

Sygn. akt I A Ca 806/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 czerwca 2013 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Magdalena Pankowiec
Sędziowie	:	SA Elżbieta Bieńkowska SA Krzysztof Chojnowski (spr.)
Protokolant	:	Iwona Aldona Zakrzewska

po rozpoznaniu w dniu 5 czerwca 2013 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **Wojewódzkiego Ośrodka (...) w B.**

przeciwko **B. S.**

o zapłatę

na skutek apelacji **powoda**

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 27 lipca 2012 r. sygn. akt I C 633/12

I. oddala apelację;

II. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 2.700 zł tytułem zwrotu kosztów procesu za drugą instancję.

UZASADNIENIE

Powód Wojewódzki Ośrodek (...) w B. wnosił o zasądzenie od pozwanego B. S. kwoty 191.901,27 złotych, tytułem kary umownej za 363 dni zwłoki w wykonaniu remontu budynku na podstawie umowy z dnia 11 czerwca 2010 roku, z ustawowymi odsetkami od kwoty 161.973,39 złotych od dnia 15 października 2011 roku do dnia zapłaty i od kwoty 29.927,34 złotych od dnia 13 grudnia 2011 roku do dnia zapłaty. Domagał się też zasądzenia od pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Pozwany B. S. wnosił o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Wskazywał, że w dniu 25 listopada 2010 roku zgłosił do odbioru przedmiot umowy z dnia 11 czerwca 2010 roku i choć wykonane przez niego prace były obciążone wadami, to powód

miał obowiązek dokonać odbioru tych prac i nie może domagać się od pozwanego zapłaty kar umownych za zwłokę w wykonaniu tych robót.

Wyrokiem z dnia 27 lipca 2012 roku Sąd Okręgowy w Białymstoku oddalił powództwo i zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 3.617 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 11 czerwca 2010 roku powód jako zamawiający i pozwany jako wykonawca zawarli umowę, na podstawie której pozwany zobowiązał się wykonać remont elewacji kamienicy położonej w B. przy ul. (...). Strony ustaliły, że pierwszy etap robót zakończy się do dnia 15 sierpnia 2010 roku, a drugi do dnia 30 września 2010 roku. Jednocześnie strony postanowiły, że wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki, za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji i rękojmi w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego do usunięcia wad, za odstąpienie od umowy z przyczyn zawinionych przez wykonawcę w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto. Aneks nr (...) z dnia 8 września 2010 roku strony zmieniły postanowienia umowy z dnia 11 czerwca 2010 roku co do terminu zakończenia drugiego etapu prac, wskazując, że zakończy się on do dnia 25 listopada 2010 roku. Aneks nr (...) z dnia 30 listopada 2010 roku strony dopuściły płatność wynagrodzenia wykonawcy na podstawie częściowego protokołu odbioru robót.

Z dalszych ustaleń Sądu I instancji wynika, że w dniu 25 listopada 2010 roku pozwany zgłosił powodowi roboty do odbioru. Powód wyznaczył termin odbioru robót na 30 listopada 2010 roku. W tym dniu nie doszło jednak do odbioru robót, albowiem powód zakwestionował jakość robót w zakresie elewacji ściany szczytowej kamienicy. W protokole konieczności z dnia 30 listopada 2010 roku stwierdzono, że wykonane przez pozwanego roboty budowlane obarczone są wadami w postaci nierówności tynku na całej ścianie szczytowej kamienicy, niewłaściwie zatartego, spękaniu muru, niewłaściwego wykonania połączenia obróbek blacharskich w narożnikach na cokołach. W protokole tym ustalono, że wady te mają być usunięte do dnia 31 maja 2011 roku. Na złożonym w dniu 30 listopada 2010 roku kosztorysie powykonawczym opiewającym na kwotę 277.106,82 złotych inspektor nadzoru inwestorskiego M. S. sporządził notatkę, z której wynika, że zakres robót wykonanych przez pozwanego bezusterkowo wynosi 82% kwoty umownej, tj. 227.227,59 złotych, a zakres robót wstrzymanych do odbioru końcowego i zapłaty wynagrodzenia stanowi 18% kwoty umownej, tj. 49.879,23 złotych. W dniu 27 maja 2011 roku pozwany zgłosił powodowi do odbioru roboty objęte protokołem konieczności z dnia 30 listopada 2010 roku, ale powód nie odebrał tych robót. W protokole z dnia 7 czerwca 2011 roku wskazano na wady ściany szczytowej kamienicy, a także na inne wady dotyczące niekwestionowanych dotychczas robót. Ustalono, że pozwany usunie te wady do dnia 30 czerwca 2011 roku. W protokole z dnia 5 lipca 2011 roku, a następnie w protokole z dnia 25 sierpnia 2011 roku zakwestionowano wykonane przez pozwanego prace, także w zakresie ściany szczytowej kamienicy.

