

Sygn. akt II Ca 1274/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 02 stycznia 2019 roku

Sąd Okręgowy w Kielcach II Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Anna Pać - Piętałak

Sędziowie: SSO Elżbieta Ciesielska

SSO Teresa Strojnowska

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Ewa Banaszek

po rozpoznaniu w dniu 18 grudnia 2018 roku w Kielcach

na rozprawie sprawy

z powództwa (...) (d. (...))

przeciwko Muzeum (...)

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Rejonowego w Kielcach

z dnia 26 kwietnia 2018 roku, sygn. I C 1734/16

I. oddala apelację

II. zasądza od (...) (d.(...) na rzecz (...))(...)

kwotę 1 800 (jeden tysiąc osiemset) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. II Ca 1274/18

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 26 kwietnia 2018 roku sygn. I C 1734/16, Sąd Rejonowy w Kielcach oddalił powództwo (...) Sp. z o.o. Sp. k. w K. przeciwko (...) W. o zapłatę (pkt I), zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 4 817 zł tytułem kosztów procesu (pkt II) oraz nakazał pobrać od powoda na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Rejonowego w Kielcach kwotę 3 946,14 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych (pkt III).

Sąd Rejonowy ustalił stan faktyczny, z którego wynika, że (...) W. jako Zamawiający oraz (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka kapitałowa z siedzibą w K. jako Generalny Wykonawca zawarły ze sobą w dniu 14 czerwca 2010 r. umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych w ramach „(...)W. w M.”.

Zgodnie z § 3 pkt 6 wykonawca zobowiązał się powiadomić Zamawiającego o ewentualnych wykrytych usterkach projektowych dokumentacji budowlanej, ujawnionych w trakcie realizacji procesu budowlanego, a także zgodnie z

§ 3 pkt 7 zobowiązał się wykonać roboty budowlane, które na mocy umowy przyjął do realizacji według projektu i dokumentacji technicznej, z uwzględnieniem zapisów szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia z użyciem wskazanej tam technologii i materiałów. Przewidziano, iż jakiegokolwiek odstępstwa od tej reguły możliwe są jedynie za zgodą Zamawiającego.

Wykonawca robót udzielił inwestorowi (zlecającemu) na wykonane przez siebie prace rękojmi oraz gwarancji na okres 5 lat, od dnia bezusterkowego odbioru końcowego robót (§ 5 ust. 1 i § 6 ust. 1 umowy). W związku z zawarciem umowy o roboty budowlane, jako zabezpieczenie roszczeń zamawiającego z tytułu rękojmi za wady wykonanych robót, na zlecenie wykonawcy tych robót, (...) Bank (...) S.A. w dniu 18 lipca 2011 roku wystawił gwarancję bankową Nr (...) na kwotę 48 887,81 zł, którą to kwotę bank zobowiązał się wypłacić nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie inwestora, zgłoszone w terminie ważności gwarancji tj. do dnia 17 grudnia 2015 roku. Gwarancja została bez zastrzeżeń przyjęta przez pozwanego (...) W..

W dniu 17 grudnia 2010 roku dokonano protokolarnego odbioru robót budowlanych dotyczących części I zadania, kiedy to ustalono, iż po ustąpieniu trudnych warunków atmosferycznych zostanie dokonana ocena jakościowa robót w wyznaczonym przez inwestora terminie. Dokonanie odbioru w tym terminie miało na celu wypłatę pieniędzy przed końcem roku budżetowego, gdyż inwestor jako jednostka korzystająca ze środków publicznych zobowiązana była do ich wydatkowania w danym roku pod rygorem ich utraty.

W protokole odbioru jakościowego z dnia 28.04.2011 r. stwierdzono w części V „Uwagi komisji” w pkt 6: przecieki w budynku technicznym, w pomieszczeniu przylegającym do szybu windy dla niepełnosprawnych, w związku z czym Komisja w pkt d) wezwała wykonawcę do poprawienia izolacji tego budynku. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca robót- spółka (...) w piśmie z dnia 24 maja 2011 r. oświadczyła, że uwagi komisji w punktach od 3 do 8 zostały przez Wykonawcę zrealizowane. Z powyższego wynikało zatem (...) Sp. z o.o. S.k. dokonała poprawy izolacji budynku technicznego. W dniu 6 maja 2011 r. (...) Sp. z o.o. sp. k. (dalej jako spółka (...)) złożyła oświadczenie o częściowym odstąpieniu od w/w umowy.

W związku z przerwaniem prac, spowodowanych odstąpieniem od umowy, powód jako wykonawca, miał obowiązek należycie zabezpieczyć teren budowy oraz prace już wykonane przed ich zniszczeniem lub pogorszeniem ich stanu (§ 3 ust. 17 i § 12 ust. 5 umowy). Podczas wizji terenu Mauzoleum Martyrologii W. w M. w dniu 5 lipca 2011 roku stwierdzono, iż na przełomie czerwca i lipca 2011 r. doszło do zalania pomieszczeń budynku technicznego i parkingu. Pismem z dnia 06 lipca 2011 r. zamawiający – (...) W. (pозwany w niniejszej sprawie), wezwał pisemnie wykonawcę (powoda w niniejszej sprawie), do natychmiastowego usunięcia przyczyny i skutków szkód spowodowanych przez napływającą wodę. W odpowiedzi na to wezwanie w dniu 11 lipca 2011 strony umowy sporządziły protokół, w którym ustalono konieczność wykonania w trybie awaryjnym systemu odprowadzenia wód deszczowych do kanalizacji z terenu Etapu I inwestycji. (...) W. ustaliło, iż wykonanie w/w prac powinno nastąpić bez dodatkowego wynagrodzenia.

Pismem z dnia 18. Października 2011r. (...) sp. z o.o. wystąpiło do pozwanego inwestora z propozycją wykonania rowu odwadniającego, zabezpieczonego geowłókniną, celem zabezpieczenia m. in. przed zalewaniem wodą opadową z gruntem rodzimym robót I Etapu, zrealizowanych w ramach umowy Nr (...) oraz z prośbą o wyznaczenie terminu, kiedy mogą wykonać w/w prace.

W dniu 14 lutego 2013r. w trakcie przeglądu gwarancyjnego ponownie stwierdzono zawilgocenie ścian i wypływającą wodę z ilem w pomieszczeniu obok windy w budynku technicznym, a także przeciek na ogrodzeniu betonowym przy parkingu.

W odpowiedzi na zgłoszone wady pismem z dnia 22 lutego 2013r. wykonawca) spółka (...)), reklamację przyjął oraz stwierdził, że zawilgocenie jest wynikiem nieszczelności szybu windowego i zaproponował usunięcie usterek przy sprzyjających warunkach atmosferycznych.

Nieustanne, a szczególnie w okresie jesienno- zimowym, zalewanie pomieszczeń w budynku technicznym przez wodę przesiąkającą przez ściany spowodowało, iż inwestor ((...) W., pozwany w sprawie niniejszej), pismem z dnia 5

listopada 2014 roku wezwał wykonawcę - spółkę (...) (powoda w niniejszej sprawie), jako wykonawcę robót do usunięcia wad, wynikających z wykonania izolacji tego budynku w sposób niezgodny z dokumentacją techniczną, a stwierdzonych w wykonanych przez niego robotach budowlanych, w terminie 14 dni od dnia wezwania, wskazując przy tym, że jest to termin ostateczny i nieprzekraczalny, a po jego upływie zleci usunięcie wad innemu podmiotowi na koszt i ryzyko powódki.

W dniu 12 listopada 2014r. na wniosek wykonawcy – spółki (...), strony przeprowadziły wizję lokalną, w trakcie której stwierdzono przecieki w budynku technicznym przez ściany oraz w trzech narożnikach i na posadzce oraz przecieki na ścianie zbiornika pożarowego. Dodatkowo zgłoszono nową usterkę w postaci przesiąkania muru oporowego.

Pismem z dnia 17 listopada 2014r. wykonawca - spółka (...) zgłosiła gotowość dokonania czynności, które pozwolą na wyeliminowanie przyczyn zalewania budynku technicznego i w tym celu zaproponowała dokonanie odkrywek wskazując jednocześnie, że z uwagi na sposób ewentualnej naprawy, tj. wymianę wadliwej izolacji, zastosowanie żywic iniekcyjnych celem wypełnienia ewentualnych rys lub pęknięć, jak też na użyciu materiałów chemicznych do naprawy betonu, naprawa będzie mogła zostać dokonana w okresie wiosennym, w terminie wyznaczonym przez inwestora.

Zamawiający inwestor – (...) W. ustosunkował się do tego pisma C. (tj. z dnia 17 listopada 2014r.) i w piśmie z dnia 01 grudnia 2014 r. wyraził zgodę na wykonanie napraw w okresie wiosennym, pod warunkiem, iż dokonana zostanie również naprawa schodów przy budynku technicznym, jeżeli ulegną one zniszczeniu w wyniku zalania w okresie jesienno-zimowym.

