

*Sygn. akt: I ACa 119/14*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 lipca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny

w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Anna Beniak</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SA Dorota Ochalska - Gola (spr.)</b> <b>SO del. Dariusz Limiera</b>
Protokolant:	stażysta Agnieszka Kralczyńska

po rozpoznaniu w dniu 18 lipca 2014 r. w Łodzi

na rozprawie

sprawy z powództwa **D. D. (1)**

przeciwko (...) **spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.**

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 31 października 2013 r., sygn. akt X GC 372/11

**I. z apelacji powódki zmienia zaskarżony wyrok w punktach 1, 2 i 3 w ten sposób, że:**

**a) zasądzoną w punkcie 1 kwotę 138.196 zł podwyższa do kwoty 217.381,53 (dwieście siedemnaście tysięcy trzysta osiemdziesiąt jeden i 53/100) złotych z ustawowymi odsetkami od kwot:**

**- 30.000 (trzydzieści tysięcy) złotych od dnia 30 września 2010 r. do**

**dnia zapłaty,**

**- 186.143,15 (sto osiemdziesiąt sześć tysięcy sto czterdzieści trzy i 15/100) złotych od dnia 17 grudnia 2010 r. do dnia zapłaty,**

**- 1.238,38 (jeden tysiąc dwieście trzydzieści osiem i 38/100) złotych od dnia 1 marca 2011 r. do dnia zapłaty,**

**oddalając powództwo w pozostałym zakresie;**

**b) w punkcie 3 zasądza od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. na rzecz D. D. (1) kwotę 12.942,30 (dwanaście tysięcy dziewięćset czterdzieści dwa i 30/100) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;**

**II. oddala apelację powódki w pozostałej części i apelację pozwanego w całości;**

**III. zasądza od (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. na rzecz D. D. (1) kwotę 5.268,70 (pięć tysięcy dwieście sześćdziesiąt osiem i 70/100) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

**Sygn. akt I ACa 119/14**

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 1 marca 2011 r. w postępowaniu upominawczym powódka D. D. (1) wniosła o zasądzenie od pozwanego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwoty 352.921,55 zł, z odsetkami ustawowymi: od kwoty 30.000 zł od dnia 30 września 2010 r. do dnia zapłaty, od kwoty 321.683,17 zł od dnia 17 grudnia 2010 r. do dnia zapłaty, od kwoty 1.238,38 zł od dnia wytoczenia powództwa do dnia zapłaty, a także kosztów procesu. Wywodziła, że dochodzone należności stanowią wynagrodzenie za roboty budowlane wykonane na rzecz pozwanej Spółki, a w zakresie kwoty 1.238,38 zł stanowią skapitalizowane odsetki ustawowe za należność zapłaconą z opóźnieniem.

Nakazem zapłaty z dnia 20 maja 2011 r. Sąd Okręgowy w Łodzi X Wydział Gospodarczy uwzględnił żądanie pozwu.

W sprzeciwie strona pozwana zaskarżyła nakaz zapłaty w całości i wносиła o oddalenie powództwa, a także o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania. Pozwana Spółka podniosła zarzut obniżenia wynagrodzenia należnego powódce o następujące kwoty: 99.015 zł z tytułu kosztów wykonania zastępczego w zakresie usunięcia wad robót wykonanych przez powódkę, 135.540,02 zł z tytułu kosztów poprawienia elewacji budynku wadliwie wykonanej przez powódkę, 8.241 zł z tytułu nienależnego wynagrodzenia za wykonanie drabiny stalowej na budynku, które to prace faktycznie nie zostały wykonane, 31.597,47 zł z tytułu wynikającej z umowy stron kaucji gwarancyjnej w wysokości 6 % wartości netto umowy. Dodatkowo strona pozwana podniosła zarzut potrącenia kwot z tytułu kar umownych tj. kwoty 45.616,22 zł z tytułu kary umownej za opóźnienie wykonania robót, naliczonej na podstawie oraz kwoty 25.214,81 zł z tytułu kary umownej za opóźnienie w usunięciu wad i usterek stwierdzonych w protokole odbioru końcowego, naliczonej na podstawie

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 31 października 2013 r. Sąd Okręgowy w Łodzi X Wydział Gospodarczy zasądził od strony pozwanej na rzecz powódki kwotę 138.196,37 zł z ustawowymi odsetkami od kwot:

- 30.000 zł od dnia 30 września 2010 r. do dnia zapłaty;

- 107.243,77 zł od dnia 17 grudnia 2010 r. do dnia zapłaty;

- 952,60 zł od dnia 1 marca 2011 r. do dnia zapłaty;

oddalił powództwo w pozostałej części, zasądził od powódki na rzecz pozwanego kwotę 4.636 zł tytułem zwrotu kosztów procesu oraz orzekł o zwrocie na rzecz stron nadpłaconych zaliczek na wydatki.

Powyższe rozstrzygnięcie Sąd I instancji oparł na następujących ustaleniach faktycznych, które w tym zakresie Sąd Apelacyjny w pełni akceptuje i przyjmuje za własne:

W dniu 5 lipca 2010 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane nr 1/07/2010 w budynku na terenie A., na podstawie której powódka zobowiązała się wykonać na rzecz pozwanego docieplenie elewacji z wymianą stolarki okiennej (dostawa, demontaż starej i surowy montaż z zamurowaniem otworów okiennych), wymianę rynien, obróbek blacharskich oraz parapetów z instalacją odgromową, pionową budynku zgodnie z załącznikiem nr 1 umowy (§

1). Termin rozpoczęcia wykonywania robót ustalono na dzień 12 lipca 2010 r. , a termin zakończenia robót na dzień 15 września 2010 r. W przypadku wystąpienia trudności uniemożliwiających terminowe zakończenie robót wykonawca powinien powiadomić pisemnie inwestora w terminie 3 dni od daty ich wystąpienia (§ 2). Strony ustaliły ryczałtowe wynagrodzenie powódki w kwocie 526.624,51 zł netto, z czego kwota 175.770 zł netto miała stanowić należność za wykonanie elewacji (styropian, siatka, tynk systemowy akrylowy, kolor). Rozliczenia miały być dokonywane na podstawie protokołów potwierdzenia stanu zaawansowania robót określonych w harmonogramie rzeczowo - finansowym oraz protokołów kontroli jakości, na podstawie faktur VAT wystawionych przez wykonawcę i podpisanych przez zamawiającego. Faktury miały być wystawiane na podstawie obustronnie podpisanych protokołów potwierdzenia wykonania etapów robót. Ustalono fakturowanie w trzech etapach, w następujących terminach: 100.000 zł + VAT – 12 lipca 2010 r., z terminem płatności 14 dni, 150.000 zł + VAT – 31 lipca 2010 r., z terminem płatności 14 dni, 276.624,51 zł + VAT – po zakończeniu prac z terminem płatności 21 dni (§ 4 i 9, załącznik nr 1). Faktury miały być wystawiane na podstawie podpisanych przez przedstawicieli stron protokołów potwierdzenia wykonania poszczególnych etapów robót określonych w harmonogramie rzeczowo – finansowym wykonania robót stanowiącym załącznik nr 1 do umowy (§ 5). Ewentualne roboty dodatkowe miały być wykonane przez wykonawcę po porozumieniu z inwestorem za dodatkowym wynagrodzeniem ustalonym przez strony (§ 6). Zakończenie każdego etapu robót określonego w harmonogramie rzeczowo finansowym potwierdzone miało być protokołem potwierdzenia wykonania etapu robót i dokonywane miało być w terminie 2 dni od daty pisemnego zawiadomienia zamawiającego o gotowości do potwierdzenia wykonania etapu robót. Wykonawca zobowiązany był do pisemnego zawiadomienia zamawiającego o gotowości do dokonania końcowego odbioru na 5 dni przed terminem tego odbioru (§ 9). Strony ustaliły, że za każdy dzień opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy przez wykonawcę, ten ostatni miał zapłacić inwestorowi karę umowną w wysokości 0,1 % wynagrodzenia brutto, zaś za każdy dzień opóźnienia w usunięciu usterek lub wad 0,1 % wartości elementu robót wg załącznika nr 1 do umowy obejmującego wadę brutto, liczonych od dnia wyznaczonego do usunięcia wad, aż do dnia ich usunięcia przez wykonawcę (§ 10). Zamawiający miał prawo zatrzymać z wynagrodzenia wykonawcy kaucję gwarancyjną w wysokości 6 % wartości netto umowy. Połowa tej kaucji miała być zwracana w terminie 30 dni od dnia sporządzenia protokołu potwierdzającego dokonanie odbioru końcowego, zaś pozostała część miała zostać zatrzymana tytułem zabezpieczenia roszczeń z rękojmi lub gwarancji i zamawiający mógł z niej skorzystać celem zaspokojenia wykonania zastępczego lub kar umownych. Zwrot tej ostatniej części kaucji miał nastąpić w terminie 30 dni od dnia upływu okresu gwarancji. Wykonawca udzielił gwarancji na okres 3 lat od daty odbioru końcowego (§ 11).

Roboty miały być wykonywane w budynku, w którym na parterze urządzany był przez firmę (...) ( (...)) sklep sieci (...). Powódka wykonywała prace, w tym dotyczące elewacji, na zlecenie (...) na parterze budynku, natomiast roboty w zakresie objętym umową stron z dnia 5 lipca 2010 r. prowadzone były w części budynku od gzymsu parteru w górę. Spółka (...) zleciła powódce prowadzenie prac w oparciu o zezwolenie na budowę. Pozwana takiego zezwolenia w chwili zawarcia umowy z powódką nie posiadała. Pomimo braku pozwolenia na budowę powódka rozpoczęła prace w zakresie objętym umową, po zapewnieniach inwestora, że pozwolenie zostanie uzyskane w trakcie trwania robót. Przedstawiciele pozwanego uzgodnili z wykonawcą technologię wykonania elewacji. W dniu 17 sierpnia 2010 r. G. K., umocowany pracownik powódki, wystosował do pozwanej Spółki pismo z informacją, że do czasu uzyskania prawomocnej decyzji dotyczącej prowadzenia prac na elewacji budynku wszystkie prace związane z dociepleniem elewacji zostają wstrzymane. Wstrzymanie prac z tego tytułu trwało około 3 tygodni do miesiąca. Z uwagi na naciski ze strony (...), która obawiała się, iż zatrzymanie prac przy elewacji budynku może uniemożliwić otwarcie w planowanym terminie sklepu (...), powódka wznowiła prace i zakończyła je do końca września 2010 r. Pozwolenie na budowę wydane zostało dopiero w dniu 4 października 2010 r., przy czym powódce przekazane zostało po uprawomocnieniu dnia 26 października 2010 r.

