

Sygn. akt VII ACa 1394/17

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 listopada 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSA Marek Kolasiński

Sędziowie: SA Ewa Stefańska (spr.)

SO del. Magdalena Sajur - Kordula

Protokolant: sekr. sądowy Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 15 listopada 2017 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. w W.

przeciwko J. K. (1)

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 25 stycznia 2016 r., sygn. akt XXVI GC 986/13

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) sp. z o.o. w W. na rzecz J. K. (1) kwotę 10 800 zł (dziesięć tysięcy osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VII ACa 1394/17

UZASADNIENIE

Powód (...) spółka z o.o. z siedzibą w W. wnosił o zasądzenie od pozwanego J. K. (1) na jego rzecz kwoty 5.085.000 zł z ustawowymi odsetkami. W uzasadnieniu powód podał, że powyższej kwoty domaga się tytułem kary umownej w związku z opóźnieniem pozwanego w usunięciu wad robót budowlanych. Jego zdaniem: w przypadku wady zgłoszonej pismem z dnia 7 maja 2012 r. opóźnienie wyniosło 99 dni, co skutkowało obowiązkiem zapłaty kwoty 1.485.000 zł; w przypadku wady zgłoszonej pismem z dnia 14 stycznia 2013 r. opóźnienie wyniosło 17 dni, co skutkowało obowiązkiem zapłaty kwoty 255.000 zł; w przypadku wady zgłoszonej pismem z dnia 18 stycznia 2013 r. opóźnienie wyniosło 2239 dni, co skutkowało obowiązkiem zapłaty kwoty 3.345.000 zł.

Pozwany J. K. (1) wnosił o oddalenie powództwa, podnosząc, że część zgłoszonych wad nie wystąpiła i nie podlegała usunięciu, a część została usunięta w umówionym terminie.

Wyrokiem z dnia 25 stycznia 2016 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo w całości.

Wyrok Sądu Okręgowego został wydany w oparciu o poniższe ustalenia faktyczne i rozważania prawne.

J. K. (1) prowadzi działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana (...). W dniu 25 października 2010 r. pozwany (jako podwykonawca) zawarł z powodem (...) spółką z o.o. z siedzibą w W. (jako generalnym wykonawcą) umowę, której przedmiotem było kompleksowe wykonanie konstrukcji żelbetowej budynku wraz ze ścianami murowanymi zespołu budynków mieszkalnych z garażami podziemnymi i elementami zagospodarowania terenu. Do obowiązków pozwanego należało w szczególności: wykonanie wszelkich prac przygotowawczych, wykonanie wszelkich niezbędnych robót zabezpieczających i tymczasowych, wykonanie wszelkich prac niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy (również tych, których konieczność ujawni się w trakcie realizacji robót, a które można było przewidzieć przed podpisaniem umowy), niezwłoczne zawiadomienie powoda o zauważonych wadach i rozbieżnościach dokumentacji projektowej i opisowej. Zgodnie z § 5 ust. 11 umowy pozwany zapewnił powoda, że zbadał front robót oraz zaakceptował panujące na nim warunki. W § 23 ust. 1 umowy (zmienionej aneksem nr (...)) pozwany udzielił powodowi trzyletniej gwarancji na wykonane roboty, z tym, że termin ten nie mógł się skończyć wcześniej niż trzy lata od daty uprawomocnienia się decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu. Decyzja Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla (...) W. o udzieleniu pozwolenia na użytkowanie budynku mieszkalnego wielorodzinnego została wydana w dniu 30 grudnia 2011 r.

Zgodnie z treścią § 23 ust. 4 umowy (zmienionej aneksem nr (...)) pozwany zobowiązał się do usuwania wszelkich wad i usterek na własny koszt w ustalonym przez strony terminie nie dłuższym niż 30 dni od daty otrzymania pisemnego zawiadomienia, bez względu na rodzaj zgłoszonej wady lub usterki. Zaś zgodnie z treścią § 21 ust. 2 umowy (zmienionej aneksem nr (...)) pozwany został zobowiązany do zapłaty kary umownej w kwocie 15.000 zł za każdy dzień opóźnienia w usunięciu zgłoszonych wad lub usterek.

Pozwany wykonał konstrukcję nośną całego budynku i wypełnienie ścian, natomiast instalacje nie należały do zakresu jego prac. Pozwany wykonał: otwory w stropach, studzienki zbiorcze liniowego systemu odwadniania w części dotyczącej zagłębienia (otworu) tych studzienek, konstrukcję wjazdu do garażu (rampę wjazdową). Natomiast inne firmy na zlecenie powoda wykonały: instalację pompy, nawierzchnię wjazdu do garażu, kratkę odprowadzającą wodę przed wjazdem. Przedmiot umowy został odebrany w dniu 27 kwietnia 2011 r. Uznano, że roboty zgłoszone do odbioru końcowego zostały wykonane w terminie oraz zgodnie z umową, zasadami sztuki budowlanej i dokumentacją projektową. Nie stwierdzono żadnych usterek i wad. Ustalono, że termin gwarancji i rękojmi rozpoczyna bieg z dniem 27 kwietnia 2011 r.

Pismem z dnia 7 maja 2012 r. powód zgłosił pozwanemu wady w postaci przecieków ze ścian zewnętrznych na poziomie garaży -1 oraz podsiąkania wody z płyty dennej na poziomie 2 przy komórkach lokatorskich. Wyzначył termin ich usunięcia do dnia 28 maja 2012 r., jednakże nie wskazał pozwanemu szczegółowej lokalizacji usterek.

W dniu 17 maja 2012 r. zatrudniony u pozwanego kierownik robót gwarancyjnych J. G. (1) wraz z pracownikiem S. D. - w obecności S. B. i A. K., przedstawiciele firmy (...) (jako wykonawcy elementów budowlanych, których zgłoszenie dotyczyło) - dokonali przeglądu podziemnej części budynku. W trakcie przeglądu ustalono niewystępowanie przecieków, które mogłyby być przedmiotem zgłoszenia. Oględziny powtórzone z tym samym skutkiem w dniach 24 i 25 maja 2012 r. W dniu 24 maja 2012 r. w oględzinach brał udział przedstawiciel powoda M. M. (1). O wynikach oględzin został poinformowany przedstawiciel powoda D. O., który pełniąc funkcję kierownika projektu dokonał zgłoszenia usterek. D. O. odmówił podpisania pisma sporządzonego przez J. G. (1), w którym stwierdzono brak usterek, a także odmówił dokonania osobiście przeglądu miejsc, których jego zgłoszenie dotyczyło.

