępowania łączyła zawarta 10 września 2004 r. – po rozstrzygnięciu w trybie przetargu nieograniczonego – umowa inwestycyjna (zmieniana w drodze pisemnych aneksów), której przedmiotem była przebudowa istniejącego budynku wraz z budową obiektu (...) i zaplecza administracyjno –

technicznego wraz z infrastrukturą techniczną, a nadto szereg umów o roboty dodatkowe (zawartych w związku z koniecznością wykonania dodatkowych prac budowlanych lub wykonania prac zamiennych, których nie przewidziano w dniu zawarcia umowy inwestycyjnej), w tym umowa nr (...) z 4 lipca 2006 r. (zmieniona kolejnymi aneksami) dotycząca rozszerzenia zakresu robót o wymianę całej konstrukcji nośnej dachu budynku (...) oraz umowa nr (...). (...) z 9 października 2007 r. (także zmieniona kolejnymi aneksami) dotycząca w szczególności wykonania wentylacji naturalnej dachu oraz konstrukcji stalowej na gzymsie podrynnowym. Nie ulega wątpliwości, iż były to klasyczne umowy o roboty budowlane w rozumieniu powyżej przytoczonym. Bezsporne w niniejszej sprawie było również to, iż stanowiące przedmiot tychże umów prace powód wykonał w czasie od 24 września 2004 r. do 13 października 2008 r., zostały one w całości wykonane i protokolarnie odebrane bez zastrzeżeń przez pozwanego – w szczególności 8 września 2008 r. dokonano odbioru i przekazania pozwanemu obiektu (...) wraz z infrastrukturą techniczną, przy czym w protokole odbioru zaznaczono, iż prace zostały wykonane zgodnie z umową, projektami (w tym zgodnie z projektem wykonawczym wewnątrz), kosztorysem ofertowym, nadzorami autorskimi, poleceniami projektanta podanymi w protokołach z porad koordynacyjnych, dyrekcyjnych i w protokołach ze spotkań z projektantem.

Zgodnie z § 4 w/w umowy inwestycyjnej, jak i treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia powód udzielił pozwanemu na wykonane roboty budowlane (budowlano-montażowe) gwarancji na okres 60 miesięcy, natomiast na urządzenia – gwarancji zgodnej z gwarancją producenta, przy czym nie krótszej niż 36 miesięcy. Gwarancja rozpoczęła swój bieg z datą odbioru końcowego każdego z budynków. Powód jako wykonawca zobowiązany był – na podstawie § 8 umowy inwestycyjnej – do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10 % ceny oferty na wykonanie przedmiotu umowy, tj. kwoty 5.489.000,00 zł w formie gwarancji bankowej z terminem ważności do 31 stycznia 2007 r. (przy założeniu zakończenia robót do 29 grudnia 2006 r.), zaś po dniu 31 stycznia 2007 r. zabezpieczenie miało ulec zmniejszeniu do kwoty odpowiadającej 3% wartości przedmiotu umowy (§ 8 ust. 4 umowy inwestycyjnej). Zgodnie z powyższym, 5 czerwca 2012 r. na zlecenie powoda, Bank (...) S.A. wystawił na rzecz pozwanego gwarancje opiewające na łączną kwotę 1.283.881,26 zł, na podstawie których bank zobowiązał się zapłacić pozwanemu wskazane w poszczególnych gwarancjach kwoty na jego pierwsze wezwanie, w którym pozwany oświadczył, że powód nie wywiązał się ze swych określonych w Umowie Inwestycyjnej zobowiązań z tytułu rękojmi w okresie jej trwania.

Mając na uwadze, że opisana wyżej umowa inwestycyjna została zawarta w trybie przetargu nieograniczonego i była związana z udzieleniem zamówienia publicznego, zastosowanie znajdują w tym wypadku także przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 1986, dalej jako „p.z.p.”). Zgodnie z dyspozycją art. 147 ust. 1 p.z.p. zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jedną z form w jakich może zostać udzielone przedmiotowe zabezpieczenie jest gwarancja bankowa (art. 148 ust. 1 pkt 3 p.z.p.).

W myśl art. 81 Prawa bankowego (t. jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 2187) gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. W razie udzielenia gwarancji "na pierwsze żądanie" wypłata sumy gwarancyjnej powinna nastąpić automatycznie. Bank-gwarant w takim wypadku nie może badać, czy zaistniały przyczyny uzasadniające realizację jego zobowiązań i czy stosunek podstawowy został zrealizowany. Wskazać należy, że na udzielenie gwarancji bankowej składają się dwa stosunki prawne – tj. umowa zlecenia (między zleceniodawcą, a bankiem) oraz umowa gwarancji (między bankiem, a beneficjentem gwarancji). Oprócz tego istnieje również stosunek podstawowy, tzw. stosunek waluty (między zleceniodawcą a beneficjentem gwarancji).

Z kolei istotą instytucji zabezpieczenia w rozumieniu art. 147 p.z.p. jest zagwarantowanie zamawiającemu podpisującemu umowę z wykonawcą, że w razie nienależytego wykonania lub niewykonania umowy będzie on mógł zaspokoić swoje roszczenia w tym zakresie. Odgrywa ono zatem rolę gwarancyjną i dyscyplinującą wykonawcę do należytego wykonania umowy. Ustawowe określenie celu zabezpieczenia wskazuje, że zabezpiecza ono wszelkiego rodzaju roszczenia służące zamawiającemu w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania

przez wykonawcę, bez konieczności występowania na drogę sądową. Dodatkowo cytowany art. 147 p.z.p. w ust. 2 w brzmieniu z dnia zawarcia Umowy Inwestycyjnej (10 września 2004 r.), stanowił, że zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a jeżeli wykonawca jest jednocześnie gwarantem, zabezpieczenie służy także pokryciu roszczeń z tytułu gwarancji jakości. Oczywiście nie można wykluczyć, że strony odmiennie ukształtują zakres zabezpieczenia, art. 147 p.z.p. nie ma bowiem charakteru bezwzględnie obowiązującego. W ocenie Sądu Okręgowego, powodowi nie udało się jednak wykazać, aby zamiarem stron było ograniczenie możliwości skorzystania przez beneficjenta gwarancji z udzielonego zabezpieczenia, wyłącznie do roszczeń z tytułu rękojmi za wady fizyczne.

Jak wynika z poczynionych ustaleń, strony nie prowadziły żadnych negocjacji związanych z udzieleniem gwarancji bankowej, w szczególności w zakresie tego, jakie roszczenia miałyby ona zabezpieczać. Również z prowadzonej przez strony korespondencji wynika, że zarówno powód, jak i pozwany traktowali gwarancję, jako zabezpieczenie nie tylko roszczeń z rękojmi, ale również chociażby roszczeń z tytułu gwarancji jakości (vide: pismo pozwanego z 23 kwietnia 2012 r. - k. 1178/ t. VI). Umowa inwestycyjna wprost zobowiązywała powoda do udzielenia gwarancji bankowej należytego wykonania umowy, nie ograniczając w żaden sposób jej zakresu. Zauważyć również należy, że gdyby gwarancja bankowa miała obejmować wyłącznie roszczenia z rękojmi, nieracjonalne byłoby określanie okresu jej obowiązywania na okres 60 miesięcy od odbioru końcowego budynków. Zgodnie bowiem z obowiązującym w chwili zawarcia przez strony Umowy Inwestycyjnej art. 568 k.c. uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne budynku wygasają z upływem 3 lat od wydania rzeczy. Po upływie terminu 36 miesięcy gwarancja udzielona formalnie na okres 60 miesięcy miałaby charakter wyłącznie iluzoryczny, co pozostawałoby w sprzeczności z istotą zabezpieczenia. Powód obecnie próbuje wykazać, że nie wywiązał się ze swego zobowiązania umownego, samowolnie ograniczając zakres gwarancji wyłącznie do roszczeń z tytułu rękojmi i uważa, że skutkami jego zaniedbania należy obciążyć pozwanego. Stanowisko powoda nie zasługuje na aprobatę. W ocenie Sądu I instancji, przy ocenie zakresu możliwości skorzystania przez pozwanego z gwarancji należy mieć na uwadze również regulacje zawarte w Prawie zamówień publicznych, skoro strony wyraźnie nie ograniczyły zakresu zabezpieczenia w postaci gwarancji bankowej. W niniejszej sprawie zakres obowiązków zamawiającego - gwarantariusza wobec wykonawcy w zakresie warunków i wykorzystania zabezpieczenia, w tym gwarancji ubezpieczeniowej, należało zatem oceniać również przez pryzmat przepisów art. 147 p.z.p. i następných. To z kolei prowadzi do wniosku, że udzielone pozwanemu zabezpieczenie w postaci gwarancji bankowej obejmowało również roszczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W zakres tego pojęcia wchodzi również roszczenia z tytułu kar umownych. W tym kontekście należy też zwrócić uwagę na zapisy § 8 ust. 2 umowy inwestycyjnej, umowy nr (...) oraz § 5 5 ust. 3 umowy(...) zgodnie z którymi pozwany (jako zamawiający) uzyskał prawo zaliczenia wniesionej kwoty zabezpieczenia na poczet kar umownych lub odszkodowań należnych zamawiającemu.

Jednocześnie Sąd Okręgowy podkreślił, że zarzut nadużycia prawa podmiotowego (art. 5 k.c.), na który powoływał się powód może służyć tylko obronie, a nie dochodzeniu roszczenia. Ewentualny zarzut nadużycia prawa mógłby przysługiwać co najwyżej gwarantowi (bankowi) jako obrona przed zapłatą świadczenia z tytułu gwarancji przeciwko gwarantariuszowi (pозwanemu), zarzut taki nie przysługuje zaś powodowi. Podkreślić należy, iż żądanie zapłaty skierowane do podmiotu obowiązującego do jej dokonania na podstawie ważnego stosunku prawnego nie może być oceniane jako przejaw nadużycia prawa podmiotowego, skoro w taki właśnie sposób beneficjent gwarancji miał dochodzić swych praw według treści gwarancji.

Zdaniem Sądu Okręgowego, powód w niniejszym procesie powinien wykazać brak materialnoprawnych podstaw do skorzystania przez powoda z zabezpieczenia w postaci gwarancji bankowej, mając na uwadze treść stosunku podstawowego łączącego strony. W ocenie pozwanego powód powyższego nie uczynił. Przeprowadzone w niniejszej sprawie postępowanie dowodowe, zdaniem Sądu Okręgowego wykazało, iż pozwany miał podstawy prawne do skorzystania z należytego wykonania umowy, ponieważ powód wykonał roboty budowlane w sposób nieprawidłowy i nie wywiązał się z ciężących na nim obowiązków w związku z udzieloną rękojmią i gwarancją. Zdaniem Sądu Okręgowego, z poczynionych ustaleń faktycznych wynika, iż w wykonanych przez powoda – na podstawie umowy inwestycyjnej z 2004 r. i umów o roboty dodatkowe – robotach budowlanych stwierdzono wady polegające

na nieszczelności budynku skutkującej ponadstandardowym napływem zimnego powietrza do budynku (...) (...) oraz przebarwieniem sufitu w tymże budynku. Zdaniem Sądu I instancji, ze sporządzonej na użytek niniejszego postępowania przez biegłych z (...) opinii jednoznacznie wynika, iż wyżej opisane wady w wykonaniu robót budowlanych istnieją oraz że są one następstwem nienależytego i niestarannego wykonania inwestycji przez powoda.

