

*Sygn. akt I ACa 1061/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 24 lutego 2014 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący – Sędzia SA Beata Kozłowska*

*Sędzia SA Roman Dziczek*

*Sędzia SA Lidia Sularzycka (spraw.)*

*Protokolant aplikant sędziowski Łukasz Baranowska*

*po rozpoznaniu w dniu 10 lutego 2014 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. w S.*

*przeciwko (...) sp. z o.o. w W.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji obu stron od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 9 kwietnia 2013 r. sygn. akt XXVI GC 561/12*

*uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi Okręgowemu w Warszawie do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach instancji odwoławczej.*

*I ACa 1061/13*

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 09.04.2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie z powództwa (...) sp. z o. o. z siedzibą w S. przeciwko (...) sp. z o. o. z siedzibą w W. o zapłatę kwoty 165.645 zł: I. zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 135.254,00 zł;

II. oddalił powództwo w pozostałym zakresie,

III. zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 9.917,51 zł tytułem zwrotu kosztów procesu,

IV. nakazał zwrócić ze Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie na rzecz powódki kwotę 5.653,00 zł tytułem zwrotu nienależnych kosztów sądowych, w ten sposób, że: a) kwotę 1.200,00 zł wypłacić z zaliczki zarejestrowanej pod numerem (...) / (...), b) kwotę 2.690,00 zł wypłacić z zaliczki zarejestrowanej w dniu 21.01.2010 r. pod pozycją (...), c) kwotę 1.763,00 zł wypłacić z opłaty sądowej zarejestrowanej pod numerem (...) / (...); V. nakazał zwrócić ze Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie na rzecz pozwanej kwotę 5.550,91 zł tytułem niewykorzystanej zaliczki w ten sposób, że: a) kwotę 2.739,62 zł wypłacić z zaliczki zarejestrowanej w dniu 02.03.2010 r. pod pozycją (...); b) kwotę 2.811,29 zł wypłacić z zaliczki zarejestrowanej pod numerem (...) / (...); VI. nakazał pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Warszawie tytułem tymczasowo poniesionych wydatków: a) kwotę 49,54 zł z zaliczki uiszczanej

przez powódkę na rachunek Sądu Okręgowego w Warszawie i zarejestrowanej w dniu 21.01.2010 r. b) kwotę 225,71 zł z zaliczki uiszczonej przez pozwaną na rachunek Sądu Okręgowego w Warszawie i zaksięgowanej pod poz. (...)/ (...).

Wyrok zapadł w oparciu o następujące ustalenia faktyczne i prawne.

W dniu 08.12.2006 r. strony niniejszego sporu zawarły na piśmie umowę o wykonanie z własnych materiałów, dostawę i montaż zbiornika zapasu wody o pojemności 871 m<sup>3</sup> i wymiarach: H=7,2, zgodnie ze złożonym zamówieniem. Pozwana jako wykonawca była zobowiązana do dostawy zbiornika - montażu tego urządzenia z dostarczonych przez siebie elementów. Umowa przewidywała wykonanie zbiornika przeciwpożarowego według własnego projektu wykonawcy. Powódka jako zamawiający zobowiązana była do odebrania dzieła, dokumentacji technicznej od wykonawcy w ustalonym terminie.

Zbiornik przeciwpożarowy, którego dostawę i montaż zlecono pozwanej, był częścią projektu inwestycji Inwestora (...) sp. z o. o.

Zgodnie z umową pozwana odpowiadała za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy na zasadach ogólnych. W umowie przewidziano, w przypadku wad dzieła, prawo zamawiającego żądania ich usunięcia w określonym terminie, po upływie którego był on upoważniony do dokonania napraw na koszt wykonawcy albo żądania obniżenia wynagrodzenia.

Powódka w dniu 29.01.2007 r. potwierdziła dostawę elementów zbiornika na budowę. Nie potwierdziła poprzez powyższą czynność odbioru dzieła w rozumieniu skwitowania wykonania zobowiązania przez pozwaną.

Zbiornik zapasu wody został przez pozwaną zamontowany. Po rozpoczęciu użytkowania ujawniła się wada zbiornika przejawiająca się w jego przeciekaniu, tj. występowanie obwodowo wokół zbiornika zacieków wody. Wkrótce też po rozpoczęciu użytkowania powódka zgłaszała kilkakrotnie pozwanej fakt pojawiania się mokrych plam i stojących przy płycie dennej zbiornika kałuż. Na wniosek powódki w dniach 17-18.07.2007 r., po opróżnieniu zbiornika z wody, dokonano kontroli stanu wewnątrz zbiornika.