W dniu 25 maja 2012 r. przedstawiciele pozwanego i firmy (...) sporządzili protokół oględzin oraz wykonali dokumentację zdjęciową. Z protokołu wynika, że w trakcie oględzin: nie stwierdzono przecieków przez strukturę zewnętrzną ścian fundamentowych, nie stwierdzono infiltracji wody gruntowej przez konstrukcję płyty dennej, zawilgocenie ścian zewnętrznych było efektem kondensacji pary wodnej z powietrza wskutek różnicy temperatur. Efekt zawilgocenia uwidaczniał się w szczególności na tynkach gipsowych, które zastosowano w pomieszczeniach. Stwierdzono, że występujące zawilgocenie ścian zewnętrznych jest efektem kondensacji pary wodnej z powietrza wskutek różnicy temperatur oraz braku docelowej ilości wymian powietrza. Efekt tego zawilgocenia był widoczny na tynkach gipsowych, które nieprawidłowo zastosowano w pomieszczeniach o zaniżonej cyrkulacji powietrza.

Występująca woda w strefie pod posadzkowej była efektem braku uszczelnienia tej strefy od strony studzienek zbiorczych liniowego odwodnienia systemu A.. Stwierdzono: spływ kondensatu ze ścian, nieszczelność w rejonie czerpni powietrza - woda opadowa, błędne korzystanie z zaworów czerpalnych, nieskuteczność uszczelnienia styku posadzki z konstrukcją budynku, styków dylatacji, nieszczelność liniowego systemu odwodnienia.

Na skutek oględzin uznano, że żadna z przyczyn zawilgocenia nie pozostawała w związku przyczynowo-skutkowym z robotami wykonywanymi przez pozwanego. Skutkiem tych ustaleń było stwierdzenie braku przesłanek do prowadzenia przez pozwanego jakichkolwiek robót o charakterze naprawczym, o czym poinformowano powoda. W przedmiotowej nieruchomości występował problem z pompami wody zamontowanymi w studzienkach, które nie działały, co powodowało, że studzienki były zalane wodą pod samą krawędź blachy, która ją zakrywała. Dodatkowo w garażach nie działała wentylacja.

W dniu 14 września 2012 r. odbyło się spotkanie przedstawicieli powoda, pozwanego oraz dalszego podwykonawcy firmy (...). Komisja zgodnie stwierdziła, że aktualnie nie występują żadne przecieki zgłoszone pismem z dnia 7 maja 2012 r. Powód oświadczył, że oczekuje usunięcia skutków zgłoszonych przecieków, natomiast pozwany oświadczył, że nie wykonywał żadnych prac naprawczych. Według biegłego sądowego, na dzień 7 maja 2015 r. nie było możliwe potwierdzenie występowania wad opisanych w piśmie powoda z dnia 7 maja 2012 r.

Pismem z dnia 14 stycznia 2013 r. powód zgłosił pozwanemu wady w postaci przecieków dylatacji na wjeździe do garażu na poziomie -2 oraz ścianach, przeciek na klatce C na poziomie pomiędzy -1 i -2, przeciek w klatce D na poziomie -2, nie określając dokładnie miejsc występowania przecieków. Następnie pismem z dnia 18 stycznia 2013 r. powód zgłosił pozwanemu wady w postaci zawilgocenia ścian w komórkach lokatorskich na poziomie -2 oraz nieszczelność na dylatacjach technologicznych na wjeździe oraz holu garażowym na poziomie -2.

W odpowiedzi na pismo z dnia 14 stycznia 2013 r. pozwany wnosił o zorganizowanie spotkania w celu zlokalizowania usterek, wskazał również, że usterki nie dotyczą zrealizowanego przez niego zakresu robót. W dniu 30 stycznia 2013 r. miało miejsce spotkanie w celu poszukiwania przyczyn zauważonych zjawisk, w którym uczestniczyli: w imieniu pozwanego - J. K. (1), M. M. (2), J. G. (1), S. D. i S. B., w imieniu powoda - M. M. (1), G. K., J. K. (2). W czasie oględzin ustalono: (1) w zakresie przesiąków przez ściany powód stwierdził zawilgocenie ścian na dylatacjach, według pozwanego nastąpiło rozszczelnienie dylatacji na poziomie stropu zero, o czym świadczą ślady wykonywanych napraw; (2) stwierdzono zawilgocenie tynków na styku ściany konstrukcyjnej ze ścianą murowaną na klatce C; według ustaleń powód miał usunąć tynk w miejscu zawilgocenia, a wykonawca stwierdzić przyczyny zawilgocenia ściany w terminie ustalonym z powodem; przy stwierdzeniu przecieku od konstrukcji wykonanie naprawy i odtworzenie stanu pierwotnego miało należeć do pozwanego; (3) stwierdzono zawilgocenia na pasie przy posadzkowym ścian wewnętrznych pionu komunikacyjnego klatki schodowej D; według stanowiska pozwanego zawilgocenia spowodowane były obecnością wody w strefie pod posadzkowej z przyczyn niezależnych od pozwanego, zaś według powoda występuje nieszczelność płyty dennej na tym obszarze; (4) stwierdzono zawilgocenie ściany rampyjazdowej na poziomie -2; ustalono, że pozwany oczyści rejon zawilgocenia i podejmie działania w celu usunięcia przyczyn i skutków przesiąków wody, sposób naprawy miał zostać określony po odkrywe; (5) stwierdzono zawilgocenie ścian murowanych w komórkach w wyniku podciągania wody spod warstw posadzkowych; (6) powód stwierdził zawilgocenia na dylatacji przy wjeździe do garażu na poziomie -2; pozwany stwierdził, że wykonana dylatacja jest szczelna, natomiast widoczne zawilgocenia mogą być spowodowane przyczyną nieszczelnej izolacji poziomej niewykonywanej przez pozwanego.