W związku z powyższym w dniu 25 maja 2015r, doszło do spotkania stron w M., w trakcie którego ustalono konieczność odkrycia ściany, w celu określenia rodzaju izolacji oraz prawidłowego wykonania ściany domykającej schody. Nadto wykonawca w terminie 2 tygodni zobowiązał się przedstawić dokumenty dotyczące zmian projektu izolacji. Poza tym stwierdził, iż prace wykonał zgodnie z projektem.

Wobec takiego stanowiska (...) W. w piśmie z dnia 28 lipca 2015r. wezwało wykonawcę – spółkę (...) do usunięcia w terminie 14 dni od dnia otrzymania pisma wad i usterek, tj. odkrycia minimum dwóch ścian budynku technicznego i naprawy izolacji z powołaniem na § 5 ust. 3 umowy o roboty budowlane Nr (...) z dnia 14 czerwca 2010r. (k.104). Wezwanie doręczono wykonawcy w dniu 29 lipca 2015r. (k.104). w określonym terminie, który upłynął w dniu 12 sierpnia 2015r. wady nie zostały usunięte. Wykonawca w piśmie z dnia 5 sierpnia 2015r. odpowiedział na zgłoszone żądanie usunięcia wad i usterek wskazał, że zaproponowany sposób usunięcia usterki poprzez dokonanie odkrycia dwóch ścian budynku i naprawa izolacji, nie gwarantuje skutecznego usunięcia problemów, poza tym nie jest to jedyna metoda, która gwarantowałaby uzyskanie oczekiwanego efektu, a ponadto zaniedbania eksploatacyjne popełnione przez użytkownika również mogą być trwałą przeszkodą w skutecznym usunięciu usterek.

Wobec nie przystąpienia przez wykonawcę do usunięcia wad i usterek w określonym terminie (...) W. w kolejnym piśmie z dnia 19 sierpnia 2015r. (k.110) ponownie wezwało wykonawcę - spółkę (...) do usunięcia wad i usterek w sposób i terminie jak w piśmie z dnia 29 lipca 2015r.

W odpowiedzi na to wezwanie spółka (...) w piśmie z dnia 28 sierpnia 2015r. (k.112) wyjaśnił, że już po pierwszym zgłoszeniu reklamacyjnym dotyczącym przecieków w budynku technicznym podjęli działania naprawcze i usterka została wyeliminowana.

W piśmie z dnia 15 września 2015 roku (zweryfikowanym w piśmie z dnia 05 października 2015r. – k.120, k. 124), pozwane (...) W. jako beneficjent gwarancji bankowej nr (...) z dnia 18 lipca 2011 roku, zwróciło się do (...) Bank (...) S.A. z żądaniem wypłaty gwarancji wynoszącej 48 877,81 zł oświadczając, że zleceniodawca gwarancji (...) Sp. z o.o. sp. k. w K. pomimo dwukrotnego wezwania, (pismo z dnia 28 lipca 2015r. i z dnia 19 sierpnia 2015r. – k.104, k. 110) nie wypełnił swoich umownych zobowiązań z tytułu rękojmi z umowy o roboty budowlane z dnia 14 czerwca 2010 roku, znak (...). O skorzystaniu z ustanowionej gwarancji bankowej (...) W. zawiadomiło wykonawcę – spółkę (...) w piśmie z dnia 22 września 2015r. (k.114), czemu wykonawca sprzeciwił się (pismo z dnia 28 września 2015r. – k.117).

Bank wypłacił (...) W. żadaną kwotę zgodnie z gwarancją.

Wykonawca – spółka (...), pismem z dnia 3 listopada 2015 roku, wezwała inwestora – (...) W. do zapłaty kwoty 49 177,81 zł, którą to kwotę został obciążony przez (...) Bank (...) S.A. z tytułu zwrotu sumy gwarancyjnej, wypłaconej na rzecz pozwanego przez w/w bank z gwarancji bankowej (k.126).

Sąd Rejonowy po zasięgnięciu dowodu z opinii biegłego K.Ś. i dzieląc opinię oraz wniosku w niej zawarte ustalił, że w projekcie budynek techniczny został zaprojektowany w technologii tzw. „białej wanny”, jako konstrukcja betonowa o podwyższonej odporności na przenikanie wody. Elementy budynku pozostają z reguły częściowo lub całkowicie w styczności z gruntem i wodą. Beton bez dodatkowej impregnacji pełni funkcję nośną i izolacyjną. Podstawą tego rozwiązania jest wodoodporny beton. Podczas budowy pomiędzy odlewanymi segmentami betonu powstają przerwy robocze, które muszą zostać specjalnie zabezpieczone przed przesiąkaniem wody gruntowej i wilgoci odpowiednim materiałem np. przez ułożenie giętkiego przewodu z PCW wypełnionego żywicą. Beton w takim przypadku musi być w prawidłowy sposób wbudowany i odpowiednio pielęgnowany. Wykonawca nieprawidłowo zabezpieczył i uszczelnił przerwy technologiczne w betonowaniu. Nie wykonał prawidłowych izolacji przeciwwodnych, czego skutkiem jest zalewanie wodami budynku wraz z instalacjami i urządzeniami.

(...) Sp. z o.o. S.k. w K. do zaizolowania ścian i ław fundamentowych budynku użyła asfaltowej emulsji anionowej rodzaju A w postaci produktu „weber.tec 901 ((...)). Wyrób ten nie jest prawidłowy do wykonania izolacji przeciwwodnej. Takie rozwiązanie jest niezgodne z dokumentacją projektową i stanowi ewidentną wadę robót wykonanych przez w/w Spółkę, do której usunięcia była ona zobowiązana, a której nie usunęła pomimo wielokrotnych, kierowanych do niej przez inwestora wezwań. W celu usunięcia nieprawidłowości w wykonaniu budynku technicznego oraz ścian oporowych i przywrócenia obiektu do stanu zgodnego z umową koniecznym jest podjęcie napraw, których koszt został wyceniony na kwotę 198 421,15 zł. Konieczne jest bowiem odkopanie całego budynku, demontaż drenażu, czyszczenie powierzchni ścian i stropu budynku, roboty zbrojarsko-betoniarskie w tym przy użyciu betonu hydrotechnicznego, nałożenie izolacji przeciwwodnej, bitumicznej typu ciężkiego, ponowne ułożenie drenażu, obsypanie budynku, ułożenie odwodnienia powierzchniowego.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Rejonowy uznał, że powództwo nie zasługuje na uwzględnienie. Na zlecenie wykonawcy robót budowlanych (...) Sp. z o.o. sp. k w K. – powoda w niniejszej sprawie, (...) Bank (...) S.A. jako zabezpieczenie roszczeń zamawiającego z tytułu rękojmi za wady wykonanych robót, w dniu 18 lipca 2011 roku wystawił Gwarancję Bankową Nr (...) na kwotę 48 887,81 zł, którą to kwotę Bank zobowiązał się wypłacić nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie inwestora, zgłoszone w terminie ważności gwarancji tj. do dnia 17 grudnia 2015 roku. Gwarancja została bez zastrzeżeń przyjęta przez pozwanego (...) W..

Podkreślenia wymaga, iż w/w Gwarancja Bankowa, została w niniejszej sprawie sformułowana ogólnie tzn. Bank zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie inwestora wypłacić mu kwotę gwarancji, na wypadek formułowania przez beneficjenta gwarancji roszczeń z tytułu rękojmi za wady wykonanych robót w ramach „(...) W. w M.”.

Niewątpliwie, inwestor (...) W. (pozwany w niniejszej sprawie), kierując swoje żądanie wypłaty kwoty gwarancji (k. 120), powoływał się na okoliczność dwukrotnego wezwania wykonawcy robót budowlanych do usunięcia stwierdzonych wad budynku technicznego wykonanego przez zleceniodawcę gwarancji polegających na nieprawidłowym (niezgodnym z dokumentacją) wykonaniu izolacji przeciwwodnej budynku, co powodowało podsiąkanie murów i zalewanie niżej położonych części budynku oraz schodów.

Pozwany poinformował gwaranta, że zleceniodawca gwarancji był zobowiązany do usunięcia stwierdzonych wad w terminie 14 dni od wezwania, czego nie uczynił. Wobec tego, że zleceniodawca gwarancji nie wypełnił swojego zobowiązania z tytułu rękojmi za wady fizyczne budynku, wynikające z umowy o roboty budowlane z dnia 14 czerwca 2010 roku, beneficjent stał się uprawniony do skierowania żądania wypłaty kwoty udzielonej gwarancji bankowej, która obowiązywała do dnia 17 grudnia 2015 roku.

