

*Sygn. akt VI ACa 1717/14*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 20 listopada 2015 r.*

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

*Przewodniczący – Sędzia SA Małgorzata Kuracka (spr.)*

*Sędziowie: SA Aldona Wapińska*

*SO (del.) Mariusz Łodko*

*Protokolant: sekr. sądowy Mariola Frąckiewicz*

*po rozpoznaniu w dniu 20 listopada 2015 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa R. M. i K. O.*

*przeciwko Wspólnocie Mieszkaniowej ul. (...) w W.*

*o zapłatę*

*i z powództwa wzajemnego Wspólnoty Mieszkaniowej ul. (...) w W.*

*przeciwko R. M. i K. O.*

*na skutek apelacji pozwanej (powódki wzajemnej)*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 23 czerwca 2014 r.*

*sygn. akt IVC 138/10*

**I. zmienia zaskarżony wyrok częściowo:**

a) **w punkcie trzecim w ten sposób, że dodatkowo zasądza solidarnie od R. M. i K. O. na rzecz Wspólnoty Mieszkaniowej ul. (...) w W. kwotę 23.612,98 zł (dwadzieścia trzy tysiące sześćset dwanaście złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) z ustawowymi odsetkami od dnia 17 grudnia 2009 roku do dnia zapłaty;**

b) **w punkcie czwartym, w ten sposób, że nadaje temu punktowi treść: kosztami postępowania z powództwa głównego obciąża pozwaną Wspólnotę Mieszkaniową ul. (...) w W. w 100%, zaś kosztami postępowania z powództwa wzajemnego obciąża powoda wzajemnego Wspólnotę Mieszkaniową ul. (...) w W. w 58%, zaś pozwanych wzajemnych R. M. i K. O. solidarnie w 42%, pozostawiając wyliczenie tych kosztów referendarzowi sądowemu;**

**II. w pozostałej części apelację oddala;**

**III. zasądza od Wspólnoty Mieszkaniowej ul. (...) w W. na rzecz R. M. i K. O. kwotę 756,15 zł (siedemset pięćdziesiąt sześć złotych piętnaście groszy) tytułem częściowego zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.**

**Sygn. akt VI ACa 1717/14**

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 23.12.2008 r. (data nadania), skierowanym do Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy, K. O. i R. M., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU (...) s.c. wnieśli o orzeczenie nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym, że pozwana Wspólnota Mieszkaniowa (...) w W. ma zapłacić na rzecz powodów kwotę 24.070,82 zł wraz z ustawowymi odsetkami od następujących kwot: 5.400 zł od dnia 15.11.2007 r. do dnia zapłaty, 5.400 zł od dnia 18.12.2007 r. do dnia zapłaty, 5.400 zł od dnia 14.01.2008 r. do dnia zapłaty, 5.400 zł od dnia 11.02.2008 r. do dnia zapłaty oraz 2.470,82 zł od dnia 11.03.2008 r. do dnia zapłaty. Jednocześnie powodowie wnieśli o zasądzenie od pozwanej na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego wg norm przepisanych.

Sprawa została skierowana do rozpoznania w postępowaniu upominawczym, a Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w oparciu m. in. o dołączone do pozwu kopie faktur VAT z dnia 7.11.2007 r. (nr (...)), 10.12.2007 r. (nr (...)), 4.01.2008 r. (nr (...)), 1.02.2008 r. (nr (...)) oraz z dnia 3.03.2008 r. (nr (...)), uwzględnił powództwo i w dniu 17.02.2009 r. wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, zasądzając od pozwanej na rzecz powodów kwotę 24.070,82 zł oraz kwotę 2.718 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Pozwana w dniu 7.05.2009 r. wniosła od sprzeciw, domagając się oddalenia wniesionego przez powodów powództwa w całości oraz o zasądzenie solidarnie od powodów na rzecz pozwanej kosztów postępowania, według norm przepisanych. Jednocześnie w sprzeciwie Wspólnota Mieszkaniowa (...) w W. zawarła pozew wzajemny, domagając się zasądzenia solidarnie od K. O. i R. M. kwoty 148.816,09 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu wzajemnego do dnia zapłaty i zasądzenia od powodów (pозwanych wzajemnych) solidarnie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego według norm przepisanych. Pozwana (powódka wzajemna) wskazała, że na dochodzoną pozwem wzajemnym kwotę 148.816,09 zł składają się następujące kwoty: 30.751,13 zł tytułem poniesionej w związku z nienależytym wykonaniem przez powodów (pозwanych wzajemnych) zobowiązania, z czego 21.723,13 zł stanowi równowartość wad w wykonanych pracach budowlanych, zaś 9.028 zł równowartość dwóch prywatnych ekspertyz, oraz kwota 118.064,96 zł tytułem kary umownej, wyliczonej w następujący sposób: 562 dni (okres pomiędzy 16.10.2007 r. a 30.04.2009 r.) x 0,12 % x 175.070,82 zł. Pozwana (powódka wzajemna) wskazała też, że za początkowy biegu terminu do naliczania kary umownej przyjęła dzień następnny po dacie, którą wyznaczyła powodom (pозwanym wzajemnym) pismem z dnia 21.09.2007 r.