Pozwany przystąpił do dokonywania napraw gwarancyjnych w klatce C i na dylatacji na ścianie na zjeździe do garażu na poziom -2, poprzez dokonanie odkrywki i dokonanie iniekcji żywicznej poprzez packery. W ten sposób uszczelniono ściany i przecieki zniknęły. Natomiast w klatce D pozwany nie dokonywał napraw, a jedynie dokonał sprawdzenia, skąd gromadzi się woda. W tym celu za zgodą powoda dokonano odkrywki dookoła klatki D i okazało się, że woda płynie spod posadzki do klatki D. W piśmie z dnia 19 lutego 2013 r. pozwany poinformował powoda o ustaleniach dotyczących wad zgłoszonych pismem z dnia 14 stycznia 2013 r. oraz przystąpieniu do prac naprawczych, co miało miejsce w dniu 12 lutego 2013 r., po uzyskaniu przez powoda zgody wspólnoty mieszkaniowej na dokonanie napraw

i udostępnieniu frontu robót. Pozwany poinformował powoda o następujących działaniach: (1) usunięcie przecieku na klatce C pomiędzy poziomami -1 oraz -2; pozwany zerwał tynk, po czym przedstawiciele pozwanego, powoda oraz NORMA-BUD dokonali oględzin pęknięć; stwierdzono rysy szerokości ok. 0,3 mm - 0,5 mm i ustalono wykonanie iniekcji żywicznej; firma (...) przystąpiła do uszczelnienia zlokalizowanych rys; w piśmie przedstawiono technologię naprawy, ustalając termin zakończenia prac na dzień 5 marca 2013 r.; odbiór prac zgłoszono na dzień 7 marca 2013 r.; (2) w odniesieniu do przecieku na wjeździe do garażu przez ściany na poziomie -2, firma (...) przystąpiła do robót uszczelniających w miejscu przesiąków; termin zakończenia prac oraz ich odbioru wskazano na dzień 28 lutego 2013 r.

W powołanym piśmie pozwany odniósł się także do pozostałych zgłoszonych usterek. Odnośnie zgłoszonego przecieku przez dylatację na wjeździe do garażu wskazał, że nie miał on miejsca, zaś zawilgocenie spowodowane było nieszczelnością izolacji poziomej. W odniesieniu do przecieku na klatce D stwierdził, że zgłoszenie usterki było nieprecyzyjne poprzez brak wskazania elementu konstrukcji, w którym nastąpił przeciek, oraz jego przyczyny. Pozwany zajął także negatywne stanowisko co do twierdzenia powoda, że zawilgocenie ścian było spowodowane nieszczelnością płyty dennej. Wskazał, że rzeczywistą przyczyną stwierdzonych nieszczelności jest zaleganie wody pod posadzkami, co nie dotyczy prac wykonywanych przez pozwanego. Do pisma został załączony materiał zdjęciowy. Koszt naprawy przez pozwanego usterki występującej w klatce C wyniósł 3.840 zł, natomiast zakres prac dotyczących dylatacji w stropie nad wjazdem do garażu nie należał do pozwanego.

W celu poszukiwania przyczyn pojawiania się wilgoci w obszarze garażu podziemnego na poziomie -2, w dniach 24 kwietnia i 15 maja 2013 r. dokonano kolejnego przeglądu technicznego budynku. W trakcie oględzin stwierdzono, że: na poziomie -2 pod posadzką występuje woda, która spowodowała zawilgocenia tynków gipsowych ścian w klatce na wysokość ok. 30 cm; w międzyczasie na ścianach w pasie ok. 30 cm nad posadzką poziomu -2 odkuto zawilgocone tynki; w klatce schodowej D na poziomie -2 wykonano otwór rewizyjny w ścianie zamykającej przestrzeń pod ostatnim spocznikiem i biegiem klatki schodowej oraz postanowiono prowadzić obserwacje przez kilka tygodni; przez otwór zaobserwowano, że na posadzce stoi woda, przy czym jej ilość na przestrzeni ostatnich 6-ciu tygodni nie uległa większej zmianie. Po wielotygodniowej obserwacji stwierdzono, że stan klatki D na poziomie kondygnacji -2 jest stabilny i nie ulega zmianom. Poziom wody widoczny na płycie fundamentowej pod schodami ulegał nieznacznym wahaniom, co pozostawało bez wpływu na stan zawilgocenia ścian stojących bezpośrednio na tej płycie (ścian okalających klatkę schodową). Podczas przeglądu obecny był przedstawiciel powoda G. K., jednakże odmówił udziału w spisaniu protokołu podsumowującego wyniki i nie zajął żadnego stanowiska w sprawie zawilgoceń.

Z opinii biegłego sądowego wynika, że na poziomie -2 na ścianach murowanych z cegły silikatowej w dolnych partiach występują ślady wskazujące na kapilarne podciąganie wody spod posadzki w hali garażowej. Nieszczelne są studzienki odwodnienia posadzki na poziomie -2, co potwierdza możliwość napływu wody przez nieszczelne wcześniej przejście przyłącza c.o. do budynku. Czerpnie powietrza dla garażu mają otwory wlotowe tuż przy poziomie terenu, co sprzyja wpływaniu wody opadowej do tych czerpni. Nie dokonywano żadnych napraw płyty dennej obiektu, nie występują przecieki wody przez płytę denną. Odnośnie dylatacji w strefie wjazdu na poziom -2, przecieków nie ma.

Pismem z dnia 28 lutego 2013 r. powód zgłosił pozwanemu wadę w postaci nieszczelności na ścianie zewnętrznej wjazdu do garażu na poziomie -2 oraz zawilgocenia ściany na klatce schodowej B poziom -1 na -2. Pismem z dnia 18 listopada 2013 r. powód wezwał pozwanego do zapłaty kwoty 5.085.000 zł tytułem kary umownej.

Stan faktyczny sprawy Sąd Okręgowy ustalił na podstawie dowodów z dokumentów, zeznań świadków: M. M. (1), J. K. (2), G. K., S. D., J. G. (2), J. J., M. M. (2), A. K., P. R., a także opinii biegłego sądowego mgr inż. M. K.. Zeznania świadków: J. K. (2), G. K., S. D., J. G. (2), J. J., M. M. (2), A. K., P. R. zostały ocenione jako wiarygodne całkowicie lub w większej części. Natomiast Sąd pierwszej instancji ocenił jako tylko częściowo wiarygodne zeznania świadka M. M. (1), albowiem były one sprzeczne z zeznaniami pozostałych świadków. Ponadto Sąd Okręgowy pominął dowód z opinii technicznej T. B. i M. M. (2), zaś przeprowadził dowód z zeznań M. M. (2) w charakterze świadka.

W celu ustalenia istnienia i przyczyn powstania wad zgłoszonych przez powoda w dniach: 7 maja 2012 r., 14 stycznia 2013 r., 18 stycznia 2013 r., Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu kosztorysowania.