Z treści art. 656 § 1 k.c. wynika, iż do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Z kolei dotyczący rękojmi przy umowie o dzieło przepis art. 638 § 1 k.c., odsyła do przepisów o rękojmi przy sprzedaży, w tym art. 556 k.c., zgodnie z którym sprzedawca jest odpowiedzialny względem kupującego, jeżeli rzecz sprzedana ma wadę fizyczną lub prawną. Istota odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady dzieła w istocie rzeczy sprowadza się do przywrócenia ekwiwalentności spełnionych przez strony świadczeń. Wykonanie przez zamawiającego uprawnienia z tytułu rękojmi ma bowiem doprowadzić do stanu, w którym otrzyma on świadczenia (dzieło po usunięciu wady) stanowiące ekwiwalent pełnego wynagrodzenia wykonawcy. Odpowiedzialność ta ma charakter obiektywny, co oznacza, że jest niezależna od winy (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 18 stycznia 2018 r., I AGa 21/18, LEX nr 2449692). W tym kontekście Sąd I instancji wskazał, iż przepis art. 558 k.c. formułuje zasadę dyspozytywności przepisów regulujących odpowiedzialność z tytułu rękojmi, w szczególności na tej podstawie strony umowy mogą odpowiedzialność taką rozszerzyć, np. o zapisy umowne dotyczące odpowiedzialności strony umowy za zwłokę w usunięciu wad (por. wyrok Sądu Najwyższego z 31 maja 2017 r., V CSK 506/16, LEX nr 2352170). W razie rozszerzenia na podstawie art. 473 § 1 k.c. odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej (art. 483 § 1 k.c.), strony muszą w umowie wyraźnie określić, za jakie inne – niż wynikające z ustawy – okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Nie można jednak przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 17 lutego 2016 r., I ACa 1099/15, LEX nr 2052661). Sąd I instancji podzielił twierdzenie, że uprawnienia z tytułu rękojmi za wady rzeczy mają specyficzny charakter, gdyż możliwość skorzystania z nich nie jest obwarowana koniecznością wystąpienia szkody po stronie wierzyciela oraz odpowiedzialność ta jest oderwana od zasady winy. Jeżeli obiekt posiada wadę, inwestor może żądać usunięcia wady (art. 561 § 1 k.c.), a wykonawca zobowiązany jest usunąć wadę w rozsądnym czasie bez nadmiernych niedogodności dla kupującego (art. 561 § 2 k.c.). Przepis art. 563 § 1 k.c. stanowi, iż przy sprzedaży między przedsiębiorcami kupujący traci uprawnienia z tytułu rękojmi, jeżeli nie zbadał rzeczy w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach tego rodzaju i nie zawiadomił niezwłocznie sprzedawcy o wadzie, a w przypadku gdy wada wyszła na jaw dopiero później – jeżeli nie zawiadomił sprzedawcy niezwłocznie po jej stwierdzeniu. W myśl z kolei art. 577 § 1 k.c. udzielenie gwarancji następuje przez złożenie oświadczenia gwarancyjnego, które określa obowiązki gwaranta i uprawnienia kupującego w przypadku, gdy rzecz sprzedana nie ma właściwości określonych w tym oświadczeniu – w myśl § 2 tego przepisu, obowiązki gwaranta mogą w szczególności polegać na zwrocie zapłaconej ceny, wymianie rzeczy bądź jej naprawie oraz zapewnieniu innych usług. Gwarancja jest przyrzeczeniem danym kupującemu (art. 577 § 1 k.c.), że w okresie gwarancyjnym gwarant bierze na siebie odpowiedzialność za zgodną z przeznaczeniem normalną eksploatację rzeczy (por. wyrok Sądu Najwyższego z 26 października 1993 r., II CRN 109/93, LEX nr 607501). Zobowiązanie gwaranta ma charakter obiektywny, rodzi odpowiedzialność za skutek, gdyż obowiązkiem gwaranta jest skuteczne naprawianie rzeczy. O skuteczności naprawy można mówić wówczas, gdy przywrócona zostaje pełna sprawność rzeczy objętej gwarancją. Obowiązki gwarancyjne istnieją dopóki cel gwarancji nie zostanie osiągnięty i może zdarzyć się również tak, że strona uprawniona będzie dochodziła świadczeń gwarancyjnych już po upływie okresu gwarancyjnego – w takiej sytuacji obowiązana jest jednak udowodnić, że wady ujawniły się przed upływem okresu gwarancyjnego (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 2 grudnia 2010 r., VI ACa 356/10, LEX nr 821059; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24 września 2012 r., I ACa 206/12, LEX nr 1281088). Ponieważ przepisy regulujące umowę o roboty budowlane nie zawierają bezpośredniego odesłania do przepisów o gwarancji jakości, te ostatnie przepisy mogą być stosowane jedynie na zasadzie analogii legis. W realiach niniejszej sprawy odpowiedzialność powoda z tytułu rękojmi została określona w zapisach umowy

inwestycyjnej, umowy nr (...) oraz umowy nr (...). Dodatkowo do umów tych inkorporowana została odpowiedzialność gwarancyjna wykonawcy za prawidłową realizację robót budowlanych.

Zdaniem Sądu Okręgowego, przeprowadzone w sprawie postępowanie dowodowe wykazało, iż w realiach przedmiotowej sprawy pozwany dopełnił określonych powyżej obowiązków sygnalizacyjnych związanych ze zgłoszeniem wykonawcy ujawnionych wad w obiektach budowlanych. W zakresie nawiewu zimnego powietrza pozwany zgłosił wadę powodowi 28 stycznia 2011 r., a w zakresie przebarwień na suficie budynku (...) 26 marca 2012 r. – jednocześnie pismem z 9 sierpnia 2012 r. pozwany wezwał powoda do usunięcia tychże wad, wskazując termin 31 sierpnia 2012 r. jako termin graniczny, od którego będzie naliczana kara umowna. Z poczynionych ustaleń faktycznych, w ocenie Sądu Okręgowego wynika, że powód uchylał się od obowiązku usunięcia zgłoszonych wad, zaś jego działania sprowadzały się głównie do prowadzenia korespondencji i podejmowania czynności, które nie przyniosły oczekiwanego przez pozwanego rezultatu, jak również nie wskazywały, aby powód chciał zrealizować ciążące na nim obowiązki. W tej sytuacji, zdaniem Sądu Okręgowego, w pełni zaktualizowały się określone w § 8 ust. 2 umowy inwestycyjnej, umowy o nr (...) oraz § 5 ust. 3 umowy (...) przesłanki dające prawo pozwanemu do naliczenia kary umownej w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki w usunięciu usterek, a co jest z tym związane do uruchomienia środków z gwarancji bankowych udzielonej przez Bank (...) S.A. W konsekwencji należało uznać, iż pozwany złożył do Banku (...) S.A. prawdziwe oświadczenie o niewywiązaniu się przez powoda ze swych określonych w umowie inwestycyjnej oraz umowach o roboty dodatkowe zobowiązań z tytułu rękojmi i gwarancji.

Sąd I instancji wskazał, że brak zastrzeżeń inwestora w trakcie wykonywania prac przez wykonawcę nie zwalnia tego ostatniego z odpowiedzialności za wady wykonania, mogące uwidocznic się już po odebraniu budynków. Wbrew twierdzeniom powoda ani bezsporny fakt, że w przedmiotowej sprawie doszło do odbioru obiektu przez pozwanego, ani okoliczność, że w dzienniku budowy spornego obiektu nie zostały zamieszczone jakiegokolwiek zastrzeżenia kierownika budowy względem sposobu realizacji budynku przez wykonawcę, nie zwalnia powoda z odpowiedzialności za nienależyte wykonanie umowy – samo sporządzenie protokołu odbioru nie pozbawia bowiem pozwanego roszczeń w stosunku do wykonawcy związanych z wykonaniem robót niezgodnie z umową (por. wyrok Sądu Najwyższego z 1 grudnia 2006 r., sygn. akt I CSK 276/06; wyrok Sądu Najwyższego z 24 lipca 2009 r., sygn. akt II CSK 61/09; także wyrok Sądu Najwyższego z 30 września 2009 r., sygn. akt V CSK 89/09). Można się zgodzić z powodem, że podpisanie przez pozwanego protokołu odbioru stanowi swego rodzaju pokwitowanie spełnienia świadczenia ze strony wykonawcy, wskazujące na prawidłowość wykonanych prac, jednakże protokół odbioru nie jest w tym zakresie dowodem absolutnym – dokonanie odbioru kreuje bowiem wyłącznie domniemanie faktyczne, że roboty zostały wykonane zgodnie z umową, jednak domniemanie to może zostać obalone poprzez wykazanie, że umowa została wykonana nienależycie, co objęte zostało twierdzeniami pozwanego i w zakresie wyżej wskazanym – udowodnione. Sąd Okręgowy podkreślił, że rolą pozwanego w okresie gwarancji i rękojmi było wskazanie skutków wad (nawiew zimnego powietrza, przebarwienie sufitu) i wezwanie do ich usunięcia – rolą pozwanego nie było zaś wskazywanie przyczyn istnienia wad czy sposobu ich usunięcia, te okoliczności miał zbadać bowiem powód, a następnie usunąć wady. W ocenie Sądu Okręgowego, wszelkie twierdzenia powoda, że pozwany nie wskazał wad, że nie wskazał przyczyn wad i sposobu ich usunięcia są w kontekście zakresu odpowiedzialności wykonawcy robót budowlanych z tytułu gwarancji i rękojmi bezzasadne.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Sąd Okręgowy – uznając, iż zostały spełnione wszystkie przesłanki pozwalające na zgodną z prawem realizację uprawnień z gwarancji bankowych – ocenił roszczenie powoda jako całkowicie bezzasadne, a w konsekwencji wniesione powództwo oddalił, o czym orzekł w punkcie I sentencji wyroku.

O kosztach procesu (punkt II sentencji wyroku), Sąd Okręgowy orzekł w oparciu o art. 98 § 1 i 3 k.p.c., uwzględniając zasadę odpowiedzialności stron za wynik procesu. Na kwotę zasądzonych od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kosztów postępowania złożyła się kwota 7.200,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (§ 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, t. jedn. Dz.U. z 2013 poz. 490) oraz kwota 17,00 zł tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Apelację od powyższego orzeczenia wywiódł powód, zaskarżając wyrok w całości.