W odpowiedzi na pozew wzajemny powodowie (pозwani wzajemni) wnieśli o oddalenie powództwa wzajemnego w całości, kwestionowali wysokość odszkodowania i podnieśli zarzut przedawnienia zgłoszonego przez pozwaną (powódkę wzajemną) roszczenia z tytułu kary umownej, wskazując, że skoro zgodnie z treścią art. 656 § 1 k.c. do rękojmi za wady stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło, to roszczenie z tego tytułu, mając na względzie art. 646 k.c., przedawnia się z upływem 2 lat.

Postanowieniem z dnia 21.12.2009 r. Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy przekazał sprawę do rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie.

Wobec ustalenia w toku postępowania przez biegłego sądowego S. K. (1) poniesionej przez pozwaną (powódkę wzajemną) szkody na kwotę 52.141,16 zł brutto, pismem z dnia 14.11.2013 r./data prezentaty/ Wspólnota Mieszkaniowa (...) w W. wniosła o zasądzenie od powodów (pозwanych wzajemnych) kwoty 179.234,12 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od kwoty 148.816,09 zł od dnia wniesienia pozwu wzajemnego do dnia zapłaty oraz od kwoty 30.418,03 zł od dnia zmiany powództwa do dnia zapłaty.

W odpowiedzi powodowie (pozwanie wzajemni) podnieśli, że nie zaistniały przesłanki warunkujące obowiązek zapłaty kary umownej, gdyż Wspólnota nie wyznaczyła skutecznie terminu do usunięcia objętych postępowaniem usterek. Jednocześnie z ostrożności procesowej zgłosili wniosek o miarkowanie kary umownej stosownie do treści przepisu art. 484 § 2 k.c.

Wyrokiem z dnia 23 czerwca 2014 roku Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od pozwanej (powódki wzajemnej) Wspólnoty Mieszkaniowej (...) w W. na rzecz powodów (pozwanych wzajemnych) R. M. i K. O. kwotę 24.070,82 zł wraz z ustawowymi odsetkami od następujących kwot: - 5.400 zł od dnia 15.11.2007 r. do dnia zapłaty; - 5.400 zł od dnia 18.12.2007 r. do dnia zapłaty; - 5.400 zł od dnia 14.01.2008 r. do dnia zapłaty; - 5.400 zł od dnia 11.02.2008 r. do dnia zapłaty; - 2.470,82 zł (słownie: dwa tysiące czterysta siedemdziesiąt złotych 82/100) od dnia 11.03.2008 r. do dnia zapłaty (pkt 1); zasądził solidarnie od powodów (pozwanych wzajemnych) R. M. i K. O. na rzecz pozwanej (powódki wzajemnej) Wspólnoty Mieszkaniowej (...) w W. kwotę 52.141,16 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od następujących kwot: - 21,723,13 zł od dnia 7.05.2009 r. do dnia zapłaty; - 30.418,03 zł od dnia 14.11.2013 r. do dnia zapłaty (pkt 2); oddalił powództwo wzajemne w pozostałym zakresie (pkt 3); kosztami procesu z powództwa głównego obciążył pozwaną (powódkę wzajemną) Wspólnotę Mieszkaniową (...) w W. w 100 %, zaś kosztami procesu z powództwa wzajemnego powodów (pozwanych wzajemnych) R. M. i K. O. w 29,09 %, a pozwaną (powódkę wzajemną) Wspólnotę Mieszkaniową (...) w W. w 70,91%, pozostawiając szczegółowe wyliczenie tych kosztów referendarzowi sądowemu (pkt 4).

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 10.05.2006 r. pomiędzy stronami Wspólnotą Mieszkaniową (...) w W. (zamawiającym) a firmą PPHU (...) s.c. B. O. (poprzednik prawny K. O.) i R. M. (wykonawca) zawarta została umowa, na podstawie której wykonawca zobowiązał się do wykonania remontu elewacji w usytuowanym przy ul. (...) w W. budynku, polegającym m.in. na remoncie dachu, wymianie skorodowanych parapetów i remoncie balkonów. Termin rozpoczęcia robót ustalono na dzień 25.05.2006 r., a ich zakończenia na dzień 30.07.2006 r. Zamawiający zobowiązał się do przekazania budynku wykonawcy, zaś wykonawca do wykonania robót zgodnie ze sztuką budowlaną, przy użyciu nowych materiałów, zgodnie z normami budowlanymi i obowiązującymi przepisami w tym względzie. W umowie strony określiły wynagrodzenie w formie ryczałtu i określiły jego wysokość na kwotę 162.106,82 zł brutto. Zapłata wynagrodzenia miała nastąpić w następujących etapach: 30.000 zł po dostarczeniu na teren budowy materiałów, 40.000 zł po protokolarnym odbiorze prac, zaś 92.106,82 zł miało zostać zapłacone w 17 ratach, z czego 16 rat po 5.400 zł oraz 1 rata w wysokości 5.706,82 zł. Aneks z dnia 20.06.2006 r. strony zmieniły postanowienie dot. wynagrodzenia i ustaliły jego wysokość na kwotę 175.070,82 zł, w rezultacie kwota 92.106,82 zł została zastąpiona kwotą 104.006,82 zł płatną w 20 ratach: 19 rat po 5.400 zł oraz 1 rata w wysokości 2.470,82 zł.