W ocenie Sądu pierwszej instancji, opinia biegłego sądowego mgr inż. M. K. została sporządzona w sposób rzetelny, była wyczerpująca i kompletna. Biegły poddał analizie dokumentację dotyczącą inwestycji, a także dokonał oględzin nieruchomości, podczas których powód wskazywał mu miejsca, w których wystąpiły ślady przecieków. W celu wyjaśnienia zarzutów powoda, Sąd Okręgowy dopuścił dowód z ustnej uzupełniającej opinii biegłego. Na rozprawie biegły odniósł się do tych zarzutów i podtrzymał w całości wnioski sformułowane w opinii pisemnej. Według biegłego sądowego zgłoszenie wady wymaga precyzyjnego opisu miejsca jej występowania oraz wskazania jej przypuszczalnej przyczyny, co jest szczególnie istotne w sytuacji, gdy zgłaszający wadę nie dysponuje już obiektem, w którym wada występuje. W celu usunięcia wady gwarant musi uzyskać zgodę aktualnego właściciela obiektu na wejście i musi mieć możliwość bezbłędnej identyfikacji wady oraz miejsca jej występowania.

Biegły sądowy wskazał, że z oświadczenia pozwanego wynika, iż zwracał się on do powoda o wspólną weryfikację usterek. W przypadku zgłoszeń z dnia 14 i 18 stycznia 2013 r. miały miejsce spotkania, natomiast nie doszło na nich do weryfikacji wszystkich usterek, względnie do ustalenia, co stanowi przedmiot zgłoszenia. Do takiej weryfikacji w ogóle nie doszło w przypadku zgłoszenia z dnia 7 maja 2012 r. Biegły podkreślił, że powód nie wskazywał miejsca występowania zgłaszanej wady, opisywał jedynie widoczny jej skutek, zamiast nie jej przyczyny, tj. wady. Aby wywiązać się z obowiązków gwaranta, pozwany próbował ustalić, co stanowi przedmiot zgłoszenia i gdzie wada występuje. Jednakże powód nie był w stanie wskazać ani miejsca występowania zgłaszanych wad, ani nie umiał określić, co stanowi przedmiot wady. Posługiwał się tylko ogólnymi stwierdzeniami, np. zawilgocenie dolnej partii ścian komórek lokatorskich, czy podsiąkanie wody spod posadzki. Biegły wskazał, że w tego typu przypadkach nie chodzi o samo usunięcie skutków zawilgocenia (co można zrealizować poprzez osuszenie ścian i ich przemaalowanie), lecz o wyeliminowanie przyczyny, co wymaga jej ustalenia.

Według biegłego sądowego okoliczność ta uniemożliwiła ustalenie, czy woda wcieka pod posadzkę przez nieszczelności płyty fundamentowej obiektu, za co byłby odpowiedzialny pozwany, czy też wcieka tam z nieszczelnych studzienek odwodnienia posadzki, bądź z innych miejsc, za szczelność których ten pozwany nie ponosił odpowiedzialności. Do czasu usunięcia wszystkich innych przyczyn wciekania wody pod posadzkę nie można skutecznie zarzucać pozwanemu rozszczelnienia się płyty fundamentowej, szczególnie, że poza zawilgoceniem ścian murowanych nie stwierdzono żadnych innych symptomów, które wskazywałyby na wciekanie wody do garażu przez nieszczelną płytę denną. Biegły stwierdził, że podobnie sytuacja wygląda w przypadku pionowej dylatacji pomiędzy zjazdem na poziom -2 a bryłą budynku. Powód dwukrotnie zgłaszał przeciek przez dylatację, jednak nie przedstawił dowodów w postaci fotografii dokumentujących występowanie przecieku. Ponadto biegły wyjaśnił, że uszczelnienie dylatacji nie leżało w zakresie prac wykonywanych przez pozwanego. Co do przecieku w klatce D na poziomie -2, biegły wyjaśnił, że powód wskazał miejsce na płycie fundamentowej, w którym jego zdaniem wykonano uszczelnienie płyty dennej, jednakże nie był w stanie wskazać, kto i kiedy prowadził te prace. Ponadto sam przyznał, że po uszczelnieniu przez pozwanego ścian klatki schodowej od strony garażu, problem wody w tej klatce zniknął. Okoliczność ta podważa wiarygodność twierdzenia, że płyta denna w klatce D była dodatkowo uszczelniana. Natomiast wszystkie pozostałe wady wskazane w przedmiotowych zgłoszeniach zostały przez pozwanego uznane i usunięte.

Według Sądu Okręgowego powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie. W niniejszej sprawie powód domagał się zapłaty kwoty 5.085.000 zł tytułem kar umownych związanych z opóźnieniami pozwanego w usuwaniu wad budynku w okresie gwarancji. Według powoda opóźnienia te dotyczyły trzech zgłoszeń wad: (1) z dnia 7 maja 2012 r. - dotyczącego przecieków ze ścian wewnętrznych w garażu na poziomie -1 oraz podsiąkania wody z płyty dennej na poziomie -2 przy komórkach lokatorskich; (2) z dnia 14 stycznia 2013 r. - dotyczącego przecieku z dylatacji na wjeździe do garażu na poziomie -2 oraz na ścianach, przecieku na klatce C między poziomami -1 i -2 oraz przecieku na klatce D na poziomie -2; (3) z dnia 18 stycznia 2013 r. - dotyczącego zawilgocenia ścian w komórkach lokatorskich na poziomie -2 oraz nieszczelności na dylatacjach technologicznych na wjeździe i w holu garażowym na poziomie -2 budynku. Zdaniem Sądu Okręgowego, podstawową kwestią podlegającą ocenie była okoliczność, czy powyższe zgłoszenia reklamacyjne, zawierające jedynie wskazanie miejsc zawilgoceń oraz podsiąkania wody, były wystarczające do skutecznego zgłoszenia wad, a tym samym powodowały powstanie po stronie pozwanego zobowiązania do ich

usunięcia. Ponadto wyjaśnienia wymagało, czy objęte zgłoszeniami wady dotyczyły prac, które pozwany wykonywał na podstawie łączącej go z powodem umowy o roboty budowlane.

Sąd pierwszej instancji wskazał, że zgodnie z umową zakres prac pozwanego obejmował kompleksowe wykonanie konstrukcji żelbetowej budynku wraz ze ścianami murowanymi zespołu budynków mieszkalnych do poziomu „0”, z garażami podziemnymi i elementami zagospodarowania terenu. Szczegółowy zakres prac został określony w załączniku nr 2 do umowy, który zawierał dwa projekty wykonawcze przekazane podwykonawcy na płytach CD. Na podstawie dowodów z zeznań świadków Sąd Okręgowy ustalił, że pozwany wykonał konstrukcję nośną budynku oraz wypełnienie ścian, zaś wszelkie instalacje nie należały do zakresu jego prac. Pozwany wykonał: otwory w stropach, studzienki zbiorcze liniowego systemu odwadniania w części dotyczącej zagłębienia (otworu) tych studzienek, konstrukcję wjazdu do garażu (rampę wjazdową). Natomiast inne firmy na zlecenie powoda wykonały: instalację pompy, nawierzchnię wjazdu do garażu, kratkę odprowadzającą wodę przed wjazdem. Pozwany udzielił pozwanemu gwarancji wyłącznie na roboty wykonane przez siebie lub działających na jego zlecenie podwykonawców.