Powódka domagała się wielokrotnie naprawy zbiornika poprzez usunięcie wycieków i uzyskania stanu zgodnego z zamówieniem. Przykładowo pismem z dnia 03.10.2007 r. powódka zaproponowała zabarwienie wody w zbiorniku i oklejenie zbiornika tak aby odizolować wody atmosferyczne. Pozwana dokonywała oględzin zbiornika po spuszczeniu wody, podejmowała próby uszczelniania zbiornika polegające m. in. na doklejeniu fragmentu membrany i uszczelnieniu dolnej podstawy zbiornika gęstą masą. Ostatecznie pozwana zakwestionowała swoją odpowiedzialność za wycieki i odmówiła usunięcia nieszczelności wskazując na wilgotność terenu, opadów atmosferycznych, niewłaściwą budowę fundamentu.

W związku z odmową dalszych napraw zbiornika przez pozwaną powódka zleciła Zakładowi Usług (...) Naczelnej Organizacji Technicznej wykonanie opinii w przedmiotowej kwestii; ocena stanu technicznego zbiornika została sporządzona w styczniu 2008 r.

Powódka wzywała pozwaną do naprawy zbiornika informując ją o planowanym zleceniu naprawy zbiornika przez podmioty trzecie. W pismach z dnia 15.01.2008 r. i z dnia 7.02.2008 r. powódka wezwała pozwaną do dokonania naprawy pod rygorem powierzenia jej innemu podmiotowi oraz poinformowała o wyborze firmy, która miała wykonać naprawę.

Na wiosnę 2008 r. przeprowadzono inspekcję zbiornika w obecności m.in. kierownika budowy, ekipy strażackiej i eksperta wskazanego przez NOT; po tym powódka uznała, że występują wady w wykonaniu zbiornika, które dyskwalifikują zbiornik jako urządzenie do zapasu wody pożarowej.

Podstawową wadą zbiornika wykonanego przez pozwaną była nieszczelność polegająca na stałym wycieku wody. Nieprawidłowości obejmowały także: liczne niedbałe klejenia złącza membrany, tworzenie płaszczu uszczelniającego

z klejonych latek zamiast wykonania przejścia kołnierzewego, oparcie dachu zbiornika o jego dno na słupach niewidocznych w dokumentacji, wykonanie dachu ze styropianu i blachy trapezowej a nie z płyt warstwowych. Zastosowane przez pozwaną rozwiązanie dotyczące pokrycia dachowego było niezgodne z aprobatą techniczną i przekazaną wykonawcy przez zamawiającego dokumentacją techniczną, z której wynikało, że dach zbiornika miał być wykonany z profili omega i płyt warstwowych (...), gdy tymczasem dach ten został wykonany ze styropianu i blachy trapezowej.

Naprawa zbiornika obejmowała: 1) całkowitą wymianę membrany uszczelniającej zbiornik (wymiana wkładki założonej na wkładkę (...)), 2) wymianę dachu zbiornika, który został wykonany niezgodnie z dokumentacją techniczną, 3) usunięcie słupów podpierających dotychczasowy dach zbiornika – element niezgodny z dokumentacją i aprobatą techniczną.

W ramach koniecznej naprawy zbiornika powódka poniosła koszty:

a) oceny stanu technicznego zbiornika i jej uzupełnienia dokonanej przez (...) (...) w wysokości 6.300 zł netto oraz 1.000 zł netto;

b) wody do uzupełnienia zbiornika oraz wynajęcia wozu straży pożarnej w wysokości 11.718 zł netto, oraz w wysokości 5.236 zł netto, którymi to kosztami powódka została obciążona przez inwestora (...) sp. z o. o.;

c) wykonania inspekcji i usunięcia nieszczelności zbiornika w wysokości 4.000 zł netto oraz rekonstrukcji stalowego zbiornika w wysokości 107.000 zł netto;

d) wynajęcia wozu strażackiego i obecności jednostki straży pożarnej z napełnionym wodą wozem strażackim w czasie spuszczenia i opróżniania zbiornika z wody.

Inwestor dokonał w dniu 30.06.2008 r. odbioru technicznego instalacji tryskaczowej obejmującej zbiornik przeciwpożarowy oraz nastąpiło rozliczenie inwestycji pomiędzy powódką a inwestorem.

W ocenie Sądu Okręgowego zdjęcia przedstawione przez powódkę i powołani w sprawie biegli sądowi w swych opiniach potwierdzają nieprawidłowe wykonanie zbiornika przez pozwaną.

Powołane przez pozwaną tzw. protokoły z przeglądu zbiornika z dnia 04.05.2007 r., z dnia 05.07.2007 r., protokół z dnia 01.10.2007 r., w ocenie Sądu Okręgowego, nie miały wartości dowodowej jako że były to jednostronne notatki pozwanej. Podpisany jedynie przez pozwaną protokół z dnia 08.03.2007 r. spisany po montażu zbiornika, jednoznacznie potwierdzał istnienie wycieków wody, a także wskazuje, że stan szczelności miał zostać oceniony po analizie monitorowania wycieków. Protokoły, na które powoływała się pozwana, jej twierdzenia, zeznania prezesa zarządu pozwanej i zeznania świadka M. N. oraz zdjęcia pozwanej, nie potwierdzały, zdaniem Sądu Okręgowego, szczelności zbiornika, braku wycieków, prawidłowego wykonania umowy. Sąd pominął w trybie art. 242 kpc wniosek dowodowy z zeznań świadka B. K., jako że przeprowadzenie tego dowodu napotkało przeszkody w postaci braku stawienia świadka, co prowadziło do przewlekłości postępowania. Wielokrotne wezwania w/w świadka na kolejne terminu rozpraw wracały z adnotacją „awizo”.