W toku trwania robót powódka wystawiła, a pozwana Spółka zapłaciła dwie faktury VAT nr (...) z dnia 12 lipca 2010 r. oraz nr (...) z dnia 31 lipca 2010 r. Termin płatności drugiej faktury został wyznaczony na 14 sierpnia 2010 r., ale strona pozwana zapłaciła ją z opóźnieniem w dniu 3 września 2010 r., bez potrącania kaucji gwarancyjnej.

W dniu 14 sierpnia 2010 r. pozwana spółka zleciła powódce na piśmie wykonanie w tym samym budynku dodatkowych robót budowlanych polegających na wyburzeniu ścianek działowych I i II piętra. Wynagrodzenie za te prace ustalono na kwotę 30.000 zł brutto. Termin ich wykonania oznaczono na dzień 15 września 2010 r. W tym dniu dokonano protokolarnego odbioru tych robót przy udziale przedstawicieli obu stron. Pozwana nie zgłosiła do wykonanych robót żadnych zastrzeżeń. W oparciu o protokół odbioru robót w dniu 15 września 2010 r. powódka wystawiła pozwanej fakturę nr (...) za prace wyburzeniowe na kwotę 30.000 zł, z terminem płatności w dniu 30 września 2010 r. Pozwana nie zapłaciła tej należności. W ramach prac strona powodowa nie wyburzyła ścian szybu windy na I i II piętrze budynku.

W dniu 18 października 2010 r. powódka wystawiła pozwanej fakturę VAT nr (...) na kwotę 337.481,90 zł, z terminem płatności w dniu 8 listopada 2010 r. Była to faktura za ostatni etap prac przy elewacji budynku.

Końcowy odbiór robót objętych umową podstawową, pomimo ich zakończenia przez firmę powódki na koniec września 2010 r. i informowania o tym pozwanej, miał miejsce w dniu 26 listopada 2010 r., przy udziale Ł. P. i K. C. ze strony zamawiającego oraz T. W. ze strony wykonawcy. Z czynności odbiorowych sporządzono protokół, w którym zaznaczono, iż roboty według umowy z dnia 5 lipca 2010 r. zostały wykonane, przy czym stwierdzono występowanie usterek, które wymieniono w załączniku do protokołu. Usterki dotyczyły samej elewacji (niewypełnione dylatacje na elewacji południowej, różnice w odcieniach tynku, źle zatarty tynk, nieodpowiednio zaprawione miejsca po hakach rusztowań, przebarwienia elewacji, ubytek docieplenia cokołu na elewacji zachodniej przy zwodzie pionowym, brak gruntowania ściany przed przystąpieniem do klejenia styropianu), niewłaściwego wykonania parapetów łukowych, stolarki okiennej (brudne okna, gruz w ramach okiennych, brak regulacji okien, brak osłonek na okuciach, pozostawienie folii ochronnej na profilach zewnętrznych okien, niewłaściwe mocowanie okien do ościeży, braki zaprawy przy przemurowaniach nad oknami, pozostawienie dybli drewnianych przy oknach, niewłaściwe uzupełnienie miejsc po dyblach pianą, nieodcięcie piany od strony wewnętrznej, brak osłonek na odwodnieniach okien). Ponadto zaznaczono brak atestów, certyfikatów i aprobat technicznych na zastosowane materiały. Przedstawiciele stron złożyli podpisy pod załącznikiem zawierającym wskazanie usterek.

Pismem przesłanym pozwanej w dniu 9 grudnia 2010 r. powódka poinformowała o usunięciu wszystkich usterek z protokołu odbioru z dnia 26 listopada 2010 r., a nadto o dostarczeniu atestów oraz aprobat. Informacje te ponowiła w piśmie z dnia 21 grudnia 2010 r., wzywając jednocześnie do zapłaty należności z faktur nr nr FA/634/210 i (...).

W piśmie z 13 stycznia 2011 r. pełnomocnik pozwanej stwierdził, że drzwi dwuskrzydłowe zostały prawidłowo zamontowane, ale nie otwierają się z uwagi na położoną zbyt wysoko kostkę brukową, przyznano, że okna w budynku zostały wyregulowane, folia ochronna z ram zdjęta, dyble usunięte, osłonki na odwodnienia założone, osłonki na zawiasach uzupełnione, ale nie umyto i nie odkurżono szyb, nie zdjęto naklejek z szyb, nie poprawiono uszczelek, dylatacje zostały uzupełnione, ale nie zostały zamalowane, nie wyburzono dwóch szybów windowych. Zaznaczono, że wykonawca nie odniósł się do wady w postaci różnicy w odcieniach kolorów elewacji. Pozwana nie otrzymała oryginałów atestów i aprobat technicznych na zastosowane materiały. Wykonawca nie przedstawił oświadczenia, że użyto materiałów, których dotyczą atesty, aprobaty i certyfikaty. Wezwano do usunięcia pozostałych wad i usterek w terminie do dnia 31 stycznia 2011 r., pod rygorem powierzenia tych czynności innemu podmiotowi.

W piśmie z dnia 28 stycznia 2011 r., doręczonym pozwanej w dniu 4 lutego 2011 r., pełnomocnik powódki oświadczył, że mycie okien nie należy do obowiązków wykonawcy bowiem zlecono jedynie „prosty montaż”, pomimo braku takiego obowiązku strona powodowa odkurżyła wewnętrzne części kwater okiennych, poprawiono również uszczelki, zastosowano taśmę dylatacyjną w kolorze standardowym, zbliżonym do koloru elewacji, zakres umowy stron nie obejmował wyburzenia szybów windowych. Wszystkie atesty, certyfikaty, aprobaty techniczne przesłano pozwanej drogą mailową przed wyborem materiałów, celem akceptacji. Dodatkowo zostały one doręczone w komplecie K. C. w trakcie odbioru końcowego. Zaznaczono, że wobec dokonania odbioru robót w protokole końcowym z 26 listopada 2010 r., brak jest podstaw do powierzenia wykonania tychże innemu podmiotowi na koszt powódki.

Pismem z 28 lutego 2011 r. pełnomocnik pozwanej ponowił uwagi co do istniejących usterek robót powodowej firmy przytoczone wcześniej w piśmie z 13 stycznia 2011 r., dodatkowo wskazano na brak stalowej drabiny z obejmą oraz nieuzupełniony ubytek ocieplenia cokołu elewacji zachodniej przy zwodzie pionowym (pkt 19 załącznika do protokołu odbioru). Wezwano powódkę do usunięcia wad i usterek wymienionych w piśmie w terminie do dnia 10 marca 2011 r. Poinformowano, że pozwana zleciła podmiotowi trzeciemu wykonanie prac związanych z zamurowaniami nad oknami, obrabianiem okien, wyburzaniem ścianek na ogólna kwotę 50.000 zł.

Elewacja wykonana przez firmę powódki na zlecenie pozwanej wykazuje liczne wady wykonawcze. Płaszczyzny tynku są nierówne, występują miejsca nierównomiernego zatarcia tynku, występują miejsca odwzorowania zarysów płyt styropianowych (m.in. w polu I piętra przy narożniku południowo – zachodnim elewacji południowej, w polu I i II piętra na elewacji zachodniej), na tynku występują przebarwienia odwzorowujące rusztowania zewnętrzne, występują różne odcienie i przebarwienia tynku, występują miejsca nieobrobienia przejść rur spustowych i zwodów przez cokoły pośrednie (elewacja północna). Wykonano dylatacje w elewacji północnej, przy czym nie są to dylatacje systemowe, wykonano nacięcie, a następnie wepchnięto uszczelkę okrągłą z tworzywa, która pomalowano farbą o innym odcieniu niż tynk, szczeliny dylatacyjne nie są w pełni wypełnione, nie ma przyczepności farby do tworzywa uszczelki. W zakresie docieplenia nie zagruntowano podłoża przed przyklejeniem płyt styropianowych, nie wtopiono właściwie siatki w klej, warstwa kleju daje się rozetrzeć w palcach i odpada od siatki bez żadnych śladów i pozostałości, występuje mała przyczepność warstwy tynku do zatopionej w kleju siatki, co pozwala przypuszczać, że niewłaściwie zagruntowano powierzchnię przed układaniem tynku zewnętrznego, mała przyczepność do warstwy z siatką dotyczy tynku żywicznego na cokole i tynku mineralnego. Na całej elewacji występują odwzorowania zarysów płyt styropianowych na powierzchni tynku, co wskazuje na niewłaściwe przyklejenie płyt, które klawiszują, nierówność płaszczyzn świadczy o niewłaściwym przeszlifowaniu płyt styropianowych przez zaciągnięciem klejem, do wykonania tynku zewnętrznego przyjęto tynk mineralny barwiony w masie o grubości 1 mm, co przy dużych płaszczyznach tynkowania wymaga szczególnej precyzji i dokładności wykonania, do wykonania dylatacji nie użyto listew systemowych, które poprawiają estetykę tynku i zapewniają właściwe działanie dylatacji. Płyty styropianowe nie są przyklejone prawidłowo na prawie całej powierzchni do podłoża i na skutek warunków atmosferycznych mogą ulec całkowitemu odspojeniu od tynku ścian, kołki na których są one dodatkowo mocowane nie stanowią wystarczającego elementu zabezpieczającego. Brak zagruntowania ścian może spowodować zagrożenie dla bezpieczeństwa użytkownika obiektu, może naruszyć szczelność cieplną budynku. Opisane wady wykonawcze docieplenia elewacji są tego rodzaju, że w zasadzie nie jest możliwe naprawienie docieplenia i dla uzyskania pożądanego efektu należy wykonać docieplenie od nowa.

Koszt prac dociepleniowych, przy założeniu prawidłowego ich wykonania, wynosi 303.003,36 zł brutto. Koszt usunięcia usterek z protokołu odbioru podpisanego przez przedstawicieli stron w dniu 26 listopada 2010 r. wynosi 26.392,97 zł brutto, przy czym jest to koszt wyliczony przy założeniu, że brak gruntowania ścian przed przyklejeniem styropianu jest usterką prostą do usunięcia.