Sąd Okręgowy wskazał, że w zgłoszeniu z dnia 7 maja 2012 r. powód poinformował pozwanego o przecieku ze ścian zewnętrznych w garażu na poziomie -1 oraz podsiąkaniu wody z płyty dennej na poziomie -2 przy komórkach lokatorskich. W piśmie tym: nie opisano szczegółowo miejsc występowania rzekomych przecieków; nie zawarto propozycji terminu dwustronnego spotkania i wizji lokalnej w celu sprecyzowania zakresu sugerowanych usterek; ustanowiono dwutygodniowy termin usunięcia usterek, niezgodnie z zapisem § 12 ust. 4 aneksu nr (...) do umowy, który przewiduje, że podwykonawca zobowiązuje się do usunięcia w okresie gwarancyjnym lub rękojmi wad i usterek na własny koszt w terminie ustalonym przez strony, lecz nie dłuższym niż 30 dni od daty otrzymania pisemnego zawiadomienia o ustercie. Według Sądu pierwszej instancji, praktyka zawodowa branży budowlanej i jej profesjonalny charakter nakazuje dokonać dwustronnych ocen, czy rzeczywiście usterki występują, a jeśli tak, to zlokalizowania ich przyczyny, z ustaleniem technologii naprawy, czasookresu prac naprawczych i ostatecznie terminu zakończenia tych prac, biorąc pod uwagę również konieczność ustalenia z właścicielem obiektu możliwych terminów wejścia w celu usunięcia usterek. Ustalanie przez powoda sztywnej daty świadczyło o braku jego rzetelności oraz było sprzeczne z treścią § 12 ust. 4 aneksu nr (...) do umowy.

Według Sądu pierwszej instancji, wszystkie okoliczności wymienione w powyższym piśmie, nazywane przez powoda usterkami, są jedynie opisem zaobserwowanych niepożądanych zjawisk, bez podania dokładnego miejsca ich występowania, co uniemożliwiało szybką ich lokalizację. W takiej sytuacji, bez współdziałania przedstawicieli powoda nie było możliwe ustalenie miejsca lokalizacji zgłoszonych w piśmie usterek. Dopiero na spotkaniu w dniu 17 maja 2012 r. powód wskazał miejsca, gdzie zaobserwował niepożądane zjawiska. Powód już liczył 30 dniowy termin na usunięcie usterek, pomimo że pozwany nie miał jeszcze wiedzy, co ma naprawić. Taką wiedzą nie dysponował także powód, skoro podczas oględzin dokonywanych przez biegłego sądowego nie potrafił wskazać miejsc, w których zaobserwował niepożądane zjawiska, o których pisał w piśmie z dnia 7 maja 2012 r. Wskazywał za to na dylatację pomiędzy konstrukcją pochylni zjazdowej do garażu na poziomie -2 z konstrukcją budynku, co nie było przedmiotem zgłoszenia reklamacyjnego z dnia 7 maja 2012 r. Podczas wizji lokalnej biegły nie był w stanie potwierdzić występowania wad opisanych przez powoda w zgłoszeniu z dnia 7 maja 2012 r., tym bardziej, że powód nie potrafił wskazać miejsc ich występowania, co uniemożliwiło ustalenie, czy jakiegokolwiek prace naprawcze były wykonywane.

Jednocześnie świadkowie zwrócili uwagę na występowanie w budynku czynników w istotny sposób wpływających na zawilgocenie posadzki, tj. niesprawnego systemu odwadniania liniowego oraz niedziałającej wentylacji. Biegły sądowy stwierdził, że teza o wykraplaniu się pary wodnej na ścianach zewnętrznych jest wiarygodna, co skutkowało lokalnymi zawilgoczeniami tych ścian, które błędnie można było uznać za przeciek. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku podsiąkania wilgoci z płyty dennej w ściany murowane. Wciekanie wody pod posadzkę hali garażowej na poziomie -2 przez nieszczelne studzienki systemu odwodnienia posadzki na poziomie -2 jest prawdopodobne i mogło spowodować rozlanie się wody po całej powierzchni garażu, w tym do miejsc, w których znajdują się komórki lokatorskie. Z uwagi na fakt, że ściany wykonano z higroskopijnego materiału (silikat) oraz nie zastosowano izolacji odcinającej możliwość podsiąkania wody, zjawisko podsiąkania wody stojącej na płycie fundamentowej uwidacznia się w postaci plam na dolnych warstwach muru. Powyższe wcale nie dowodzi o występowaniu przecieków przez płytę denną. Przyczyny te

najprawdopodobniej leżały u podstaw braku możliwości wskazania podczas oględzin miejsc występowania tych wad. Zdaniem Sądu Okręgowego, wobec jednoznacznych i kategoriycznych wniosków opinii biegłego sądowego, należało uznać, że roszczenie powoda z tytułu kar umownych związanych z rzekomym opóźnieniem pozwanego w naprawie usterki wynikającej ze zgłoszenia z dnia 7 maja 2012 r., nie ma podstaw faktycznych, albowiem zgłoszona usterka nie wystąpiła.