Zdaniem Sądu Okręgowego powództwo zasługiwało na uwzględnienie w części na zasadzie art. 471 kc.

Umowę stron Sąd zakwalifikował jako umowę nienazwaną, dopuszczalną według art. 353<sup>1</sup> kc, zawierającą elementy umowy dostawy (art. 605 kc), jak i elementy umowy o dzieło (art. 627 kc) lub umowy o podwykonawstwo robót budowlanych w rozumieniu art. 647<sup>1</sup> § 1 kc. Była to umowa rezultatu.

Powódka domagała się odszkodowania, jako rekompensaty szkody poniesionej w postaci wydatków związanych z koniecznością doprowadzenia zbiornika do stanu, w jakim spełniał on swoje funkcję przeciwpożarowe. Zdaniem Sądu wykazała wszystkie przesłanki z art. 471 kc warunkujące przyznania żądanego odszkodowania co do zasady.

Przyczyną szkody było nienależyte wykonanie zobowiązania przez pozwaną, a jednocześnie nie było żadnych w sprawie dowodów wskazujących, że pozwana nie ponosi winy w wadliwym wykonaniu dzieła. Zakresem obowiązków pozwanej objęta była dostawa zbiornika, a także jego prawidłowy i zgodny z aprobatą techniczną oraz ze sztuką budowlaną montaż, tak aby zbiornik był szczelny i spełniał swoje zadanie przeciwpożarowe. Zbiornik wykonany przez pozwaną przeciekał, a zatem nie posiadał zagwarantowanych przez pozwaną cech i nie spełniał swoich funkcji.

Montaż zbiornika wymagał prawidłowego podłączenia się do instalacji. Wobec wystąpienia wątpliwości i zastrzeżeń do współpracujących elementów z montowanym zbiornikiem, pozwana winna była je wyjaśnić lub zwrócić uwagę powódki na te kwestie przed rozpoczęciem montażu, gdyż to na niej ciążył obowiązek właściwego dokonania takiego podłączenia.

Twierdzenia pozwanej, że na skutek ciężaru zbiornika płyta fundamentowa ugięła się, przez co wody opadowe nie były odprowadzane na zewnątrz, lecz zasysane przez betonowe dno zbiornika, nie znalazły zdaniem Sądu Okręgowego, potwierdzenia w materiale dowodowym. Sąd wykluczył prawdziwość tezy postawionej przez pozwaną, zgodnie z którą dokumentacja techniczna nie wykluczała zastosowania słupów podpierających dach.

Powódka zachowała także prawo do dochodzenia swoich roszczeń z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy. Pozwana niezasadnie przyjęła, że przy zastosowaniu przepisu art. 568 kc dokonanie naprawy po upływie roku od dnia wydania rzeczy oznacza wygaśnięcie uprawnień z tytułu rękojmi. Rękojmia bowiem obejmuje swoim zakresem odpowiedzialność za wady ujawnione w jej terminie. Oznacza to, że roczny termin wynikający z art. 568 kc należy badać w kontekście daty ujawnienia się wad dzieła, a nie dokonania naprawy.

Powódka wzywała pozwaną do naprawy zbiornika po złożeniu przez NOT opinii z dnia 20.01.2008 r., dotyczącej przyczyn pojawiających się przecieków, informując ją o planowanym zleceniu naprawy podmiotowi trzeciemu. A ponieważ pozwana nie zareagowała na powyższe wezwania, powódka była uprawniona do zlecenia naprawy osobie trzeciej i obciążanie pozwanej kosztami, jakie poniosła w związku z konieczną naprawą zbiornika.

Powódka wykazała w sprawie adekwatny (normalny) związek przyczynowy pomiędzy niewłaściwym wykonaniem umowy w postaci wzniesienia nieszczelnego zbiornika zapasu wody, ze szkodą jaką poniosła wobec konieczności poniesienia kosztów na naprawę zbiornika. Powódka udowodniła także wysokość poniesionych wydatków na naprawę w łącznej kwocie 135.254 zł, przedstawiając dowody uiszczenia tych kosztów, przede wszystkim w postaci potwierdzeń przelewów bankowych. Koszty te dotyczyły zasadniczo: wydatków na ocenę stanu technicznego zbiornika, inspekcji i usunięcie nieszczelności zbiornika, wody do uzupełnienia zbiornika i wynajęcie wozu straży pożarnej.