Wykonawca udzielił zamawiającemu gwarancji: 15 lat na szczelność pokrycia dachowego oraz 5 lat na elewację. Jednocześnie strony ustaliły kary umowne: 1) po stronie zamawiającego: - w wysokości 0,12 % wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki w przekazaniu budynku; - w wysokości 5 % wynagrodzenia za wykonanie robót za odstąpienie od umowy z przyczyn niezależnych od wykonawcy; 2) po stronie wykonawcy: - w wysokości 0,12 % wynagrodzenia umownego za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub ujawnionych w okresie rękojmi, liczonych od terminu wyznaczonego na usunięcie wad; - w wysokości 5 % wynagrodzenia umownego za roboty, od których wykonania odstąpiono z przyczyn niezależnych od zamawiającego. W dniu 28.06.2006 r. doszło do protokolarnego odebrania robót, w którym komisja w składzie dwóch członków Zarządu Wspólnoty Mieszkaniowej, Inspektora Nadzoru Budowlanego oraz B. O. wpisała następujące uwagi: „przeciek dachu nad lokalami (...), przeciek pod parapetem 24 oraz pod balkonem 33 + obróbka”.

Wspólnota Mieszkaniowa (...) w W. przekazała wykonawcy należności w wysokości 70.000 zł oraz do października 2007 r. 15 rat po 5.400 zł, tj. 81.000 zł. Ponieważ do w/w czasu poza stwierdzonymi w protokole usterekami ujawniły się kolejne wady, pismem z dnia 3.07.2007 r. Wspólnota wezwała wykonawcę do ich usunięcia. W odpowiedzi na pismo z dnia 3.07.2007 r. wykonawca zobowiązał się do sprawdzenia przyczyn zalewania balkonu 33 oraz usunięcia przecieków parapetu w lokalu nr (...) do dnia 20.09.2007 r. Ponieważ przeprowadzone poprawki objęły tylko w/w usterek i nie przyniosły spodziewanego rezultatu, pismami z dnia 29.11.2007 r. oraz z dnia 27.12.2007

r. Wspólnota poinformowała wykonawcę o wstrzymaniu płatności i przeprowadzeniu ekspertyzy technicznej w celu oceny wykonanych przez powodów (pозwanych wzajemnych) prac. Pierwsza ekspertyza nr (...) wykonana przez J. F. ujawniła usterki w elewacji przy lokalach nr (...), druga z kolei nr (...) sporządzona przez T. D. ujawniła kolejne wady. Wartość koniecznych na listopad 2008 r. napraw została oszacowana przez rzeczoznawcę T. D. na kwotę 21.723,13 zł. Wobec wstrzymania się z przekazaniem należności pieniężnych powodowie (pozwanymi wzajemnymi) kilkakrotnie wzywali pozwaną do zapłaty, jednak pismo z dnia 29.02.2008 r. nie zostało podjęte, a pismo z dnia 9.09.2008 r. - zwrócone z uwagi na nie wskazanie numeru lokalu w adresie. Jeszcze w 2007 r. tj. w dniu 28.02. na mocy aneksu nr (...) do umowy spółki cywilnej PPHU (...) do powodowej spółki w miejsce dotychczasowego współnika B. O. wstąpiła K. O..

Pismem z dnia 18.02.2009 r. Wspólnota wezwała wykonawcę do zapłaty 136.211,29 zł tytułem kary umownej i poniesionej w związku z wadami elewacji szkody (w tym kosztów ekspertyz w łącznej wysokości 9.028 zł). W odpowiedzi (pismo z dnia 26.04.2009 r.) wykonawca wskazał, że termin do naliczania kary umownej nie rozpoczął swojego biegu, gdyż Wspólnota nie wystosowała skutecznego wezwania do usunięcia wad.

Następnie Sąd I instancji wskazał, iż w rezultacie zgłoszonych przez strony wniosków, postanowieniem z dnia 4.05.2011 r. dopuścił w sprawie dowód z opinii biegłego z dziedziny budownictwa na okoliczność ustalenia istnienia ewentualnych wad w wykonanych przez powodów na podstawie umowy z dnia 10.05.2006 r. pracach oraz wysokości kosztu usunięcia tych wad. Przedmiotowa opinia została sporządzona przez biegłego S. K. (1), który na podstawie przeprowadzonej wizji i odkrywek stwierdził widoczne ślady zaciekania i zasolenia na 42 balkonach w budynku przy ul. (...). Wśród przyczyn biegle wymienił: nieszczelność spowodowaną wadliwym położeniem papy izolacyjnej, nieprawidłowym wykonaniem obróbek blacharskich i skorodowaniem dolnej części słupków barierki balkonowych, ponadto biegle stwierdził nieprawidłową grubość wylewki betonowej oraz brak spadku na balkonie w lokalu nr (...). Biegle wskazał, że usunięcie w/w wad jest możliwe poprzez rozebranie wszystkich warstw, aż do żelbetowej płyty i wykonanie nowych warstw wraz ze zmianą mocowania balustrad. Koszt usunięcia usterek biegle oszacował na kwotę 52.141,16 zł. Na skutek zgłaszanych sukcesywnie przez powodów (pозwanych wzajemnych) zastrzeżeń biegle wydał opinie uzupełniające, w których wskazał, że co prawda nie istniał szczegółowy zakres robót, tylko opis prac do wykonania, jednak to wykonawca powinien wiedzieć w jaki sposób przeprowadzić prace remontowe. Ponadto biegle podał, że nie można jednoznacznie stwierdzić, czy istniejąca korozja słupków powstała przed, czy po przeprowadzeniu robót, jednak nawet przy założeniu, że barierki były skorodowane podczas przeprowadzania prac, to prawidłowe i zgodne ze sztuką budowlaną było ich oczyszczenie i zabezpieczenie antykorozyjne. Biegle wskazał również, że nie miał takich spostrzeżeń, by zamontowane przez lokatorów osłony na balkonach utrudniały odpływ wody, jak również zaprzeczył, by przeprowadzone przez niego odkrywki były źródłem przecieków, gdyż zostały zabezpieczone. Odnosząc się do powoływanego przez powodów (pозwanych wzajemnych) Poradnika majstra budowlanego biegle stwierdził, że zawarte w Poradniku rozwiązania są prawidłowe, jednak prawidłowe nie były zastosowane przez powodów technologie, gdyż aż w 42 balkonach stwierdzono przecieki.