Sąd Okręgowy ustalił też, że w dniu 2 listopada 2011 roku powód jako zamawiający i J. P. jako wykonawca zawarli umowę, na podstawie której J. P. zobowiązał się wykonać remont elewacji ściany szczytowej kamienicy położonej w B. przy ul. (...) polegający na usunięciu powłok malarskich, naprawie rys i pęknięć, wklejeniu siatki zbrojeniowej na całej powierzchni ściany, ułożeniu tynku podkładowego i nawierzchniowego, gruntowaniu oraz dwukrotnym malowaniu farbą silikonową. Strony ustaliły, że prace te zakończą się do dnia 18 listopada 2011 roku. Protokołem z dnia 24 listopada 2011 roku powód dokonał odebrania prac wykonanych przez J. P. nie zgłaszając zastrzeżeń co do ich jakości. W tym samym dniu J. P. wystawił fakturę za wykonane prace na kwotę 41.328 złotych.

Sąd I instancji ustalił także, że pismem z dnia 30 września 2011 roku powód wezwał pozwanego do dobrowolnej zapłaty kary umownej w wysokości 171.250,89 złotych wskazując, że nie wykonał on robót przewidzianych umową z dnia 11 czerwca 2010 roku. Pismem z dnia 4 listopada 2011 roku powód ponownie wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 171.250,89 złotych tytułem kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z dnia 11 czerwca 2010 roku. Powód przesłał pozwanemu notę księgową na kwotę 171.250,89 złotych odpowiadającą wysokości kary umownej za 309 dni zwłoki – do dnia 30 września 2011 roku oraz notę księgową na kwotę 29.927,34 złotych odpowiadającą wysokości kary umownej za 54 dni zwłoki - do dnia 23 listopada 2011 roku.

W rozważaniach prawnych Sąd Okręgowy zaznaczył, że z art. 647 k.c., określającego obowiązki stron umowy o roboty budowlane, wynika, że wykonawca ma obowiązek oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a zamawiający ma obowiązek odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Zdaniem Sądu I instancji przepis ten nakłada na zamawiającego obowiązek odebrania obiektu jeżeli został on zrealizowany. Przepis ten nie wiąże obowiązku zamawiającego odebrania obiektu z jego jakością. Sąd Okręgowy podkreślił, że w wyroku z dnia 22 czerwca 2007 roku (V CSK 99/07) Sąd Najwyższy wyjaśnił, iż inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zaś strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek, a w wyroku z dnia 5 marca 1997 roku (II CKN 28/97) Sąd Najwyższy potwierdził konieczność dokonania odbioru w sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych. Sąd I instancji zaznaczył też, że w doktrynie prezentowane jest stanowisko wiążące odbiór z jakością robót, ale zdaniem Sądu Okręgowego pogląd ten nie zasługuje na aprobatę, albowiem jakość robót wiąże się z odpowiedzialnością wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odwołując się do poglądów judykatury Sąd I instancji zaznaczył też, że niewykonanie zobowiązania zachodzi wówczas, gdy w zachowaniu dłużnika nie występuje nic, co odpowiadałoby spełnieniu świadczenia, natomiast nienależyte wykonanie zobowiązania ma miejsce wtedy, gdy zachowanie dłużnika zmierzało do spełnienia świadczenia, jednak osiągnięty przez niego wynik nie spełnia wymogów świadczenia, do którego dłużnik był zobowiązany. Ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa zatem na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 k.c., a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 k.c. i art. 638 k.c. Oddanie robót z wadami istotnymi może mieć jedynie wpływ na wymagalność roszczenia wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia. O niewykonaniu zobowiązania z reguły nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość.