Powódka jednak w zakresie wydatków w wysokości 7.500 zł netto i 22.500 zł netto z tytułu wynajęcia wozu straży pożarnej, nie przedstawiła stanowczych twierdzeń w jakich dniach była ponownie spuszczana woda ze zbiornika i w jakich dniach oraz w jakim wymiarze w powyższym okresie istniała konieczność zabezpieczenia zakładów obecnością jednostki straży pożarnej oraz wozu strażackiego. Nie wiadomo dlaczego obie faktury VAT wystawione w powyższym okresie napraw opiewają na tak inne kwoty. W ocenie Sądu w sprawie brak było także dowodów, aby uznać za konieczne i celowe wydatki takie jak „Zakup węży strażackich” na kwotę 391 zł netto.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżyły obie strony.

Powódka w swej apelacji w części oddalającej powództwo o zapłatę kwoty 30.391 zł zarzuciła

-naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy, a polegające na naruszeniu art. 233 § 1 kpc poprzez newszechstronną i niezgodną z zasadami logiki i doświadczenia życiowego ocenę dowodów ze złożonych w sprawie dokumentów, a w konsekwencji przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów - poprzez przyjęcie, że powódka rzekomo nie wykazała konieczności oraz wysokości poniesionych kosztów obejmujących wydatki za najem wozów straży pożarnej i zakup węży strażackich;

-naruszenie przepisów postępowania, polegające na naruszeniu art. 99 w zw. z art. 98 § 1 kpc i zasądzeniu na rzecz powódki kwoty niższej niż żądana tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, jak również niezastosowaniu § 2 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu ( Dz. U. z 2013 r., poz. 490) poprzez nie uwzględnienie nakładu pracy pełnomocnika w niniejszym postępowaniu.

Powódka wniosła o zmianę wyroku w zaskarżonej części przez uwzględnienie powództwa w całości i zasądzenie na jej rzecz dochodzonej kwoty oraz przyznanie powódce kosztów zastępstwa procesowego w wysokości co najmniej dwukrotnej stawki minimalnej określonej w cyt. rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości a nadto zasądzenie na rzecz powódki kosztów postępowania za instancję odwoławczą.

Pozwana w swej apelacji od wyroku w części zasądzającej kwotę 135.254 zł zarzuciła naruszenie przepisów postępowania, naruszenia prawa materialnego przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, brak wyjaśnienia i ustalenia istotnych okoliczności sprawy, błędną analizę zebranego materiału dowodowego i ocenę stanu faktycznego, nadto zakwestionowała postanowienie w sprawie odmowy przeprowadzenia wnioskowanych przez pozwaną dowodów w sprawie, w szczególności: pominięcia dowodu z zeznań świadka B. K. oraz z opinii biegłego posiadającego uprawnienia z zakresu geologii, projektowania i konstrukcji, na podstawie i po przedstawieniu przez powódki dokumentów z wykonania wszystkich etapów prac związanych z zainstalowaniem i posadowieniem zbiornika zapasu wody, w szczególności projektu budowlanego, w tym fundamentu, protokołów odbiorów fundamentu, prac zanikających, protokołów pomiarów i uzgodnień, dotyczących przejść instalacyjnych wykonanych w fundamencie zbiornika, prac dotyczących wykonania fundamentu, opinii geologicznej gruntu, jej wskazań i zaleceń, na okoliczność prawidłowości wykonania fundamentu i przejść instalacyjnych w fundamentach w stosunku do charakterystyki gruntu i ciężaru napełnionego wodą zbiornika, z zeznań podmiotów wykonujących badania geologiczne gruntu, na którym posadowiony jest zbiornik zapasu wody i podmiotów wykonujących przejścia instalacyjne i prace zanikające, na okoliczności związane z prawidłowym wykonaniem fundamentu zbiornika i przejść instalacyjnych odpowiednio do ciężaru napełnionego wodą zbiornika,

Pozwana wniosła o uchylenie wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, ewentualnie jego zmianę przez oddalenie powództwa w całości i obciążenie kosztami postępowania powódki, z uwzględnieniem kosztów postępowania odwoławczego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

Obie apelacji są uzasadnione.

Wybierając podstawę prawną powód określa nie tylko granice okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, ale nadto określa granice obrony pozwanego, albowiem pozwany podejmuje tę obronę w takim zakresie jaki wynika nie tylko z faktów, ale i ze wskazanego przepisu; pozwany nie ma obowiązku konstruowania w taki sposób swojej obrony, aby odeprzeć wszelkie możliwe zarzuty mogące wynikać z wszystkich możliwych podstaw rozstrzygnięcia. Powyższe stwierdzenie nabiera doniosłości w niniejszej sprawie już chociażby z tej przyczyny, że stroną powodową reprezentuje zawodowy pełnomocnik, a sprawa ma charakter sprawy gospodarczej, co nakazywało procedowanie w warunkach regulowanych przepisami art. 479<sup>12</sup> § 1 kpc i art. 479<sup>14</sup> § 2 kpc (obowiązującymi w dacie wytoczenia niniejszej sprawy), a więc konieczności podawania istotnych twierdzeń, dowodów czy zarzutów w pierwszych pismach procesowych, pod rygorem utraty prawa ich powoływania. Powódka jako podstawę prawną roszczenia wskazywała art. 471 kc (regulujący odpowiedzialność kontraktową na zasadach ogólnych) i - ostrożności procesowej - § 10 umowy (regulujący odpowiedzialność z tytułu rękojmi). Jako podstawę prawną rozstrzygnięcia w części uwzględniającej powództwo Sąd Okręgowy podał ogólnie art. 471 kc, wskazując, iż doszło do nienależytego wykonania umowy łączącej strony i że generalnie spełnione zostały przesłanki tejże odpowiedzialności, co skutkuje