W tym miejscu wskazać należy, że niezasadne jest twierdzenie powoda, iż wypłata przez bank kwoty gwarancji bankowej była nieuprawniona, gdyż po stronie pozwanego nie powstało uprawnienie do dochodzenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady w stosunku do wykonawcy robót budowlanych.

Wykonawca – spółka (...) kwestionował swoją odpowiedzialność za stwierdzone usterki w wykonanym obiekcie budowlanym.

Natomiast, jak wynika zaś z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa inż. K. Ś. (1), roboty budowlane związane z realizacją inwestycji pn. „(...)W. w M.”, a w szczególności izolacja przeciwwodna, została przez wykonawcę - (...) sp. z o.o. sp. komandytowa w K. wykonana niezgodnie z dokumentacją projektową, przekazaną jej przez (...) W. oraz niezgodnie z zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej. Wykonane prace zawierają wady i usterki (istotne, lecz usuwalne) i wymagają kompleksowej naprawy.

W opisie technicznym projektu budowlanego wskazano rozwiązania konstrukcyjno -materiałowe i hydroizolacje. Założono wykonanie hydroizolacji bezpowłokowej w części oraz podziemnej w technologii „białej wanny” z uszczelnieniami systemowymi w zaprojektowanych miejscach wymuszonego skurczu betonu. Technologia betonu wodoszczelnego zwana również techniką „białej wanny” jest hydroizolacją bezpowłokową w wylewanej konstrukcji żelbetowej, która ma zagwarantować ochronę konstrukcji przed wilgocią bez stosowania specjalnej warstwy uszczelniającej. Na odpowiednie zabezpieczenie obiektu przed wilgocią wpływa szereg oddziałujących na siebie elementów: - właściwe rozplanowanie przerw roboczych oraz dylatacyjnych, - dobór oraz montaż stosownych elementów uszczelniających, - dobór należytej mieszanki betonowej, prawidłowe jej ułożenie oraz późniejszą pielęgnację. Dzięki zastosowaniu się do powyższych wymogów, zastosowana technologia sprawia, i że elementy konstrukcji takie jak: płyta fundamentowa, ściany fundamentowe, stropy czy tarasy stają się według powyższej technologii przegrodami przeciwwodnymi. Sposób ten powoduje zapewnienie ochrony pomieszczeń zagłębionych w gruncie przed wilgocią i wodą gruntową poprzez wykonanie całej konstrukcji z betonu wodoszczelnego, który pełni podwójną rolę - konstrukcyjną i izolacyjną.

Przy takim rozwiązaniu nie wykonuje się przeciwwodnej izolacji bitumicznej, dlatego jest ono nazywane - dla odróżnienia od elementów izolowanych materiałami bitumicznymi "białą wanną". Zaplanowane elementy konstrukcyjne budynku winny być realizowane z betonu wodoszczelnego. Powinien on cechować się wysoką odpornością na przepuszczanie wody i możliwie małą ilością porów kapilarnych w strukturze. Betonami wodoszczelnymi możemy nazwać betony o wskaźniku większym lub równym W8, i taki też beton przewidziano w projekcie. Betony wodoszczelne uzyskuje się dzięki odpowiedniemu, precyzyjnemu doborowi składników mieszanki betonowej oraz zminimalizowaniu porowatości betonu. Aby beton w konstrukcji był wodoszczelny nie wystarczy tylko zakupić beton o odpowiednim stopniu wodoszczelności. Beton musi być w prawidłowy sposób wbudowany oraz odpowiednio pielęgnowany. Tylko odpowiednie zagęszczenie betonu dostosowane do jego konsystencji oraz wymiarów elementu i rodzaju jego zbrojenia zapewnić może szczelność betonu. Z kolei w przypadku braku lub nieodpowiedniej pielęgnacji, na betonie mogą powstać rysy i pęcherze. Co też nastąpiło w analizowanej sprawie. Żaden beton nie stanowi 100% ochrony przed wilgocią i zawsze należy zabezpieczyć ściany dostępnymi na rynku masami hydroizolacyjnymi.

Kolejnym elementem, co do którego zdaniem biegłej, powstają uzasadnione wątpliwości jego zgodności z projektem jest zbiornik dobudowany do budynku gromadzący wodę do celów pożarowych. Z posiadanych dokumentów, w tym z zapisów w dzienniku budowy nie wynika, aby dokonywano próby szczelności zbiornika zarówno w stanie suchym jak też napełnionego. Powyższe jest istotne z uwagi na fakt widocznych w zbiorniku śladów przecieków wody z frakcją gliniastą do jego wnętrza.

Zakres nieprawidłowości wykonanych prac jest znaczny. Prostopadle do drogi przez miejscowość, pomiędzy przestrzenią stanowiącą parking dla samochodów znajdują się mury oporowe wykonane jako żelbetowe wylewane bez warstwy wykończenia tynkiem, obsypane od strony zewnętrznej ziemią. Oględziny ich powierzchni ujawniły liczne miejsca przecieków wody na stronę zewnętrzną od strony parkingu, z miejscami przesiąkania wody z widocznym

zabrudzeniem ściany frakcjami gliniastymi i brunatnym nalotem. Ma to miejsce w szczególności w miejscach dylatacji i przerw technologicznych w betonowaniu ścian, a także miejscach niezaprawionych otworów po śrubach ściągających szalunki systemowe (powstały otwory przelewowe), miejscach połączeń ścian prostopadłych, nierówności połączeń i podkuciach. W niektórych miejscach widoczna jest sącząca się woda z elementami porośniętymi mchem. Struktura betonu jest porowata, z licznymi pęcherzami i ubytkami. Nie spełnia wymagań dotyczących betonów W8. Obfite przecieki wody są widoczne na schodach bocznych. Występują zastoiska wody z glonami i mchem. Woda przesączająca się nie spływa zatrzymując się na trzech ostatnich schodkach. Woda ciekąc po schodach zewnętrznych powoduje zamakanie ścian muru oraz ściany frontowej i bocznej budynku technicznego. Niektóre ze ścian oporowych posiadają pęknięcia pionowe (w tym ściany boczne i frontowa - przy szybie windowym). Ściany samoczynnie pękły tworząc dylatację i powodując rozszczelnienie projektowanej „białej wanny”. Podobnie przedstawia się połączenie ścian prostopadłych. Widoczne są zarówno przecieki wody jak też glony i wyraźna rysa pionowa. W tym miejscu niemożliwy był ruch jakichkolwiek pojazdów z uwagi na bezpośrednie przyleganie do schodów terenowych. Wokół szybu windowego widoczne są ślady po uprzednio występujących przeciekach z pozostałościami gliny. W tych miejscach beton jest bardzo porowaty, wyszczerbiony i słabo zawibrowany. Podobne ślady zarówno glonów jak też wadliwie wykonanego betonowania występują w podszybiu i szybie windowym prowadzącym od poziomu parkingu na poziom nad budynkiem.

Ogłędziny pomieszczeń budynku technicznego wskazują, że większość z nich jest w nieodpowiednim stanie technicznym. Ściany są zamknięte do wysokości ponad metr od poziomu posadzki. Posadzki są mokre z zastojami wody, odspojeniem farby, złuszczeniami. W miejscach, gdzie odpadła farba wraz z fragmentem posadzki- gromadzi się woda. Przecieki wody widoczne są również w miejscach przejść przewodów i instalacyjnych przez ściany budynku. W studziencie gromadząca się woda ma kolor brunatny. Podobnie na ścianach wewnętrznych widoczne są brunatne przecieki. Na elementach metalowych można zaobserwować ślady rdzy (kolnierz studni, uchwyty instalacji, elementy metalowe windy). Obecny stan budynku, zbiornika i murów praktycznie wyklucza możliwość doszczelnienia metodą iniekcji rys w ścianie od strony wewnętrznej na całości powierzchni. Takie roboty byłyby bardzo kosztowne.

Biegła z zakresu budownictwa wskazała, że zasadnym byłoby odkopanie ścian i dokładne oczyszczenie powierzchni wszystkich elementów od zewnątrz, usunięcie ścieku liniowego oraz odwodnienia (drenażu) z ponownym ułożeniem po zakończeniu prac izolacyjnych, naprawę i doszczelnienie ścian, w tym w rozkuciach pęknięć oraz wykonanie doszczelnienia ścian metodą zbliżoną do stosowanej. Jeśli zaś chodzi o prace wewnętrzne zaleca się następujące zabiegi: skucie warstwy spękanych połączeń z usunięciem farby złuszczonej z powierzchni ścian, oczyszczenie wszystkich przegród od strony wewnętrznej, iniekcję występujących zarysowań, doszczelnienie przejść instalacji przez ściany i stropy, wykonanie na powierzchni ściany szczelinowej warstwy tynku renowacyjnego (barwionego w masie), wklejenie taśm uszczelniających w narożach ścian i stropów, nałożenie na powierzchniach pionowych i poziomych cienkościennej elastycznej izolacji mineralnej, wykonanie nowych posadzek (warstwa złuszczonej farby do usunięcia, po osuszeniu wyczyszczeniu i wykonaniu warstwy podkładowo-szczepnej a następnie nowej warstwy wierzchniej, usunięcie nawierzchni z kostki, osuszenie posadzek i ponowne ułożenie). Po doszczelnieniach koniecznym stanie się wykonanie prób ciśnieniowych, a następnie zasypanie budynku.