Powód zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

I. naruszenie przepisów postępowania, tj.:

1) art. 217 § 3 k.p.c. w zw. z art. 278 i 286 k.p.c., art. 235 k.p.c. i art. 131 i 133 k.p.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i oddalenie wniosku Powoda o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego na okoliczność wykonania przez Powoda robót budowlanych związanych z przebudową (...) realizowanych na podstawie Umowy (...) oraz umów o roboty dodatkowe; mimo, że opinia biegłych (...) przeprowadzona w sprawie stanowi dowód spreczny wewnętrznie, niejasny i wymagający konfrontacji jej wyników z opinią innego biegłego, zwłaszcza w zakresie niewyjaśnionych kwestii, zatem w sytuacji, w której kwestia rzekomych wad wykonawstwa robót budowlanych i wad projektowych nie została kategorycznie i jasno wyjaśniona oraz w sytuacji, gdy opinia nie została należycie uzasadniona, a przez to jest nieweryfikowalna;

2) art. 241 k.p.c. w zw. z art. 217 § 3 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i oddalenie wniosku Powoda o dopuszczenie i przeprowadzenie uzupełniającego dowodu z zeznań świadka L. S. na rozprawie 14 grudnia 2018 r. – powołanego na okoliczność treści ustaleń Stron co do sposobu wykonania przedmiotowych robót budowlanych oraz sposobu wykonania robót budowlanych (stanowiących przedmiot sporu), co spotkało się z zastrzeżeniem Powoda w trybie art. 162 k.p.c. – na tej podstawie, że dowód ten Sąd Okręgowy uznał za spóźniony, podczas, gdy:

a) uzupełniające zeznania ww. świadka stały się konieczne z uwagi na treść opinii Biegłych (podtrzymaną w ustnych wyjaśnieniach Biegłych na rozprawach), zwłaszcza w zakresie dotyczącym treści umowy stron co do sposobu wykonania izolacji, paroizolacji, profili stalowych ściany SOI, uznanych przez Biegłych za wykonane wadliwie, podczas, gdy wedle Powoda wykonane zostały zgodnie z ustaleniami Stron, co świadek miał potwierdzić;

b) uzupełniające zeznania świadka okazały się konieczne w momencie po przeprowadzeniu Opinii przez Biegłych i wniosek o ten dowód został zgłoszony w pierwszym możliwym terminie po przeprowadzeniu dowodu z opinii Biegłych (...), tj. w piśmie którego termin złożenia został wyznaczony przez Sąd po ostatniej rozprawie, na której zakończono przeprowadzanie dowodu z Opinii Biegłych, tj. 31 października 2018 r. (kiedy odbyły się ostatnie ustne wyjaśnienia Biegłych);

c) w dacie przesłuchiwania świadków, Strony nie dysponowały Opinią Biegłych (...) i nie mogły się spodziewać tego, że Biegli nie będą w stanie ustalić jakie były kategoryczne ustalenia stron co do sposobu wykonania robót budowlanych na naradach budowlanych i konieczne stanie się „dosłuchanie świadka” na okoliczność ustaleń co do sposobu wykonania robót budowlanych, co miało znaczący wpływ na wynik sprawy, bowiem Sąd nie ustalił w sprawie rzeczywistej treści umowy stron co do sposobu wykonania robót budowlanych w sytuacji, gdy Biegli wskazywali, iż „na naradach strony mogły ustalić sposób wykonania robót”, zaś „z dokumentów ten sposób nie wynika”;

3) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 65 § 1 k.c. (w brzmieniu z daty umów zawieranych przez strony) poprzez dokonanie błędnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego i uznanie, że zaistniały materialne i formalne przesłanki wypłaty środków z Gwarancji bankowych, w szczególności poprzez:

a) błędną ocenę tego, iż Gwarancje bankowe zabezpieczały roszczenia odszkodowawcze z tytułu nienależytego wykonania zobowiązań z Umowy inwestycyjnej oraz Umowy (...) oraz Umowy (...), w tym roszczenia z tytułu kar umownych, z którymi wystąpił Pozwany do Powoda na podstawie Noty księgowej nr (...) z 21 sierpnia 2013 r. (w kwocie dochodzonej pozwem),

b) całkowite pominięcie kwestii zasadności wysokości kar umownych naliczonych z tytułu zwłoki w usunięciu wad konkretnych robót w konkretnym budynku i finalnie błędną ocenę tego, że Pozwany był uprawniony do skorzystania z Gwarancji bankowych w zakresie kwot nimi objętych, tj.:

- w zakresie kwoty 895.499,56 zł i 318.109,70 zł tytułem zwłoki na nieusunięcie wad robót budowlanych objętych Umową (...), przy czym kwota pierwsza dotyczyć ma wad budynku (...), a kwota druga budynku (...);
- w zakresie kwoty 70.272,00 zł - tytułem zwłoki w usuwaniu wad-robót zrealizowanych w ramach umowy nr (...) z dnia 04 lipca 2006r.; podczas gdy: wedle treści Gwarancji bankowych ustanowionych jako zabezpieczenie wykonania Umowy nr (...) oraz umów o dodatkowe roboty budowlane, Pozwany uprawniony był do skorzystania z Gwarancji Bankowych wyłącznie w celu zaspokojenia roszczeń z rękojmi, co wynika wprost z treści dokumentów Gwarancji bankowych wyznaczających zakres zabezpieczenia (wadliwie ocenionych przez Sąd co do formy i treści), a roszczeń tych nie realizował oraz w sytuacji, gdy Pozwany nawet nie próbował wykazać zasadności naliczenia kar umownych w odniesieniu do konkretnych wad, bowiem tychże nigdy Powodowi nie wskazał;

4) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 81 Prawa bankowego poprzez dokonanie sprzecznej z materiałem dowodowym oceny dokumentów: pisma (...) z 21 sierpnia 2013 r. - wezwania do zapłaty kary umownej, Noty księgowej nr (...) z 21 sierpnia 2013 r., wezwań do zapłaty kierowanych przez Pozwanego do Banku (...) SA w W. z dat: 4 września 2013 r. z pominięciem reguł interpretacyjnych z art. 65 § 1 k.c. i uznanie, że Pozwany prawidłowo skorzystał z Gwarancji bankowych (tj. zaistniały formalne przesłanki wypłaty z Gwarancji), zgodnie z ich treścią, podczas, gdy prawidłowa ocena ww. dowodów wskazuje na poniższe fakty:

a) Pozwany zażądał od Powoda zapłaty kar umownych za zwłokę w usuwaniu usterek na podstawie § 14 ust. 1 b) Umowy: (...) oraz (...), a nie zapłaty kwot wynikających z realizacji roszczeń z rękojmi, co wynika z ww. pisma Pozwanego z 21 sierpnia 2013 r. oraz noty księgowej nr (...),

b) Pozwany domagał się od Powoda zapłaty kar umownych na podstawie postanowień: § 14 ust. 1 pkt b) Umowy nr (...) oraz Umowy nr (...) z 4 lipca 2006 r., a wprowadził Bank w błąd, że domaga się wypłaty z Gwarancji na zaspokojenie roszczeń z tytułu rękojmi wynikających z ww. Umów, z których rzekomo Powód się nie wywiązał, podczas, gdy Pozwany nigdy nie sformułował roszczeń pieniężnych z rękojmi, jakie mogłyby zostać zaspokojone z Gwarancji bankowych, a którą to okoliczność Sąd w ocenie stanu faktycznego całkowicie pominął;

c) Pozwany żądał zapłaty kar umownych w oparciu o Umowy: (...) oraz (...), a nie w oparciu o Umowę (...) z 9 października 2007 r., która dotyczyła wykonania wentylacji naturalnej dachu w budynku (...) oraz konstrukcji stalowej na gzymsie podrynnowym, zaś Sąd Okręgowy uznał za udowodnione wady wentylacji dachu, wykonywanej na podstawie Umowy (...), w oparciu o którą to Umowę Pozwany nigdy nie opierał swoich żądań, które to okoliczności stanowią każda z osobna i wszystkie łącznie o tym, że Pozwany skorzystał z Gwarancji bankowych bezpodstawnie, w sposób nieuprawniony, uzyskując świadczenie mu nienależne;

5) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 81 ust. 1 Prawa bankowego poprzez dokonanie ustaleń zakresu zabezpieczenia Gwarancjami bankowymi w oparciu o postanowienia § 8 Umowy (...) oraz z uwzględnieniem instytucji gwarancji jakości opisanej w ustawie kodeks cywilny, wbrew treści Gwarancji bankowych, tj. z uwzględnieniem reguł interpretacyjnych z art. 65 § 1 k.c. i uwzględnieniem zamiaru i woli Pozwanego, wyinterpretowanego z treści Umowy inwestycyjnej, podczas, gdy:

- dla oceny zakresu zabezpieczenia Gwarancjami bankowymi znaczenie ma wyłącznie jej treść ustalona zgodnie z zasadą nieakcesoryjności Gwarancji bankowych, którą Sąd w niniejszym postępowaniu bezzasadnie pominął i nie jej należytego znaczenia - zgodnie z treścią Gwarancji bankowej;
- treść Umowy inwestycyjnej w której Powód został zobowiązany do ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy nie ma wpływu (aktualnie) na treść i wykładnię ustanowionej Gwarancji bankowych, a stanowiła wyłącznie wytyczne co do wniesienia zabezpieczenia, tj. zobowiązanie Powoda z umowy, którego wykonanie podlegało egzekwowaniu w oparciu o zasady ogólne prawa umów;

- wykładnia oświadczeń w Gwarancji bankowych z uwzględnieniem okoliczności zawarcia Umowy inwestycyjnej jest niedozwolona i poczyniona została wbrew literalnej treści Gwarancji bankowych;

6) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 147 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP poprzez dokonanie istotnych ustaleń faktycznych sprzecznych z materiałem dowodowym tj.:

- poprzez błędne uznanie, że ustanowienie zabezpieczenia roszczeń z rękojmi należytego wykonania Umowy inwestycyjnej oraz Umowy (...) w formie Gwarancji bankowych stanowi udzielenie Pozwanemu zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, o jakim mowa w art. 147 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2018 r., poz. 1986 t. jedn. z 16 października 2018 r., dalej jako: ustawa PZP) i zgodnie z tym przepisem winno podlegać rozszerzeniu przedmiotowemu, podczas, gdy: brak jest odniesienia do tychże przepisów w umowach zawartych przez strony, a nadto z treści tych umów, treści Gwarancji bankowych i odwołania do art. 151 ustawy PZP w ww. umowach wynika, że ustanowiono zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady robót budowlanych wykonanych na podstawie konkretnych umów;
- poprzez ustalenie, wbrew treści dokumentów i zeznaniom świadków, że Powód samowolnie ograniczył zakres Gwarancji bankowych wyłącznie do roszczeń z rękojmi i ustalenie, iż Powód próbuje skutkami „swojego zaniedbania” obciążyć Pozwanego, podczas gdy: jak wynika z zeznań (m.in.) H. L. i A. K. projekty Gwarancji bankowych były przedkładane Pozwanemu i Pozwany nie wnosił żadnych zastrzeżeń co do zakresu zabezpieczenia Gwarancjami bankowymi oraz nie dochodził roszczeń związanych z nienależytym wykonaniem zobowiązania z Umowy przez Powoda (Pozwany nie wzywał również do przedłożenia Gwarancji bankowych o innej treści), co świadczy o akceptacji przez Pozwanego Gwarancji bankowych i zakresu zabezpieczenia, które to uchybienia doprowadziły do błędnych ustaleń faktycznych Sądu dotyczących ustanowienia zabezpieczenia w formie Gwarancji bankowych, zakresu zabezpieczenia oraz jego obowiązywania;

7) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 65 § 1 k.c. poprzez sprzeczność istotnych ustaleń sądu z materiałem dowodowym w zakresie dotyczącym rzekomych zapewnień Powoda co do zakresu zabezpieczenia Gwarancją roszczeń odszkodowawczych, w tym:

- dokonanie oceny dowodów z zeznań świadków: A. K. i H. L. w zakresie w jakim dotyczą one ustaleń treści Gwarancji bankowych - w sposób sprzeczny z ich treścią - i wykorzystanie w uzasadnieniu Wyroku wniosków z tych zeznań nie wynikających, tj. wniosków, iż „treść udzielonej Gwarancji nie była przedmiotem dyskusji czy jakichkolwiek negocjacji” między stronami, podczas, gdy: treść Gwarancji bankowych zmienianych kilkakrotnie była każdorazowo konsultowana z Pozwanym, tj. przedkładana Pozwanemu do akceptacji i ten nie zgłaszał zastrzeżeń co do treści Gwarancji bankowych, co wprost wynika z zeznań ww. świadków oraz dokumentów znajdujących się w aktach sprawy,
- dokonanie oceny pisma Pozwanego z 23 kwietnia 2012 r. oraz pisma Pozwanego z 27 kwietnia 2012 r. w sposób sprzeczny z ich treścią poprzez wyciągnięcie wniosków z pism, jakoby Powód miał oświadczyć Pozwanemu, iż „zmiana Gwarancji nie wpłynie na uprawnienia Pozwanego z tytułu zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji za wady i usterki”, podczas gdy: ww. dowody wskazują na to, że Gwarancje bankowe podlegały uzgodnieniu przez Strony, a Powód nigdy nie zapewniał Pozwanego o tym, że Gwarancje bankowe zabezpieczają inne roszczenia niż roszczenia w nich wskazane, zaś ww. pisma dotyczyły zapytania o wpływ zmiany Gwarancji bankowej na dochodzenie roszczeń za dotychczas zgłoszone wady i usterki, a nie dotyczyły kwestii zakresu zabezpieczenia, zaś Powód oświadczył Pozwanemu wyłącznie to, iż zamiana Gwarancji bankowych nie wpłynie na uprawnienia (...) jako beneficjenta Gwarancji, które od pierwszej Gwarancji, nie doszło natomiast do żadnej dyskusji w przedmiocie zakresu zabezpieczenia, który pozostawał niezmienny, a Pozwany nie wniósł zastrzeżeń do treści Gwarancji;

8) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie istotnych ustaleń faktycznych w sposób sprzeczny z materiałem dowodowym - w zakresie w jakim Sąd Okręgowy ustalił, iż Pozwany zgłosił Powodowi konkretne wady, a Powód uchylał się

od obowiązku usunięcia „zgłoszonych wad”, podczas, gdy z akt sprawy wynika, iż Powód po odbiorach robót usuwał wszelkie zgłoszone wady i usterki bez zwłoki, zaś w zakresie zgłoszenia wady w postaci cyt.: „nawiewu zimnego powietrza” oraz „przebarwienia sufitu” Pozwany nie dokonał zgłoszenia konkretnej wady robót budowlanych. Powodowi i Powód bez własnej winy nie przystępował do usuwania rzekomych wad, jednakże podejmował wszelkie działania, których żądał Pozwany, poza tymi, które stanowić miały roboty dodatkowe, nieprzewidziane uprzednio w projekcie;

9) art. 223 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c. poprzez ustalenie, że projekt wentylacji dachu jest prawidłowy i kompletny i nie zawiera wad, podczas, gdy sami Biegli (...) w ich opinii oraz w wyjaśnieniach ustnych - na rozprawach i podczas wizji lokalnej - kilkakrotnie wskazali na wady projektu architektoniczno-budowlanego, a które to okoliczności faktyczne Sąd bezpodstawnie pominął i nie odniósł się do nich w uzasadnieniu Wyroku, co ma istotny wpływ na ustalenia istotnych okoliczności sprawy, zwłaszcza rzekomej wadliwości robót budowlanych wykonanych przez Powoda, bowiem ich rzekome umiejscowienie (wadliwych robót) wskazane w Opinii pokrywa się z miejscami wskazanymi jako wady projektowe przez Biegłych;

10) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie ustaleń sprzecznych z materiałem dowodowym, że roboty budowlane zrealizowane przez Powoda obarczone są wadami istotnymi, „polegającymi na występowaniu nieszczelności budynku skutkującymi nawiewem zimnego powietrza oraz przebarwieniem sufitu”, za które odpowiedzialność ponosi Powód, w oparciu o dowód z Opinii Biegłych sprzeczny wewnętrznie zawierający wnioski nielogiczne, tezy nieuzasadnione, które bezkrytycznie Sąd uznał za własne, pomijając kwestie sporne, sprzeczności i niejasności w Opinii oraz stwierdzenia niekategoryczne i niewykonalne dotyczące rzekomych wad;

11) art. 233 § 1 w zw. z art. 278 k.p.c. oraz art. 245 k.p.c. poprzez dokonanie ustaleń sprzecznych z materiałem dowodowym, iż kara umowna za zwłokę w usuwaniu wad dotyczy wad o których mowa w Opinii Biegłych (...), podczas gdy:

- wskazane przez biegłych w Opinii rzekome wady stanowią wady robót budowlanych realizowanych na podstawie Umowy (...), a nie wady robót objętych Umową (...) oraz Umową (...), które zostały wskazane jako podstawy naliczenia kar umownych w piśmie Pozwanego z 21 sierpnia 2013 r. i Nocie księgowej (...) oraz w pismach kierowanych do Banku (...) SA,
- rzekome wady wskazane przez Biegłych dotyczą robót objętych Umową (...), zatem Pozwany nie wykazał, że kary umowne za zwłokę w usuwaniu wad zostały naliczone zasadnie (bowiem naliczono je za inne wady), którą to okoliczność wynikającą z dokumentów, Sąd całkowicie pominął, nie nadał jej znaczenia, czyniąc wadliwe ustalenia faktyczne w istotnych kwestiach;

12) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie istotnych ustaleń faktycznych co do wad robót budowlanych wykonanych przez Powoda oraz odpowiedzialności Powoda za rzekome wady, z pominięciem zeznań świadków w zakresie dotyczącym ustaleń stron co do sposobu wykonania danych robót (L. S., J. P.) oraz z pominięciem treści dokumentów, w których Powód sygnalizował Pozwanemu braki projektu architektoniczno-budowlanego, tj. Protokołów z narad z dat: 15 czerwca 2007 r., 3 lipca 2007 r., 30 sierpnia 2007 r., 6 września 2007 r., pisma Kierownika Budowy z 18 lipca 2007 r. co do sposobu wykonania danego elementu, która to sygnalizacja wad projektu zwalniała Powoda z odpowiedzialności za wykonanie danego elementu, o którym mowa w ww. pismach, zaś czego nieuwzględnienie skutkowało finalnie przyjęciem odpowiedzialności Powoda za wykonane elementy (bezpodstawnie);

13) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie sprzecznych z Opinią Biegłych ustaleń, iż wady (rzekome) wykazane w Opinii Biegłych (...) są wadami, które miały się ujawnić „po odebraniu budynków”, a nie w trakcie ich wykonania i w trakcie odbiorów częściowych oraz odbioru końcowego, podczas gdy: wady wskazane w Opinii Biegłych (...) stanowią takie „wady”, które już istniały w chwili ich wykonania, Pozwany akceptował sposób wykonania prac i należy uznać, że odebrał prace z pełną świadomością i akceptacją sposobu wykonania prac;

- a) stropodachu budynku (...) znajdującego się w bryle budynku (...);
- b) przegrody izolacyjnej za ostatnim wspornikiem stalowym okapu od strony budynku (...) (rys. 82 i 83 Opinii) - jak wynika z fotografii występuje tam „wyrwa”, której obecność nie mogła zostać niezauważona w chwili odbioru budynku;
- c) przegrody rozdzielającej stropodach budynku (...) od strony budynku (...) (rys. 84 i 106);
- d) przestrzeni między murem ceglanym a okładziną z płyt gipsowo-kartonowych z przestrzenią wentylowaną stropodachu;
- e) przestrzeni wentylacyjnej między deskowaniem połaci stropodachu a okładziną ogniochronną oczepu;
- f) grubości izolacji termicznej pod dźwigarami stropodachu, w tym zastosowania lokalnej komprymacji wełny mineralnej o grubości 20 cm za pomocą kształtek ze styropianu, zastosowania jednowarstwowego układu izolacji termicznej,

które to wymienione rzekome „wady” stanowią nic innego jak sposób wykonania danego elementu, który został ustalony przez strony, nie zaś ujawnioną w toku eksploatacji „wadę powykonawczą”;

14) art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak poczynienia przez Sąd I instancji kategorię ustaleń w zakresie rzekomych wad robót budowlanych, których Powód miał nie usunąć w terminie, pozostając w zwłoce uzasadniającej naliczenie kary umownej i posługiwanie się w przedmiocie wskazania „wad” w uzasadnieniu wyroku pojęciami nieostrymi, w ślad za treścią opinii o występowaniu „znaczących nieszczelności”, „niespełnianiu wymagań szczelności”, „braku odpowiedniej szczelności” budynku „nieszczelności izolacji”, bez odniesienia się do konkretnych postanowień Umowy co do wymogów w zakresie szczelności, parametrów z przepisów prawa budowlanego, konkretnych opisów wadliwie wykonanych robót, wskazań w projekcie obowiązku zachowania szczelności o konkretnych parametrach, co czyni uzasadnienie w zakresie występowania wad i zasadności roszczenia za nieusunięcie wad niepełnym, niekonkretnym i niepodlegającym ocenie;

15) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny Opinii Biegłego w sposób bezkrytyczny i uznanie tej Opinii za dowód zupełny i niesprzeczny wewnętrznie, podczas, gdy w oparciu o tę Opinię nie sposób ustalić czy są wady projektu czy też nie z uwagi na dwie sprzeczne opinie Biegłych, nie sposób wskazać wad robót budowlanych które miałyby podlegać usunięciu w ramach rękojmi, a których występowanie stanowi źródło nawiewu zimnego powietrza;

16) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie przez Sąd I Instancji uzasadnienia Wyroku w sposób uniemożliwiający pełną kontrolę Wyroku przez Sąd apelacyjny, tj. poprzez nieprecyzyjne przedstawienie zarzutów Strony powodowej, z pominięciem istotnych zagadnień w tym: zarzutu Powoda miarkowania kary umownej (w razie uznania przez Sąd zasadności jej naliczenia), zarzutu dotyczącego wprowadzenia Banku przez Pozwanego w błąd co do realizacji roszczeń z rękojmi, zarzutu braku realizacji przez Pozwanego roszczeń z rękojmi, zarzutu wadliwości projektu architektoniczno - budowlanego, zarzutu sprzeczności wewnętrznej Opinii Biegłych (...)i jej niekompletności, zarzutu bezpodstawnego oddalenia dowodu z przesłuchania świadka, zarzutu dotyczącego uzgodnienia treści Gwarancji bankowej przez strony, zarzutu dotyczącego niewykazania szkody i wysokości roszczenia Pozwanego zrealizowanego z Gwarancji bankowej, co czyni uzasadnienie niepełnym i niekompletnym, zaś kontrolę sprawy niemożliwą wobec pominięcia ww. kwestii.