Oceniając materiał dowodowy, Sąd Okręgowy wskazał, że czyniąc ustalenia co do wad i usterek w pracach wykonanych przez powódkę oparł się na protokole odbioru robót z dnia 26 listopada 2010 r., podpisanym przez obie strony, a także posiłkowo opinią biegłego sądowego z zakresu budownictwa. Sąd I instancji nie dał wiary tym zeznaniom świadków powołanych przez pozwaną, z których wynikało, że technologia wykonania docieplenia i tynku była niezgodna z ustaleniami stron. Przeczą temu twierdzenia świadków strony powodowej i brak zastrzeżeń strony pozwanej co do tej kwestii w protokole odbioru końcowego. Sąd Okręgowy podobnie potraktował kwestię drabiny stalowej z obejmą, która zdaniem strony pozwanej nie została wykonana. Podkreślił, że tego rodzaju brak nie został ujęty w protokole odbioru końcowego. Z kolei czyniąc ustalenia w zakresie usterek usuniętych przez powódkę po podpisaniu protokołu z dnia 26 listopada 2010 r., Sąd I instancji oparł się na twierdzeniach samej pozwanej Spółki w pismach z 13 stycznia 2011 r. i 28 lutego 2011 r. Pozostałe usterki mają znaczenie marginalne, bądź w ogóle nie mogą obciążać powódki (odkurzanie i mycie okien, usunięcie naklejek - zlecono jedynie prosty montaż, poprawienie uszczelki – nie wskazano na czym ma polegać), bądź dotyczą generalnie wykonania ocieplenia elewacji i tynkowania. W dalszych rozważaniach Sąd I instancji wyjaśnił ponadto, z jakich przyczyn oddalił wnioski stron co do dalszego uzupełnienia opinii przez

biegłego z zakresu budownictwa. Podkreślił m.in., że w pro kole odbioru końcowego przedstawiciel powódki przyznał, że ściany nie były gruntowane przed przyklejeniem styropianu.

Przy tak określonej podstawie faktycznej żądania, Sąd Okręgowy uznał roszczenie pozwu za jedynie częściowo zasadne. Bezspornie strony łączyła umowa o roboty budowlane uregulowana w art. 647 i nast. k.c. W ocenie Sądu I instancji, zasadne było żądanie w zakresie kwoty 30.000 zł z tytułu prac dodatkowych zleconych w dniu 14 sierpnia 2010 r. i objętych fakturą VAT nr (...). Powódka wykonała roboty wyburzeniowe w terminie, a pozwana Spółka odebrała je bez zastrzeżeń. Obecne twierdzenia strony pozwanej, iż powódka nie wykonała tych robót w całości bowiem pozostawiono ściany szybu windowego, nie znajdują uzasadnienia w treści pisemnego zlecenia, w którym powierzono powódce wyburzenie ścianek działowych I i II piętra. Odmiennej interpretacji umowy stron w tym zakresie nie podważa opinia biegłego z zakresu budownictwa co do charakteru ścian szybu windowego, bowiem jeśli stronie pozwanej zależało na uniknięciu wszelkich wątpliwości przy ocenie zakresu zlecenia, to winna ująć wyburzenie ścianek szybu windy w treści zlecenia. Skoro tego nie uczyniła to znaczy, co dodatkowo potwierdza brak zastrzeżeń przy sporządzaniu protokołu odbioru, że nie było to objęte zleceniem. O odsetkach ustawowych od należności z faktury nr (...) Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 481 § 1 k.c.

Sąd Okręgowy podzielił także twierdzenia pozwu co do opóźnienia w zapłacie kwoty 183.000 zł, wynikającej z faktury VAT (...) z dnia 31 lipca 2010 r., przyjmując w ślad za powódką, że termin zapłaty przypadła na dzień 14 sierpnia 2010 r., a strona pozwana zapłaciła tę kwotę dopiero w dniu 3 września 2010 r. Dokonał jednak samodzielnego wyliczenia skapitalizowanych odsetek ustawowych uznając, że jest to kwota 952,60 zł. Od tej kwoty zasądzono odsetki ustawowe od dnia wytoczenia powództwa (art. 482 § 1 k.c.). Ponieważ powódka żądała zasądzenia z tego tytułu kwoty 1.238,38 zł, co do różnicy powództwo oddalono.

Pozostała dochodzona pozewm należność w kwocie 321.683,17 zł wynikała z faktury VAT (...). Faktura ta dotyczyła ostatniego (III) etapu płatności za prace objęte umową stron z dnia 5 lipca 2010 r. Strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie globalnej 526.624,51 zł netto (642.481,90 zł brutto), z czego wykonanie elewacji (styropian, siatka, tynk systemowy, akrylowy, kolor) (poz. 3 załącznika nr 1 do umowy) wycenione zostało na kwotę 175.770 zł netto (214.439,40 zł brutto), a zatem za pozostałe prace objęte umową wynagrodzenie wynosiło 428.042,50 zł brutto (642.481,90 zł minus 214.439,40 zł). Za faktury VAT (...) (122.000 zł) oraz (...) (183.000 zł) pozwana zapłaciła łącznie 305.000 zł. Sąd Okręgowy odjął od wartości umownej robót, pomniejszonej o wynagrodzenie za elewację, kwotę zapłaconą przez pozwaną Spółkę (428.042,50 zł minus 305.000 zł), co dało kwotę 123.042,50 zł, jako brakującą należność z tytułu umownego wynagrodzenia ryczałtowego za roboty z pominięciem wykonania elewacji.

Przyjął bowiem, że wady wykonania elewacji (ocieplenie, tynk) są tego rodzaju i tak istotne, że dyskwalifikują wykonane roboty, a dla osiągnięcia zamierzonego efektu trzeba wykonać je od nowa, gdyż naprawa elewacji w tej technologii nie jest możliwa. W związku z tym Sąd I instancji odwołując się do poglądów orzecznictwa ostatecznie uznał, iż w tej części powódka nie wykonała umówionego zobowiązania i nie powstaje po jej stronie roszczenie o zapłatę wynagrodzenia. W konkluzji wskazał, że powódce należy się zatem jedynie kwota 123.042,50 zł, jako brakująca część umownego wynagrodzenia ryczałtowego za roboty z pominięciem wykonania elewacji. Kwota ta podlega zmniejszeniu o 50 % umownej kaucji gwarancyjnej, bowiem przy płatności faktur za I i II etap kaucja ta nie została odliczona. Cała kaucja gwarancyjna wynosi 31.597,47 zł (6% z wynagrodzenia umownego netto, czyli z kwoty 526.624,51 zł). Połowa tej sumy (15.798,73 zł) winna być zwrócona po upływie 30 dni od sporządzenia protokołu odbioru końcowego, które miało miejsce w dniu 26 listopada 2010 r. Pozostałe 50% kaucji podlega zwrotowi po upływie 30 dni od zakończenia okresu gwarancji. Skoro gwarancji udzielono na okres 3 lat i liczona jest ona od dnia odbioru końcowego, to termin ewentualnego zwrotu jeszcze nie nastąpił.

Po pomniejszeniu wyliczonej sumy 123.042,50 zł o połowę kaucji gwarancyjnej (15.798,73 zł) pozostaje kwota 107.243,77 zł i taką kwotę Sąd Okręgowy ostatecznie zasądził na rzecz powódki wraz z należnymi odsetkami ustawowymi (art. 481 § 1 k.c.), oddalając powództwo dalej idące.

Ustosunkowując się do zarzutów pozwanej Spółki, Sąd I instancji nie znalazł podstaw dla dalszego obniżenia należnego wynagrodzenia i uwzględnienia zgłoszonego zarzutu potrącenia.

W odniesieniu do zarzutu potrącenia należności z tytułu kar umownych, Sąd Okręgowy za trafne uznał stanowisko powódki, iż wobec połączenia w sprzeciwie od nakazu zapłaty materialnoprawnego oświadczenia o potrąceniu z zarzutem potrącenia, pełnomocnik strony pozwanej nie był należycie umocowany do dokonania tej czynności prawnej. Nie legitymował się bowiem pełnomocnictwem do dokonania materialnoprawnej czynności potrącenia, a zatem nie zostało ono skutecznie dokonane (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 sierpnia 2010 r., I PK 56/10, opubl. L.). Późniejsza próba konwalidowania tej czynności dokonywana przez samą stronę nie może odnieść skutku z uwagi na przepisy o prekluzji procesowej (art. 479<sup>14a</sup> w zw. z art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c.), mające zastosowanie w przedmiotowej sprawie jako wszczętej przed dniem 3 maja 2012 r. Dodatkowo nie został zachowany wymóg z art. art. 479<sup>14</sup> § 4 k.p.c., gdyż wierzytelności przedstawione do potrącenia nie zostały wykazane dokumentami. Ponadto powódka wykazała, że opóźnienie zakończenia robót (de facto około dwóch tygodni, bowiem faktycznie roboty zakończono z końcem września 2010 r.), wynikało z braku prawomocnego pozwolenia na budowę, które inwestor dostarczył dopiero w dniu 26 października 2010 r. W odniesieniu do kary umownej za opóźnienie w usuwaniu wad i usterek wykonawczych, Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że po pierwsze część usterek powód usunął (regulacja drzwi, poprawki co do okien), zaś pozostałe odnoszą się do wykonania elewacji, a skoro uznano, że w tym zakresie zobowiązanie nie zostało wykonane to trudno mówić o usuwaniu usterek wykonawczych.

Niezasadne pozostawało również żądanie obniżenia wynagrodzenia. Po pierwsze żądanie obniżenia wynagrodzenia o wysokość kaucji gwarancyjnej w kwocie 31.597,47 zł zostało uwzględnione w zakresie połowy tej kwoty (15.798,73 zł), z przyczyn wskazanych w dotychczasowych rozważaniach Sądu I instancji. Z kolei żądanie obniżenia wynagrodzenia o kwotę 8.241 zł jako należność umowną za drabinę stalową z obejmą nie mogło zostać uwzględnione, bowiem element ten faktycznie wykonano (brak uwag pozwanej w protokole odbioru końcowego). Żądanie obniżenia o kwotę 135.540,02 zł jako niezbędną do poprawienia elewacji zostało oparte na własnych wyliczeniach pozwanej, a ponadto skoro uznano, że w tym zakresie zobowiązanie nie zostało wykonane i nie przyznano za nie wynagrodzenia, to trudno mówić o usuwaniu usterek wykonawczych i żądać obniżenia wynagrodzenia. Bezzasadne było również żądanie obniżenia wynagrodzenia o kwotę 99.015 zł jako wydatkowaną przez pozwaną na przeprowadzenie prac poprawkowych. Wyliczenie to pozwany oparł na fakturach dołączonych do akt sprawy. Biegły sądowy wyliczył koszty usunięcia wad wskazanych protokole odbioru końcowego z dnia 26 listopada 2010 r. na kwotę znacznie niższą tj. 26.392,27 zł. Prócz tego faktury za roboty zlecone podmiotom trzecim obejmowały również należności za roboty wyburzeniowe (ściany szybu windowego), do wykonania których powódka nie była zobowiązana. Generalnie jednak stwierdzić należy, że część usterek, jak już zaznaczono, powód usunął (regulacja drzwi, poprawki co do okien), a pozostałe, albo nie obciążają powoda (mycie okien, wyburzenia ścian szybu windy), albo odnoszą się do wykonania elewacji, a więc powód nie może być raz pozbawiony wynagrodzenia za tę część robót i dodatkowo obciążony kosztami usuwania wad tych robót.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 100 k.p.c., stosując zasadę ich stosunkowego rozdzielenia. Na zasadzie art. 80 ust. 1 u.o.k.s.c. nakazano zwrot na rzecz stron kwot nadpłaconych zaliczek związanych z wydatkami w toku postępowania (pkt 4 i 5 sentencji).