Sąd Okręgowy wskazał, że w zgłoszeniu z dnia 14 stycznia 2013 r. powód poinformował pozwanego o przeciekach dylatacji na wjeździe do garażu na poziomie -2 oraz ścianach, przecieku na klatce C na poziomie pomiędzy -1 i -2, przecieku w klatce D na poziomie -2. W piśmie tym: nie opisano szczegółowo miejsc występowania rzekomych przecieków; nie zawarto propozycji terminu dwustronnego spotkania i wizji lokalnej w celu sprecyzowania zakresu sugerowanych usterek; ustanowiono dwutygodniowy termin usunięcia usterek, niezgodnie z zapisem § 12 ust. 4 aneksu nr (...) do umowy. Pozwany zareagował niezwłocznie na zgłoszenie pismem z dnia 23 stycznia 2013 r., w którym poprosił o ustalenie spotkania w celu zlokalizowania usterek i ustalenia zasadności zgłoszenia, albowiem w związku z jego treścią powziął wątpliwość, czy usterki dotyczą zakresu wykonanych przez niego robót. W dniu 30 stycznia 2013 r. nastąpiły oględziny zgłoszonych usterek. W zakresie przesiąków przez ściany stwierdzono, że prawdopodobna usterka tkwi w dylatacji poziomej stropu nad garażem, a prace te nie należały do zakresu robót pozwanego. Stwierdzono zawilgocenie tynków na styku ściany konstrukcyjnej ze ścianą murowaną na klatce C. Powód miał usunąć tynk w miejscu zawilgocenia, a pozwany stwierdzić przyczyny zawilgocenia ściany w terminie ustalonym z pozwanym. Przy stwierdzeniu przecieku od konstrukcji, wykonanie naprawy i odtworzenie stanu pierwotnego miało należeć do pozwanego. Stwierdzono zawilgocenia na pasie przy posadzkowym ścian wewnętrznych pionu komunikacyjnego klatki schodowej D. Przy czym, według stanowiska pozwanego zawilgocenia spowodowane były obecnością wody w strefie pod posadzkowej z przyczyn niezależnych od pozwanego, zaś według powoda występowała nieszczelność płyty dennej na tym obszarze. Stwierdzono zawilgocenie ściany rampy zjazdowej na poziomie -2 i ustalono, że pozwany oczyści rejon zawilgocenia oraz podejmie działania w celu usunięcia przyczyn i skutków przesiąków wody, przy czym sposób naprawy miał zostać określony po odkrywcach. Stwierdzono zawilgocenie ścian murowanych w komórkach w wyniku podciągania wody spod warstw posadzkowych. Powód stwierdził zawilgocenia na dylatacji przy wjeździe do garażu na poziomie -2, zaś pozwany stwierdził, że wykonana dylatacja jest szczelna, natomiast widoczne zawilgocenia mogą być spowodowane przyczyną nieszczelnej izolacji poziomej, niewykonywanej przez pozwanego. W piśmie z dnia 19 lutego 2013 r. pozwany poinformował powoda o dokonanych ustaleniach dotyczących zgłoszonych wad oraz przystąpieniu do prac naprawczych w dniu 12 lutego 2013 r., po uzyskaniu przez powoda zgody wspólnoty mieszkaniowej na dokonanie napraw i udostępnieniu frontu robót. Wady stwierdzone w klatce C i w ścianie na zjeździe do garażu na poziom -2 pozwany usunął w dniu 7 marca 2013 r. Natomiast odnośnie dylatacji w stropie nad wjazdem do garażu, zakres tych prac nie należał do pozwanego.

Zdaniem Sądu Okręgowego należało uznać, że roszczenie powoda z tytułu kar umownych związanych z rzekomym opóźnieniem pozwanego w naprawie usterek wynikających ze zgłoszenia z dnia 14 stycznia 2013 r., nie ma podstaw faktycznych. Zgłoszenie naprawy gwarancyjnej z dnia 14 stycznia 2013 r. pozwany otrzymał w dniu 18 stycznia 2013 r., nieuzasadnione jest zatem liczenie okresu naprawy od dnia sporządzenia pisma. Ponadto treść zgłoszenia nie wskazywała bezpośrednio na wadę robót budowlanych wykonywanych przez pozwanego. Powód ponownie przerzucił na pozwanego ciężar znalezienia przyczyn usterek, a ponadto nie chciał z nim współpracować. Merytoryczne ustalenia zostały dokonane między stronami dopiero w dniu 30 stycznia 2013 r., kiedy powód zobowiązał się do wykonania odkrywek w klatce C w celu zlokalizowania ewentualnej nieszczelności. Wykonanie odkrywek było możliwe po uzyskaniu zgody wspólnoty mieszkaniowej i nastąpiło to dopiero w dniu 12 lutego 2013 r., więc zgodnie z zasadami uczciwości kupieckiej i zasadami współżycia społecznego dopiero od tej daty można liczyć 30-dniowy termin do wykonania napraw gwarancyjnych. Pozwany wykonał naprawę w klatce C w dniu 7 marca 2013 r., a więc zmieścił się w umówionym terminie, co czyni bezzasadnym domaganie się przez powoda zapłaty kary umownej.

Sąd Okręgowy podkreślił, że wykonanie napraw gwarancyjnych nie było możliwe we wcześniejszym terminie bez współdziałania powoda jako generalnego wykonawcy inwestycji i pozwany nie może być obciążony skutkami jego zaniechań. Przepis art. 354 § 2 k.c. nakłada na wierzyciela obowiązek współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania.

Uchylenie się od obowiązku współdziałania lub zwłoka wierzyciela prowadzi do zniesienia odpowiedzialności dłużnika, w szczególności brak współdziałania wyłącza możliwość uznania opóźnienia w spełnieniu świadczenia za zwłokę dłużnika. Ponadto wskazał, że według opinii biegłego ślady wskazane przez powoda jako miejsca napraw są mało wiarygodnym dowodem na przeciek wody przez płytę fundamentową.

Zdaniem Sądu Okręgowego również roszczenie powoda z tytułu kar umownych związanych z rzekomym opóźnieniem pozwanego w naprawie usterek wynikających ze zgłoszenia z dnia 18 stycznia 2013 r., nie ma podstaw faktycznych. W zgłoszeniu tym powód poinformował pozwanego o zawilgoceniu ścian w komórkach lokatorskich na poziomie -2 i nieszczelności na dylatacji technologicznej na wjeździe oraz przestrzeni garażowej. Powód ponownie wskazał ogólnikowo miejsca, gdzie zauważył niepożądane zjawiska. Według Sądu pierwszej instancji zgłoszone wady pozostawały bez związku przyczynowo-skutkowego z robotami budowlanymi wykonanymi przez pozwanego, co zostało stwierdzone w trakcie oględzin w dniu 30 stycznia 2013 r. Nie zostały ustalone jednoznaczne przyczyny występowania zjawisk niepożądanych, zaś sama informacja o występowaniu w obiekcie nieprawidłowości nie może być uznana za skuteczne zgłoszenie usterki. Pozwany ponosi odpowiedzialność za szczelność części podziemnej budynku wyłącznie do poziomu stropu nad kondygnacją poziomu -1. Za hydroizolację na poziomie stropu -1 oraz styk stropu na tym poziomie ze ścianami odpowiada inny wykonawca. Wykonana przez pozwanego podziemna część budynku w tzw. technologii „białej wanny” jest szczelna. Przesiąki wody spod posadzki na poziomie -2 są prawdopodobnie skutkiem występowania wody pod posadzką na poziomie -2, która nanoszona jest do garażu w okresach opadów, a także wcieka przez nieszczelne przejścia wszystkich instalacji przez ściany zewnętrzne, które zostały zamontowane bez tulei, co nie gwarantuje ich szczelności oraz przez szachty wentylacyjne wyrzutni powietrza i nieszczelnych czerpni powietrza. Woda mogła również wciekać z przepelnionych studzienek odwodnienia liniowego, ponieważ nie działały pompy, co zostało potwierdzone dowodami z zeznań świadków. Ponadto świadkowie wskazywali na zawilgocenia będące wynikiem prawdopodobnego rozbryzgu wody przy zaworach czerpalnych.