W konsekwencji powyższych zarzutów, skarżący zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

II. nierozpoznanie istoty sprawy (art. 386 § 4 k.p.c.) poprzez:

- brak wskazania i uzasadnienia podstawy materialnoprawnej roszczenia Pozwanego o zapłatę kary umownej, które Pozwany zaspokoił z Gwarancji bankowych;

- dokonanie przez Sąd pierwszej instancji oceny prawnej roszczenia Pozwanego (które zrealizował z Gwarancji bankowych) bez oparcia jej o właściwie ustaloną podstawę faktyczną i w zasadzie nieustalenie podstawy faktycznej

tegoż, co stanowi o konieczności poczynienia po raz pierwszy ustaleń faktycznych przez Sąd Apelacyjny w przedmiocie zakresu przedmiotowego Gwarancji bankowych, kar umownych naliczonych przez Pozwanego - w tym ich podstaw prawnych, wysokości kar umownych, ich podstaw faktycznych, miarkowania kar umownych i podstaw ku temu (na zarzut Powoda zgłoszony w postępowaniu i nierozpoznany), co uzasadnia uchylene wyroku Sądu I instancji z uwagi na zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowego.

III. Naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

17) art. 405 k.c. w zw. z art. 410 § 2 k.c. poprzez ich brak zastosowania i przyjęcie, że Pozwany nie uzyskał bez podstawy prawnej korzyści kosztem Powoda, wobec czego Powodowi nie należy się od Pozwanego zwrot wypłaconych przez Pozwanego kwot z Gwarancji bankowych w wysokości 1.283.881,26 zł, podczas gdy:

a) Pozwany nie wykazał, że przysługuje mu względem Powoda konkretne roszczenie z tytułu rękojmi za wady w konkretnej kwocie wynoszącej 1.283.881,26 zł (a Gwarancje bankowe zabezpieczały tylko roszczenia tego rodzaju, w szczególności nie zabezpieczały roszczeń z tytułu kar umownych),

b) rzekomo wadliwe roboty budowlane, na które Pozwany powołuje się uzasadniając fakt pobrania środków z Gwarancji bankowych, zostały wykonane na podstawie Umowy nr (...), której roszczenia zabezpieczała tylko jedna gwarancja bankowa o numerze (...) z 5 czerwca 2012 roku w wysokości 120.234,29 zł (z której to gwarancji nie nastąpiła wypłata środków) - wobec czego nawet jeśli przyjąć iż Powód pozostawał w zwłoce z usuwaniem wad (czemu Powód przeczy) lub też, że Pozwanemu przysługiwały roszczenia wynikające z przepisów o rękojmi za wady (czemu również Powód przeczy), to Pozwany nie miał podstaw do skorzystania z Gwarancji bankowych;

c) Powód uścił na rzecz banku-gwaranta kwoty wypłaconych bezpodstawnie przez Pozwanego z Gwarancji bankowych w wysokości 1.283.881,26 zł – co stanowi wprost o tym, że Pozwany uzyskał kosztem Powoda korzyść majątkową w wysokości 1.283.881,26 zł w sytuacji braku wykazania podstaw faktycznych, jak i prawnych do tego rodzaju przysporzenia;

18) art. 81 ust. 1 w zw. z art. 86a Prawa bankowego poprzez ich niezastosowanie w przedmiotowej sprawie i pominięcie kwestii tej, iż zabezpieczenie w formie gwarancji bankowej stanowi umowę o charakterze nieakcesoryjnym, niepodlegającą interpretacji w świetle ustaleń stron poczynionych w ramach stosunku podstawowego i z uwzględnieniem okoliczności towarzyszących zawarciu umowy w ramach stosunku podstawowego;

19) art. 147 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 151 ust. 2 ustawy PZP - poprzez ich błędną wykładnię i w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie a to poprzez przyjęcie, iż:

a) art. 147 ust. 1 ustawy PZP nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego, podczas gdy o ile samo ustanowienie zabezpieczenia nie jest obowiązkowe, to gdy już zostanie ustanowione przez strony - nie może pozostawać w sprzeczności z art. 147 i nast., co wynika z treści art. 139 ust. 1 ustawy PZP;

b) zabezpieczenie należytego wykonania umowy, o którym mowa w art. 147 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP utrzymuje się w takim samym kształcie (zabezpiecza te same roszczenia) również po uznaniu przez zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego za wykonaną prawidłowo i decyzji stron, co do przedłużenia zabezpieczenia; tymczasem po w/w zdarzeniu, zabezpieczenie należytego wykonania umowy może „trwać” wolą stron dalej, jednak po pierwsze, musi zostać zredukowane do 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a po drugie, przekształca się w zabezpieczenie innego rodzaju, tzn. w zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady a nie z tytułu wykonania i należytego wykonania umowy;

20) art. 484 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i brak miarkowania przez Sąd kary umownej naliczonej przez Pozwanego z tytułu zwłoki za usuwanie wad, podczas, gdy Powód wnioskował o rozważenie miarkowania kary umownej, wskazywał na rażące wygórowanie kary umownej oraz brak wykazania wysokości szkody, jaką rzekomo Pozwany poniósł w związku ze „zwłoką Powoda w usuwaniu wady nawiewu zimnego powietrza i przebarwień sufitu”;

21) art. 557 § 1 k.c., art. 568 k.c. w zw. z art. 656 w zw. z art. 638 k.c. poprzez ich zastosowanie i uznanie, że Pozwany dochował aktów staranności wymaganych dla skuteczności rękojmi oraz że realizował roszczenia z rękojmi w sposób prawidłowy, podczas gdy:

- większość opisanych przez Sąd w uzasadnieniu wyroku rzekomych wad stanowi wskazanie „sposobu wykonania danego elementu”, który zdaniem Sądu stanowi odstępstwo od projektu i decyduje o uznaniu danego wykonania za wadliwe - a sposób ten był znany Pozwanemu w trakcie realizacji Inwestycji i zawiadomienie o wadzie (np. o sposobie wykonania izolacji dachu, wykorzystaniu wełny mineralnej w jednej warstwie, wykonaniu komprymacji wełny kształtkami styropianowymi, braku odcięcia dachu od ścian folia paroizolacyjną) - winno nastąpić niezwłocznie po odbiorze robót (co najmniej), a nastąpiło dwa lata później.
- Pozwany nie sformułował nigdy roszczeń o zapłatę z tytułu rękojmi zmierzających do przywrócenia ekwiwalentności świadczeń, o czym wspomina Sąd w uzasadnieniu, a także Pozwany nie żądał obniżenia wynagrodzenia Powoda ani zapłaty tytułem konkretnej wady (kwoty za jej usunięcie), zatem nie sposób mówić o ekwiwalentności świadczeń, skoro Pozwany nigdy nie wskazał ani wysokości szkody, ani kosztów usunięcia wad, ani nawet wad, które miałyby usunąć.
- Pozwany nigdy nie wezwał Powoda do usunięcia skonkretyzowanych wad robót budowlanych;

22) art. 5 k.c. poprzez jego błędną wykładnię w odniesieniu do skorzystania z Gwarancji bankowych i uznanie, że zarzut ten służy wyłącznie do obrony, a nie dochodzenia roszczenia i w konsekwencji brak zastosowania w/w przepisu i nieuwzględnienie zgłaszanego przez Powoda zarzutu nadużycia prawa, w tym nadużycia gwarancji bankowej, a zatem uznanie, że Pozwany nie czynił ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego, podczas gdy:

a) uznaje się (w piśmiennictwie i orzecznictwie), że zarzut nadużycia prawa podmiotowego znajduje również odniesienie do zarzutu skorzystania z Gwarancji bankowych w sposób sprzeczny z ich treścią,

b) Pozwany wypłacił z Gwarancji bankowych zabezpieczających roszczenia z tytułu rękojmi za wady robót wynikających z konkretnych umów kwotę w wysokości 1.283.881,26 zł: (i) wbrew treści Gwarancji bankowych uzasadniając swoje działanie istnieniem roszczeń z tytułu kar umownych naliczonych w związku ze zwłoką Powoda w usuwaniu wadliwych robót budowlanych, które to roboty zostały wykonane na podstawie Umowy (...), w związku z którą ustanowiona została inna niż Gwarancje bankowe gwarancja w wysokości 120.234,29 zł; (ii) nie wykazując, aby kiedykolwiek przysługiwało mu roszczenie mające źródło w przepisach o rękojmi za wady w konkretnej wysokości 1.283.881,26 zł; (iii) nie udowadniając, aby naprawa rzekomo wadliwych robót budowlanych wyniosła 1.283.881,26 zł - co stanowi wprost o tym, że Pozwany co najmniej z naruszeniem zasad współzycia społecznego uzyskał korzyść majątkową w wysokości 1.283.881,26 zł w sytuacji braku podstaw faktycznych, jak i prawnych do tego rodzaju przysporzenia.

W konsekwencji skarżący wniósł o zmianę wyroku i uwzględnienie roszczenia w całości oraz zasądzenie na rzecz Powoda od Pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych za obie instancje. Ewentualnie skarżący wniósł o uchylenie wyroku w całości i przekazanie Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania oraz pozostawienie temu Sądowi orzeczenie o kosztach postępowania za obie instancje według norm przepisanych. Ponadto wniósł o przeprowadzenie dowodu z gwarancji bankowej nr (...) z 5 czerwca 2012 r. ustanowionej na zabezpieczenie roszczeń Pozwanego z Umowy nr (...), na okoliczność, że pozwany w stanie faktycznym niniejszej sprawy mógł być co najwyżej uprawniony do skorzystania z tejże gwarancji bankowej, gdyby tylko doszło do spełnienia przesłanek wypłaty środków które zabezpieczała (co nie nastąpiło), a nie był uprawniony do wypłaty środków z gwarancji bankowych nr (...) z 5 czerwca 2012 r., nr (...) z 5 czerwca 2012 r. oraz nr (...) z 5 czerwca 2012 r., również z tej przyczyny, że podstawą do wypłaty środków z przedmiotowych gwarancji były rzekome wady robót budowlanych wykonanych w oparciu o Umowę nr (...) (obejmujące zakres wentylacji naturalnej dachu budynku (...)), a nie Umowy inwestycyjnej czy Umowy nr (...) - przy czym Powód wskazuje, że tenże dowód z uwagi

na jego dokumentowy charakter nie spowoduje przewłoki postępowania, a potrzeba jego powołania wynika z tego, że Sąd w zaskarżonym Wyroku błędnie uznał, iż Pozwany w związku z zawarciem z Powodem Umowy nr (...) mógł skorzystać z Gwarancji bankowych, które nie zabezpieczały roszczeń z niej wynikających.

W **odpowiedzi na apelację**, pozwana wniosła o oddalenie w całości apelacji i o zasądzenie na rzecz pozwanej kosztów sądowych wg przepisów prawem przewidzianych, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Po rozpoznaniu apelacji Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja okazała się bezzasadna i jako taka nie zasługiwała na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności odnieść się należy do zarzutów naruszenia prawa procesowego kwestionujących zakres postępowania dowodowego, ocenę dowodów i ustalenia faktyczne. Dopiero bowiem prawidłowo ustalony stan faktyczny poprzedzony niewadliwą w rozumieniu art. 233 kpc oceną dowodów może stanowić podstawę do zastosowania prawa materialnego i dokonania oceny prawnej.