odpowiedzialnością pozwanej za szkodę poniesioną w postaci wydatków związanych z koniecznością doprowadzenia zbiornika do stanu w jakim spełniał on swoją funkcję przeciwpożarową.

Przytoczone stwierdzenie nie wyjaśnia jednak istoty sprawy, bowiem nie idzie za nim istotne rozgraniczenie roszczeń odszkodowawczych na takie, które zostały zgłoszone jako roszczenie samodzielne (art. 471 kc) i/lub towarzyszące realizacji uprawnień z rękojmi (art. 566 § 1 kc w zw. z art. 471 kc), ewentualnie wskazanie, iż zdecydowanie odpada charakter jednego z tych roszczeń. Trzeba mieć bowiem na względzie, że roszczenie objęło żądanie zwrotu takich pozycji jak:

-woda do uzupełnienia zbiornika ppoż., wynajęcie wozu straży pożarnej – faktura z dnia 31.05.2007 r. na kwotę 11.718 zł,

-ocena stanu technicznego zbiornika - faktura z dnia 14.01.2008 r. na kwotę 6.300 zł,

-wynajęcie samochodu straży pożarnej dla ochrony obiektu - faktura z dnia 17.04.2008 r. na kwotę 7.500 zł,

-uzupełnienie do opinii technicznej - faktura z dnia 13.05.2008 r. na kwotę 1.000 zł,

-zakup węży strażackich - faktura z dnia 15.05.2008 r. na kwotę 391 zł,

-wykonanie inspekcji i usunięcia nieszczelności zbiornika ppoż. w zakładach (...) w W. - faktura z dnia 26.05.2008 r. na kwotę 4.000 zł,

-wynajęcie samochodu straży pożarnej dla ochrony obiektu - faktura z dnia 18.06.2008 r. na kwotę 22.500 zł,

-rekonstrukcja stalowego zbiornika ppoż. w zakładzie (...) w W.-faktura z dnia 23.06.2008 r. na kwotę 107.000 zł,

-woda do uzupełnienia zbiornika – brak faktury, kwota 5.236 zł.

Wystąpienie wad rzeczy, a w przypadku rozpoznawanej sprawy wad dzieła (dostarczonego i zmontowanego zbiornika zapasu wody), nie eliminuje możliwości skorzystania przez wierzyciela z dochodzenia naprawienia poniesionej szkody na zasadach ogólnych. Oczywiście jest bowiem stwierdzenie, że wadliwe wykonanie dzieła jest nienależytym wykonaniem zobowiązania. Jeżeli zatem wierzyciel poniósł na skutek takiego nienależytego wykonania zobowiązania szkodę, dłużnik obciążony jest obowiązkiem jej naprawienia (art. 471 kc). Wierzyciel ma przy tym możliwość dokonania wyboru, może bowiem oprzeć swoje roszczenia wyłącznie na ogólnych przepisach normujących odpowiedzialność kontraktową (art. 471 i nast. kc) albo też, nie rezygnując z uprawnień z tytułu rękojmi, dodatkowo dochodzić naprawienia poniesionej szkody (art. 566 kc w rozpoznawanej sprawie stosowany w związku z art. 638 kc).

Dokonanie wyboru przez wierzyciela pociąga za sobą określone skutki. Dokonując wyboru reżimu odpowiedzialności z rękojmi za wady wierzyciel musi wykazać istnienie wad. Dokonując zaś wyboru odpowiedzialności opartej na art. 471 kc lub art. 566 kc (w związku z art. 638 kc), musi wykazać istnienie przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej, a więc wykazać: powstanie szkody i jej rozmiar, fakt nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwanego oraz normalny związek przyczynowy pomiędzy tymi zdarzeniami. Pozwany mógłby zaś w takiej sytuacji bronić się wykazując, że nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 kc).

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy szczególnego znaczenia miałyby wykazanie nie tylko istnienia wad wynikających z wykonawstwa realizowanego przez pozwaną, ale też że szkoda polegająca na nakładach (wydatkach) związanych z koniecznością doprowadzenia zbiornika do stanu, w jakim spełniał on swoją funkcję przeciwpożarową pozostaje w normalnym związku przyczynowym z nienależytym wykonaniem robót, do których wykonania zobowiązana była pozwana.