W oparciu o powyższe ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy uznał powództwo główne w całości za zasadne, natomiast powództwo wzajemne było w ocenie Sądu zasadne w części.

Sąd I instancji miał na uwadze, że na podstawie umowy z dnia 10.05.2006 r. powodowie (pozwanymi wzajemnymi) zobowiązali się do przeprowadzenia prac remontowych dachu i elewacji w tym parapetów i balkonów budynku położonego przy ul. (...) w W. zgodnie ze sztuką budowlaną, zaś pozwana (powódka wzajemna) do przekazania powodom (pозwanym wzajemnym) terenu budowy i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Analiza treści w/w umowy prowadzi do wniosku, że jest to umowa o roboty budowlane.

Wprawdzie, jak zaznaczył Sąd, do umowy o roboty budowlane mają zastosowanie niektóre przepisy dotyczące umowy o dzieło (art. 656 k.c.), jednak przepisu art. 646 k.c. dotyczącego przedawnienia roszczeń z umowy o dzieło nie stosuje się, ani odpowiednio, ani przez analogię do roszczeń wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o roboty budowlane. W sprawach tych mają bowiem zastosowanie ogólne normy z art. 118 k.c. i art. 120 k.c.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy stwierdził, że wbrew twierdzeniu powodów (pозwanych wzajemnych), pozwana (powódka wzajemna) nie uchybiła terminowi do wniesienia powództwa wzajemnego w sprawie, a zarzut przedawnienia jest w tym względzie bezpodstawny.

Odnosząc się do kwestii zgłoszonych przez strony roszczeń Sąd I instancji przypomniał, że powodowie (pозwani wzajemni) zgłosili żądanie zasądzenia od pozwanej (powódki wzajemnej) brakującej kwoty wynagrodzenia za przeprowadzone prace remontowe w łącznej wysokości 24.070,82 zł, zaś pozwana (powódka wzajemna) zgłosiła roszczenie zasądzenia od powodów (pозwanych wzajemnych) kwoty 179.234,12 zł tj. 118.064,96 zł tytułem kary umownej oraz 61.169,16 zł tytułem odszkodowania za poniesioną przez pozwaną (powódkę wzajemną) szkodę, w tym 9.028 zł tytułem zwrotu wydatków związanych z przeprowadzeniem ekspertyz technicznych. Niewątpliwie zatem na podstawie umowy z dnia 10.05.2006 r. strony niniejszego postępowania stały się względem siebie jednocześnie wierzycielami i dłużnikami.

Powodowie (pозwani wzajemni) wykonali objęte umową oraz aneksem z dnia 20.06.2006 r. roboty, a pozwana (powódka wzajemna) roboty te odebrała w dniu 28.06.2006 r., stwierdzając istnienie kilku wad, które nie miały istotnego charakteru, gdyż nie spowodowały odstąpienia od umowy. Na podstawie umowy powodowie (pозwani wzajemni) zobowiązali się do usunięcia w/w oraz wad powstałych w czasie 5-letniej rękojmi. Ponieważ powodowie (pозwani wzajemni) nie wykonali napraw zgodnie z oczekiwaniami pozwanej (powódki wzajemnej), Wspólnota wstrzymała się ze spełnieniem części świadczenia wzajemnego tj. zapłaty ostatnich pięciu rat w łącznej wysokości 24.070,82 zł.

Sąd Okręgowy wskazał przy tym, że zastrzeżone w umowie kary umowne przysługiwały pozwanej (powódce wzajemnej) na wypadek zwłoki powodów (pозwanych wzajemnych) w wykonaniu przedmiotu umowy, za odstąpienie od umowy przez wykonawcę z przyczyn niezależnych od zamawiającego oraz za każdy dzień zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub ujawnionych w okresie rękojmi w wysokości 0,12 % wynagrodzenia umownego - liczony od terminu wyznaczonego na usunięcie wad. Ponieważ powodowie (pозwani wzajemni) nie odstąpili od umowy, ani nie opóźnili się z wykonaniem przedmiotu umowy, w dacie po odbiorze robót budowlanych pozwanej (powódce wzajemnej) przysługiwało zatem jedynie roszczenie o zapłatę ewentualnej kary umownej z tytułu zwłoki w usunięciu ujawnionych wad. Ponieważ pozwana (powódka wzajemna) de facto nie wyznaczyła powodom (pозwanym wzajemnym) terminu na usunięcie tych wad, termin do naliczania kary umownej z tego tytułu nie rozpoczął jednak swojego biegu, tym samym brak było podstaw do dokonania ewentualnego potrącenia, gdyż nie znana była wysokość przysługującej pozwanej (powódce wzajemnej) wierzytelności.