Sąd Okręgowy nie miał wątpliwości, że pozwany nienależycie wykonał umowę z dnia 11 czerwca 2010 roku. Ściana szczytowa kamienicy powoda remontowanej przez pozwanego miała wady, a podejmowane przez pozwanego działania celem ich usunięcia nie przyniosły rezultatu. Sąd I instancji podkreślił jednak, że pozwany wykonał przedmiot umowy z dnia 11 czerwca 2010 roku. Wady wykonanych przez pozwanego robót nie zwalniały powoda z obowiązku odebrania przedmiotu umowy. Powód nie kwestionował ani technologii wykonania ani użytych materiałów i dlatego Sąd Okręgowy oddalił wnioski powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność stwierdzenia czy jakość wykonanych przez pozwanego robót zasadnie uniemożliwiała powodowi odbiór robót.

W ocenie Sądu I instancji powód nie mógł odmówić odebrania wykonanej przez pozwanego elewacji ściany szczytowej kamienicy położonej w B. przy ul. (...) powołując na określającą warunki odbioru robót tynkarskich normę jakościową PN-70/B- (...) oraz dokumentację techniczną zamówienia w postaci Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Oba dokumenty zawierają szczegółowe warunki techniczne jakie winny spełniać wykonywane przez pozwanego roboty aby mogły być zakwalifikowane do odbioru. Pozwany nienależycie wykonał ścianę szczytową i w istocie odbiór jakościowy tego zakresu robót w dacie zgłoszenia zakończenia prac nie był możliwy, lecz ta okoliczność nie mogła przesądzać o nie wykonaniu umowy. W ocenie Sądu, zarówno norma jakościowa, którą posiłkował się inspektor nadzoru podczas odbioru robót, jak i Szczegółowa Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych to techniczne wymogi warunkujące jakościowy odbiór określonych robót, a jakościowy odbiór prac, w okolicznościach sprawy, nie może uzasadniać odmowy odbioru wykonanego w całości przedmiotu umowy.

W konsekwencji Sąd I instancji uznał, że skoro nie doszło do niewykonania umowy z dnia 11 czerwca 2010 roku, a tylko do nienależytego wykonania tej umowy przez pozwanego, to powód miał obowiązek odebrać przedmiot tej umowy i nie może domagać się od pozwanego kar umownych w związku z niewykonaniem przedmiotu umowy z dnia 11 czerwca 2010 roku w całości.

Jako podstawę prawną rozstrzygnięcia Sąd I instancji wskazał art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 1 k.c., w zakresie kosztów procesu art. 98 k.c. i § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.).

Powyższy wyrok w całości zaskarżył apelacją powód zarzucając:

- 1) naruszenie prawa materialnego tj. art. 647 k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na bezwarunkowym uznaniu, że oddanie przewidzianego w umowie obiektu zobowiązuje inwestora do odebrania obiektu,
- 2) naruszenie prawa materialnego poprzez niezastosowanie art. 30 ust. 1-3 oraz art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 3) naruszenie prawa materialnego tj. art. 65 k.c. poprzez błędną wykładnię treści wzajemnych zobowiązań stron, objętych umową z dnia 11 czerwca 2010 roku,
- 4) naruszenie prawa materialnego tj. art. 486 § 2 k.c. w zw. z art. 647 k.c. poprzez ich niezastosowanie i uznanie, iż powodowi nie przysługuje prawo odmowy odbioru końcowego robót,
- 5) naruszenie prawa procesowego art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie wadliwej, dowolnej i wzajemnie wykluczającej się oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, sprzecznej z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, a to poprzez:
 - a) dokonywanie ustaleń bez wskazania na podstawie jakich dowodów i okoliczności są one dokonywane, a w szczególności poprzez stwierdzenie, że przedmiot umowy został wykonany zgodnie z postanowieniami,
 - b) dokonywanie wzajemnie sprzecznych ustaleń, w szczególności w zakresie wadliwości wykonanych prac, nie wskazując jednocześnie na podstawie jakich dowodów zostały one ocenione w ten sposób,
 - c) dokonywanie wzajemnie sprzecznych ustaleń w przedmiocie wykonania prac zgodnie z Szczegółową Specyfikacją Technicznego Wykonania i Odbioru Robót poprzez najpierw ustalenie, że dokument ten zawiera szczegółowe warunki, jakie mają spełniać wykonane roboty aby można było zakwalifikować je do odbioru, a następnie uznanie, iż pozostaje on bez związku z wykonaniem umowy,
 - d) ustalenie, iż odbiór jakościowy robót był niemożliwy,
- 6) naruszenie prawa procesowego tj. art. 233 § 1 k.p.c. przy uwzględnieniu treści art. 328 § 2 k.p.c., tj. poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego, nieuwzględnienia wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, nieskonkretyzowania okoliczności towarzyszących przeprowadzeniu poszczególnych dowodów mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności, niewskazania jednoznacznego kryterium oraz argumentacji pozwalającej sądowi wyższej instancji i skarżącemu - na weryfikację dokonanej oceny w przedmiocie uznania dowodu za wiarygodny bądź też jego zdyskwalifikowanie oraz nieprzytoczenie w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia dowodów, na których Sąd się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności prowadzących w konkluzji do przyjęcia braku możliwości nieodebrania robót protokołem końcowym,
- 7) naruszenie prawa procesowego tj. art. 217 § 1 k.p.c., art. 217 § 2 k.p.c. w zw. art. 227 k.p.c., art. 233 k.p.c. poprzez niedopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność stwierdzenia czy jakość wykonywanych przez pozwanego robót zasadnie uniemożliwiała powodowi odbiór robót w wykonaniu tej umowy w terminach wskazanych w protokołach sporządzonych przez strony w przedmiocie odmowy odbioru wykonanych robót.

Wnosił o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność stwierdzenia czy jakość wykonywanych przez pozwanego robót zasadnie uniemożliwiała powodowi odbiór robót w wykonaniu tej umowy

w terminach wskazanych w protokołach sporządzonych przez strony w przedmiocie odmowy odbioru wykonanych robót.

Domagał się zmiany zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości i zasądzenia od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania za obie instancje w tym kosztów zastępstwa procesowego, ewentualnie uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne co do zawarcia przez strony umowy z dnia 11 czerwca 2010 roku, na podstawie której pozwany zobowiązał się do wykonania remontu elewacji kamienicy położonej w B. przy ul. (...), treści tej umowy, a w szczególności co do postanowień dotyczących kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, jak i co do ostatecznego terminu wykonania robót przez pozwanego. Wątpliwości nie budzą też ustalenia Sądu I instancji, że w dniu, w którym pozwany miał wykonać roboty, zgłosił je do odbioru powodowi, a powód odmówił ich przyjęcia, wskazując na wady tych robót wyszczególnione w protokole z dnia 30 listopada 2010 roku. Ustalenia te nie były kwestionowane w apelacji i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne.

Sąd Okręgowy, wbrew odmiennemu zapatrywaniu skarżącego, nie ustalił, że pozwany wykonał należycie przedmiot umowy z dnia 11 czerwca 2010 roku, ale, że roboty pozwanego w zakresie elewacji ściany szczytowej kamienicy położonej w B. przy ul. (...) dotknięte były wadami wyszczególnionymi w protokole z dnia 30 listopada 2010 roku.

Istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy było jednak ustalenie, czy wady te były wadami istotnymi, uniemożliwiającymi wykorzystanie rezultatu robót zgodnie z przeznaczeniem.

Zawarta przez strony umowa z dnia 11 czerwca 2010 roku, zmodyfikowana aneksem z dnia 8 września 2010 roku w zakresie postanowień dotyczących terminu zakończenia robót, jak i aneksem z dnia 30 listopada 2010 roku w zakresie postanowień dotyczących płatności wynagrodzenia wykonawcy, była, jak trafnie zakwalifikował ją Sąd I instancji, umową o roboty budowlane. Sąd Okręgowy, wbrew odmiennemu zapatrywaniu skarżącego, dokonał też prawidłowej wykładni tej umowy. Skarżący zarzucając naruszenie art. 65 § 1 k.c. nie wskazał na czym polegało to naruszenie i dlatego nie sposób szczegółowo ustosunkować się do tego zarzutu.