Z opinii biegłego sądowego wynika, że w czasie wizji nie wskazano żadnego miejsca nieszczelności, czy napraw wcześniejszej nieszczelności płyty dennej obiektu. Wskazywanie na takie nieszczelności poprzez wykazanie, że woda stojąca na płycie dennej obiektu powodowała zawilgocenie ścian komórek lokatorskich, nie jest wystarczające do wnioskowania o nieszczelności płyty. Biegły uzasadnił swoje stanowisko wskazując na istotne okoliczności, które musiałyby towarzyszyć pęknięciu płyty dennej, a które nie wystąpiły w przedmiotowym budynku. Biegły ponadto wykluczył wyciek wody z dylatacji pionowej, za której szczelność odpowiedzialność ponosił pozwany. W konsekwencji biegły wskazał, że brak było podstaw do uznania zgłoszenia z dnia 18 stycznia 2013 r.

Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Zdaniem Sądu pierwszej instancji ustawowa konstrukcja kary umownej nie opiera się na mechanizmie gwarancyjnym, lecz na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. Karą umowną może zostać obciążona tylko taka strona, która odpowiada za opóźnienie w spełnieniu świadczenia niepieniężnego, obowiązek jej zapłacenia nie może natomiast spoczywać na stronie zobowiązanej do spełnienia tego świadczenia, jeżeli opóźnienie zostało wywołane przez okoliczności, za które strona nie ponosi odpowiedzialności (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2003 r., sygn. akt III CKN 50/01, LEX nr 784259; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 marca 2004 r., sygn. akt III CK 446/02, LEX nr 585806; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2007 r., sygn. akt III CSK 234/07, LEX nr 487539).

Jak wynika z treści art. 484 § 1 k.c. w związku z art. 471 k.c. konieczną przesłanką naliczenia kary umownej jest zawsze niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Niewykonaniem zobowiązania jest brak spełnienia świadczenia przy jednoczesnym istnieniu okoliczności, wyłączających jego spełnienie w przyszłości. Nienależyte wykonanie zobowiązania ma miejsce wtedy, gdy wprowadzie świadczenie zostanie spełnione, lecz interes wierzyciela nie zostanie zaspokojony w sposób wynikający z treści zobowiązania. Zdaniem Sądu Okręgowego, w niniejszej sprawie świadczenie pozwanego zostało spełnione należycie. Nie może być w szczególności mowy o tym, że pozwany dokonał naprawy klatki C z opóźnieniem, ponieważ naprawy dokonano w wynikającym z umowy (...) -dniowym terminie, liczącym od prawidłowego zgłoszenia reklamacyjnego, tj. udostępnienia pozwanemu placu

budowy w dniu 12 lutego 2013 r. Co do pozostałych zgłoszonych rzekomych wad i usterek, postępowanie dowodowe wykazało, że tych usterek i wad nie było, albo pozwany nie ponosi za te wady i usterek odpowiedzialności, albowiem nie dotyczyły one jego zakresu robót.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie apelację wniósł powód (...) spółka z o.o. z siedzibą w W..

Apelacją powód zaskarżył wyrok w całości, wnosząc o jego zmianę poprzez uwzględnienie powództwa w całości. Powód zarzucił zaskarżonemu orzeczeniu:

1) mające wpływ na treść orzeczenia naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 281 k.p.c. w związku z art. 49 k.p.c. oraz w związku z art. 286 k.p.c. polegające na zaniechaniu wyłączenia biegłego M. K., pomimo że powód zgłosił w tym przedmiocie merytorycznie uzasadnione wnioski oraz pomimo, że w dacie ich zgłoszenia istniały i nadal istnieją powody, które jednoznacznie wskazują na brak bezstronności biegłego w niniejszej sprawie, w szczególności:

a) biegły wydał opinię w innej sprawie toczącej się między stronami niniejszego postępowania, rozpoznawanej przez Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział XXVI Gospodarczy pod sygn. akt XXVI GC 879/12;

b) biegły dokonał w opinii oceny prawnej i to stanu faktycznego wytworzonego wyłącznie przez siebie i to na korzyść pozwanego, m.in. poprzez przyjęcie, że „roszczenie powoda dotyczące przekroczenia jednostronnie przez niego ustalonego terminu (...), jest bezzasadne” (str. 12 opinii); „brak podstaw do uznania zgłoszenia z dnia 18.01.2013 r. za zasadne zgłoszenie wykonania robót przez pozwanego. W tej sytuacji nie ma mowy o osuwaniu tych wad, a tym bardziej o niedotrzymaniu terminu na ich usunięcie” (str. 14 opinii); „Tak więc powodowi nie przysługuje prawo do naliczenia kar za niedotrzymanie wyznaczonych jednostronnie przez powoda terminów na usuwanie usterek” (str. 16 opinii);

c) biegły jawnie faworyzował, a wręcz był rzecznikiem pozwanego w sporządzonej opinii z dnia 17 maja 2015 r.;

d) biegły wskazał w opinii nieistniejące okoliczności, jak np.: rzekome oświadczenia powoda złożone podczas oględzin (w tym zakresie powód złożył zastrzeżenie do protokołu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2016 r.);

e) biegły nie uwzględnił wniosków powoda o wyznaczenie terminu oględzin na normalny dzień roboczy;

2) mające wpływ na treść wydanego orzeczenia naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 217 § 1 i 2 k.p.c. w związku z art. 278 § 1 k.p.c. i art. 290 § 1 k.p.c. polegające na nie uwzględnieniu wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego (instytutu naukowego), pomimo że istotne dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności nie zostały wyjaśnione przez biegłego M. K., gdyż jego opinia nie odpowiada na pytanie postawione przez Sąd pierwszej instancji oraz nie spełnia podstawowych wymagań stawianych opinii biegłego, w szczególności zaś przedmiotowa opinia:

a) jest niekompletna, nierzetelna oraz oderwana od zgromadzonego materiału dowodowego,

b) oparta jest wyłącznie na oświadczeniach pozwanego,

c) nie zawiera jakichkolwiek wiadomości specjalistycznych i sprowadza się wyłącznie do wskazywania faktów (nota bene nieistniejących), a nie ich oceny z wykorzystaniem wiedzy specjalistycznej (w tym zakresie powód złożył zastrzeżenie do protokołu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2016 r.);