Całość kosztu zalecanych prac, które spowodują możliwość korzystania z obiektu w sposób zamierzony w pierwotnym projekcie budowlanym biegła oszacowała na kwotę ok. 198 421,15 zł.

Ocena całości sprawy, w tym dokumentacji powykonawczej wskazuje, że wykonawca zrealizował roboty niezgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Dotyczy to w szczególności niezastosowania przyjętej w projekcie metody izolacji w systemie tzw. białej wanny. Nieprawidłowo zabezpieczył i uszczelnił przerwy technologiczne w betonowaniu. Nie wykonał prawidłowych izolacji przeciwwodnych czego skutkiem jest zalewanie wodami budynku wraz z instalacjami i urządzeniami. Roboty betonowe wykonane zostały w sposób nieodpowiedni, przez co mieszanka nie posiada cech betonu wodoszczelnego. W przypadku systemów drenarskich, nieobsypanie lub obsypanie ich materiałem o zbyt małym współczynniku filtracji oraz za małe lub za duże nachylenie prowadzi do ich zamulania czy też podmycia oraz zapadnięcia. Jest to typowy błąd wykonawczy nie zaś eksploatacyjny. Z uwagi na konieczność obkopania budynku w celu naprawy izolacji, wobec bezpośredniego przylegania drenażu do ściany budynku, również drenaż musi zostać

zdemontowany i ułożony na nowo przy użyciu odpowiedniego kruszywa filtracyjnego oraz izolacji rurociągu. Nie ma racji powód, iż do stwierdzonych usterek powstało wskutek niewłaściwej eksploatacji obiektu.

Jak wskazała biegła w swej opinii, magazynowanie w strefie budynku materiałów takich jak pojedyncze płyty drogowe z lekką konstrukcją wsporczą nie mają istotnego wpływu na powstawanie nieszczelności izolacji. Projektant przewidział w tym rejonie ruch projektując ciągi komunikacyjne na nasypie wykonanym na stropie budynku.

Dokumentacja zgromadzona w sprawie, w tym w min. zapisy protokołów oględzin robót wskazują, że nieprawidłowo został wykonany nasyp wokół budynku i murów co uwidaczniała osiadająca ziemia. Budynek oraz mury oporowe zostały zasypane przez stronę powodową. Z uwagi na ilość koniecznej na nasyp ziemi niemożliwe jest, aby prace te wykonywane były ręcznie, a nie przy użyciu sprzętu budowlanego. Brak jest także związku przyczynowo skutkowego pomiędzy faktem braku napełnienia zbiornika, a przeciekaniem ścian murów oporowych, ścian szybu, ścian pomieszczeń technicznych.

Wykonawca nie wykazał, że zbiornik musi być stale napełniony (co również pozostaje w sprzeczności z zasadami logicznego rozumowania). Skoro do napełnienia zbiornika do projektowanego poziomu konieczny jest upływ czasu szczegółowo wyliczony przez projektanta, to nie budzi wątpliwości, że przez określony czas zbiornik będzie „pusty”. Ponadto na etapie realizacji zbiornik nie był napełniony. Nie był też poddany próbie.

Z przeprowadzonego postępowania dowodowego, w tym głównie z treści opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa wynika, że ze strony wykonawcy – spółki (...) (powoda w sprawie niniejszej), doszło do nienależytego wykonania umowy o roboty budowlane, w związku z czym po stronie pozwanego powstała możliwość dochodzenia swoich praw z tytułu rękojmi za wady.

Wobec tego, że powód nie wykonał swoich obowiązków wynikających z przepisów o rękojmi za wady wykonanych robót budowlanych, mimo wielu pisemnych wezwań, nie usunął w wymaganym terminie stwierdzonych wad, po stronie pozwanego powstało uprawnienie do sięgnięcia do udzielonej na jego rzecz Gwarancji Bankowej Nr (...) z dnia 18 lipca 2011r. na zabezpieczenie zobowiązań z tytułu rękojmi w kwocie 48 877,81 zł.

Wypłata ze strony gwaranta (...) Banku S.A. kwoty 48 877,81 zł była zatem uzasadniona, a pozwany obecnie nie ma obowiązku zwrotu tej kwoty powodowi.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., uznając, że pozwany jest stroną która wygrała sprawę.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód, zaskarżając go w całości i zarzucając: - - naruszenie prawa procesowego, tj. art. 233 k.p.c. mające istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, polegające na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów i wyciągnięciu błędnych wniosków z zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez uznanie, że pozwany był uprawniony do skorzystania z Gwarancji Bankowej Nr (...) wystawionej przez (...) Bank (...) S.A. na zabezpieczenie roszczeń (...) W. względem powoda z tytułu rękojmi za wady fizyczne przedmiotu Umowy Nr (...) z dnia 14 czerwca 2010r., podczas gdy pozwany nigdy nie skierował do powoda skonkretyzowanego roszczenia pieniężnego, którego podstawą byłoby jego uprawnienia, wynikające z udzielonej przez powoda rękojmi za wady fizyczne przedmiotu w/w umowy, a które następnie w razie jego niezapłacenia przez powoda, podlegałyby zaspokojeniu z Gwarancji Bankowej Nr (...) z dnia 17 lipca 2011r., ani też faktycznie we własnym zakresie nie dokonał naprawy zgłaszanych powodowi wad budynku technicznego, zlokalizowanego na terenie (...) W. w M..

W oparciu o powyższe powód wnosił o:

- zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kwoty w wysokości 49 177,81 zł z odsetkami w wysokości ustawowej naliczanymi od dnia 13 listopada 2015 roku do dnia zapłaty; ewentualnie
- uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz
- zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kosztów postępowania.

Pozwany w odpowiedzi na apelację wnosił o jej oddalenie jako bezzasadnej oraz o zasądzenie od powoda na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja powoda jest bezzasadna, co skutkuje jej oddaleniem.

Według Sądu Okręgowego, Sąd Rejonowy w sposób prawidłowy przeprowadził postępowanie dowodowe w sprawie, dokonując następnie oceny wiarygodności i mocy dowodów na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału zgodnie z treścią art. 233 §1 k.p.c. Dokonane przez Sąd Rejonowy na tej podstawie ustalenia w zakresie zaistniałego stanu faktycznego oraz oceny prawnej, Sąd Okręgowy podziela i przyjmuje jako własne.

Należy przy tym podkreślić, że Sąd Okręgowy nie podzielił podniesionych przez powoda w apelacji zarzutów, które w istocie sprowadzają się jedynie do kwestionowania prawidłowości dokonanej przez Sąd Rejonowy oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Wbrew zarzutom apelacji, ustalenia Sądu pierwszej instancji zostały dokonane z poszanowaniem reguł określonych w art. 233 § 1 k.p.c., oparte na wszechstronnym rozważeniu zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Sąd Okręgowy nie podziela podniesionych przez powoda w apelacji zarzutów, dotyczących naruszenia przez Sąd Rejonowy przepisu art. 233 § 1 k.p.c., którego powód upatruje w zaniechaniu wszechstronnej oceny dowodów, w szczególności wadliwej ocenie zapisów Gwarancji Bankowej Nr (...) z dnia 18 lipca 2011r., która zabezpieczała roszczenia pozwanego względem powoda z tytułu rękojmi, wynikającej z Umowy o Roboty budowlane Nr (...), zawartej w dniu 14 czerwca 2010r., co z kolei zdaniem powoda doprowadziło do błędnego uznania, iż pozwany był uprawniony do uzyskania z Gwarancji Bankowej, wypłaty kwoty 48 877,81 zł.

Wobec bezzasadności podniesionych zarzutów w toku postępowania przed Sądem Rejonowym, powództwo zostało trafnie oddalone. Podobnie nietrafne okazały się zarzuty podniesione przez powoda w apelacji, co skutkowało oddaleniem apelacji.

Należy bowiem podkreślić, że w ocenie materiału dowodowego, sądowi przysługuje swoboda zastrzeżona przepisem art. 233 § 1 k.p.c. Skuteczne kwestionowanie tej swobody może mieć miejsce tylko w szczególnych okolicznościach. Dzieje się tak w razie pogwałcenia reguł logicznego rozumowania bądź sprzeniewierzenia się zasadom doświadczenia życiowego. Okoliczności takie w niniejszej sprawie nie miały miejsca.