Wprawdzie, jak wskazał Sąd Okręgowy, w późniejszym okresie tj. w listopadzie 2008 r. pozwana (powódka wzajemna) dokonała oszacowania kosztów koniecznych napraw elewacji budynku przy ul. (...) na kwotę 21.723,13 zł, jednak nigdy nie złożyła powodom (pозwanym wzajemnym) oświadczenia, o którym mowa w art. 499 k.c.

W świetle powyższych ustaleń Sąd I instancji uznał zgłoszone przez powodów (pозwanych wzajemnych) roszczenie za uzasadnione w całości i zasądził na ich rzecz od pozwanej (powódki wzajemnej) kwotę 24.070,82 zł wraz z ustawowymi odsetkami od wynikających z faktur VAT kwot: 5.400 zł ( (...)) - płatnej do 14.11.2007 r., 5.400 zł ( (...)) - płatnej do 17.12.2007 r., 5.400 zł ( (...)) - płatnej do 11.01.2008 r. 5.400 zł ( (...)) - płatnej do 8.02.2008 r. oraz 2.470,82 zł ( (...)) - płatnej do 10.03.2008 r. Od w/w kwot Sąd zasądził też odsetki ustawowe, licząc od pierwszego dnia po upływie terminu płatności każdej z faktur.

Odnosząc się natomiast do roszczeń zgłoszonych przez pozwaną (powódkę wzajemną) Sąd Okręgowy wskazał, iż podstawą roszczenia o zasądzenie kwoty 118.064,96 zł stanowi § 9 ust. 2 lit. b. umowy o roboty budowlane z dnia 10.05.2006 r. Powołując się na 483 § 1 k.c. Sąd I instancji podkreślił, że zastrzeżona kara jest surogatem należnego poszkodowanemu odszkodowania tj., że zasądzana jest zamiast, a nie obok odszkodowania, co oznacza, iż kara umowna zaliczana jest na poczet odszkodowania, a ewentualne odszkodowanie może zostać przyznane jedynie w przypadku stosowanego zastrzeżenia umownego, gdy poniesiona przez stronę szkoda przekroczy wysokość kary umownej. W § 9 ust. 2. lit. b umowy z dnia 10.05.2006 r. strony zastrzegły, że za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych

przy odbiorze lub ujawnionych w okresie rękojmi wykonawca ponosi karę umowną w wysokości 0,12% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, liczony od terminu wyznaczonego na usunięcie wad. Pozwana (powódka wzajemna) wskazała zaś, że bieg w/w terminu należy liczyć od dnia następnego po dniu wyznaczonym powodom (pozwany wzajemnym) w piśmie z dnia 21.09.2007 r., tj. od dnia 16.10.2007 r. Analiza przedmiotowego pisma prowadziła jednak zdaniem Sądu Okręgowego do wniosku, że na dzień jego sporządzenia stronom znanych było zaledwie kilka wad, tj. przecieki pod parapetem w lokalu nr (...) i zalewanie balkonów w lokalach nr (...), tymczasem pozwem wzajemnym objęte zostały również wady, które ujawniły się w późniejszym okresie. Oznacza to, że nawet przy uznaniu roszczenia pozwanej (powódki wzajemnej) za słuszne w tym zakresie, należałoby rozważyć zasadność miarkowania naliczonej przez Wspólnotę kary, zgodnie ze zgłoszonym przez powodów (pozwanych wzajemnych) wnioskiem w trybie art. 484 § 2 k.c.

Za zasadnością ewentualnego miarkowania przemawiał w ocenie sądu Okręgowego też fakt, że całkowita wartość robót zleconych powodowi określona została ryczałtowo na kwotę 175.070,82 zł, zaś wartość poniesionej przez pozwaną szkody została oszacowana w toku postępowania na kwotę 52.141,16 zł, co oznacza, że powodowie (pozwani wzajemni) wykonali prawidłowo blisko 70% robót objętych umową. Niezależnie od powyższego Sąd I instancji zwrócił uwagę, że pozwana (powódka wzajemna) nie udowodniła, by bieg terminu, o którym mowa w § 9 ust. 2. lit. b umowy z dnia 10.05.2006 r. rozpoczął swój bieg w dniu 16.10.2007 r., gdyż w aktach sprawy brak jest zwrotnego poświadczenia odbioru pisma datowanego na dzień 21.09.2007 r. Ustalenie to uniemożliwia, zdaniem Sądu, przyjęcie założenia, że powodowie (pozwani wzajemni) otrzymali przedmiotowe pismo, tym bardziej, że okoliczności tej nie potwierdza pozostały zebrany w sprawie materiał dowodowy, jak również sami powodowie (pozwani wzajemni), którzy w toku postępowania negowali fakt rozpoczęcia biegu terminu do naliczania kary umownej. Ponieważ również z treści innych pism nie wynika, by pozwana (powódka wzajemna) określiła powodom (pozwany wzajemnym) ostateczny termin na usunięcie wad, należy przyznać słuszność stanowisku powodów (pozwanych wzajemnych), że brak jest podstaw do uwzględnienia powództwa wzajemnego w tym zakresie.

Niezależnie od powyższego, z uwagi na generalny obowiązek naprawienia szkody powstałej na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, Sąd Okręgowy wskazał jednak, iż mógł też uwzględnić żądanie pozwanej zasądzenia odszkodowania na zasadach ogólnych w oparciu o art. 471 k.c.