Podniesienie przez powódkę zarzutu wystąpienia wad, według tej strony wynikających z nienależytego wykonania umowy przez pozwaną, wymagało przeprowadzenia dowodu - w tej konkretnej sprawie - z zeznań osoby, która

powołana została do zdiagnozowania problemu (nieszczelności) przed przystąpieniem przez powódkę do usunięcia tychże wad. Taką osobą jest B. K., o przesłuchanie którego wniosowała zarówno powódka (k. 127), jak i pozwana (k. 151).

Nieprzeprowadzenie przez Sąd Okręgowy dowodu z przesłuchania w/w osoby nastąpiło z naruszeniem art. 274 kpc i art. 242 kpc. Zauważyć należy, iż świadek ten wzywany był na adres instytucji, w której miał być zatrudniony, a przesyłki przez tę instytucję początkowo nie były odbierane, a następnie wracały z adnotacją co do nieprawidłowego adresu. Powódka sama zobowiązała się sprawdzić czy adres jest aktualny, po czym zobowiązania nie wykonała (k. 471). To jednak nie upoważniało do stwierdzenia, iż postępowanie dowodowe napotyka przeszkody o nieokreślonym czasie trwania, a nadto że upłynął oznaczony przez Sąd termin, po którym przeprowadzenie dowodu powoduje zwłokę w postępowaniu.

Inż. B. K., posiadający uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, sporządził opinię po przeprowadzeniu wizji lokalnej i jako jedyny rzeczoznawca oceniał stan zbiornika przed jego naprawą (rekonstrukcją). Zeznania tej osoby należało poddać ocenie zgodnie z regułami wynikającymi z art. 233 kpc, natomiast ich pominięcie pozwala poddać w wątpliwość prawidłowość zastosowania powyższego przepisu.

Trzeba zaznaczyć, iż stan faktyczny w sprawie w zakresie wadliwości dzieła oddanego przez pozwaną został ustalony w oparciu o opinie biegłych, którzy nie tylko że nie dokonali wizji (ogłędzin) przedmiotu opinii, ale też swoje oceny oparli na dokumentacji pochodzącej od podmiotu, który dokonał już rekonstrukcji zbiornika (tak nazwano w fakturze prace mające na celu usunięcie wad zbiornika). Wyjście na stwierdzenie, iż zbiornik wymagał rekonstrukcji (pojęcie to oznacza przebudowę, w efekcie nową budowlę czy urządzenie) wymagało ustalenia potrzeby przebudowy, a nie usunięcia wad w istniejącym przedmiocie. Do tego, zdaniem Sądu II instancji, niezbędne jest dokonanie kompleksowej oceny zaoferowanych dowodów, które by świadczyły o stanie zbiornika przed jego rekonstrukcją, a więc zeznań biegłego K. i jego opinii. Zaznaczyć należy, iż opinia B. K. (który jako jedyny oglądał zbiornik przed jego rekonstrukcją) była punktem wyjścia dla dalszych opinii, tymczasem autor tej opinii nie został przesłuchany.

Sąd II instancji nie podziela oceny, iż dokumentacja przedłożona przez pozwaną, w tym protokół z dnia 08.03.2007r., potwierdza występowanie wad. Protokół ten (k. 164) stwierdza „występujące obwodowo wokół zbiornika zacieki wody (stojącej) na cokole fundamentu” i „brak widocznych wycieków (sączących się) ze zbiornika, a to nie oznacza jeszcze wadliwości samego zbiornika.

Powódka domagając się wyrównania poniesionej szkody powołuje się na fakt poniesienia określonych nakładów, których wysokość stara się wykazać fakturami, jakie zostały wystawione przez różne podmioty przy okazji prowadzonych napraw (usług). Wywodzi przy tym, iż była uprawniona do dokonania napraw na koszt pozwanej, a więc że – w sposób uprawniony – dokonała naprawy zastępczej.

W związku z powyższym wskazać należy, iż fakt wydatkowania przez powódkę określonych zafakturowanych kwot jeszcze nie oznacza poniesienia szkody pozostającej w adekwatnym związku przyczynowym z zachowaniem pozwanej. Fakt wydatkowania przez powódkę określonych kwot w tym przypadku oznacza, iż zapłacone one zostały na podstawie przytaczanych faktur i oznacza tylko poniesienie przez powódkę jakiegś - ewentualnie - szkody.

Niezbędnym jest wykazanie konieczności poniesienia wydatków, które nie tylko wynikają z zachowań (zaniechań) pozwanej, ale też które co do wysokości nie mogły być inne, a więc w szczególności m. in. pokrywały realne, niezbędne koszty usunięcia wad zbiornika, zawinionych przez pozwaną.

Zdaniem Sądu II instancji nieprawidłowe jest ustalenie co do nieodebrania przedmiotu umowy, tj. dzieła określonego umową z dnia 08.12.2006 r., pomiędzy stronami tego sporu. Twierdzenia powódki (i zeznania świadków) odnośnie nieodebrania zbiornika pozostają w sprzeczności z materiałem sprawy – dokumentami takimi jak umowa oraz dowód wpłaty reszty wynagrodzenia. Nawet brak sporządzenia protokołu odbioru robót nie stanowi przeszkody do uznania,

że odbiór dzieła nastąpił, jeżeli faktycznie miał on miejsce, a zatem w sytuacji, w której czynności faktyczne świadczą o tym, że do tego doszło.