Apelacje od powyższego wyroku wywiodły obie strony.

Strona pozwana zaskarżyła przedmiotowy wyrok w części, tj. w zakresie punktu 1 sentencji wyroku, zasadzającego na rzecz powódki kwotę 138.196,37 złotych wraz z odsetkami ustawowymi od kwot: 30.000 złotych od dnia 30 września 2010 roku do dnia zapłaty; 107.243,77 złotych od dnia 17 grudnia 2010 roku do dnia zapłaty; 952,60 złotych od dnia 1 marca 2011 roku do dnia zapłaty oraz w przedmiocie kosztów postępowania, tj. co do punktu 3 sentencji, ponad zasądzoną na rzecz pozwanego kwotę 4.636,29 złotych.

Skarżąca podniosła zarzuty:

1) naruszenia prawa procesowego, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania poprzez:

a) przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów i brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, w szczególności poprzez uznanie:

- że wykonanie szpalet okiennych i gzymsu nie stanowi części elewacji budynku i mimo uznania, że za wykonanie elewacji wynagrodzenie nie należy się, zasądzenie na rzecz powoda wynagrodzenia za szpalety okienne i gzyms;

- że pozwany nie udowodnił wysokości poniesionych kosztów związanych z wykonaniem zastępczym w zakresie usuwania zgłaszanych usterek, mimo przedstawionych dokumentów, opinii biegłego i biernej postawy powódki (w oryginale apelacji – „pozwanego”);

b) naruszenie art. 479<sup>12</sup> k.p.c. poprzez uznanie, że powód we właściwym czasie zgłosił twierdzenie i dowód na jego poparcie, w zakresie wykazania, iż została wykonana drabina z obejmą metalową (zał. nr 1 do umowy), mimo iż jeszcze przed złożeniem pozwu pozwany zarzucał powodowi niewykonanie tego elementu umowy.

W konkluzji strona pozwana wniosła o zmianę wyroku poprzez oddalenie powództwa w części zaskarżonej oraz o zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych za obie instancje.

Powódka zaskarżyła wydany wyrok w części oddalającej powództwo tj. co do punktu 2 sentencji wyroku oraz w przedmiocie kosztów postępowania, tj. co do punktu 3 sentencji wyroku.

Skarżąca podniosła zarzuty:

I. naruszenia prawa materialnego, tj.:

1) art. 647 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c., art. 637 § 2 k.c. w zw. z § 4 pkt 5 oraz § 9 pkt 6 lit. d) umowy o roboty budowlane nr 1/07/2010 z dnia 05.07.2010 r. poprzez uznanie, iż w części dotyczącej wykonania elewacji (ocieplenie, tynk) „powódka nie wykonała umówionego zobowiązania i nie powstaje po jej stronie roszczenie o zapłatę wynagrodzenia”, jak również przyjęcie, że „wady wykonania elewacji (ocieplenie, tynk) są tego rodzaju i tak istotne, że dyskwalifikują wykonane roboty...”, podczas gdy:

- strony dokonały protokolarnego końcowego odbioru prac, skutkiem czego pozwany poświadczył odbiór świadczenia (wyszczególniając w załączniku do protokołu rodzaj stwierdzonych wad), zaś po stronie powódki zaktualizowało się w tym momencie roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za wykonane prace,

- fakt wyszczególnienia usterek w tymże protokole (abstrahując od faktu częściowego wykraczenia uchybień poza ramy łączącej strony umowy i kwestionowania występowania niektórych z nich) nie ma żadnego wpływu na fakt powstania i wymagalność roszczenia powódki o zapłatę wynagrodzenia,

- strona pozwana nigdy (por. sprzeciw od nakazu zapłaty) nie kwestionowała faktu powstania i wymagalności roszczenia powódki o zapłatę wynagrodzenia z tytułu wykonania elewacji, zaś – wybierając reżim odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady - dokonywała z tego tytułu (pomijając zasadność tych czynności) jedynie stosowanych potrąceń oraz żądała obniżenia wynagrodzenia tytułem stwierdzonych w protokole odbioru wad, wykonania drabiny z obejmą i malowania elewacji. W konsekwencji uznanie przez Sąd Okręgowy, że „powódka nie wykonała umówionego zobowiązania i nie powstaje po jej stronie roszczenie o zapłaty wynagrodzenia” – doprowadziło w istocie do orzeczenia przez Sąd I instancji wbrew i ponad żądanie sprecyzowane przez pozwaną w treści sprzeciwu od nakazu zapłaty przy jednoczesnym poczynieniu rozważań przeciwnych okolicznościom bezspornym,

2) naruszenie art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 359 § 3 k.c. oraz rozp. Rady Ministrów z dnia 4.12.2008 r. w sprawie określenia wysokości odsetek ustawowych (Dz.U.2008.220.1434) poprzez zasądzenie w pkt 1 lit. c) zaskarżonego



wyroku jedynie kwoty 952,60 zł, gdy tymczasem prawidłowa wysokość skapitalizowanych odsetek na okres od dnia 15.08.2010 r. do dnia 09.2010 r. od sumy 183 000,00 zł stanowi kwotę żadaną przez powódkę w pozwie tj. 1238,38 złotych;

II. naruszenia przez Sąd I instancji zasady swobodnej oceny dowodów, o której mowa w 233 § 1 k.p.c. poprzez niedostatecznie rozważenie i nieuwzględnienie wszystkich istotnych sprawy okoliczności i dowodów, przy równoczesnym wyciągnięciu wniosków, które ze zgromadzonego materiału dowodowego logicznie nie wynikały, co spowodowało błędne ustalenie stanu faktycznego, stanowiącego podstawę rozstrzygnięcia i sprzeczność wyroku z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności poprzez:

1) przyjęcie jako istotnego charakteru wad w zakresie wykonania docieplenia elewacji. Tymczasem są istotne tylko, jeżeli skutek ich wystąpienia dzieło jest niezdatne do określonego w umowie użytku i brak jest możliwości wykorzystania go zgodnie z przeznaczeniem. W okolicznościach przedmiotowej sprawy budynek, którego ocieplenie powódka wykonała, od 2010 r. jest zaś użytkowany oraz intensywnie eksploatowany ( w tym w zakresie elewacji) przez pozwaną w ramach prowadzonego tam sklepu (...) oraz na rzecz innych najemców, prowadzących różnego typu działalności gospodarcze. Jednocześnie pozwana od roku 2010 nie zgłaszała powódce żadnych (zasadnych) zastrzeżeń wykluczających korzystanie z budynku z uwagi na wady technologiczne elewacji, jak chociażby odpadający tynk czy płyty styropianowe, ubytki ciepła etc.,

2) uznanie, że usterki wykonawcze elewacji nie dają się usunąć, gdy tymczasem z zebranego materiału dowodowego wynika, iż stwierdzone w protokole odbioru końcowego usterki (ujmujące również wady w zakresie wykonania elewacji) dają się usunąć, zaś koszt tychże prac został wyliczony przez biegłego w kosztorysie, stanowiącym załącznik do opinii biegłego. Nawet zaś przy przyjęciu, iż wady wykonania docieplenia z uwagi na technologię jego wykonywania nie dają się usunąć, brak jest podstaw — jak to wadliwie czyni Sąd Okręgowy — do stwierdzenia, iż są to wady istotne, a tym samym utożsamiania wad nieusuwalnych z wadami istotnymi. Fakt, że wady nie dają się usunąć nie przesądza o ich istotnym charakterze (por. art. 17 § 2 k.c). Uprawnienia zamawiającego z tytułu rękojmi za wady dzieła zostały bowiem zhierarchizowane. W sytuacji gdy wady dają się usunąć, zamawiający może żądać ich usunięcia i wyznaczyć w tym celu odpowiedni termin. W przypadku gdy wady dzieła między innymi nie dają się usunąć, zamawiającemu przysługują dwa alternatywne żądania: odstąpienia od umowy — gdy są istotne lub żądania obniżenia wynagrodzenia — gdy wady są nieistotne (por. art. 637 § 2 k.c.),

3) nieuwzględnienie faktu, iż sama strona pozwana, opierając swą „linię obrony” na żądaniu obniżenia wynagrodzenia potwierdza, iż wady nie mają istotnego charakteru (por. art. 637 § 2 k.c.),

4) pominięcie prawnych konsekwencji związanych z faktem dokonania przez strony odbioru końcowego w dniu 26.11.2010 r., a w szczególności powstania z tego tytułu po stronie powódki szczeni o zapłatę pozostałego wynagrodzenia, wynikającego z łączącej strony umowy, w szczególności wobec faktu, iż pozwana nie kwestionowała istnienia i wymagalności wierzytelności powódki z tytułu wykonanych prac. Wobec powyższego, nawet przy stwierdzeniu usterek powykonawczych robót, brak jest podstaw do przyjęcia, iż „powódka nie wykonała umówionego zobowiązania i nie powstaje po jej stronie roszczenie o zapłatę wynagrodzenia”; tym bardziej, iż sama strona pozwana nie kwestionuje istnienia i wymagalności roszczenia powódki,

5) zasadniczo bezkrytyczną oceną zeznań biegłego sądowego, który nie był w stanie wyrazić jednoznacznego stanowiska w przedmiocie gruntowania elewacji przed wykonaniem elewacji, a która to okoliczność była sporna pomiędzy stronami.