Z art. 647 k.c. wynika, że podstawowym obowiązkiem wykonawcy robót budowlanych jest oddanie przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, zaś podstawowymi obowiązkami zamawiającego są, oprócz przedsięwzięcia wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem frontu robót, także odebranie obiektu i zapłata umówionego wynagrodzenia.

W orzecznictwie, powołanym także przez Sąd I instancji, prezentowany jest pogląd, że jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 roku, II CKN 28/97, OSNC 1997/6-7/90). W judykaturze podkreśla się także, że inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 roku, V CSK 99/07, OSP 2009/1/7).

Zasadą jest, że jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, zamawiający obowiązany jest dokonać ich odbioru i sporządzić protokół z tej czynności. Skoro jednak zamawiający ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, to w ocenie Sądu Apelacyjnego, zamawiający może odmówić przyjęcia robót, jeżeli roboty te nie osiągnęły gotowości do odbioru, a więc w ogóle nie zostały wykonane, albo jeżeli wady tych robót są tego rodzaju, że uniemożliwiają wykorzystanie rezultatu robót zgodnie z przeznaczeniem. W sytuacji gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy obarczone są wadami, które uniemożliwiają normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbierają im cechy wyraźnie oznaczone w umowie, istotnie zmniejszając

ich wartość mamy bowiem do czynienia z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2009 roku, V ACa 88/09, OSA 2010/8/58-70). Podkreślenia wymaga, że decydujące znaczenie ma charakter wad. Nie można uznać, że zamawiający może odmówić przyjęcia robót w przypadku dotknięcia tych robót jakimikolwiek wadami, skoro z chwilą odbioru zamawiający nabywa wobec wykonawcy – wobec ich stwierdzenia – roszczenia z tytułu rękojmi i ewentualnie gwarancji jakości, o ile taka była przewidziana w umowie.

Zgodzić się należy ze skarżącym, że z uwagi na charakter przedmiotu umowy z dnia 11 czerwca 2010 roku ustalenie, czy wady przedmiotu tej umowy w zakresie elewacji ściany szczytowej kamienicy położonej w B. przy ul. (...) wyszczególnione w protokole z dnia 30 listopada 2010 roku były wadami istotnymi, uniemożliwiającymi wykorzystanie rezultatu robót zgodnie z przeznaczeniem wymagało zasięgnięcia wiadomości specjalnych.

Stosownie do art. 278 § 1 k.p.c. w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych sąd po wysłuchaniu wniosków stron co do liczby biegłych i ich wyboru może wezwać jednego lub kilku biegłych w celu zasięgnięcia ich opinii. W orzecznictwie ukształtowany jest pogląd, że ilekroć dla rozstrzygnięcia sprawy wymagane są wiadomości specjalne to niedopuszczalne jest pominięcie dowodu z opinii biegłych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 1975 roku, I CR 331/75, LEX nr 7729). W judykaturze prezentowany jest przy tym pogląd, że jeżeli dowód z opinii biegłego jest niezbędny dla miarodajnej oceny wytoczonego powództwa to w braku stosownego wniosku stron sąd powinien dopuścić taki dowód z urzędu (art. 232 zdanie drugie k.p.c.) (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 1999 roku, I CKN 223/98, Wokanda 2000/3/7). W niniejszej sprawie powód domagał się dopuszczenia dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa na okoliczność stwierdzenia, czy jakość wykonanych przez pozwanego robót zasadnie uniemożliwiała powodowi odbiór robót w wykonaniu tej umowy w terminach wskazanych w protokołach sporządzonych przez strony w przedmiocie odmowy odbioru wykonanych robót. Sąd I instancji oddalił ten wniosek dowodowy powoda, czym naruszył art. 217 § 2 k.p.c. (w brzmieniu sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 16 września 2011 roku - Dz. U. z 2011 roku, Nr 233, poz. 1381) w zw. z art. 227 k.p.c.