Przepis art. 233 kpc statuuje zasadę swobodnej oceny dowodów, wedle której sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego. Granice swobodnej oceny dowodów wyznaczają przepisy prawa procesowego, zasady doświadczenia życiowego i reguły logicznego rozumowania. Dlatego też skuteczne postawienie zarzutu naruszenia art. 233 kpc wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest wystarczające natomiast przekonanie strony o innej niż przyjął Sąd doniosłości poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (tak np. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 6 listopada 1998 r. II CKN 4/98 – niepublikowane).

Dokonując oceny dowodów zgodnie z regułami zakreślonymi w art. 233 § 1 kpc sąd winien wyprowadzić z zebranego materiału dowodowego logiczne wnioski, musi uwzględnić zasady określone przez prawo procesowe określone w przepisach art. 227 – 234 kpc oraz dominujące poglądy na stosowanie prawa. Dokonując oceny swobodnej sąd wykorzystuje własne przekonania, wiedzę, doświadczenie życiowe, uwzględnia zasady procedury i zasady logiki. Dowody winien sąd oceniać bezstronnie, racjonalnie, wszechstronnie. W odniesieniu do każdego dowodu winien Sąd ocenić jego wiarygodność, odnosząc się także do pozostałego materiału dowodowego. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub, gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo – skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, które Sąd Apelacyjny w pełni popiera i akceptuje, do naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. mogłyby dojść tylko wówczas, gdyby skarżący wykazał uchybienie podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów, tj. regułom logicznego myślenia, zasadzie doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów (wyrok SN z dnia 16 grudnia 2005 r., III CK 314/05). Naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. może 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 (wyrok SN z dnia 10 listopada 2005 r., V CK 332/05). Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął Sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena Sądu (wyrok SN z dnia 8 kwietnia 2009 r., II PK 261/08). Strona podnosząca zarzut wadliwej oceny dowodów powinna wykazać, że przy ocenie wiarygodności i mocy dowodowej konkretnego dowodu, na podstawie którego sąd dokonał ustalenia faktycznego, przekroczone granice swobodnej oceny dowodów, a nadto, iż miało to istotny wpływ na wynik sprawy. Nie wystarczające jest zaprezentowanie własnych, korzystnych dla skarżącego ustaleń stanu faktycznego, dokonanych na podstawie własnej, korzystnej dla skarżącego oceny materiału dowodowego (por.: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2002 r., II CKN 572/99, LEX nr 53136).

Mając na uwadze powyższe uwagi, Sąd Apelacyjny stwierdza, że podnoszone przez stronę powodową zarzuty naruszenia art. 233 § 1 kpc są nieuzasadnione i nie mogą odnieść zamierzonego skutku.

Sąd pierwszej instancji w prawidłowy sposób przeprowadził w sprawie bardzo obszerne postępowanie dowodowe, a następnie dowody ocenił w zgodzie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Podkreślić trzeba, że Sąd Okręgowy szczegółowo odniósł się do każdego z przeprowadzonych dowodów, a szczególności wiele uwagi poświęcił tak przeprowadzeniu jak i ocenie dowodu z opinii biegłych, dokonując jej wnikliwej analizy także na tle innych dowodów. Odniósł się Sąd także do każdego dowodu osobowego. W odniesieniu do każdego z dowodów wskazał Sąd w jakim zakresie dowód uznaje za wiarygodny i stanowiący podstawę do poczynienia ustaleń, a w jakim poszczególnym dowodom wiary nie daje i z jakiej przyczyny. Ocena dokonana przez Sąd pierwszej instancji spełnia więc wszystkie wymogi oceny swobodnej i nie sposób Sądowi zarzucić braku logiki w wyciąganiu wniosków i sprzeczności z doświadczeniem życiowym. Tylko zaś w takim przypadku Sąd drugiej instancji mógłby dokonać oceny odmiennej.

Również uzasadnienie Sądu pierwszej instancji należy ocenić jako jasne, kompletne i wewnętrznie spójne.

W konsekwencji za prawidłowe należało uznać ustalenia faktyczne dokonane na gruncie zgromadzonego i ocenionego przez Sąd Okręgowy materiału dowodowego. Sąd Apelacyjny w pełni podziela ustalenia i ocenę dowodów zaprezentowane przez Sąd Okręgowy i uznaje je za własne.

Strona powodowa co prawda podniosła zarzuty dotyczące konkretnych ustaleń i konkretnych dowodów, zwłaszcza opinii biegłych, jednakże w ocenie Sądu w aspekcie powyższych uwag muszą być one uznane tylko za polemikę z prawidłowymi ustaleniami o oceną Sądu. Nie wykazała bowiem strona powodowa by ocena Sądu pierwszej instancji dotknięta była tego rodzaju wadami, które uzasadniałyby ocenę odmienną i w jej konsekwencji poczynienie odmiennych ustaleń faktycznych.

Zarzuty pozwanego w znacznej części koncentrują się wokół opinii biegłego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie sposób Sądowi Okręgowemu skutecznie ostawić zarzutu wadliwego oddalenia wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego. Zwrócić trzeba uwagę, że tak w toku procesu jak i w uzasadnieniu Sąd Okręgowy temu dowodowi poświęcił wiele czasu i uwagi. Biegli na polecenie Sądu opracowali obszerną i szczegółową opinię odpowiadając na szereg pytań. Wszelkie wątpliwości następnie były wyjaśniane w trakcie oględzin przeprowadzonych w budynku (...) z udziałem Sądu i stron, a na koniec w czasie składania przez biegłych ustnej opinii przed Sądem na kilku kolejnych rozprawach. Był więc czas i możliwości na wyjaśnienie wszystkich wątpliwych kwestii. Biegli jednoznacznie stwierdzili po dokonaniu analizy dokumentacji projektowej, oględzin, pomiarów, że występuje niekontrolowany dopływ powietrza z zewnątrz do budynku (...) i (...) (...), wskazali też na przyczyny nieszczelności. W sposób jednoznaczny i kategoryczny wypowiedzieli się, że nieszczelność i będący jej konsekwencją napływ powietrza jest wynikiem wadliwego wykonania robót budowlanych. Biegli wskazali potencjalne drogi przepływu powietrza napływającego z zewnątrz i wskazali na przyczynę nieszczelności. Wyjaśnili też biegli przyczyny przebarwienia na suficie, które także są wynikiem niestarannego wykonania prac. Biegli wskazali na jakich przesłankach oparli swoje rozumowania i jakie dane wykorzystali, a więc dokumentację projektową, oględziny, pomiary. Swoje stanowisko biegli dodatkowo wyjaśnili w trakcie wielogodzinnego składania dodatkowej opinii ustnej na rozprawach, odnieśli się wówczas do zarzutów zgłaszanych przez stronę powodową i ostatecznie w sposób zdecydowany potwierdzili ocenę o istnieniu wad spowodowanych nieprawidłowym wykonaniem robót. Opinia potwierdziła więc istnienie wad w wykonanych przez stronę powodową robotach budowlanych. Biegli wyraźnie stwierdzili, że wszystkie omawiane w niniejszej sprawie problemy wynikają z nieszczelności budynku (...) co powoduje niekontrolowany napływ powietrza nieuzdatnionego czyli nie ogrzanego zimą, a nie schłodzonego latem. Niekontrolowany dopływ powietrza zewnętrznego do przestrzeni dachowej powoduje wykraplanie pary wodnej, co powoduje zwiększone osadzanie się kurzu i zmianę barwy części sufitu.

Również w ocenie Sądu Apelacyjnego opinia (...) w K. jest rzetelna, wyczerpująca, jasno przedstawiona i przekonująca.

Nie podziela Sąd zarzutu, że opinia jest niekategoryczna i niestanowcza. Biegli jednoznacznie określili swoje stanowisko, że nieszczelność budynku i związany z tym niekontrolowany napływ powietrza jest wynikiem wadliwego wykonawstwa, nie projektu. Projekt bowiem w żadnym wypadku nie przewidywał by budynek miał być nieszczelny.

Przy takiej ocenie opinii brak było podstaw do dopuszczenia dowodu z opinii kolejnego instytutu czy biegłego. Podziela Sąd pogląd, że sam fakt niezadowolenia strony z wniosków opinii nie jest wystarczający dla dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego. W istocie zarzuty strony powodowej są tylko polemiką z wnioskami rzetelnej, opartej o wiedzę naukową, przeprowadzone badania i doświadczenie biegłych.

Nieuzasadniony jest także zarzut dotyczący oddalenia wniosku o ponowne przesłuchanie świadka L. S.. Świadek ten został przez Sąd przesłuchany, okoliczności sporne znane były stronom w zasadzie od początku procesu, nie było więc powodu, by świadka przesłuchiwać ponownie, strony bowiem miały możliwość kierowania do świadka pytań i wyjaśniania spornych kwestii. Okoliczność, że w czasie kiedy świadek był przesłuchiwany strony nie dysponowały jeszcze opinią oceny tej nie zmienia.

Nie podziela Sąd także zarzutów naruszenia art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 65 § 1 kc i 233 § 1 kpc w zw. z art. 81 ustawy prawo bankowe, które sprowadzają się do zakwestionowania uprawnień strony pozwanej do skorzystania z gwarancji bankowych. W szczególności zaś zakwestionowała strona powodowa, by gwarancje bankowe zabezpieczyły roszczenia odszkodowawcze z tytułu nienależytego wykonania zobowiązań z Umowy inwestycyjnej oraz Umowy (...) oraz Umowy (...), a zwłaszcza roszczenia z tytułu kar umownych.

Strona powodowa jak się wydaje rozdziela umowę inwestycyjną od umów o roboty dodatkowe nr (...) i nr (...) i z każdą z nich wiąże określoną gwarancję bankową. Tymczasem wszystkie te umowy dotyczyły jednej inwestycji i są ze sobą związane. Poza sporem jest, jest, że umowy zostały wykonane i protokolarnie odebrane bez zastrzeżeń. Budynek (...) odebrany został w dniu 8 września 2008 r. Z § 4 umowy inwestycyjnej wynika, że powód udzielił stronie pozwanej gwarancji na wykonane roboty na okres 60 m- cy, a na urządzenia gwarancji zgodnej z gwarancją producenta, ale nie krótszą niż na 36 m- cy. Również z umowy inwestycyjnej wynikał obowiązek wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10 % ceny oferty na wykonanie przedmiotu umowy, tj. kwoty 5.489.000,00 zł w formie gwarancji bankowej z terminem ważności do 31 stycznia 2007 r. (przy założeniu zakończenia robót do 29 grudnia 2006 r.), zaś po dniu 31 stycznia 2007 r. zabezpieczenie miało ulec zmniejszeniu do kwoty odpowiadającej 3% wartości przedmiotu umowy. W zgodzie z tymi postanowieniami umownymi w dniu 5 czerwca 2012 r. na zlecenie powoda Bank (...) SA wystawił na rzecz pozwanego gwarancje na łączną kwotę 1.283.881,26 zł., zobowiązując się zapłacić pozwanemu wskazane w poszczególnych gwarancjach kwoty na jego pierwsze wezwanie, w którym pozwany oświadczy, że powód nie wywiązał się ze swych określonych w Umowie Inwestycyjnej zobowiązań z tytułu rękojmi w okresie jej trwania.