III. naruszenia przepisów postępowania, mające istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, poprzez:

1) naruszenie art. 479 (14a) k.p.c. w zw. z art. 479 (14) § 2 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym do 3 maja 2012 r., poprzez uznanie, iż powódka nie wykonała zobowiązania w zakresie elewacji, w związku z czym nie należy się jej z tego tytułu wynagrodzenie; pomimo, że:

- pozwana w ogóle nie sformułowała tego rodzaju twierdzeń i nie podniosła z tym związanych zarzutów, przeciwnie zaś — pozwana wskazała na wymagalność roszczenia powódki, podnosząc zarzut potrącenia oraz żądanie obniżenia wynagrodzenia;

- pozwana była związana zasadami prekluzji twierdzeń i zarzutów, które pod rygorem utraty prawa ich powoływania winna była przedstawić w sprzeciwie od nakazu zapłaty lub od momentu, kiedy powołanie ich stało się możliwe lub powstała potrzeba ich powołania. Tymczasem pozwana po pierwsze, dokonała końcowego odbioru prac w protokole z dnia 26 listopada 2011 r., w wyniku czego zaktualizowało się roszczenie powódki o zapłatę wynagrodzenia za prace; po wtóre w toku procesu realizowała roszczenia z tytułu rękojmi za wady, żądając obniżenia należnego powódce wynagrodzenia o wartość wad objętych ww. protokołem oraz związanych z malowaniem elewacji. W konsekwencji Sąd Okręgowy, uznając, iż po stronie powódki nie powstało roszczenie o zapłatę wynagrodzenia — nie tylko zbagatelizował prawne konsekwencje dokonanego przez strony odbioru robót i związaną tym wymagalność roszczenia powódki, ale orzekł w istocie wbrew i ponad żądaniu pozwanej, sprecyzowanemu w sprzeciwie od nakazu zapłaty,

2) naruszenie art. 100 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 2 k.p.c. poprzez, po pierwsze wadliwe wyliczenie wysokości kosztów poniesionych przez strony, albowiem łączna ich wysokość poniesiona przez pozwaną to kwota 9.007,70 zł (a nie 9.307,70 zł); zaś przez powódkę to kwota 26.388,70 zł (a nie 26.354,70 zł), po wtóre i w dalszej kolejności, zasądzenie wyliczonej przez Sąd Okręgowy kwoty kosztów procesu od powódki na rzecz pozwanej, gdy tymczasem kwota ta winna zostać zasądzona od pozwanej na rzecz powódki.

W konkluzji powódka wniosła o zmianę wyroku w punkcie 2 oraz 3 i zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki kwoty 214.725, 18 zł. z ustawowymi odsetkami od kwoty 214.439,40 zł od dnia 17 grudnia 2010 r. do dnia zapłaty, zaś od kwoty 285,17 zł od dnia 1 marca 2011 r. do dnia zapłaty oraz o przyznanie powódce zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego za pierwszą oraz drugą instancję według spisu kosztów przedłożonego na rozprawie, a w razie jego braku — według norm przepisanych. Ewentualnie powódka wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na apelację strony pozwanej, powódka wniosła o jej oddalenie oraz o zasądzenie na jej rzecz od pozwanej kosztów postępowania według norm przepisanych.

W oparciu o dowody zebrane w postępowaniu przed Sądem I instancji, Sąd Apelacyjny dodatkowo ustalił, co następuje:

Powódka wykonała drabinkę stalową z obejmą zgodnie z umową z dnia 5 lipca 2010 r. Element ten został dowieziony na teren budowy, ale nie zamontowany, bowiem inwestor nie mógł się zdecydować, w którym miejscu drabinka powinna być zamontowana (zeznanie świadka A. D. k 284 , zeznanie świadka R. M. k 343).

Na zlecenie strony pozwanej w 2011 r. prace w budynku w A. wykonywała firma (...). W dniu 8 lutego 2011 r. M. M. (1) wystawiła pozwanej fakturę VAT nr (...) na kwotę 61.500 zł, wskazując w jej treści, że przedmiotem robót była naprawa usterek powykonawczych: uzupełnianie przemurowań naświetli nad oknami, uzupełnianie pianą okien, wykonanie szpalet okiennych, ponowne kotwienie ram okiennych, wyburzanie ścian ( faktura k 170). Kolejną fakturę nr (...) na kwotę 4.305 zł wystawiła w dniu 23 marca 2011 r. Obejmowała ona naprawę usterek powykonawczych w postaci: demontażu oraz ponownego montażu drzwi, wymiany podbudowy pod kostkę i wykonanie kratki wejściowej ( faktura k 168). Ostatnią fakturę nr (...) r. na kwotę 33.210 zł M. M. (1) wystawiła w dniu 7 kwietnia 2011 r. za prace w postaci napraw usterek powykonawczych na I piętrze: uzupełnienie przemurowań naświetli nad oknami, uzupełnienie pianą okien, wykonanie szpalet okiennych, ponowne kotwienie ram okiennych, usuwanie pozostałości rur kanalizacyjnych w suficie nad sklepem (...)

( faktura k 166).

W części opisowej prac w fakturze nr (...) podano „wykonanie szpalet okiennych”, nie precyzując, czy chodziło o ewentualne poprawki związane z montażem okien, czy też o wykonanie końcowe szpalet okiennych, co nie było objęte umową stron. Podobne wątpliwości rodzi identyczny zapis w fakturze (...). Dodatkowo umową stron nie były objęte prace, polegające na usunięciu rur kanalizacyjnych w suficie, wymienione w tej fakturze. Wobec braku przedmiarów robót lub danych co do rodzajów wykonanych napraw nie jest także możliwe zweryfikowanie cen przyjętych w fakturach wystawionych przez M. M. (1) (uzupełniająca pisemna opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa k 572 v).

Powyższych ustaleń faktycznych Sąd Apelacyjny dokonał w oparciu o zeznaniach świadków A. D. i R. M., a także w oparciu o opinię biegłego sądowego z zakresu budownictwa, uznając wskazane dowody w tej części za wiarygodne. Zeznania wskazanych świadków korespondują z treścią protokołu odbioru końcowego z dnia 26 listopada 2010 r., w którym nie wskazano usterki w postaci braku drabinki stalowej z obejmą. Jeśli zaś chodzi o uzupełniającą opinię biegłego sądowego z zakresu budownictwa, to w zakresie, który posłużył Sądowi Apelacyjnemu do dokonania uzupełniających ustaleń faktycznych, dowód ten nie został zakwestionowany przez żadną ze stron. Wskazać trzeba, iż biegły w swej opinii podał także, że zakres prac wskazanych w fakturze nr (...) wystawionej przez M. M. jest „... zbliżony do zapisów w protokole odbioru”. Tezy tej nie poparł przy tym żadną argumentacją, a co najistotniejsze nie odniósł swej konkluzji do umowy łączącej strony. Tymczasem z zapisów umowy z dnia 5 lipca 2010 r. w żadnym razie nie wynika, by wykonanie przez powódkę drzwi wejściowych do budynku, a także ułożenie kostki brukowej przed wejściem, czy też wykonanie kratki wejściowej było objęte jej zakresem. W toku sporu strony zgodne były co do tego, że prace objęte umową dotyczyły spornego budynku od poziomu gzymsu parteru, a zatem z istoty swej nie mogły obejmować prac dotyczących drzwi wejściowych i otoczenia wejścia do budynku (kostki brukowej). Być może powódka wykonywała te prace w ramach innej umowy łączącej strony, co jednak nie zostało w toku sporu wykazane, lub też w oparciu o umowę zawartą ze Spółką (...), jednakże roszczenia z tego tytułu nie są objęte niniejszym sporem. Z tych przyczyn Sąd Apelacyjny odmówił wiary opinii biegłego sądowego w zakresie prac ujętych w fakturze nr (...).

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powódki jest zasadna jedynie w części, natomiast zarzuty apelacji strony pozwanej okazały się nieuzasadnione.

W pierwszej kolejności rozważone zostaną zarzuty apelacji powódki, bowiem w zakresie, w jakim skarżąca kwestionuje stanowisko Sądu Okręgowego o niewykonaniu świadczenia w postaci elewacji budynku, ewentualna zasadność tych argumentów warunkuje jednocześnie ocenę zarzutu przekroczenia granicy swobodnej oceny dowodów i braku wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, przywołanego w apelacji strony pozwanej.

Trafny jest zarzut naruszenia art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 359 § 3 k.c. oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 4 grudnia 2008 r. w sprawie określenia wysokości odsetek ustawowych (Dz.U.2008.220.1434). Rację ma bowiem powódka wskazując w swej apelacji, iż wyliczenie Sądu I instancji w zakresie roszczenia o skapitalizowane odsetki ustawowe od zapłaconej z opóźnieniem należności w kwocie 183.000 zł, wynikającej z faktury VAT (...) z dnia 31 lipca 2010 r., jest obarczone błędem. Przy przyjęciu w ślad za Sądem Okręgowym, iż termin spełnienia tego świadczenia przypadła na 14 sierpnia 2010 r., a zapłata nastąpiła w dniu 3 września 2010 r., pozwana Spółka pozostawała 19 dni w opóźnieniu, co przy obowiązującej stopie odsetek ustawowych w wysokości 13 % w skali roku, daje kwotę 1.238,38 zł dochodzoną pozwem ( wyliczenie wg. kalkulatora odsetkowego z portalu internetowego Bankier.pl).