Umową stron przewidziano płatność całości wynagrodzenia (poza 5% kaucją) w częściach: 45% dzień po dostawie, 45% 14 dni po montażu płaszcza, 10% 7 dni po próbie szczelności (k. 25). Wynagrodzenie wynosiło 175.000 zł plus VAT, a więc 213.500 zł (§ 6 umowy). Skoro w dniu 30.03.2007 r. wpłacono ostatnią część wynagrodzenia (v. faktura k. 165), poza kaucją, to to oznacza, że przedmiot umowy został wykonany, a także przekazany. Można odebrać rzecz z wadami, więc ich istnienie - co zarzuca powódka - wcale nie musiało oznaczać nieodebrania dzieła. Zwrócić należy uwagę na fakt protokolarnego potwierdzenia przez powódkę odebrania dostarczonego na budowę zbiornika zapasu wody dnia 29.01.2007 r. (k. 31) i kilkukrotnych po tym dniu wystąpień powódki do pozwanej z zarzutami nieszczelności (co już oznacza możliwość korzystania przez tę stronę z napełnionego zbiornika). Brak więc protokołu odbioru z udziałem obydwu stron czy jednej ze stron nie oznacza, iż przekazanie dzieła do użytkowania nie nastąpiło. Poza tym, skoro powódka dochodzi odszkodowania z tytułu nienależytego wykonania dzieła, to jego wykonanie i oddanie, a nawet odebranie należy przyjąć jako fakt dokonany (dzieło pozostawało w gestii powódki co najmniej od dnia 08.03.2007 r.).

Co do samych napraw to dokonanie napraw na koszt pozwanej, gdyby miałyby mieć charakter z art. 480 kc - nie wchodzi w rachubę, gdyż przedmiot umowy został oddany. Według art. 476 kc, dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Dopóki więc dłużnik pozostaje w zwłoce, dopóty ma miejsce niewykonanie zobowiązania. Przepis art. 480 § 1 kc, jak wszystkie inne przepisy, które określają skutki zwłoki dłużnika i przewidują w razie pozostawania dłużnika w zwłoce określone uprawnienia wierzyciela, dotyczy zatem niewykonania zobowiązania, a nie nienależytego wykonania zobowiązania. Przyjmujący zamówienie, który w wykonaniu zobowiązania usunięcia wad dzieła (art. 637 § 1 kc) przystąpił do naprawy, ale w wyznaczonym terminie skutecznie wad nie usunął, nienależycie wykonał zobowiązanie. Do przypadku tego art. 480 § 1 kc nie znajduje zatem zastosowania, skoro przepis ten nie odnosi się do nienależytego wykonania zobowiązania (uchwała SN z dnia 15.02.2002 r. III CZP 86/01 OSNC 2002/11/132).

Należy zauważyć, że ograniczenie co do uprawnień z tytułu rękojmi przysługujących zamawiającemu, wymienionych w art. 637 kc, jest wiążące dla stron umowy o dzieło tylko wówczas, gdy nie postanowią inaczej (art. 558 § 1 zdanie pierwsze w związku z art. 638 kc). Nie ma przeszkód, żeby strony umówiły się, że w razie wad dzieła zamawiający będzie uprawniony, nawet bez upoważnienia sądu, do usunięcia wad na koszt przyjmującego zamówienie (uchwała SN z dnia 15.02.2002 r. III CZP 86/01 OSNC 2002/11/132).

Niejako odpowiednia sytuacja zaistniała w rozpatrywanym stanie faktycznym, kiedy to strony w § 10 umowy pt „Rękojmia” zapisały: 1. Jeżeli dzieło ma wady, zamawiający może pisemnie żądać ich usunięcia. Usunięcie wad nastąpi w terminie 48 godzin od momentu pisemnego powiadomienia (fax, e-mail, list polecony). 2. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający jest uprawniony do dokonania napraw na koszt wykonawcy albo żądać obniżenia wynagrodzenia.

Przepis art. 558 § 1 kc przewiduje, że strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć. I zapis § 10 umowy właśnie świadczy o modyfikacji odpowiedzialności z tytułu rękojmi. Tyle tylko, że wypada rozważyć, czy jest on wiążący. Art. 353<sup>1</sup> kc stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Ocena skuteczności postanowienia umownego kreującego uprawnienie zamawiającego do dokonania napraw na koszt wykonawcy po bezskutecznym upływie 48 dni od momentu pisemnego powiadomienia podlega także kontroli w oparciu o granice wyznaczane przez przepisy o charakterze imperatywnym, w kontekście ograniczeń swobody umów, obejścia prawa, jak i ewentualnej sprzeczności z zasadami współzycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 kc). Uznanie postanowienia zawartego w § 10 umowy za naruszający art. 353<sup>1</sup> kc z uwagi na jego sprzeczność z właściwością stosunku skutkowałoby uznaniem tego zapisu za nieważne na podstawie art. 58 § 1 kc.