Sąd Rejonowy w sposób obszerny, wyważony, logicznie i przekonywująco dokonał wszechstronnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, zarówno z dokumentów, ale również świadków zgłoszonych przez obie strony. Świadek Ł. P. (zgłoszony przez powoda w piśmie procesowym z dnia 11 października 2016r. (k.245), został przesłuchany na rozprawie w dniu 14 listopada 2016r. (k.258), stąd też wniosek powoda o ponowne przesłuchanie tego świadka, zgłoszony na rozprawie w dniu 15 stycznia 2018r., słusznie Sąd Rejonowy oddalił (k.379) Ocena ta była swobodna i jako taka nie może być skutecznie zakwestionowana. Nie była ona natomiast w żadnej mierze dowolna.

Sąd Okręgowy nie odnajduje zarzucanej przez powoda dowolności w ocenie zebranych w sprawie dowodów, ani też naruszenia przepisu art. 233 k.p.c. Podkreślić należy, aby zarzut naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. mógł być uznany za skutecznie podniesiony, trzeba dowieść, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego – to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena Sądu.

Tego rodzaju nieprawidłowości Sąd Rejonowy nie dopuścił się, co wyklucza uznanie podniesionego w apelacji zarzutu za usprawiedliwiony.

Wbrew zarzutowi skarżącego sąd pierwszej instancji nie naruszył prawa procesowego w sposób, mający wpływ na wynik sprawy, dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych, wszechstronnie rozważył zebrany w sprawie materiał dowodowy, a dokonując oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności dokumentów w postaci umowy o roboty budowlane oraz gwarancji bankowej, dziennika budowy, protokołów z dokonanych wizji obiektu, wreszcie zeznań świadków oraz opinii biegłego z zakresu budownictwa K. Ś. (1) nie przekroczył zasady swobodnej oceny dowodów.

W niniejszej sprawie bezspornym było to, że w dniu 14 czerwca 2010 roku pomiędzy (...) W. jako zamawiającym, a (...) Sp. z o.o. jako wykonawcą zawarta została umowa, na podstawie której wykonawca zobowiązał się do wykonania robót budowlanych w zakresie realizacji zadania „(...) W. w M.” (k. 23 – 43). Do umowy tej strony zawarły cztery Aneksy (k.k. 44 – 51) .

Szczegółowy opis robót budowlanych przedstawiał załącznik nr 1 stanowiący integralną część umowy. Stosownie do § 3 pkt 7 w/w umowy wykonawca zobowiązał się wykonać roboty budowlane, które na mocy umowy przyjął do realizacji według projektu i dokumentacji technicznej z uwzględnieniem zapisów szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, z użyciem wskazanej tam technologii i materiałów. Jakikolwiek odstępstwa od powyższej reguły możliwe są jedynie za zgodą Zamawiającego (k. 25).

W § 3 pkt 17 zastrzeżono także, że w każdym przypadku, gdyby prace zostały przerwane, wykonawca zobowiązany będzie do należytego zabezpieczenia terenu budowy oraz prac już wykonanych.

Wykonawca robót udzielił również inwestorowi na wykonane przez siebie prace rękojmi oraz gwarancji na okres 5 lat od dnia bezusterkowego odbioru końcowego robót (§ 5 i § 6 umowy). W § 5 w/w umowy wykonawca udzielił zamawiającemu rękojmi na wykonane prace na okres 5 lat Stosownie zaś do § 5 ust. 3 w/w umowy w ramach udzielonej rękojmi za wady, wykonawca zobowiązany jest do usunięcia wszystkich wad i usterek w terminie 14 dni od daty potwierdzonego zawiadomienia. Podobne obowiązki na wykonawcę zostały nałożone w ramach gwarancji (§ 6 w/w umowy).

W przypadku nieusunięcia przez wykonawcę w terminie 14 dni od dnia zgłoszenia wszelkich wad i usterek, stwierdzonych i zgłoszonych wykonawcy przez zamawiającego w okresie rękojmi i gwarancji jakości, zamawiający zleci wykonanie prac naprawczych innemu podmiotowi na koszt i ryzyko wykonawcy (§ 10 w/w umowy).

W § 11 ust. 4 tej umowy wskazano, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 30% wartości, określonej w § 11 p.1 niniejszej umowy, obowiązuje przez okres realizacji niniejszej umowy oraz przez okres obowiązywania rękojmi na prace objęte niniejszą umową.

Bezspornym jest, że, gwarant czyli (...) Bank (...) S.A. ,wystawił w dniu 18 lipca 2011r. Gwarancję Bankową Nr (...), w celu zabezpieczenia roszczenia pozwanego względem powoda z tytułu rękojmi, wynikającej z w/w Umowy o Roboty Budowlane Nr (...). Według zapisów zawartych w przedmiotowej Gwarancji Bankowej, (...) Bank (...) S.A. nieodwołalnie i bezwarunkowo zobowiązał się zapłacić każdą kwotę, w łącznej wysokości nieprzekraczającej 48 877,81 zł na pierwsze pisemne żądanie, zgłoszone w terminie ważności gwarancji, zawierające oświadczenie, że Zleceniodawca nie wypełnił swoich umownych zobowiązań z tytułu rękojmi wraz ze wskazaniem na czym polegało niewykonanie tych zobowiązań zgodnie z Umową (k. 59).

Zgodnie bowiem z § 2 ust. 1 Umowy o Linie Gwarancyjną Nr (...), zawartej w dniu 14 czerwca 2012 roku pomiędzy D. Bank (...) .A. z siedzibą w W., a (...) Sp. z o.o. - w ramach Linii Gwarancyjnej, Bank wystawiać będzie gwarancje należytego wykonania umowy, rękojmi i jakości, przetargowe (Gwarancja), a beneficjentami będą kontrahenci Zleceniodawcy (k. 60).

W niniejszej sprawie w związku z formalną prawidłowością realizacji Gwarancji Bankowej Nr (...) z dnia 18 lipca 2011r., spór między stronami koncentrował się wokół tego, czy powód faktycznie nie wywiązał się z obowiązku

usunięcia wad robót budowlanych, czy pozwany zgłaszał swoje roszczenia wobec powoda w ramach rękojmi, czy zasadnie skorzystał z Gwarancji Bankowej Nr (...) z dnia 18 lipca 2011r.

Celem ustalenia prawidłowości wykonania umowy przez powoda oraz charakteru i zakresu ewentualnych usterek, Sąd Rejonowy słusznie dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa K. Ś. (1). Biegła po dokonaniu oględzin stwierdziła nieprawidłowości w sposobie wykonania prac związanych z wykonaniem I Etapu prac w postaci ściany murów oporowych wykonanych w systemie ścian szczelinowych, której wolne przestrzenie skrzyni wykorzystane zostały na pomieszczenia techniczne i gospodarcze. Oględziny powierzchni murów oporowych ujawniły liczne miejsca przecieków wody na stronę zewnętrzną od strony parkingu z miejscami przesiąkania wody z widocznym zabrudzeniem ściany frakcjami gliniastymi i brunatny, nalotem. Ma to miejsce w szczególności w miejscach dylatacji i przerw technologicznych w betonowaniu ścian, a także miejscach niezaprawionych otworów po śrubach ściągających szalunki systemowe (powstały otwory przelewowe), miejscach połączeń ścian prostopadłych, nierówności połączeń i podkuciach. W niektórych miejscach widoczna jest sącząca się woda z elementami porośniętymi mchem. Biegła wskazała, że struktura betonu jest porowata, z licznymi pęcherzami, ubytkami i nie spełnia wymagań dotyczących betonów W8. Nadto dodała, że szczególnie obfite przecieki wody są widoczne na schodach bocznych, Tam też występują zastoiska wody z glonami i mchem. Woda przesączająca się nie spływa zatrzymując się na trzech ostatnich schodkach. Woda ciekąc po stronach zewnętrznych powoduje zamakanie ścian muru oraz ściany frontowej i bocznej budynku technicznego. Niektóre ze ścian oporowych posiadają pęknięcia pionowe, w tym ściany boczne i frontowa przy szybie windowym. Ściany samoczynnie pękły, tworząc dylatację i powodując rozszczelnienie projektowanej „białej wanny”.