Zasadny pozostaje również zarzut naruszenia przepisów procesowych tj. art. 479<sup>14a</sup> k.p.c. w związku z art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia 3 maja 2012 r., poprzez uznanie, iż powódka nie wykonała zobowiązania w zakresie elewacji, mimo braku jakichkolwiek zarzutów pozwanego opartych na tego rodzaju twierdzeniu. Analiza sprzeciwu od nakazu zapłaty z dnia 20 maja 2011 r., a także kolejnych pism procesowych i stanowiska prezentowanego przez Spółkę (...) na rozprawie jednoznacznie wskazuje, że pozwany w toku postępowania przed Sądem I instancji nigdy nie twierdził, iż roboty w zakresie elewacji budynku z uwagi na dyskwalifikujące je wady nie zostały wykonane, a zatem nie powstał obowiązek ich wydania oraz odbioru, a w konsekwencji po stronie powódki nie powstało

roszczenie o wynagrodzenie za wykonane prace. Dokonując wykładni dawnych przepisów art. 479<sup>12</sup> § 1 i art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c. w orzecznictwie podkreślano, że są one adresowane do stron procesu i na nie nakładają powinność zgłaszania w stosownym czasie twierdzeń, zarzutów i dowodów, pod rygorem utraty prawa powoływania ich w dalszym postępowaniu. Nałożenie takiego rygoru oznacza jednak również obowiązek sądu pominięcia sprekludowanych twierdzeń, zarzutów czy dowodów, w przeciwnym bowiem razie rygor, o jakim mowa, pozbawiony byłby znaczenia (tak m.in. SN w wyroku z dnia 3 lutego 2010 r. w sprawie II CSK 286/09, LEX nr 577532). Innymi słowy, bez naruszenia dyspozycji przepisów art. 479<sup>14a</sup> k.p.c. w związku z art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c. Sąd I instancji nie mógł oprzeć zaskarżonego wyroku na tego rodzaju zarzutach, które nigdy nie zostały przez pozwanego podniesione, a jednocześnie nie wynikały z ewentualnej nieważności czynności prawnej, którą Sąd byłby zobligowany uwzględnić z urzędu w oparciu o niesprekludowany materiał dowodowy. W realiach sporu strona pozwana w sprzeciwie od nakazu zapłaty i w dalszym toku postępowania wskazywała na wady elewacji budynku (docieplenia i tynku), żądając z tego tytułu obniżenia wynagrodzenia, a zatem realizując uprawnienie z rękojmi za wady, które powstaje jedynie wtedy, gdy umowa o roboty budowlane zostanie wykonana a umówione roboty odebrane. Ochrona zamawiającego na podstawie przepisów o rękojmi za wady robót budowlanych realizuje się dopiero po odebraniu dzieła (podobnie SN w wyroku z dnia 12 stycznia 2006 r. w sprawie II CK 336/05, LEX nr 191144). Podsumowując dotychczasowe wywoły należy zatem stwierdzić, że na skutek uchybienia omawianym przepisom prawa procesowego, normującym prekluzję w postępowaniu odrębnym – postępowaniu gospodarczym, Sąd I instancji nie mógł oprzeć rozstrzygnięcia na zarzucie, który przez stronę pozwaną nigdy nie został podniesiony.

Niezależnie jednak od przedstawionej wyżej argumentacji, wypada zgodzić się z powódką, która zarzuca Sądowi Okręgowemu, iż ten w swych rozważaniach całkowicie pominął bezsporną między stronami okoliczność, że roboty budowlane wykonane przez apelującą zostały przez inwestora ostatecznie odebrane na podstawie protokołu z dnia 26 listopada 2010 r. Częściowo zasadny pozostaje zatem przywołany w apelacji powódki zarzut naruszenia prawa procesowego tj. art. 233 § 1 k.p.c., jak i związany z nim zarzut uchybienia normom prawa materialnego tj. art. 647 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c., art. 637 § 2 k.c. w zw. z § 4 pkt 5 oraz § 9 pkt 6 lit. d) umowy o roboty budowlane nr 1/07/2010 z dnia 5 lipca 2010 r. Zaznaczyć przy tym należy, że regulacja umowna zawarta w § 9 umowy stron, co do zasady odpowiada regulacji ustawowej w zakresie rękojmi za wady robót budowlanych. Jak trafnie akcentuje powódka, w rozpatrywanej sprawie w dniu 26 listopada 2010 r. wykonawca wydał, a inwestor (pозwana Spółka) odebrał roboty określone umową z dnia 5 lipca 2010 r., w tym także prace w zakresie elewacji budynku. Co prawda w protokole odbioru końcowego zgłoszone zostały wady tej części robót, takie jak różnice w odcieniu tynku, niewypełnione dylatacje, źle zatarty tynk i jego przebarwienia, a wreszcie brak gruntowania ścian przed wykonaniem ocieplenia styropianowego, jednak mimo tych usterek inwestor odebrał materialny rezultat świadczenia powódki i do chwili obecnej korzysta z wykonanej przez nią elewacji. Protokół końcowy odbioru robót stanowi w takiej sytuacji pokwitowanie spełnienia świadczenia przez wykonawcę i podstawę dokonania rozliczenia stron (tak SN w wyroku z dnia 7 marca 2013 r. w sprawie II CSK 476/12, LEX nr 1314394). Jak już była o tym uprzednio mowa, strona pozwana w dalszym biegu zdarzeń zdecydowała się na skorzystanie z uprawnień z rękojmi za wady, początkowo zgłaszając żądanie usunięcia wad elewacji, a następnie – także w toku niniejszego postępowania do momentu zamknięcia rozprawy przed Sądem I instancji – domagając się stosownego obniżenia umówionego wynagrodzenia, co jedynie utwierdza w przekonaniu, że także w jej przekonaniu nastąpił skuteczny odbiór robót w zakresie elewacji budynku.

W świetle zgodnych poglądów judykatury, tylko wady, które czynią dzieło (roboty budowlane) niezdatne do zwykłego użytku lub sprzeciwiają się wyraźnie umowie mogą być poczytane za wady, które pozwalają odmówić zamawiającemu odbioru. Tylko wtedy istnieje podstawa do przyjęcia, że świadczenie nie zostało przez przyjmującego zamówienie wykonane zgodnie z jego zobowiązaniem (tak SN w wyroku z dnia 27 listopada 2013 r. w sprawie V CSK 544/12, LEX nr 1438426; podobnie w wyroku z dnia 7 marca 2013 r. w sprawie II CSK 476/12, LEX nr 1314394). W okolicznościach sporu, pozwany nie tylko nie zdołał wykazać, że wady elewacji „sprzeciwiały się umowie”, ale od 2010 r. nieprzerwanie użytkuje elewację budynku, odebrał przedmiot umowy z dnia 5 lipca 2010 r. i nigdy nie uchylił się od skutków prawnych tej czynności. Jedynie uzupełniająco wypada zauważyć, że pozwana Spółka co prawda podnosiła w toku procesu, iż powódka zastosowała system docieplenia niezgodny z projektem, ale okoliczności tej nie udowodniła. Przeciwnie, przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, że zatwierdzony projekt budowlany

został wykonawcy przekazany dopiero z chwilą uprawomocnienia się pozwolenia na budowę tj. w dniu 26 października 2010 r., czyli już po zakończeniu robót. Brak jest przy tym wiarygodnych dowodów wskazujących, że w trakcie realizacji prac przy elewacji, strona pozwana zgłaszała zastrzeżenia co do zastosowanego systemu docieplenia, wzywała do zaprzestania robót lub do zmiany sposobu ich wykonywania. Z kolei kategorycznej tezy o całkowitej niezdatności do użytku wykonanej przez powódkę elewacji budynku nie sposób wywieść z uzupełniającej opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa. Biegły w pisemnej uzupełniającej opinii wskazał jedynie, że brak zagruntowania może spowodować zagrożenie dla bezpieczeństwa użytkowania obiektu, skrócić okres trwałości docieplenia oraz naruszyć szczelność cieplną budynku, zaznaczając jednocześnie, że rzeczywiste ryzyko wystąpienia tych wszystkich okoliczności jest trudne do jednoznacznego oszacowania. Przy uwzględnieniu, że w okresie rękojmi za wady i gwarancji strona pozwana nie zgłaszała powódce wad dotyczących odpadającego tynku czy płyt styropianowych, ubytków ciepła, obniżenia izolacyjności cieplnej budynku, a zatem wad wskazujących na brak możliwości normalnego korzystania z elewacji budynku, przyjąć należy, iż mimo szeregu usterek elewacja wykonana przez powódkę (docieplenie i tynk), czyni budynek zdatnym do normalnej eksploatacji, a tym samym wady nie dyskwalifikują świadczenia wykonawcy w stopniu pozwalającym uznać, że nie odpowiada ono treści łączącego strony zobowiązania.

Na koniec wreszcie z całą mocą zaznaczyć należy, iż wybór określonych uprawnień związanych z wadami przedmiotu umowy zawsze pozostawiony jest zamawiającemu. Nie można zatem wykluczyć i takiej sytuacji, w której decyduje się on na odbiór robót budowlanych, których rezultat ma bardzo istotne wady. W takiej sytuacji aktywują się jego uprawnienia z tytułu rękojmi, przy czym i w tym wypadku ich wybór pozostawiony jest zamawiającemu. W rezultacie, mimo zakwalifikowania określonych wad jako obiektywnie istotnych, zamawiający może zrezygnować z odstąpienia od umowy przewidzianego w art. 637 § 2 k.c. w związku z art. 656 § 1 k.c., które w danych okolicznościach faktycznych nie odpowiada jego interesom lub czyni niemożliwym realizację uprawnień z art. 494 k.c. (np. wady dotyczą jedynie części prac stanowiących integralny element całości inwestycji, czy też tzw. robót zakrytych). Trzeba przy tym zaznaczyć, że odstąpienie od umowy może działać ze skutkiem *ex nunc* tylko wtedy, gdy świadczenie wykonawcy robót budowlanych ma charakter podzielny w rozumieniu art. 379 § 2 k.c. i zostało przez strony przewidziane w umowie (tak SN w wyroku z dnia 5 listopada 2008 r. w sprawie I CSK 198/08, LEX nr 483312; w wyroku z dnia 14 listopada 2008 r. w sprawie V CSK 182/08, LEX nr 619662). Konkludując, odbiór robót budowlanych dotkniętych wadami istotnymi i nieskorzystanie z uprawnienia do odstąpienia od umowy o roboty budowlane, nie pozbawia zamawiającego możliwości realizacji innych uprawnień z tytułu rękojmi za wady, w tym uprawnienia do żądania obniżenia wynagrodzenia. Jak podkreślił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 listopada 2012 r. w sprawie II CSK 183/12 (LEX nr 1288629), argument *a maiori ad minus* z art. 637 § 2 *in princ.* k.c. przesądza, że skoro zamawiający może od umowy odstąpić, to tym bardziej może żądać mniej - obniżenia wynagrodzenia. Zgłoszenie żądania obniżenia wynagrodzenia jest wówczas równoznaczne z utratą prawa do odstąpienia od umowy.