Mając na uwadze powyższe, jak też zgłoszony w apelacji wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność stwierdzenia, czy jakość wykonywanych przez pozwanego robót zasadnie uniemożliwiała powodowi odbiór robót w wykonaniu tej umowy w terminach wskazanych w protokołach sporządzonych przez strony w przedmiocie odmowy odbioru wykonanych robót, Sąd Apelacyjny uzupełnił materiał dowodowy dopuszczając dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa na okoliczność ustalenia, czy wady elewacji budynku powoda stwierdzone w protokole z dnia 30 listopada 2010 roku były wadami istotnymi, uniemożliwiającymi normalne wykorzystanie rezultatu robót zgodnie z przeznaczeniem.

W opinii pisemnej z dnia 1 marca 2013 roku biegły sądowy z zakresu budownictwa Z. W. wskazał, że w aktach brak jest wystarczających dowodów pozwalających na stwierdzenie, że wady elewacji opisane w protokole konieczności z dnia 30 listopada 2010 roku w postaci nierównego (niewłaściwie zatartego) tynku na całej ścianie szczytowej, a także (usunięte w wyznaczonym terminie – 31 maja 2011 roku) spękanie muru, oraz niewłaściwie wykonane połączenia obróbek blacharskich w narożach na cokołach były wadami istotnymi, rozumianymi jako wady uniemożliwiające normalne korzystanie z rezultatu robót zgodnie z przeznaczeniem. Biegły wyjaśnił, że protokół z dnia 30 listopada 2010 roku zawiera enigmatyczny i nieprecyzyjny opis stwierdzonych w trakcie odbioru wad (nierówny, niewłaściwie zatarty tynk na całej ścianie użytkowej, spękanie muru, niewłaściwie wykonane przyłączenia obróbek blacharskich w narożach na cokołach) bez podania wielkości stwierdzonych odchyłek w odniesieniu do poszczególnych cech (wymaganych i wymienionych w dokumentach odniesienia, którymi są Szczegółowe Specyfikacje (...)), co nie pozwala na porównanie stwierdzonych odchyłek z odchyłkami dopuszczalnymi, opisanymi w dokumentach odniesienia (...), a w rezultacie nie pozwala na stwierdzenie, że były to wady istotne, uniemożliwiające normalne korzystanie z rezultatu robót zgodnie z przeznaczeniem. Biegły podkreślił, że znajdujące się w aktach zdjęcia nie dokumentują stanu tynków na dzień 30 listopada 2010 roku, a opisują stan tynków na dzień 3 listopada 2011 roku, a więc po drugim „poprawieniu” elewacji przez pozwanego oraz na dzień 21 maja 2012 roku, a więc po zastępczym usunięciu wady przez J. P.. Zdjęcia te nie zawierają wielkości odchyłek, co uniemożliwia ustalenie, czy wskazane na nich odchyłki przekraczały odchyłki dopuszczalne, a jeśli tak, to czy uniemożliwiały normalne korzystanie z rezultatu