Biegła zaopiniowała, że podobnie przedstawia się połączenie ścian prostopadłych. Widoczne są zarówno przecieki wody, jak też glony i wyraźna rysa pionowa. W tym miejscu niemożliwy był ruch jakichkolwiek pojazdów z uwagi na bezpośrednie przyleganie do schodów terenowych. Wokół szybu windowego widoczne są ślady po uprzednio występujących przeciekach z pozostałościami gliny. W tych miejscach beton jest bardzo porowaty, wyszczerbiony i słabo zawibrowany. Podobne ślady zarówno glonów, jak też wadliwie wykonanego betonowania, znajduje się w podszybiu i szybie windowym, prowadzącym od poziomu parkingu na poziom nad budynkiem.

Biegła jednoznacznie stwierdziła, że oględziny pomieszczeń budynku wskazują, iż większość z nich jest w nieodpowiednim stanie technicznym. Ściany są zamknięte do wysokości ponad metr od poziomu posadzki. Z kolei posadzki są mokre z zastojami wody, odspojeniem farby, złuszczeniami, a w miejscach gdzie odpadła farba wraz z fragmentem posadzki gromadzi się woda. Przecieki widoczne są również w miejscach przejść przewodów instalacyjnych przez ściany budynku. W studziencie gromadząca się woda ma kolor brunatny. Również na ścianach wewnętrznych widoczne są brunatne zacieki, a na elementach metalowych można zaobserwować ślady rdzy (k. 340, 341).

Z opinii biegłej, (podzielonej przez Sąd Rejonowy), a którą Sąd II instancji także w całości podziela wynika, że wykonawca spółka (...), (powód w niniejszej sprawie), zrealizował roboty niezgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

W szczególności izolacja przeciwwodna, wbrew twierdzeniom powoda, została wykonana niezgodnie z dokumentacją projektową przekazaną wykonawcy przez (...) W. oraz niezgodnie z zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej (k. 345). Dotyczy to niezastosowania przyjętej w projekcie metody izolacji w systemie tzw. białej wanny. Nieprawidłowo wykonawca zabezpieczył i uszczelnił przerwy technologiczne w betonowaniu, nie wykonał prawidłowych izolacji przeciwwodnych, czego skutkiem jest zalewanie wodami budynku wraz z instalacjami i urządzeniami. Roboty betonowe z kolei wykonane zostały w sposób nieodpowiedni, przez co mieszanka nie posiada cech betonu wodoszczelnego (k. 343). Jeżeli chodzi o przyczyny powstania przecieków w budynku technicznym, to biegła wyjaśniła, że w przypadku systemów drenarskich, nieobsypanie lub obsypanie ich materiałem o zbyt małym współczynniku filtracji oraz za małe lub za duże nachylenie, prowadzi do ich zamulania, czy też podmycia oraz zapadnięcia. Również nieprawidłowo został wykonany nasyp wokół budynku i murów co uwidaczniała osiadająca ziemia (k. 344).

Wartość całości robót naprawczych biegła wskazała na kwotę 198 421,15 zł (k. 355).

Wnioski przedstawione w opinii, wskazujące na przyczyny istniejących wad, były jednoznaczne, przy tym umotywowane logicznie i bardzo starannie, w nawiązaniu do dokumentacji sporządzonej w związku z przygotowaniem i realizacją procesu budowlanego. Dlatego prawidłowo Sąd Rejonowy oparł się na tych wnioskach. Biegła sporządziła opinię zarówno w oparciu o dokumentację, oględziny z udziałem Sądu i stron, zapoznając się z zeznaniami świadków, zgłoszonych przez obie strony.

Z kolei powód nie zdołał w toku postępowania przed Sądem Rejonowym skutecznie podważyć tej opinii. Na zgłoszone przez powoda zarzuty do opinii, zawarte w piśmie procesowym z dnia 30 października 2017r. (k. 364), biegła K. Ś. ustosunkowała się szczegółowo na rozprawie w dniu 15 stycznia 2018r. (k. 379).

Również w samym Protokole spisany dnia 28 kwietnia 2011 roku, w sprawie oceny stanu odebranych robót po okresie zimowym, zrealizowanych w ramach pierwszego etapu, stwierdzono liczne usterki, w tym przecieki w budynku technicznym, w pomieszczeniu przylegającym do szybu windy dla niepełnosprawnych w związku z czym wykonawca został wezwany do poprawienia izolacji budynku (k. 54 – 56).

Z powyższego jednoznacznie wynika, że wykonane przez powoda roboty mają istotne wady, (możliwe do usunięcia), które nie zostały przez niego naprawione, (a do usunięcia których (...) W. wielokrotnie pisemnie wzywało wykonawcę – spółkę (...), co Sąd Rejonowy w oparciu o opinię biegłego z zakresu budownictwa K. Ś. oraz pozostałe dowody jednoznacznie ustalił.

Nie ulega wątpliwości, że obowiązek prawidłowego zabezpieczenia wykonanych robót zarówno przez ich zniszczeniem lub pogorszeniem ich stanu spoczywał na skarżącym, który nie może tego obowiązku przerzucać teraz na pozwanego.

Niewątpliwie zatem występowanie powyższych usterek i wad (istotnych i usuwalnych, co jednoznacznie określiła biegła K. Ś. w opinii), dawało pozwanemu (...) W. podstawę do zwrócenia się do wykonawcy z roszczeniami z tytułu rękojmi poprzez żądanie usunięcia wad, a następnie do wystąpienia wobec Banku z żądaniem wypłaty przez ten Bank kwoty 48 877,81 zł w ramach Gwarancji Bankowej Nr (...) z dnia 18 lipca 2011r. na zabezpieczenie zobowiązań z tytułu rękojmi była uzasadniona.

Postępowanie dowodowe przeprowadzone przez Sąd I instancji wykazało, iż konkretne wady i usterki były wielokrotnie zgłaszane powodowi, jak również były wyznaczane terminy do ich usunięcia zgodnie z postanowieniami § 5 Umowy o roboty budowlane z dnia 14 czerwca 2010r.

Prawidłowo ustalił Sąd Rejonowy, że pozwane (...) W. jako inwestor, kilkakrotnie zażądał od wykonawcy – spółki (...) (powoda w niniejszej sprawie), usunięcia stwierdzonych usterek, zaś pozwany ostatecznie zgłoszonych wad nie usunął, mimo składanych deklaracji o usunięciu części, ze zgłaszanych usterek i wad.

(...) W. wielokrotnie wzywało wykonawcę – spółkę (...) (powoda w sprawie niniejszej), do usunięcia wad i usterek, wyznaczając 14 - dniowy termin do ich usunięcia od daty ich zgłoszenia, zgodnie z § 5 zawartej Umowy o Roboty Budowlane.

Już w Protokole z dnia 28 kwietnia 2011r. – w sprawie oceny stanu odebranych robót po okresie zimowym, zrealizowanych w ramach części I Zadania „Rozbudowa i Modernizacja Mauzoleum W. w M.” odnotowano: „w budynku technicznym w pom. przylegającym do szybu windy dla niepełnosprawnych pojawił się zacieki” (k.54 – 56).

W piśmie z dnia 06 lipca 2011r. (...) W. poinformowało wykonawcę – spółkę (...) o zalaniu pomieszczeń budynku technicznego oraz parkingów i wezwało do usunięcia tej usterki (k.194).

Wykonawca w odpowiedzi na powyższe – w piśmie z dnia 18 października 2011r. wskazał sposób usunięcia tej usterki i zwrócił się o wskazanie terminu do wykonania prac naprawczych (k.297).

Pismo to w ocenie Sądu Okręgowego należy uznać, za przyznanie przez wykonawcę – spółkę (...) zasadności zgłoszonych wad i usterek oraz zgodę na ich usunięcie w zakresie wad stwierdzonych w Protokole z dnia 11 lipca 2011r.

W dniu 14 lutego 2013r. został przeprowadzony przegląd gwarancyjny po 24 miesiącach gwarancji, wykonanych prac części I Zadania inwestycyjnego „(...) W. w M.”, z udziałem przedstawicieli inwestora – (...) W. i wykonawcy – spółki (...), z którego sporządzono Protokół (k. 201).

W piśmie z dnia 22 lutego 2013r., skierowanym przez wykonawcę - spółkę (...) (powód w niniejszej sprawie), do (...) W. (inwestora, a pozwanego w niniejszej sprawie), wykonawca odnosząc się do wyników tego przeglądu gwarancyjnego dokonanego w dniu 14 lutego 2013r., uznał część wad i usterek, w tym min. zawilgocenie ścian, wypływająca woda z łem w pom. obok windy (budynek techniczny), nieuszczelność przejścia instalacyjnego przez ściany w pomieszczeniu rozdzielni elektrycznej i spółka (...) (jako wykonawca) przedstawiła sposób ich usunięcia, proponując aby uznane prace naprawcze zostały wykonane wiosną. Pozostałe usterki i wady zakwestionowała, podnosząc iż prace wykonała zgodnie z projektem i sztuką budowlaną (k.198 – 200).