Zasadność omawianych zarzutów apelacji powódki i błędne stanowisko Sądu Okręgowego co do niewykonania przez wykonawcę przedmiotu umowy w zakresie elewacji budynku (docieplenie i tynk), nie oznacza jednak wcale, że apelującej należy się umówione wynagrodzenie w pełnej dochodzonej wysokości. Pozwany z zachowaniem zasad prekluzji, wynikających z przepisów art. 479<sup>14a</sup> k.p.c. w związku z art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c., zgłosił bowiem zarzut obniżenia wynagrodzenia z tytułu wad elewacji o kwotę 135.540,02 zł. Sąd I instancji całkowicie uchylił się od jego oceny, stojąc na stanowisku, iż po stronie powódki w ogóle nie powstało roszczenie o wynagrodzenie za te prace, a tym samym trudno mówić o jego obniżeniu. Fiasko tej argumentacji aktualizuje potrzebę ponownej merytorycznej oceny zarzutu pozwanego. Rozważania w tym przedmiocie wypada rozpocząć od uważnej lektury sprzeciwu od nakazu zapłaty i oceny, czy podniesiony przez pozwaną Spółkę zarzut obniżenia wynagrodzenia wywodzony był z wadliwego wykonania wszystkich robót składających się na elewację budynku, czy też - tak jak próbuje to wykazać powódka - ograniczał się jedynie do usterek zewnętrznej warstwy elewacji i jej malowania. W przekonaniu Sądu Apelacyjnego, sformułowania zawarte na stronie 5 i 6 sprzeciwu (karta 150 -151 akt) wyraźnie wskazują, że strona pozwana kwestionowała nie tylko wadliwe malowanie elewacji, ale także wadliwe docieplenie budynku w tym pozostawienie tzw. mostków termicznych, brak gruntowania ścian przed zamontowaniem elewacji, złe wykonanie opaski budynku, a także zastosowanie systemu docieplenia innego niż w projekcie budowlanym. Tym samym zarzut obniżenia wynagrodzenia o kwotę 135.540,02 zł został zgłoszony z tytułu wszystkich tych usterek, choć istotnie w zestawieniu z przywołaną przez pozwanego ofertą z

dnia 1 czerwca 2011 r. można wnioskować, że wskazana suma jest mierzona hipotetycznym wynagrodzeniem za samo malowanie elewacji. Nie wpływa to jednak na merytoryczną podstawę samego zarzutu z rękojmi za wady, a jedynie pozostaje kwestią wykazania wysokości żadanego obniżenia. Innymi słowy, zarzut obniżenia wynagrodzenia o kwotę 135.540,02 zł związany był z wszystkimi wskazanymi w sprzeciwie wadami elewacji, a sporny pozostawał jedynie sposób jego udowodnienia m.in. za pomocą oferty z dnia 1 czerwca 2011 r., ale także w drodze wnioskowanego w tym punkcie sprzeciwu dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa. Wspomniana oferta jest zatem jedynie jednym z dowodów, za pomocą którego pozwany starał się wykazać zasadność podniesionego zarzutu, ale nie determinuje zakresu wad, z których pozwany ów zarzut wywodzi.

Ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji potwierdzają, że elewacja budynku ma liczne wady, z których część ma charakter nieusuwalny w tym sensie, że nie jest możliwe naprawienie usterek bez zniszczenia reszty prac. W tym zakresie nie można podzielić zarzutów apelacji powódki dotyczących rzekomo wadliwej oceny dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa, z której - zdaniem skarżącej - miałyby wynikać, że wady docieplenia mają charakter usuwalny, a jednocześnie nie da się jednoznacznie wywieść, iż prace w postaci gruntowania ścian przed położeniem docieplenia nie były wykonane. Przede wszystkim, brak gruntowania ścian został wykazany jako usterka robót w protokole odbioru końcowego, podpisanym przez przedstawicieli obu stron, na co trafnie zwrócił uwagę Sąd I instancji. W zestawieniu z ustną opinią biegłego sądowego złożoną na rozprawie w dniu 24 września 2013 r., w której biegły ustosunkował się do badania kolejnych warstw elewacji w miejscach dostępnych tj. wynikających z mechanicznych uszkodzeń i podał, że nie stwierdził śladów gruntowania, dowód ten daje pełne podstawy do przyjęcia, że omawiane prace nie zostały wykonane. Usuwalnego charakteru tej wady w żadnym razie nie da się przy tym wywieść z podstawowej pisemnej opinii biegłego sądowego, który na wyraźne zlecenie Sądu Okręgowego wyliczył jedynie koszt gruntowania ścian, jak i sporządził kosztorys prac ociepleniowych elewacji. W ustnej opinii złożonej na rozprawie w dniu 24 września 2013 r. biegły wyraźnie podkreślił, że docieplenie elewacji ma tego rodzaju wady, który wykluczają ich naprawienie i w zasadzie konieczne byłoby wykonanie tego etapu robót od nowa. Ostatecznie powódka nie przedstawiła żadnego dowodu przeciwnego, który mógłby podważyć tą konkluzję opinii biegłego sądowego.

W świetle dotychczasowych wywodów uznać należy, że pozwanemu co do zasady przysługiwało żądanie obniżenia wynagrodzenia z tytułu wad elewacji, wywodzone z reżimu rękojmi. Zebrany w sprawie materiał dowodowy daje przy tym podstawy do uwzględnienia wysokości obniżenia wskazanego przez pozwaną Spółkę. Po myśli przepisu art. 637 § 2 k.c. w związku z art. 560 § 3 k.c. i art. 656 § 1 k.c. obniżenie wynagrodzenia powinno nastąpić w odpowiednim stosunku tj. w takim, w jakim wartość robót wolnych od wad pozostaje do wartości robót dotkniętych wadami. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy z dnia 5 lipca 2010 r. „wynagrodzenie za prace polegające na wykonaniu elewacji (styropian, siatka, tynk systemowy, akrylowy, kolor) wynosiło 175.770,00 zł netto czyli 214.439,40 zł brutto i stanowiło około 1/3 całego umówionego wynagrodzenia w wysokości 642.481,90 zł brutto. Z dotychczasowych rozważań wynika, że prace polegające na dociepleniu dotknięte są wadami, dla których usunięcia konieczne byłoby ponowne wykonanie tych robót. Wartość samych robót dociepleniowych według kosztorysu sporządzonego przez biegłego zamyka się kwotą 303.003,36 zł brutto, zaś wartość wszystkich umówionych przez strony robót (łącznie z robotami dodatkowymi w zakresie ścianek działowych) wynosi 730.396,31 zł. Wartość prac dociepleniowych stanowi zatem około 41,5 % wartości wszystkich robót. W tym stanie rzeczy, przy założeniu, że dla usunięcia usterek roboty te trzeba wykonać ponownie, obniżenie umówionego przez strony wynagrodzenia za ten wadliwie wykonany element prac o około 21 % całego umówionego wynagrodzenia (kwota 135.540,02 zł żadanego obniżenia stanowi 21,1 % ustalonego w umowie wynagrodzenia w wysokości 642.481,90 zł brutto) należy uznać za w pełni uzasadnione.

W konsekwencji stronie powodowej z tytułu podstawowej umowy z dnia 5 lipca 2010 r. należy się wynagrodzenie za wykonane prace w umówionej wysokości 642.481,90 zł brutto, obniżone o kwotę 135.540,02 zł z tytułu wad elewacji oraz pomniejszone o połowę kaucji gwarancyjnej w wysokości 15.798,73 zł (czego na etapie postępowania odwoławczego nie kwestionowała już żadna ze stron), a także o wypłaconą dotychczas przez stronę pozwaną kwotę 305.000 zł, co daje kwotę 186.143,15 zł, w zakresie której żądanie pozwu podlegało uwzględnieniu. Oprócz tej należności zasadne pozostaje również żądanie zasądzenia kwoty 1.238,38 zł z tytułu skapitalizowanych odsetek ustawowych od należności zapłaconej po terminie, o czym była mowa na wstępie rozważań, a także niekwestionowane

w postępowaniu apelacyjnym przez pozwanego, a uwzględnione w całości przez Sąd Okręgowy, wynagrodzenie za dodatkowe roboty objęte zleceniem z dnia 14 sierpnia 2010 r. w wysokości 30.000 zł. Łącznie żądanie pozwu okazało się zasadne w zakresie kwoty 217.381,53 zł. W pozostałym zakresie powództwo i dalej idąca apelacja powódki podlegały oddaleniu.

Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw dla uwzględnienia zarzutów przywołanych w apelacji pozwanego. Pozwana Spółka skoncentrowała się wyłącznie na zarzutach dotyczących uchybień Sądu I instancji na etapie dowodzenia i oceny dowodów. W pierwszej kolejności wskazywała na naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. (choć zarzut takie nie został w jednoznaczny sposób wyartykułowany), zarzucając Sądowi Okręgowemu przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego poprzez uznanie, że wykonanie szpalet okiennych i gzymsu nie stanowi części elewacji budynku i mimo uznania, że za wykonanie elewacji wynagrodzenie nie należy się, zasądzenie na rzecz powoda wynagrodzenia za szpałty okienne i gzyms. W tej materii wystarczy przypomnieć, że wykazana uprzednio zasadność zarzutu apelacji powódki, opartego na naruszeniu przepisu prawa procesowego tj. art. 233 § 1 k.p.c. oraz naruszeniu przepisów prawa materialnego tj. art. 647 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. oraz art. 637 § 2 k.c., a w konsekwencji uznanie, iż stanowisko Sądu I instancji o braku roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie za wykonanie elewacji budynku było całkowicie błędne, wprost przekłada się na niezasadność omawianego zarzutu strony pozwanej. Na marginesie jedynie wypada zaznaczyć, iż w toku postępowania strona pozwana nie przeprowadziła żadnego dowodu dla wykazania tezy, na której opiera swój zarzut. Nigdy bowiem nie twierdziła i nie dowodziła, że renowacja gzymsu i wykończenie szpalet okiennych stanowią integralną część prac polegających na wykonaniu elewacji budynku. Wniosków takich z pewnością nie można wywieść z treści umowy stron i załącznika nr 1 do umowy, gdzie obie wskazane prace zostały odrębnie ujęte i rozliczone, ani tym bardziej z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa, która w zakresie określonej przez Sąd Okręgowy tezy dowodowej w żadnej mierze nie odnosiła się do tej kwestii. Rozliczenie określonych prac w kosztorysie sporządzonym przez biegłego sądowego nie oznacza, że wskazywane przez stronę pozwaną roboty stanowiły niepodzielny i integralny element elewacji. Rozważania te mają przy tym całkowicie drugorzędne znaczenie wobec faktu, iż strona pozwana nie zgłaszała samoistnych wad dyskwalifikujących te prace i pozwalających uznać, że zobowiązanie nie zostało w tym zakresie przez powódkę wykonane, a nadto z zachowaniem zasad prekluzji dowodowej z art. 479<sup>14a</sup> k.p.c. w związku z art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c. nie przedstawiła twierdzeń, na których teraz opiera zarzut apelacji. Nie wykazała także żadnej z przesłanek z art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c., pozwalających na rozpoznanie spóźnionych zarzutów i twierdzeń.