Zdarzeniem wywołującym szkodę, co jak wskazał Sąd zostało potwierdzone w toku postępowania przeprowadzoną w sprawie opinią biegłego z zakresu budownictwa lądowego S. K. (1), były wadliwie wykonane przez powodów (pozwanych wzajemnych) prace remontowe. W przedłożonych do akt opiniach: głównej i uzupełniających biegły stwierdził widoczne ślady zaciekania i zasolenia na 42 balkonach w budynku przy ul. (...). Wśród przyczyn biegły wymienił m.in. nieprawidłową grubość szlichty, wadliwe położenie papy izolacyjnej, czy nieprawidłowe wykonanie obróbek blacharskich.

Wysokość poniesionej przez Wspólnotę szkody stanowi koszt prac, jakie należałoby przeprowadzić w celu usunięcia wad na elewacji budynku przy ul. (...). Sąd Okręgowy miał na uwadze, że wartość tych prac biegły oszacował na kwotę 52.141,16 zł.

Sąd I instancji wskazał następnie, iż powodowie (pozwani wzajemni) starali się wykazać, że nie ponoszą odpowiedzialności za jakość wykonanych prac elewacyjnych i twierdzili, że nie są w stanie jednoznacznie wskazać przyczyn powstania zacieków. Sugerowali, że jedną z nich może być zbyt cienka warstwa szlichty (wylewki betonowej), zbyt nisko położone na posadzkach balkonów elementy balustrad, których przerobienia zakazała Wspólnota, czy dodatkowo układane przez właścicieli płytki oraz montowanie na dolnej części balustrad plastikowych osłon. Ponadto powodowie (pozwani wzajemni) twierdzili, że korozja słupków balustrad istniała już przed wykonaniem robót remontowych, a także, że na powstałe przecieki wpływ miały przeprowadzone przez biegłego odkrywki. Powodowie (pozwani wzajemni) twierdzili również, że nie dysponowali stosownym projektem w trakcie realizacji prac, a przy wykonywaniu robót posilkowali się wskazaniem zawartymi w Poradniku majstra budowlanego. Powyższe twierdzenia zostały jednakże w ocenie Sądu I instancji skutecznie w toku postępowania obalone.

Co się zaś tyczy kwestii projektowych, to Sąd Okręgowy wskazał, że wprawdzie przeprowadzony w toku postępowania materiał dowodowy potwierdził, że nie istniał szczegółowy zakres robót, a jedynie opis prac do wykonania, co stwarzało sytuację, w której wykonawca mógł wykonać prace w sposób dowolny, niemniej zdaniem Sądu powodowie (pозwani wzajemni) jako profesjonalny podmiot nie mogą skutecznie zgłaszać zarzutu braku właściwej dokumentacji projektowej. Umowa o roboty budowlane jest umową rezultatu i powodowie (pозwani wzajemni) na jej podstawie byli zobowiązani do przeprowadzenia prac remontowych zgodnie ze sztuką budowlaną. Okoliczność, że w trakcie prac posiłowali się wskazówkami zawartymi w Poradniku majstra budowlanego pozostawała w ocenie Sądu I instancji bez znaczenia wobec faktu, że remont - co wykazały opinie biegłego - został przeprowadzony niezgodnie z obowiązującymi w budownictwie normami technicznymi i bez zachowania należytej staranności, tj. brak warstwy izolacyjnej na wymaganej powierzchni elewacji, czy nie usunięcie korozji ze słupków barierki. W świetle powyższego wina powodów (pозwanych wzajemnych) nie budziła zdaniem Sądu wątpliwości, co czyni powództwo w części obejmującej roszczenie odszkodowania w kwocie 52.141,16 zł zasadnym.

Odnosząc się do żądania zasądzenia od powodów (pозwanych wzajemnych) w ramach odszkodowania kwoty 9.028 zł poniesionej przez pozwaną (powódkę wzajemną) w związku z przeprowadzeniem ekspertyz prywatnych, Sąd Okręgowy wskazał z kolei, że żądanie to zasługiwałoby na uwzględnienie, o ile Wspólnota wysokość w/w kwoty potwierdziła stosownymi rachunkami. Tymczasem w aktach brak dowodów potwierdzających, by pozwana (powódka wzajemna) w związku ze zleceniem prywatnych opinii poniosła jakiegokolwiek koszty. Powództwo w tej części nie mogło tym samym podlegać uwzględnieniu.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł w oparciu o art. 98 k.p.c., stosując zasadę odpowiedzialności stron za wynik postępowania, a na podstawie art. 108 k.p.c. pozostawił szczegółowe wyliczenie tych kosztów referendarzowi sądowemu.