W zakresie tych wad i usterek, których występowanie wykonawca potwierdził i zobowiązał się usunąć, należy przyjąć, że je w tej części uznał.

(...) W. w piśmie z dnia 13 marca 2013r. wyraziło zgodę na wykonanie prac naprawczych na wiosnę 2013r., podtrzymało stanowisko w odniesieniu do pozostałych wad i usterek, w zakresie odpowiedzialności za nie wykonawcy (k.201).

Mimo składanych deklaracji, wykonawca nie usunął wad i usterek, które zobowiązał się naprawić, co potwierdzili świadkowie wskazani przez powoda.

(...) W. w piśmie z dnia 05 listopada 2014r. wezwało wykonawcę – spółkę (...) do usunięcia wad i usterek, polegających na zalewaniu budynku technicznego wodą przesiąkającą przez ściany, zakreślając 14 dniowy termin (k.78).

Po oględzinach dokonanych z udziałem stron w dniu 12 listopada 2014r. , wykonawca – spółka (...) w piśmie z dnia 17 listopada 2014r. poinformowała inwestora – (...) W., min. że „odnośnie do usterek polegających na zalewaniu budynku technicznego wodą przesiąkającą przez ściany pomieszczeń, gotowi jesteśmy podjąć czynności, które pozwolą wyeliminować zaistniałe problemy. Pod warunkiem, że po dokonaniu odkrywek, koniecznych dla ustalenia rozmiaru usterki, okaże się, że do uszkodzeń nie doszło wskutek działania obecnego generalnego wykonawcy”.

W piśmie tym wykonawca wskazał także sposób usunięcia tych usterek i wad oraz podjęcie tych prac naprawczych w terminie wiosennym (k. 81).

Wykonawca odniósł się także do drugiej zgłoszonej usterki - w postaci przecieku w obrębie muru oporowego, co wynika z niewłaściwych założeń projektowych. Nie jest to więc wada wykonawcza, która mogłaby podlegać naprawie w ramach rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości.

W zasadzie do listopada 2014r. wykonawca – spółka (...), nie kwestionował wad i usterek w odniesieniu do budynku technicznego.

(...) W. ustosunkowało się do pisma wykonawcy z dnia 17 listopada 2014r. – w piśmie z dnia 1 grudnia 2014r., gdzie wyraziło zgodę na wykonanie prac naprawczych w terminie wiosennym 2015r. (k.83).

Kolejny przegląd gwarancyjny został przeprowadzony w dniu 16 grudnia 2014r. i stwierdzono wówczas wiele usterek, w tym. min. zalanie budynku technicznego oraz schodów przy tym budynku, przeciek muru oporowego, przeciek na ścianie zbiornika pożarowego.

Wykonawca nie wykazał aby przekazał (...) W. Instrukcję konserwacji ii użytkowania drenażu. Fakt dokonania odbioru, czy to końcowego, czy częściowego robot zanikających, nie jest wystarczającym dowodem na to, że prace

te zostały prawidłowo wykonane, skoro wady i usterki pojawiły się w terminie późniejszym ale w okresie objętym gwarancją.

Przeprowadzona przez wykonawcę odkrywka, została wykonana bez udziału inwestora, który zbyt późno został zawiadomiony o tej czynności. Już po tym fakcie inwestor stwierdził, że zakres tej odkrywki nie był wystarczający do dokonania prawidłowej oceny stanu izolacji budynku technicznego (odkrywka została wykonana ręcznie przy użyciu łopaty, na niewielkim fragmencie ściany). A biegła K. Ś. stwierdziła w opinii ponad wszelką wątpliwość, że izolacja została wykonana wadliwie.

Z powodu zakwestionowania przez inwestora prawidłowości wykonania tej odkrywki, w dniu 25 maja 2015r. , doszło do spotkania stron w M. i wtedy ustalono konieczność odkrycia ściany w celu określenia rodzaju użytej izolacji oraz sposobu wykonania ściany domykającej schody. Ponadto wykonawca zobowiązał się wówczas przedstawić w terminie dwóch tygodni dokument dotyczący zmian projektu izolacji, czego jednak nie złożył, nie wykonał też odkrywki w ustalonym zakresie.

Wobec braku obiecanych przez wykonawcę działań naprawczych, a następnie wręcz zaprzeczeniu zasadności zgłoszonych wad i usterek, inwestor – (...) W. pismem z dnia 28 lipca 2015 roku wezwało wykonawcę – spółkę (...) do usunięcia wskazanych wad i usterek, zakreślając kolejny już termin 14 dni od daty zawiadomienia. (k. 102).

Następnie w związku z bezskutecznym upływem wyznaczonego terminu, pismem z dnia 19 sierpnia 2015 roku, ponownie pozwany ostatecznie wezwał powoda do usunięcia wskazanych wad i usterek w terminie 14 dni od daty ich zgłoszenia (k. 110), czego powód jednak nie uczynił.

Powód w pozwie przyznał, że już w dniu 29 lipca 2015 roku otrzymał od pozwanego pismo, zawierające wezwanie do usunięcia wad i usterek, tj. odkrycia minimum dwóch ścian budynku technicznego i jego naprawy w terminie 14 dni i dodał, że nie było to pierwsze pismo pozwanego, albowiem już w piśmie z dnia 5 listopada 2014 roku pozwany zgłaszał powodowi przeciekanie izolacji budynku technicznego, w którym znajdował się min. zbiornik p. pożarowy (k. 5).

Można dodać, że sam powód w reakcji na zgłaszane mu usterki początkowo nie kwestionował powstałych wad i usterek, przyjmował odpowiedzialność na siebie i podejmował czynności zmierzające do ich usunięcia tyle, że nieskutecznie. W odpowiedzi na wezwanie do poprawienia izolacji budynku w piśmie z dnia 24 maja 2011 roku oświadczył, że uwagi komisji w punktach od 3 do 8 zostały przez niego zrealizowane. Z powyższego pisma wynikało zatem, że powód uznał swoją odpowiedzialność za przecieki w budynku technicznym, a także, że dokonał poprawy izolacji budynku, jednakże nie zgłosił on pozwanemu wykonanej przez siebie naprawy do budynku (k. 191-193.).

Dlatego też wnioski Sądu Rejonowego co do tego, że wady i usterki były zgłaszane wykonawcy, że był on wzywany do ich usunięcia oraz że były wyznaczone terminy do wykonania prac naprawczych, który bezskutecznie upłynął - są prawidłowe.

Zobowiązanie wykonawcy – spółki (...) do zapłaty należności objętej żądaniem pozwu (a zrealizowanej przez inwestora (...) W. z udzielonej przez wykonawcę Gwarancji Bankowej Nr (...) z dnia 18 lipca 2011r. wynika z faktu, że wykonawca ten nie zrealizował wobec inwestora – (...) W. roszczeń z tytułu rękojmi za wady fizyczne, tj. nie usunął w wyznaczonym terminie wad stwierdzonych w okresie rękojmi i gwarancji na podstawie sporządzonych protokołów.

Powyższe w pełni uzasadniało wystąpienie przez (...) W. jako inwestora do (...) Bank (...) S.A. z żądaniem wypłaty kwoty wynoszącej 48 877,81 zł z jednoczesnym oświadczeniem, że zleceniodawca gwarancji, pomimo dwukrotnego wezwania nie wypełnił swoich umownych zobowiązań z tytułu rękojmi (k. 121 – 121).

Żądanie to spełniało wszystkie wymogi przewidziane w udzielonej przez wykonawcę Gwarancji Bankowej Nr (...) z dnia 18 lipca 2011r. (k. 59, k. 124).

Nie ma racji skarżący zarzucając, że skoro pozwany (...) W. jako inwestor, nie kierował do powoda – jako wykonawcy, skonkretyzowanego roszczenia pieniężnego, którego podstawą byłyby uprawnienia wynikające z rękojmi i wykonawca

wobec tego nie zaspokoił zgłoszonego żądania, to (...) W. jako inwestor, nie mógł zrealizować środków z Gwarancji Bankowej na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi, udzielonej przez wykonawcę.

Zgodnie z art. 647 k.c. (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy tj. 14 czerwca 2010r.), przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i 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. Wykonawca z umowy o roboty budowlane ponosi odpowiedzialność z tytułu rękojmi wówczas, gdy ujawni się wada. Przy czym podkreślenia wymaga fakt, że odpowiedzialność wykonawcy nie jest zależna ani od jego winy, ani od jego wiedzy o istnieniu wad.

Zakresu tego obowiązku nie zmienia fakt, że strony zawarły umowę z uwzględnieniem ustawy o zamówieniach publicznych, co niezasadnie zarzuca skarżący.

Powołana ustawa z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U.2018.1986 ze zm.) określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie (art. 1 w/w ustawy).