robót zgodnie z przeznaczeniem. Ponadto zdjęcia te wskazują, że użyto niewłaściwego (niezgodnego z treścią (...) nr 61.04) przymiaru. Nie użyto dwumetrowejłaty, jak wymaga tego (...) nr 61.04, a także Polska Norma PN-70/B- (...) (Roboty tynkowe. Tynki zwykłe. Wymagania i badania przy odbiorze). W ocenie biegłego wady w postaci spękania muru oraz niewłaściwie wykonanych połączeń obróbek blacharskich w narożach na cokołach (usunięte w wyznaczonym terminie – 31 maja 2011 roku) były nieistotnymi i usuwalnymi wadami, umożliwiającymi normalne korzystanie z rezultatu robót zgodnie z przeznaczeniem, o czym świadczy ich charakter, jak również fakt, iż w dniu 30 listopada 2010 roku powód nie żądał ich usunięcia w trybie pilnym (co byłoby uzasadnione gdyby wady uniemożliwiały normalne korzystanie z rezultatu robót), lecz wyznaczył termin ich usunięcia na dzień 31 maja 2011 roku (k. 274-287). Odpowiadając na zarzuty powoda biegły podtrzymał dotychczasową opinię. Zaznaczył, że problemem nie jest ta, czy inna podstawa oceny prawidłowości wykonanych robót (PN-70/B- (...) – jak twierdzi powód, czy Specyfikacje techniczne wykonywania i odbioru robót ze szczególnym uwzględnieniem Szczegółowych Specyfikacji (...) jak twierdzi biegły i jak twierdzi powód). Problemem jest brak w protokole z dnia 30 listopada 2010 roku informacji dotyczących wielkości stwierdzonych w trakcie odbioru odchyłek, uniemożliwiających ocenę, czy odchyłki te przekraczały odchyłki dopuszczalne, a jeśli tak to w jakim stopniu. Problemem nie jest ustalenie odchyłek dopuszczalnych, lecz faktycznych, stwierdzonych w trakcie odbioru, jednak nie podanych w protokole z dnia 30 listopada 2010 roku. Wyjaśnił, że podstawą odbioru i oceny jakości robót stanowiących przedmiot umowy z dnia 11 czerwca 2010 roku są wymagania dotyczące wykonania i odbioru robót budowlanych remontu elewacji budynku zawarte w Specyfikacji (...) (ST), a w zakresie tynków i malowania w Szczegółowych Specyfikacjach (...) ((...)): (...) 61.04 – Tynki i oblicowania i (...) 61.06 – Roboty malarskie. W (...) 61.04 – Tynki i oblicowania nie przywołano PN-70/B- (...) jako dokumentu odniesienia, a w (...) 61.06 – Roboty malarskie podano, że przewidziana pod malowanie powierzchnia tynków – podłoże pod roboty malarskie – powinna być zgodna z projektem z uwzględnieniem wymagań PN-70/B- (...). Biegły wskazał, że zawarte w zarzutach stwierdzenie „podczas odbioru (...) powierzchnia tynku była nierówna, chropowata o zmiennej fakturze widocznej na całej powierzchni ścian w postaci plam, a krawędź tynku przebiegała linią falistą” nie znajduje potwierdzenia w protokole z dnia 30 listopada 2010 roku. Biegły zaznaczył, że brak możliwości porównania stwierdzonych (nieopisanych w protokole z dnia 30 listopada 2010 roku) odchyłek z odchyłkami dopuszczalnymi uniemożliwia stwierdzenie, czy faktyczne odchyłki przekraczały odchyłki dopuszczalne, a jeśli tak to w jakim stopniu. Nadto podkreślił, że znajdująca się w aktach dokumentacja fotograficzna wskazuje jednoznacznie na istniejące w trakcie wykonywania zdjęć, wady tynku. Zdjęcia te nie dokumentują jednak stanu tynków na dzień 30 listopada 2010 roku. Biegły podtrzymał też dotychczasowe stanowisko co do tego, że zdjęcia te nie zawierają wielkości odchyłek, a nadto wskazują, że użyto niewłaściwego przymiaru (k. 304-311). Na rozprawie biegły jeszcze raz zaznaczył, że w rozpatrywanym przypadku dokumentem odniesienia była Szczegółowa Specyfikacja Techniczna. Wyjaśnił, że zarówno Szczegółowa Specyfikacja Techniczna jak i Polska Norma PN 70/B- (...) wymagają dokonania pomiarów w trakcie odbioru technicznego tynku. Pomiary te są konieczne, aby sprawdzić jakie faktycznie są odchyłki, a następnie porównać je z odchyłkami dopuszczalnymi. Dalej biegły wskazał, że oczywiście oceny części cech wykonanych robót dokonuje się wzrokowo, ale odchyłki opisane w protokole z dnia 30 listopada 2010 roku w postaci nierównego tynku na całej ścianie szczytowej kamienicy, niewłaściwie zatartego można ocenić dopiero po dokonaniu pomiaru. Biegły zaznaczył, że Polska Norma PN 70/B- (...) przewiduje ocenę tynków zarówno za pomocą wzroku, jak i za pomocą pomiarów, ale odchyłki opisanej w protokole z dnia 30 listopada 2010 roku jako „nierówny tynk” nie można ocenić inaczej, jak tylko poprzez dokonanie pomiarów. Biegły wskazał, że informacje zawarte w protokole z dnia 30 listopada 2010 roku nie pozwalają na stwierdzenie, że wady elewacji opisane w tym protokole były wadami istotnymi, rozumianymi jako wady uniemożliwiające normalne korzystanie z rezultatu robót zgodnie z przeznaczeniem. Na takie stwierdzenie nie pozwalają też znajdujące się w aktach zdjęcia, czy zeznania inspektora nadzoru świadka M. Ś. M. S. nie podał wielkości odchyłek, a zdjęcia nie obrazują stanu tynku na dzień 30 listopada 2010 roku. Biegły zaznaczył przy tym, że niezależnie od dat, w których wykonano zdjęcia nie można było na ich podstawie stwierdzić, że odchyłki tynku istotnie odbiegały od wymogów stawianych przez Szczegółową Specyfikację Techniczną (e-protokół czas nagrania: 00:01:15-00:16:48).