Nie budzi wątpliwości Sądu, że pomimo wezwań i zakreślenia terminu do usunięcia wad w postaci niekontrolowanego dopływu do budynku powietrza z zewnątrz i przebarwienia części sufitu strona powodowa wady tej nie usunęła, co spowodowało naliczenie przez pozwaną kary umownej za nieusunięcie wad w terminie. Za wykazane też należy przyjąć, że ujawnione wady były skutkiem wadliwego wykonania robót.

Wskazać zatem należy za Sądem pierwszej instancji, że umowa została zawarta w trybie przetargu nieograniczonego i była wynikiem udzielenia zamówienia publicznego, co oznacza, że zastosowanie znajdują przepisy ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. W takim przypadku zgodnie z art. 147 ust. 1 pzp zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a jedną z form zabezpieczenia jest gwarancja bankowa. Zabezpieczenie gwarantuje zamawiającemu, że w przypadku nienależytego wykonania lub niewykonania umowy, będzie mógł zaspokoić swoje roszczenie. Zważywszy na cel zabezpieczenia uznać trzeba, że gwarancja zabezpiecza wszelkie roszczenia jakie przysługują zamawiającemu w związku z niewykonaniem, bądź nienależytym wykonaniem zobowiązania. Zwrócić też trzeba uwagę, że przepis art. 147 ust 2 p.z.p. obowiązujący w dacie zawarcia umowy stanowił, iż zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a jeżeli wykonawca jest jednocześnie gwarantem, zabezpieczenie służy także pokryciu roszczeń z tytułu gwarancji

jakości. Strony mogły co prawda odmiennie ukształtować zakres zabezpieczenia, jednakże podziela Sąd Apelacyjny ocenę Sądu Okręgowego, że powód nie wykazał, by strony ograniczyły możliwość skorzystania z gwarancji bankowej tylko do roszczeń z tytułu rękojmi za wady fizyczne, co więcej choćby z korespondencji stron wynika, że obie strony traktowały, że gwarancja bankowa odnosi się nie tylko do roszczeń z rękojmi, ale również do roszczeń z tytułu gwarancji. Z samej umowy zaś wynikał obowiązek udzielenia gwarancji bankowej należytego wykonania umowy, bez ograniczenia jej zakresu. Słusznie też Sąd Okręgowy zauważył, że gdyby gwarancja bankowa obejmowała tylko roszczenia z rękojmi, to określenie okresu jej obowiązywania na 60 miesięcy byłoby bezcelowe, skoro roszczenia z rękojmi wygasają z upływem 3 – ch lat od wydania budynku.

Oceniając zakres gwarancji bankowej na gruncie art. 147 i n. pzp, uprawniony jest wniosek, że zabezpieczenie w postaci gwarancji bankowej obejmowało także roszczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a więc także roszczenia o zapłatę kar umownych, w tym kar za nieusunięcie wad w terminie.

Zwrócić też należy uwagę, że zawierając umowę gwarancji z bankiem (...) SA strona powodowa zapewniła pozwanego, że nie będzie pozbawiony możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi za wady i usterki.

Kwestionując skorzystanie przez stronę pozwaną z gwarancji bankowej powód winien był więc wykazać brak materialnoprawnych podstaw do skorzystania przez pozwanego z tego zabezpieczenia, czego w ocenie Sądu Apelacyjnego powód nie uczynił.

Jak już wspomniano, wymienione wyżej umowy, a to podstawowa umowa inwestycyjna i umowy dodatkowe dotyczyły jednej inwestycji, były ze sobą powiązane i nie sposób każdej z nich oceniać oddzielnie, stąd w ocenie Sądu Apelacyjnego zabezpieczenia odnosiły się do wykonania umowy jako całości, a nie jej poszczególnych fragmentów.

Powód kwestionował także by pozwany zgłosił wadę w sposób skonkretyzowany. Zarzut ten jednak nie znajduje potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy. Otóż pozwany w terminie gwarancyjnym (60 – ciu miesięcy) zgłosił wadę w postaci niekontrolowanego dopływu powietrza z zewnątrz do budynku oraz przebarwień na części sufitu i takie określenie było wystarczające. Nie miał bowiem pozwany obowiązku wskazywać co jest przyczyną takiego stanu. Znalezienie przyczyny i usunięcie jej spoczywało na wykonawcy. Ma przy tym rację strona pozwana, że to na wykonawcy spoczywał obowiązek dokonania ewentualnych odkrywek, zlokalizowanie miejsc przepływu powietrza i usunięcie nieszczelności. Obowiązkiem wykonawcy było usunięcie nawiewu zimnego powietrza i przebarwienia sufitu, czego powód nie uczynił. Materiał dowodowy zgromadzony w niniejszym postępowaniu, a zwłaszcza opinia biegłych (...) jednoznacznie wskazuje na wystąpienie wady w postaci nieszczelności budynku, będącej następstwem wadliwego wykonania robót budowlanych. Nieszczelność skutkuje ponadstandardowym napływem zimnego powietrza, czego skutkiem jest z kolei przebarwienie sufitu. Mechanizm tego przebarwienia opisany został przez Sąd pierwszej instancji i nie wymaga dalszych rozważań. Nie może natomiast budzić wątpliwości, że pozostaje on w związku z nieszczelnością budynku. Wada ta nie została usunięta w terminie zakreślonym wykonawcy przez stronę powodową, a skoro wady nie usunięto, to prawem strony pozwanej było naliczenie kary umownej, a następnie skorzystanie z zabezpieczenia w postaci gwarancji bankowych.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zaistniały więc podstawy do skorzystania przez stronę pozwaną z gwarancji bankowych.

Nieuzasadniony jest też zarzut, iż Sąd wadliwie przyjął, że projekt wentylacji dachu był kompletny i prawidłowy. Ustalenie takie w świetle opinii biegłych (...) było prawidłowe.

Brak jest także podstaw do przyjęcia, by kara za zwłokę miała nie dotyczyć wad, o których jest mowa w opinii biegłych. Nie ulega wątpliwości, że zgłoszono wady w postaci nawiewu powietrza z zewnątrz i przebarwienia sufitu. I tego też dotyczy opinia biegłych. zarówno biegli jak i strony w korespondencji posługiwały się numerami umów wskazując na wady, jednakże trzeba pamiętać, że inwestycja realizowana była w oparciu o podstawową umowę inwestycyjną z 10 września 2004 roku oraz cały szereg umów dodatkowych, co do których potrzeba ich zawierania ujawniała się w toku realizacji inwestycji. Wszystkie jednak te umowy były ze sobą powiązane i składały się na realizację jednej inwestycji. Zatem kiedy nie budzi wątpliwości o jaką wadę chodzi, jej odniesienie do umowy o konkretnym numerze

nie ma istotnego znaczenia. Umowy nr (...) poszerzały zakres robót określony w umowie podstawowej. Po rozebraniu pokrycia dachowego budynku (...) okazało się, że należy wymienić całą konstrukcję dachową. Zawarto więc umowę (...). Dla Sądu nie ulega wątpliwości, że wady dotyczą prac wykonanych na podstawie wszystkich trzech powiązanych ze sobą umów.

Nieuzasadniony jest także zarzut, że Sąd ustaleń co do istnienia wad dokonał z pominięciem zeznań świadków, którzy zeznawali na temat sposobu wykonania robót, oraz, że pominął dokumenty, z których wynika, że powód sygnalizował pozwanemu braki projektu. Jak już wyżej wskazano ocena dowodów dokonana przez Sąd pierwszej instancji nie naruszała art. 233 § 1 k.p.c. Sąd wszechstronnie rozważył wszystkie dowody i poczynił na ich podstawie prawidłowe ustalenia faktyczne, także i w zakresie sposobu wykonywania prac, uzupełniania dokumentacji projektowej i współpracy pomiędzy wykonawcą, a projektantem. Stwierdzone wady nie wynikają z wadliwego projektu, ale z niewłaściwego wykonania w oparciu o poprawny projekt. Jest rzeczą normalną, zwłaszcza na dużej inwestycji, że w trakcie realizacji projekt jest uzupełniany i korygowany. Tak też było w tym przypadku, jednakże nie sposób z tego wysnuć wniosku, że projekt był wadliwy, skoro przed wykonaniem spornych prac został skorygowany i uzupełniony.

Brak jest podstaw do przyjęcia, że stwierdzone wady czyli napływ powietrza z zewnątrz i przebarwienie sufitu mogły zostać ujawnione już w trakcie realizacji prac. Fakt, że prace zostały odebrane bez zastrzeżeń nie stoją na przeszkodzie późniejszemu skorzystaniu z roszczeń z gwarancji czy rękojmi, skoro wady ujawniły się dopiero po pewnym czasie po odebraniu budynku. Jest przecież oczywistym, że przebarwienie sufitu nie zaistniało od razu, a nastąpiło dopiero po pewnym czasie jako skutek nieszczelności budynku. Z opinii biegłych w sposób jednoznaczny wynika, że to wady wykonawcze doprowadziły do nieszczelności budynku i jego dalszych konsekwencji.

Nie sposób też za uzasadniony uznać zarzutu napuszenia art. 233 § 1 k.p.c w odniesieniu do opinii biegłego. Jak już wyżej wskazano temu dowodowi Sąd Okręgowy poświęcił bardzo dużo uwagi. Wnioski opinii są jednoznaczne, wszelkie zaś wątpliwości zostały wyjaśnione tak w trakcie oględzin z udziałem Sądu i stron oraz wielogodzinnych wyjaśnień składanych przez biegłych na rozprawach. Kolejne zarzuty kierowane do opinii są więc tylko polemiką z jednoznacznymi i przekonującymi ustaleniami i wnioskami zawartymi w opinii.

Nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Zarzut naruszenia wskazanego przepisu może odnieść skutek zupełnie wyjątkowo, zważywszy, że uzasadnienie sporządzane jest już po wydaniu wyroku, zatem nie może mieć wpływu na jego treść. Tylko wtedy kiedy uzasadnienie zawiera tego rodzaju braki, że sąd drugiej instancji nie ma możliwości prześledzenia toku rozumowania sądu, który doprowadził do podjęcia określonej decyzji, co powoduje, że orzeczenie nie poddaje się kontroli instancyjnej, może doprowadzić do uznania zarzutu za uzasadniony. Uzasadnienie Sądu Okręgowego jednakże takich braków nie zawiera. Sąd pierwszej instancji szczegółowo ustalił stan faktyczny, dokonał wnikliwej i wszechstronnej oceny dowodów i ją zaprezentował, a następnie dokonał oceny prawnej na tle przyjętego stanu faktycznego, odnosząc się tak do wskazywanej przez powoda podstawy faktycznej jak i zarzutów strony pozwanej. Zarzut ten nie może więc odnieść skutku.

W konsekwencji nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut, że Sąd nie rozpoznał istoty sprawy.