Strona pozwana upatrywała również przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów i braku wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego w stanowisku Sądu I instancji, który nie podzielił przywołanego w sprzeciwie od nakazu zapłaty zarzutu obniżenia wynagrodzenia o kwotę 99.150 zł z tytułu kosztów zastępczego usunięcia wad. Wydaje się, że tak określony zarzut wynika z niedostatecznie uważnej lektury uzasadnienia zaskarżonego wyroku, bowiem wbrew stawianej przez apelującego tezie, Sąd Okręgowy nie uznał wcale, iż koszty wykonania zastępczego nie zostały należycie wykazane. Podkreślił natomiast, iż część ze zleconych firmie (...) prac nie była objęta umową stron, część usterek została usunięta przez samą powódkę, co w korespondencji stron przed zawieszeniem sporu potwierdziła pozwana Spółka, zaś w pozostałym zakresie koszty usunięcia wad ujęte w fakturach nie odpowiadają kosztom wyliczonym w opinii biegłego sądowego, a ponadto dotyczą usterek elewacji, za którą – zdaniem Sądu I instancji – powódce nie należało się wynagrodzenie. Wobec aprobaty dla stanowiska powódki, co do braku podstaw dla uznania, że nie przysługuje jej wynagrodzenie za wykonanie elewacji budynku, Sąd Apelacyjny uzupełnił w tym zakresie ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego. W oparciu o tak określoną podstawę faktyczną należy podzielić stanowisko o bezzasadności omawianego zarzutu, choć z nieco odmienną argumentacją.

Jak słusznie podnosiła powódka w toku postępowania, podstawy prawnej dla zarzutu obniżenia wynagrodzenia o koszty zastępczego usunięcia wad, (a tak zarzut ten został zdefiniowany w sprzeciwie od nakazu zapłaty sporządzonym przez profesjonalnego pełnomocnika), nie sposób wywieść z przywołanego przez pozwanego przepisu art. 636 § 1 k.c. W orzecznictwie podkreśla się bowiem zgodnie, że przepis art. 636 § 1 k.c. nie ma zastosowania po odebraniu dzieła (zadania inwestycyjnego) (tak SN w wyroku z dnia 3 listopada 2000 r. w sprawie IV CKN 152/00, OSNC 2001/4/63; podobnie w wyroku z dnia 8 stycznia 2004 r. w sprawie I CK 24/03, LEX nr 137769). W realiach

rozpatrywanej sprawy, jak już była o tym mowa, pozwana Spółka dokonała odbioru robót, a dopiero później powierzyła osobie trzeciej wykonanie prac, które jak twierdzi, zmierzały do zastępczego usunięcia wad. Kwestia możliwości zastępczego usunięcia wad, których zobowiązany z tytułu rękojmi nie usunął skutecznie w wyznaczonym terminie, pozostaje przy tym w orzecznictwie sporna (vide uchwała SN z dnia 15 lutego 2002 r. w sprawie III CZP 86/01, OSNC 2002/11/132). Nawet dopuszczając zastosowanie tego rodzaju konstrukcji podkreśla się, że realizacja uprawnienia zamawiającego do usunięcia wad na koszt przyjmującego zamówienia (wykonawcy robót), nie może oznaczać każdego wykonania zastępczego, bez względu na wysokość jego kosztów, bowiem w tej sytuacji przyjmujący zamówienie zostałby pozbawiony ochrony przewidzianej w art. 637 § 1 zdanie drugie k.c. (tak SN w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r. w sprawie IV CNP 147/07, LEX nr 361455). W przekonaniu Sądu Apelacyjnego z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w rozpatrywanej sprawie. Strona pozwana dla wykazania zarzutu obniżenia wynagrodzenia o koszty zastępczego usunięcia wad robót wykonanych przez powódkę odwołała się wyłącznie do trzech faktur VAT wystawionych przez M. M. (1), prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą (...). Omawiane dokumenty księgowo budzą istotne wątpliwości, zarówno co do zakresu ujętych w nich robót i ich tożsamości z pracami koniecznymi dla usunięcia wad stwierdzonych w protokole odbioru końcowego z dnia 26 listopada 2010 r., jak i co do samej wysokości ustalonego wynagrodzenia. W części uzasadnienia poświęconej dodatkowym ustaleniom faktycznym, Sąd Apelacyjny wskazał, że w oparciu o dokumenty przedstawione przez pozwanego nie jest możliwa pozytywna weryfikacja prac ujętych w fakturach VAT nr (...) r., polegających na „wykonaniu szpalet okiennych”. Nie budzi także wątpliwości, że zakresem robót zleconych powódce na podstawie umowy z dnia 5 lipca 2010 r. oraz zlecenia z dnia 14 sierpnia 2010 r. nie było objęte usuwanie rur kanalizacyjnych w suficie, a także – jak ostatecznie trafnie przyjął Sąd Okręgowy – wyburzenie ścianek szybu windowego, a tego rodzaju roboty zostały ujęte we wskazanych fakturach. Jednocześnie brak jakiegokolwiek specyfikacji i przedmiaru robót nie tylko nie pozwala na zweryfikowanie przyjętych w fakturach cen, ale także na wyodrębnienie z treści faktur tych robót, które z pewnością nie stanowiły zastępczego usunięcia wad. W pełni aktualne pozostają ponadto rozważania dotyczące prac ujętych w trzeciej fakturze nr (...), przedstawione w części uzasadnienia poświęconej dodatkowym ustaleniom faktycznym i ocenie dowodów. Nie sposób także nie zauważyć, iż pierwsza z faktur dotyczących prac wykonanych przez firmę (...) wystawiona została w dniu 8 lutego 2011 r., a zatem w okresie, w którym strony nadal prowadziły korespondencję w przedmiocie usunięcia usterek, a pozwana Spółka wyznaczała powódce kolejne terminy na wykonanie obowiązków z tytułu rękojmi. Słusznie również dostrzegł Sąd Okręgowy, że co do części usterek sam pozwany potwierdzał ich usunięcie w pismach z dnia 13 stycznia 2011 r. i 28 lutego 2011 r. W podsumowaniu przedstawionych wywodów uznać należy, iż strona pozwana nie zdołała wykazać, że wynikająca z faktur wystawionych przez M. M. kwota 99.150 zł stanowi wyłącznie koszt usunięcia usterek w zakresie prac objętych umową stron i stwierdzonych w protokole z dnia 26 listopada 2010 r., a nadto, że koszt ten jest uzasadniony rzeczywistą wartością tych prac i nie jest „nadmierny” w rozumieniu art. 637 § 1 zdanie drugie k.c. Zaznaczyć należy, że weryfikacji tej ostatniej okoliczności nie może służyć kosztorys usunięcia wad stanowiący element opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa. Kosztorys sporządzony przez biegłego K. Ś. na kwotę 26.392,97 zł odnosił się bowiem do wszystkich wad stwierdzonych w protokole odbioru końcowego, w tym przede wszystkim do usterek elewacji, które nie były przedmiotem prac powierzonych firmie (...). M.. Obejmował także roboty, które ostatecznie nie zostały uznane za wady prac wykonanych przez powódkę (mycie i oczyszczanie okien) i takie prace, które zostały częściowo wykonane przez D. D. w ramach rękojmi (regulacja okien, usunięcie dybli drewnianych, uzupełnienie brakujących osłonek na odwodnieniach i okuciach). Dodatkowo wyliczenie wartości robót biegły oparł na katalogu (...) z II kwartału 2010 r., a zatem z okresu wcześniejszego niż zastępcze usuwanie wad, do którego doszło w I kwartale 2011 r.

Całkowicie chybiony pozostaje również ostatni z zarzutów apelacji pozwanego, wywodzony z naruszenia normy prawa procesowego tj. art. 479<sup>12</sup> k.p.c., a polegający na uznaniu, że powód we właściwym czasie zgłosił twierdzenie i dowód dla wykazania tezy o wykonaniu drabiny z obejmą metalową. Podnosząc tego rodzaju argumenty skarżący zdaje się nie dostrzegać, że żądanie pozwu oparte było na twierdzeniu, iż powódka wykonała wszystkie ustalone umową z dnia 5 lipca 2010 r. roboty, a wykazaniu tego stanowiska służyć miały zarówno załączone do pozwu dokumenty, w tym protokół odbioru końcowego, w którym nie odnotowano braku przedmiotowej drabinki, jak i dowody osobowe –



zeznania wskazanych w pozwie świadków , w tym A. D. i R. M., którzy potwierdzili fakt wykonania tego elementu robót. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, iż doszło do naruszenia zasad prekluzji w postępowaniu gospodarczym.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny , uwzględniając częściowo apelację powódki, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w punktach 1 i 2 w ten sposób, że podwyższył zasądzoną od pozwanego kwotę 138.196,37 zł do kwoty 217.381,53 zł z ustawowymi odsetkami od dat wymagalności poszczególnych należności, składających się na sumę główną, zaś w pozostałym zakresie powództwo oddalił.

Konsekwencją zmiany orzeczenia co do istoty sprawy była także zmiana rozstrzygnięcia o kosztach procesu, o których orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c., stosując zasadę ich stosunkowego rozdzielenia przy założeniu, że ostatecznie powództwo zostało uwzględnione w około 62 %. Potrzeba ponownego rozliczenia kosztów postępowania poniesionych przed Sądem I instancji czyniła przy tym bezprzedmiotowym zarzut apelacji powódki oparty na naruszeniu art. 100 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 2 k.p.c. Wypada jedynie wskazać, że po podliczeniu poniesionych przez każdą ze stron opłat sądowych, wydatków, opłat kancelaryjnych oraz kosztów zastępstwa procesowego, przy jednoczesnym uwzględnieniu kwot zwróconych prawomocnym w tym zakresie wyrokiem Sądu I instancji, poniesione przez powódkę koszty procesu zamykały się kwotą 26.399,70 zł, zaś koszty wydatkowane przez stronę pozwaną wyniosły 9.014,70 zł.

Apelacja powódki w pozostałej części oraz apelacja pozwanego w całości podlegały oddaleniu na zasadzie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. stosując zasadę ich stosunkowego rozliczenia i mając na uwadze, że pozwany w całości uległ co do wywiedzonego przez siebie środka zaskarżenia, zaś żądanie apelacji powódki zostało uwzględnione w około 37 %. Należne powódce koszty obejmują zatem wynagrodzenie jej pełnomocnika w zakresie oddalonej apelacji pozwanego ( 2.700 zł), a także stosunkowo rozliczone koszty w zakresie częściowo uwzględnionej własnej apelacji (2.568,70 zł).