Sąd Apelacyjny w pełni podziela opinię biegłego sądowego Z. W.. Spełnia ona stawiane jej wymogi, odzwierciedla staranność i wnikliwość w badaniu zleconego zagadnienia, odpowiada w sposób wyczerpujący, stanowczy i zrozumiały na postawione pytanie, a przytoczona na jego uzasadnienie argumentacja jest w pełni przekonująca, a równocześnie

poparta głęboką wiedzą i wieloletnim praktycznym doświadczeniem zawodowym biegłego. Ostatecznie powód nie wnosił zastrzeżeń do tej opinii i nie domagał się powołania innego biegłego.

W świetle tej opinii nie można ustalić, że wady elewacji budynku powoda stwierdzone w protokole z dnia 30 listopada 2010 roku były wadami istotnymi, uniemożliwiającymi normalne wykorzystanie rezultatu robót zgodnie z przeznaczeniem.

Podkreślić tu trzeba, że w niniejszej sprawie ciężar dowodu, że wady elewacji budynku stwierdzone w protokole z dnia 30 listopada 2010 roku były wadami istotnymi, uniemożliwiającymi normalne wykorzystanie rezultatu robót zgodnie z przeznaczeniem, spoczywał na powodzie. Stosownie bowiem do art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Regułę tę uzupełnia art. 232 k.p.c., który nakłada na strony obowiązek wskazywania dowodów koniecznych dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą one skutki prawne. W konsekwencji więc strona, która nie przytoczyła wystarczających dowodów na poparcie swoich twierdzeń, ponosi ryzyko niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia, a Sąd musi wyciągnąć ujemne konsekwencje z braku udowodnienia faktów przytoczonych na uzasadnienie żądań lub zarzutów.

Wobec braku podstaw do stwierdzenia, że wady elewacji kamienicy położonej w B. przy ul. (...) stwierdzone w protokole z dnia 30 listopada 2010 roku były wadami istotnymi, uniemożliwiającymi normalne wykorzystanie rezultatu robót zgodnie z przeznaczeniem, trzeba zgodzić się z Sądem I instancji, że powód nie mógł odmówić odbioru wykonanych przez pozwanego robót. Skoro zaś powód nie mógł odmówić przyjęcia tych robót, a pozwany zgłosił roboty do odbioru w dniu przewidzianym dla ich zakończenia, to powód nie może domagać się od pozwanego kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny uznał, że apelacja jest bezzasadna bez konieczności szczegółowego roztrząsania sformułowanych w niej zarzutów naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c., czy zarzutu naruszenia art. 30-ust. 1-3 oraz art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2009 roku Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759). W opisanym wyżej stanie rzeczy kwestie powyższe nie mogły bowiem wpłynąć na wynik sprawy.

Dlatego na podstawie art. 385 k.p.c. oddalono apelację

O kosztach procesu za drugą instancję orzeczono mając na uwadze wynik postępowania odwoławczego oraz treść art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 108 § 1 k.p.c. i art. 109 k.p.c. Apelacja powoda została oddalona w całości i dlatego powód, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c., jest zobowiązany ponieść w całości koszty procesu za drugą instancję. Powód winien zatem zwrócić pozwanemu poniesione przez niego koszty postępowania odwoławczego, na które składa się wynagrodzenie pełnomocnika, określone w stawce minimalnej wskazanej w § 6 pkt 6 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (j.t. Dz. U. z 2013 roku, poz. 490).