Art. 386 § 4 kpc przewiduje możliwość uchylecia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania w przypadku gdy sąd pierwszej instancji nie rozpoznał istoty sprawy, lub kiedy wydanie wyroku wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości. Sam przepis art. 386 § 4 kpc nie zawiera definicji pojęcia „nierozpoznanie istoty sprawy” w związku z czym by wyjaśnić to pojęcie należy odwołać się do poglądów doktryny oraz orzecznictwa Sądu Najwyższego.

Nierozpoznanie istoty sprawy polega na pominięciu przez sąd pierwszej instancji podstawy roszczenia, przesłanek stanowiących o jego istnieniu poprzez oparcie rozstrzygnięcia na nietrafnym zarzucie np. braku legitymacji czynnej (powoda) lub biernej (pозwanego), przedawnienia, zawisłości sporu i innych (A. Zieliński, Apelacja według noweli kodeksu postępowania cywilnego, Palestra 1996, Nr 3 – 4 s. 55).

Pojęcie „nierozpoznanie istoty sprawy” wielokrotnie też wyjaśniał w swoich orzeczeniach Sąd Najwyższy. W wyroku z dnia 12 lutego 2002 r. I CKN 486/00 (niepubl.) Sąd Najwyższy stwierdził, że do nierozpoznania istoty sprawy dochodzi wówczas, gdy rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji nie odnosi się do tego co było przedmiotem sprawy, gdy sąd zaniechał zbadania materialnej podstawy żądania albo merytorycznych zarzutów strony, bezpodstawnie przyjmując, że istnieje przesłanka materialno prawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie.

W innym orzeczeniu wyraził Sąd Najwyższy pogląd, że oceny czy sąd pierwszej instancji rozpoznał istotę sprawy dokonuje się na podstawie analizy żądań pozwu i przepisów prawa materialnego stanowiącego podstawę rozstrzygnięcia, nie zaś na podstawie ewentualnych wad postępowania wyjaśniającego (wyrok SN z dnia 22 kwietnia 1999 r. II UKN 589/98 OSNAPiUS 2000 Nr 12 poz. 483. W wyroku z dnia 23 września 1998 r. II CKN 897/97 (OSN 1999/1/22) Sąd Najwyższy z kolei uznał, że nierozpoznanie istoty sprawy oznacza zaniechanie przez sąd pierwszej instancji zbadania materialnej podstawy żądania pozwu albo pominięcie materialnych zarzutów pozwanego. Podobnie w orzeczeniu z dnia 16 lipca 1998 r. I CKN 804/97 (niepubl.) Sąd Najwyższy stwierdził, że nierozpoznanie istoty sprawy oznacza nierozpoznanie merytoryczne zgłoszonych w sprawie roszczeń.

W ocenie Sądu Apelacyjnego brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że Sąd Okręgowy nie rozpoznał tak rozumianej istoty sprawy. Sąd odniósł się do żądania pozwu, do wszelkich zgłoszonych zarzutów. Nie sposób byłoby przyjąć, że rozstrzygnięcie nie odnosi się do tego co było przedmiotem sprawy. Sąd w sposób nie budzący wątpliwości wskazał tak na podstawę faktyczną jak i prawną swojego rozstrzygnięcia.

W świetle prawidłowych ustaleń faktycznych nie zasługują także na uwzględnienie zarzuty naruszenia prawa materialnego.

Powód domaga się od pozwanego zapłaty kwoty, jaką pozwany uzyskał realizując gwarancję bankową, uznając brak podstaw do skorzystania przez pozwanego z tejże gwarancji, a co miałyby skutkować obowiązkiem jej zwrotu na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

Jak już wskazano wyżej po stronie pozwanego istniało uprawnienie do skorzystania z gwarancji bankowej, także w zakresie pokrycia kary umownej nałożonej za nieusunięcie wad w określonym terminie, działanie pozwanego było więc uprawnione i brak jest podstaw to twierdzenia, że pozwany uzyskał korzyść bez podstawy prawnej.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela ocenę i rozważania prawne Sądu Okręgowego, uznając prawo pozwanego do skorzystania z gwarancji bankowej także dla pokrycia kary umownej, którą strona pozwana obciążyła powoda.

Jeszcze raz należy przypomnieć, że strony łączyła umowa o roboty budowlane zawarta w trybie ustawy prawo zamówień publicznych. Strony zawarły główną umowę inwestycyjną oraz w toku jej realizacji cały szereg umów dodatkowych. Zawarto też umowy dodatkowe dotyczące nieprzewidzianej w umowie głównej wymiany całej konstrukcji nośnej dachu oraz wykonania wentylacji naturalnej dachu. Powód prace te wykonał i zostały one odebrane.

Powód zgodnie z obowiązkiem wynikającym z umowy zabezpieczył należyte wykonanie umowy poprzez wniesienie gwarancji bankowej. Po wykonaniu umowy gwarancja miała zostać zmniejszona do 3% wartości przedmiotu umowy. W związku z powyższym Bank (...) S.A. na zlecenie powoda wystawił na rzecz pozwanego gwarancje opiekujące na łączną kwotę 1.283.881,26 zł, na podstawie których bank zobowiązał się zapłacić pozwanemu wskazane w poszczególnych gwarancjach kwoty na jego pierwsze wezwanie, w którym pozwany oświadczył, że powód nie wywiązał się ze swych określonych w Umowie Inwestycyjnej zobowiązań z tytułu rękojmi w okresie jej trwania.

Z uwagi na tryb zawarcia umowy, nie może budzić wątpliwości zastosowanie przepisu art. 147 ust. 1 p.z.p. stanowiącego o prawie zamawiającego do żądania od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zabezpieczenie to mogło nastąpić poprzez ustanowienie gwarancji bankowej. Zabezpieczenie odgrywa rolę gwarancyjną i dyscyplinującą wykonawcę do należytego wykonania umowy. Przepis art. 147 pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy stanowił, że zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania

umowy, a jeżeli wykonawca jest jednocześnie gwarantem, zabezpieczenie służy także pokryciu roszczeń z tytułu gwarancji jakości.

Zwrócić trzeba uwagę, że obie strony traktowały gwarancję, jako zabezpieczenie nie tylko roszczeń z rękojmi, ale również chociażby roszczeń z tytułu gwarancji jakości, co wynika z korespondencji pomiędzy stronami. Poza tym sama umowa inwestycyjna zobowiązując do udzielenia gwarancji, nie ograniczała jej zakresu. Ponadto gdyby gwarancja miała dotyczyć wyłącznie rękojmi nie byłoby uzasadnienia, by obowiązywała 60 miesięcy, skoro uprawnienia z rękojmi wygasają po trzech latach. Oceniając natomiast zakres gwarancji na gruncie art. 147 pzp wskazać trzeba na brak ograniczenie tego zakresu, co prowadzi do wniosku, że gwarancja zabezpieczała także roszczenia wynikające z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, w tym roszczenia o zapłatę kar umownych.

To na powódzie spoczywał ciężar wykazania, że pozwany nie miał podstaw do skorzystania z gwarancji bankowych, powód zaś z obowiązku tego się nie wywiązał.

Jak już wyżej wskazano udowodnione zostało, że roboty wykonane zostały wadliwe. Już w toku użytkowania stwierdzono wady polegające na nieszczelności budynku, co skutkowało niekontrolowanym napływem zimnego powietrza do budynku (...) i przebarwieniem sufitu. Istnienie wad będących wynikiem wykonawstwa wynika jednoznacznie z opinii biegłych (...). Uprawnieniem pozwanego było zatem wezwanie powoda do usunięcia stwierdzonych wad. Prawem pozwanego było też naliczenie kary umownej w przypadku gdy w określonym terminie wykonawca wad nie usunął, a że wady usunięte nie zostały pozostaje poza sporem. Skorzystanie z kary umownej nie jest warunkowane koniecznością wystąpienia szkody po stronie wierzyciela.

Podziela Sąd Apelacyjny stanowisko, że pozwany dopełnił obowiązków sygnalizacyjnych i w odpowiednim czasie zgłosił wykonawcy wady ujawnione w budynku. Stwierdzony nawiew zimnego powietrza zgłoszony został powodowi 28 stycznia 2011 r, a przebarwienia sufitu zgłoszone zostały 26 marca 2012 r. Sąd Okręgowy stwierdził, że powód uchylał się od usunięcia wad, jednakże abstrahując od takiego stwierdzenia, stwierdzić należy obiektywnie, że wady nie zostały usunięte w terminie wskazanym przez stronę pozwaną – 31 sierpnia 2012 r. Pozwany uprawniony był więc do naliczenia kary umownej od dnia następnego po upływie wymienionego terminu wedle zasad wynikających z łączących strony umów (0,2% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki w usunięciu usterek). Nie sposób więc postawić pozwanemu zarzutu, że złożył w banku nieprawdziwe oświadczenie, że powód nie wywiązał się z obowiązku usunięcia wad.

Brak jest więc podstaw do uznania za uzasadnione zarzutów naruszenia art. 405 w zw. z art. 410 § 2 kc, przepisów prawa bankowego i przepisu art. 147 ust. 1 i 2 w zw. z art. 151 ust. 2 pzp.

Nie znajduje też Sąd podstaw do uznania, że Sąd pierwszej instancji naruszył przepis art. 484 § 2 kc. Co prawda Sąd Okręgowy nie poczynił rozważań co do miarkowania kary umownej, w szczególności przy zarzucie, że kara jest rażąco wygórowana, jednakże podkreślić trzeba, że w niniejszym postępowaniu powód nie dochodzi zwrotu naliczonej kary umownej, ale dochodzi zapłaty z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że kara naliczona przez pozwanego była znacznie wyższa, a z gwarancji bankowej pokryta została tylko część tej kary.

Odnosnie naruszenia przepisów art. 557 § 1 k.c., art. 568 k.c. w zw. z art. 656 w zw. z art. 638 k.c poprzez uznanie, że pozwany dochował aktów staranności w zgłoszeniu wady Sąd Apelacyjny stwierdza, że tego zarzutu również nie podziela. Sąd Okręgowy poczynił ustalenia kiedy wady zostały ujawnione i kiedy zostały zgłoszone. Wskazać trzeba, że pozwany wiele razy zwracał się do pozwanego wykonawcy by usunął wadę w postaci nawiewu powietrza z zewnątrz i przebarwienia sufitu. Na koniec natomiast wezwał do usunięcia wad zakreślając termin.

W ocenie Sądu Apelacyjnego nie sposób też podzielić zarzutu naruszenia art. 5 kc. Po pierwsze zgodzić się trzeba z poglądem, że zarzut nadużycia prawa może być podnoszony w celu obrony, nie może zaś stanowić podstawy dochodzonego roszczenia. Po drugie zaś prawem pozwanego, co zostało wykazane, było skorzystanie z udzielonej gwarancji bankowej i niezależnie od powyższego brak jest podstaw by uznawać skorzystanie z uprawnienia za nadużycie prawa. Podkreślenia wymaga, że strona powodowa jest przedsiębiorcą, prowadzi działalność gospodarczą

na dużą skalę i nie może korzystania z uprawnień zawartych w umowie przez drugą stronę uznawać za nadużywanie swoich praw.

Mając powyższe na względzie Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 kpc apelację strony powodowej oddalił jako niezasadnioną.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 kc zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu.

SSA Robert Jurga SSA Teresa Rak SSA Jerzy Bess