Apelację od powyższego wyroku złożyła pozwana/powódka wzajemna - Wspólnota Mieszkaniowa (...) w W., która zaskarżając orzeczenie w części, tj. w pkt 1 oraz w pkt 3 i pkt 4, zarzuciła:

1. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 488 § 2 k.c. w zw. z przepisem art. 647 k.c., poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji uznanie, iż pozwany/powód wzajemny miał obowiązek uiszczyć na rzecz powodów/pозwanych wzajemnych całą kwotę wynagrodzenia z tytułu wykonanych robót, podczas gdy wobec wadliwego wykonania robót budowlanych, pozwany/powód wzajemny był uprawniony do wstrzymania się z zapłatą części wynagrodzenia do czasu naprawy ujawnionych wad, co na gruncie sprawy niniejszej - zgodnie z przysługującym uprawnieniem - zostało przez Wspólnotę prawidłowo uczynione;

2. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 61 § 1 k.c., poprzez błędną wykładnię, skutkującą przyjęciem, iż brak złożenia zwrotnego poświadczenia odbioru pisma pozwanego/powoda wzajemnego z dnia 21 września 2007 roku skutkuje uznaniem, że pismo to nie zostało doręczone powodom/pозwanym wzajemnym, w sytuacji gdy pismo powyższe zostało wysłane listem poleconym na adres powodów/pозwanych wzajemnych, tj. na ul. (...), (...)-(...) M., który to adres wynikał z zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, ponadto był wskazany w umowie łączącej strony, widniał on również na fakturach wystawianych przez powodów/pозwanych wzajemnych, powodowie/pозwani wzajemni posługiwali się nim w korespondencji z pozwanym/powodem wzajemnym, jak również pod tym adresem dotychczas cała korespondencja była skutecznie doręczana, trudno zatem uznać, aby pismo to nie zostało skutecznie doręczone powodom/pозwanym wzajemnym;

3. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 § 1 k.p.c., poprzez przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów i w konsekwencji nieprawidłowe uznanie, iż termin do usunięcia wad nigdy nie został wyznaczony, zatem uprawnienie do naliczenia kary umownej, stosownie do § 9 ust. 2 lit b łączącej strony umowy nigdy nie powstało, podczas gdy analiza materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wskazuje (nawet przy uznaniu, że pismo z dnia 21 września 2007 roku nie zostało skutecznie doręczone powodom/pозwanym wzajemnym), iż termin, w którym wady miały zostać usunięte został wyznaczony, a wady pomimo jego upływu nie zostały przez powodów/pозwanych wzajemnych usunięte;

4. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, tj. art. 229 k.p.c. oraz art. 230 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c., poprzez uznanie, iż pozwany/powód wzajemny nie złożył dowodów potwierdzających, by pozwany/powód wzajemny poniósł jakiegokolwiek koszty w związku ze zleceniem opinii prywatnych załączonych do pozwu wzajemnego, co skutkowało oddaleniem powództwa w tym zakresie, w sytuacji gdy powodowie/pozwani wzajemni w toku postępowania nie zakwestionowali wysokości kwoty dochodzonej w toku niniejszej sprawy przez Wspólnotę z tytułu sporządzonych ekspertyz, ekspertyzy te zostały złożone do akt sprawy, jak również biegły sądowy S. K. (1) w opinii sądowej potwierdził zasadność i wysokość ich poniesienia, a zatem fakt wydatkowania kwoty 9.028 zł z tytułu ekspertyz prywatnych nie wymagał dowodu i koszt ten powinien być zasądzony na rzecz Wspólnoty;

5. naruszenie art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c., polegające na obciążeniu pozwanego/powoda wzajemnego kosztami procesu z powództwa głównego w 100% oraz kosztami procesu z powództwa wzajemnego w 70,91%.

Podnosząc powyższe skarżąca wносиła o zmianę wyroku w zaskarżonej części i w konsekwencji: 1) oddalenie powództwa głównego w całości oraz 2) zasądzenie solidarnie od powodów/pozwanych wzajemnych - K. O. i R. M. na rzecz pozwanego/powoda wzajemnego - Wspólnoty Mieszkaniowej (...) w W. kwoty łącznej/współ z zasądzoną 52 141,16 zł/ 179.234,12 zł wraz z ustawowymi odsetkami od kwoty 148.816,09 zł od dnia wniesienia pozwu wzajemnego do dnia zapłaty oraz od kwoty 30.418,03 zł od dnia zmiany powództwa do dnia zapłaty; 3) zasądzenie solidarnie od powodów/pozwanych wzajemnych na rzecz pozwanego/powoda wzajemnego kosztów procesu z powództwa głównego i wzajemnego, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, wedle norm przepisanych; a także 4) zasądzenie solidarnie od powodów/pozwanych wzajemnych kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, wedle norm przepisanych.

### ***Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.***

Apelacja okazała się częściowo zasadna. Nietrafna była w zakresie roszczenia objętego powództwem głównym. Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne Sądu I instancji, stanowiące podstawę faktyczną tego rozstrzygnięcia, nie były one zresztą przez skarżącą kwestionowane. Niewątpliwie roboty zostały wykonane, lecz wadliwie - w zakresie wyżej wskazanym. W takiej sytuacji /skoro wady nie były istotne i zamawiający nie skorzystał z odstąpienia od umowy na podstawie art. 637§2 k.c. w zw. art. 656 1 k.c./ można żądać obniżenia wynagrodzenia na podstawie przepisów o rękojmi, żądać odszkodowania na zasadach ogólnych /art. 471 i nast. k.c./, względnie rozważyć wstrzymanie się z zapłatą wynagrodzenia w trybie art. 488 § 2 k.c., na który to przepis powołuje się apelująca. Należy zauważyć jednak, iż roszczenie w zakresie odszkodowania z tytułu wad przedmiotowych robót zostało objęte odrębnym żądaniem, które zostało przez Sąd I instancji uwzględnione z powołaniem podstawy art. 471 k.c. W ramach powództwa wzajemnego Sąd zasądził na rzecz skarżącej kwotę 52 141,16 zł, stanowiącą koszt prac jakie należałoby przeprowadzić w celu usunięcia wad na elewacji budynku. Tym samym wspólnota nie miała podstaw do wstrzymywania zapłaty umówionego wynagrodzenia, skoro żądanie dotyczące kosztów usunięcia tychże wad objęła odrębnym roszczeniem. Zarzut naruszenia art. 488§1 k.c. okazał się więc nietrafny.