Przyjmując ważność zapisu § 10 umowy należałoby poddać w wątpliwość jego działanie w sprawie i możliwość odwoływania się do niego z uwagi na brak w wezwaniach terminu do wykonania napraw. W zasadzie ze strony powódki nie był podawany konkretny termin usunięcia zarzucanych wad przez pozwaną, a dopiero w piśmie z dnia 15.01.2008 r. wyznaczono 2 dni na podjęcie wymagalnych czynności, przy czym dopiero w piśmie z dnia 07.02.2008 r. poinformowano o zamiarze zlecenia naprawy innemu podmiotowi.

Rozstrzygnięcie o żądaniu pozwu nie zostało poprzedzone istotnymi ustaleniami w przedmiocie wysokości poniesionej szkody. Przedłożone przez powódkę faktury tylko wykazują to, że poniosła ona koszty odpowiadające wartości cen towarów i usług ujętych w określonych fakturach, natomiast nie mogą być miarodajne, a już z pewnością wystarczające dla oceny wysokości koniecznych napraw czy usuwania wad ewentualnie obciążających pozwaną (te koszty miałyby ostatecznie generować szkodę powódki). Miarodajna w tym przedmiocie może być opinia czy opinie biegłych odpowiednich specjalności, w tym ustalające niezbędne koszty usuwania takich wad, a na tę okoliczność nie ma żadnego dowodu, choć wnioski dowodowe w tym zakresie zostały złożone (v. pozew k. 130), a pozwana podnosiła zarzut niewykazania wysokości kosztów i ich nadmierności (odpowiedź na pozew k. 158-160). Tu trzeba dodać, iż zdecydowana część wskazywanej przez powódkę szkody (jej wartość) bierze się właśnie z konieczności usuwania wad, jakie miałyby obciążać pozwaną.

Sąd Okręgowy oddalił czy pominął te istotne wnioski dowodowe obu stron, za pomocą których należało wykazać wystąpienie wad zawinionych przez pozwaną i ich związek z wystąpieniem po stronie powódki szkody o określonym rozmiarze. Nieprzeprowadzenie koniecznego postępowania dowodowego w tym zakresie praktycznie nie pozwala stwierdzić, iż doszło do rozpoznania istoty sprawy, a to uzasadnia orzeczenie kasatoryjne sądu drugiej instancji.

Jak przyjmuje się w orzecznictwie, nierozpoznanie istoty sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 kpc oznacza zaniechanie przez sąd pierwszej instancji zbadania materialnej podstawy żądania pozwu albo pominięcie merytorycznych zarzutów pozwanego (v. wyrok SN z 21.10.2005 r., III CK 161/05, wyrok SN z dnia 23.09.1998 r., II CKN 897/97, OSNC 1999, nr 1, poz. 22 oraz niepubl. wyrok SN z dnia 04.08.1999 r., II CKN 498/99, postanowienie SN z dnia 25.08.1999 r., III CKN 527/99). Taka sytuacja procesowa zachodzi w tej sprawie. Sąd Okręgowy bowiem pominął zarzuty i twierdzenia strony pozwanej odnoszące się zarówno do przyczyny (pochodzenia) wad wskazywanych przez powódkę jak i rzeczywistego rozmiaru poniesionej przez nią szkody jako pozostającej w związku przyczynowym z zachowaniem pozwanej. Naruszając dyrektywy płynące z art. 233 kpc zaniechał prowadzenie dowodów istotnych dla ustalenia opartej na wskazywanych w pozwie podstawach prawnych odpowiedzialności pozwanej.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 4 kpc uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji, pozostawiając zarazem temu sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego (art. 108 § 2 kpc).

Przy ponownym rozpoznaniu sprawy w pierwszej kolejności konieczne jest przeprowadzenie, a następnie ocena, dowodów wnioskowanych przez obie strony, w tym zwłaszcza dowodów z zeznań świadka K. oraz opinii biegłego sądowego na okoliczność ustalenia charakteru wad zbiornika (a więc czy istotnie miały charakter wykonawczy), jak też - co nie mniej istotne - kosztów usunięcia wad wykonawczych, przy założeniu, że są to koszty niezbędne i powiązane z tymi wadami. Kosztami naprawy, wartością nakładów czy wydatkami na omawiany cel żaden biegły się nie zajął i ich nie wyliczał. Dopiero należyte ustalenie zakresu wad obciążających pozwanego oraz rodzaju wskazywanej przez powódkę szkody (bezpośredniego źródła jej pochodzenia) pozwoli na stwierdzenie wykazania przez powódkę przesłanek odpowiedzialności pozwanej. Dopiero te wszystkie wskazywane powyżej dane pozwolą umożliwić sądowi odwoławczemu przeprowadzenie efektywnej kontroli w ramach środków zaskarżenia wniesionych przez strony postępowania.