Do umów zawieranych z kontrahentami wybranymi w toku postępowania o zamówienie publiczne mają w pierwszej kolejności zastosowanie jako *lex specialis* przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, a w sprawach nieuregulowanych w tej ustawie – przepisy kodeksu cywilnego (art. 139 ustawy prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy o roboty budowlane tj. 14 czerwca 2010r.).

Te szczególne uregulowania znalazły to wyraz w § 13 umowy o roboty budowlane z dnia 14 czerwca 2010r.

Poza przepisami bezwzględnie obowiązującymi, wynikającymi z treści ustawy prawo zamówień publicznych i przepisów kodeksu cywilnego, strony mają pełną swobodę kształtowania postanowień umowy w toku postępowania o zamówienie publiczne, pod warunkiem jednak, że jej treść oraz cel, nie będą sprzeczne z naturą zobowiązania, ustawa oraz zasadami współżycia społecznego (art.353¹ k.c.).

Przepis art. 148 ustawy prawo zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy o roboty budowlane tj. 14 czerwca 2010r.), przewidywał możliwość ustanowienia zabezpieczeń umowy, w tym min. poprzez udzielenie gwarancji bankowych (art. 139 ust. 1 pkt 4 w/w/ ustawy).

W niniejszej sprawie dla zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady została udzielona zamawiającemu Gwarancja Bankowa Nr (...) z dnia 18 lipca 2011r., (k. 59), która została prawidłowo wykorzystana przez (...) W. jako zamawiającego.

Przepis art. 656 k.c. (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy o roboty budowlane 14 czerwca 2010r.) stanowi, że do skutków min. 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, a przez odesłanie z art. 638 k.c. do odpowiedzialności za wady dzieła stosuje się odpowiednio przepisy o rękojmi za wady przy sprzedaży rzeczy.

Sposób realizacji roszczeń w ramach rękojmi regulowały przepisy art. 560 k.c., art. 561 k.c. (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy tj. 14 czerwca 2010r.). Uszło uwadze apelującego, że obowiązujący w dacie zawarcia umowy (tj. 14 czerwca 2010r.) art. 561 k.c. stanowił swoiste uzupełnienie art. 560 k.c., wprowadzając dwa dodatkowe uprawnienia kupującego z tytułu rękojmi zawady rzeczy sprzedanej. Przewidywał on, że kupujący z tytułu rękojmi może żądać od sprzedającego wymiany rzeczy wadliwej na wolna od wad oraz naprawy rzeczy wadliwej.

I właśnie z tego ostatniego uprawnienia skorzystał zamawiający – (...) W. domagając się w ramach rękojmi – usunięcia stwierdzonych wad i usterek (co przewidywał § 5 umowy o roboty budowlane z dnia 14 czerwca 2010r.).

Obowiązujący w dacie zawarcia umowy przepis art. 637 k.c. (uchylony przez art. 44 pkt 34 ustawy z dnia 30 maja 2014r. (Dz.U.2014.827), zmieniającej nin. ustawę z dniem 25 grudnia 2014r., stanowił, że jeżeli dzieło ma wady, zamawiający może żądać ich usunięcia, wyznaczając w tym celu przyjmującemu zamówienie, odpowiedni termin z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu nie przyjmie naprawy. Przyjmujący może odmówić naprawy, gdyby wymagała nadmiernych kosztów.

Wady występujące w zakresie prac wykonanych przez inwestora w ramach Zadania I były wadami istotnymi, ale jednocześnie usuwalnymi (co wynika wprost z opinii biegłej K. Ś.). Wykonawca spółka (...) nie usunęła zgłoszonych wad w żadnym zakreślonym przez inwestora, przy czym nie powołała się na nadmierny koszt ich usunięcia.

(...) W. domagając się od wykonawcy – spółki (...), usunięcia wad szczegółowo opisywanych w licznej korespondencji (omówionej wyżej) zrealizowało jedno z przysługujących mu w ramach rękojmi uprawnień przewidzianych w art. 561 k.c. (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy) – żądając usunięcia stwierdzonych wad przy wykonaniu Zadania I.

Należy jeszcze dodać, że kolejność zgłoszenia żądań, przewidzianych w art. 560 k.c., art. 561 k.c. (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy), zależna była wyłącznie od woli realizującego uprawnienia z rękojmi.

Wykonawca – spółka (...) nie uwolnił się od odpowiedzialności z tytułu rękojmi, (art.655 k.c.), bowiem nie wykazał, że wady powstały wskutek wadliwości dostarczonych przez inwestora materiałów, wadliwego projektu, że uprzedził inwestora o niebezpieczeństwie uszkodzenia obiektu w przypadku wadliwego zabezpieczenia lub konserwacji.

Wobec nie usunięcia stwierdzonych wad (istotnych i usuwalnych), w zakreślonym terminie, mimo wielokrotnych zobowiązań (ostatnie dwa pisemne: z dnia 28 lipca 2015r oraz z dnia 19 sierpnia 2015r. – k. 104, k.126), (...) W. jako inwestor, było uprawnione do wystąpienia do (...) Bank (...) S.A. z żądaniem wypłaty z Gwarancji Bankowej Nr (...) z dnia 18 lipca 2011r., na zabezpieczenie zobowiązań z tytułu rękojmi, kwoty gwarancji wynoszącej 48 877,81 zł, z powołaniem się na dwukrotne wezwanie wykonawcy – spółki (...) do usunięcia wad, czego ta jednak nie wykonała (oświadczenie zawierające wezwanie do wypłaty kwoty gwarancji - k.124). Żądana kwota została wypłacona przez Bank, zgodnie z postanowieniami Gwarancji Bankowej Nr (...) z dnia 18 lipca 2011r. (k.59).

Prawidłowo Sąd Rejonowy uznał, że mając na uwadze przepis art. 649¹ k.c., treść wystawionej w dniu 18 lipca 2011r. przez (...) Bank (...) S.A., na zlecenie spółki (...) jako wykonawcy, Gwarancji Bankowej Nr (...) z dnia 17 lipca 2011r. jako zabezpieczenie roszczeń zamawiającego z tytułu rękojmi za wady robót, w ramach umowy o roboty budowlanej z dnia 14 czerwca 2010r., była jednoznaczna.

Wynikało z tej Gwarancji Bankowej, że w/w Bank zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłacić każdą cenę do łącznej wysokości 48 877,81 zł na pierwsze pisemne żądanie (...) W. jako zamawiającego inwestora, w terminie ważności Gwarancji Bankowej Nr (...) z dnia 17 lipca 2011r, zawierające oświadczenie, że nie zostały wykonane umowne zobowiązania z tytułu rękojmi wraz ze wskazaniem, na czym polegało niewykonanie tych zobowiązań zgodnie z umową.

Powyższy kształt zobowiązania gwaranta wobec beneficjenta został określony w sposób jednoznaczny a zgłoszone przez (...) W. żądanie wypłaty kwoty 48 877,81 zł, zawarte w piśmie z dnia 05 października 2015r. spełniało te wymogi (k.124, k.59).

(...) W. (jako zamawiający inwestor), żądając wypłaty kwoty 48 877,81 zł powołało się na okoliczność dwukrotnego wezwania wykonawcy – Spółki (...) do usunięcia wad, polegających min, na nieprawidłowym, niezgodnym z dokumentacją wykonaniu izolacji przeciwwodnej budynku, co spowodowało podsiąkanie murów i zalewanie niżej położonych części budynku oraz schodów (pismo z dnia 28 lipca 2015r i z dnia 19 sierpnia 2015r. – k. 104, k.126). Wykonawca – spółka (...) nie wykonała prac naprawczych, wad nie usunęła (a były to wady istotne i usuwalne, co stwierdziła biegła K. Ś. w opinii, przyjętej zarówno przez Sąd Rejonowy, jak też podzielonej przez Sąd Okręgowy), co

czyniło uprawnionym skorzystanie przez (...) W. z Gwarancji Bankowej Nr (...), wystawionej w dniu 18 lipca 2011r. przez (...) Bank (...) S.A., na zlecenie spółki (...) jako wykonawcy.

Zważywszy na podniesione okoliczności apelacja powoda okazała się bezzasadna, zaskarżony wyrok prawidłowy, co skutkowało oddaleniem apelacji, o czym Sąd Okręgowy na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w pkt I sentencji wyroku.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Okręgowy orzekł zgodnie z art. 98 k.p.c. Strona pozwana – (...) W. wygrała apelację. Na kwotę 1800 zł zasądzona od powoda złożyła się wynagrodzenie pełnomocnika pozwanego ustalone zgodnie z § 10 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 2 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności adwokackie o czym orzeczono w pkt II sentencji wyroku (Dz.U.2015, poz. 180 ze zm.).

SSO Teresa Strojnowska SSO Anna Pać – Pięta SSO Elżbieta Ciesielska