Skuteczna okazała się natomiast apelacja w zakresie części żądania dotyczącego kar umownych za opóźnienie w usunięciu wad. Należało podzielić zasadność zarzutów zawartych w pkt. 2 i 3 petitum apelacji. Sąd Apelacyjny przyjął zatem ustalenia faktyczne Sądu I instancji za własne z poniższą modyfikacją. Istotnie o ile w sprawie brak jest dowodów, iż wzywano powodów do naprawy usterek w zakresie przecieków przy balkonach, na elewacji /w tym pod parapetem lokalu (...)/ odnośnie wszystkich 42 lokali, które objęła opinia biegłego, to niewątpliwie wykazano, iż były wezwania jeżeli chodzi o lokale (...) odnośnie przecieków pod balkonami, zaś co do tego ostatniego również pod parapetem. Konstatacja taka wynika z korespondencji między stronami oraz zeznań świadków i stron w tym zakresie. Pismo z trzeciego lipca 2007 r. /k-71/ w przedmiocie przecieków w lokalach (...), wyznaczające 7- dniowy termin na usunięcie wad powodowie otrzymali, skoro odpowiedzieli na nie pismem z dnia 1 września 2007 r. /k-75/. Brak jest również podstaw do uznania, iż nie dotarło do powodów kolejne pismo w przedmiocie usterek z dnia 21 września 2007 r., wysłane listem poleconym na adres spółki cywilnej /M., ul. (...)/ zawarty w umowie z dnia 10.05.2006 r. i potwierdzony w piśmie przez samych powodów z dnia 1 września 2007 r. /k-75/, skoro powodowie próbowali usuwać wady w tychże lokalach, strony kontaktowały się co do tych kwestii, co wynika z zeznań świadków /J. S. - k. 139-140, T.



S. - k. 140, S. A. – k. 141, B. O., byłego współnika- k. 142, T. K. –k. 146, B. K. – k. 159/ oraz stron. Oświadczenie zostało złożone zatem w taki sposób, iż strona mogła zapoznać się z jego treścią /art. 61 § 1 k.c./, zaś jej późniejsze zachowanie w przedmiocie podjęcia prób usuwania usterek potwierdza dodatkowo, iż tak ostatecznie było. W tej sytuacji termin na ich usunięcie minął najpóźniej w dniu 15.10.2007 r., która to data została wskazana w tym ostatnim piśmie. Wady nie zostały usunięte, co było bezsporne i wynikało z opinii biegłego S. K.. W związku z powyższym pozwana mogła naliczyć kary umowne za wskazany przez siebie okres na podstawie § 9 ust. 2 b umowy w maksymalnej wysokości 118 064,96 zł /strona powodowa nie kwestionowała prawidłowości wyliczeń jako takich/. Kara należy się bez względu na zakres poniesionej szkody, nawet jeżeli szkoda nie została w ogóle wykazana. Zasadny okazał się jednak w tej sytuacji wniosek powodów o miarkowanie kary na podstawie art. 484 § 2 k.c. Jak trafnie wskazał Sąd I instancji wartość wykonanych robót wynosiła 175 070, 82 zł, wady zostały oszacowane na kwotę 52 141,16 zł, tym samym prace zostały wykonane prawidłowo w 70%. Ponadto skuteczne wezwanie do usunięcia wad dotyczyło jedynie trzech lokali, choć niewątpliwie wady miały dużo szerszy zasięg. W tej sytuacji Sąd Apelacyjny uznał, iż kara w wysokości 118 064,96 zł byłaby zbyt wygórowana, zasadna będzie ona w wysokości 20 %, tj. w kwocie 23 612, 98 zł, która to kwota została zasądzona w wyniku zmiany pkt. 3 wyroku. Odsetki / wobec braku dowodu doręczenia odpisu sprzeciwu, zawierającego pozew wzajemny, a tym samym wezwanie do zapłaty/ zasądzono od dnia 17.12.2009 r., tj. daty pisma powodów/k-98/, stanowiącego odpowiedź na pozew wzajemny.

Niezasadna okazała się natomiast apelacja w części dotyczącej kosztów ekspertyz prywatnych /pkt. 4 petitum apelacji/. Skoro strona powodowa nie wykazała, iż poniosła jakiegokolwiek koszty w tym zakresie, nie dysponowała żadnymi rachunkami ani fakturami w tym przedmiocie, to brak było podstaw do przyjęcia, iż wykazała szkodę, na którą się powołuje.

W związku z powyższym, uznając apelację za jedynie częściowo zasadną Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. oraz art. 385 k.p.c., a także na podstawie art. 100 k.p.c. w zw. art.108 § 1 zd.2 k.p.c. orzekł jak w punktach I i II sentencji, przy czym odnośnie kosztów postępowania za pierwszą instancję określono procentowy udział, w jakim ponoszą je strony adekwatnie do wyniku procesu. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono stosownie do jego wyniku (mając na uwadze, że apelacja okazała się zasadna w 15 %) na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 100 k.p.c. w zw. z § 13 ust 1 pkt 2 w zw. z § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U.2013.461 j.t.).