3) mające wpływ na treść wydanego orzeczenia naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. polegające na dowolnej ocenie zgromadzonych dowodów:

a) w zakresie opinii biegłego M. K. poprzez jej bezkrytyczne przyjęcie, w szczególności poprzez przyjęcie ustaleń dokonanych przez biegłego w zakresie stanu faktycznego za ustalenie własne Sądu pierwszej instancji, mimo że:

- i. przedmiotem opinii biegłego nie jest przedstawienie faktów, lecz ich ocena na podstawie wiedzy fachowej,
- ii. ustalenia faktyczne poczynione przez biegłego są sprzeczne z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie oraz oparte są wyłącznie na twierdzeniach i oświadczeniach pozwanego bez jakiegokolwiek ich analizy,
- iii. opinia jest niekompletna z uwagi na fakt, że w zakresie oceny dokumentacji projektowej biegły oceniał wyłącznie technologię białej wanny, a nie całość robót wykonywanych przez pozwanego na przedmiotowej inwestycji,
- iv. opinia jest jednoznacznie nieobiektywna i stronnicza co przejawia się w tym, że wszystkie, ale to wszystkie ustalenia poczynione w opinii są oparte tylko i wyłącznie na niepopartych jakąkolwiek dokumentacją twierdzeniach i oświadczeniach pozwanego;

b) w zakresie zeznań świadka M. M. (1) poprzez:

- i. przyjęcie, że świadek wskazał, jakoby przeciek w okolicach dylatacji w stropie nad wjazdem do garażu nie był zawiniony przez pozwanego, podczas gdy w zeznaniach świadka takiego oświadczenia brak,
- ii. całkowite pominięcie zeznań tego świadka z rozprawy z dnia 28 sierpnia 2014 r. godz. od 12:52, w których świadek zeznał, że na spotkaniu w dniu 24 maja 2012 r. wskazał przecieki widoczne na ścianach garażu („było widać ewidentnie na ten dzień, jaka jest skala przecieków”) oraz że przedstawiciel pozwanego wykonał dokumentację zdjęciową, której mimo próśb nie przekazał świadkowi,
- iii. całkowite pominięcie zeznań tego świadka z rozprawy z dnia 28 sierpnia 2014 r. godz. od 13:40: „we wrześniu spotkaliśmy się, aby sprawdzić stan czterech przecieków, które K. twierdził, że nie należą do nich, na spotkaniu stwierdzono, iż na dany dzień aktywnych przecieków nie było widać, było widać całą masę skutków, po przeciekach poprzednich, które miały miejsce wcześniej”,
- iv. całkowite pominięcie zeznań tego świadka z rozprawy z dnia 28 sierpnia 2014 r. godz. od 14:33: „chciałbym jeszcze dodać, że w tym czasie, mimo naszej wiedzy jako firmy (...), były prowadzone prace przez firmę (...) na tym budynku”,
- v. całkowite pominięcie zeznań tego świadka z rozprawy z dnia 28 sierpnia 2014 r. godz. od 15:33: „pozwany podjął prace, bez naszej wiedzy, były prowadzone prace na budynku a mimo wszystko twierdził, że nie ma tu żadnych usterek”, co stanowi skrajnie dowolną ocenę dowodów, albowiem zeznania tego świadka jednoznacznie potwierdzają, że pozwany usuwał usterki zgłoszone w piśmie z dnia 7 maja 2012 r., choć oficjalnie nie przyznawał się do tego;

c) poprzez pominięcie dowodu z wydruku wiadomości e-mail od M. M. (1) do D. O. oraz R. M. z dnia 1 sierpnia 2012 r. 11:53 wraz z załącznikami, w szczególności fotografiami, z którego jednoznacznie wynika, że pozwany usuwał wady zgłoszone pismem z dnia 7 maja 2012 r. i do 1 sierpnia 2012 r. ich nie usunął;

4) mające wpływ na treść wydanego orzeczenia naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 278 § 1 k.p.c. polegające na nadaniu opinii sporządzonej przez M. K. waloru opinii biegłego w rozumieniu art. 278 k.p.c., podczas gdy z jej treści wynika, że nie zawiera ona żadnej wartości merytorycznej ani wiedzy specjalistycznej, a jedynie przedstawia oświadczenia i stanowiska strony pozwanej, a nadto nie zawiera nawet fotografii, które pozwoliłyby przynajmniej ustalić, że faktycznie są ślady po naprawach w części obiektu realizowanego przez pozwanego;

5) naruszenie przepisów prawa materialnego w postaci art. 577 § 1 k.c. w związku z art. 471 k.c. poprzez ich niewłaściwą interpretację polegającą na przyjęciu, jakoby to na powodzie jako na uprawnionym z gwarancji spoczywał obowiązek wykazania przyczyn powstania stanu niezgodnego z umową, podczas gdy to obowiązany z gwarancji winien wykazać, że nie ponosi odpowiedzialności za powstałą wadę, tym samym wskazać przyczynę powstania wady inną niż własne działanie lub zaniedbanie;

6) naruszenia przepisów prawa materialnego w postaci art. 65 § 1 k.c. w związku z art. 471 k.c. poprzez wadliwą ocenę oświadczeń woli złożonych przez strony, w szczególności treści § 21 ust. 2 umowy z dnia 25 października 2010 r., zmienionego aneksem nr (...) z dnia 25 października 2010 r., poprzez przyjęcie, jakoby pozwany nie poddał się odpowiedzialności z tytułu kar umownych za opóźnienie w terminowym usuwaniu wad, podczas gdy pozwany jednoznacznie zobowiązał się do usunięcia wad w maksymalnym terminie 30 dni bez względu na rodzaj wady.

W apelacji - na podstawie art. 380 k.p.c. - powód zgłosił wniosek o rozpoznanie postanowienia Sądu pierwszej instancji w zakresie oddalenia jego wniosku o:

a) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z nagrania głosowego przebiegu wizji w dniu 7 marca 2015 r. na okoliczność przebiegu wizji, stanowisk oraz oświadczeń stron w toku wizji oraz braku zbieżności przebiegu wizji z treścią opinii biegłego M. K. z 17 maja 2015 r. (nagranie o długości 1:36:11, na nośniku przenośnym w aktach sprawy);

b) wyłączenie biegłego M. K. (wniosek ten złożony był dwukrotnie);

c) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii instytutu naukowego na podstawie art. 290 k.p.c. w związku z art. 278 § 1 k.p.c. i zlecenie mu przygotowania opinii (np. Politechnice (...) lub Politechnice B.) na okoliczność istnienia oraz przyczyn powstania wad zgłaszanych przez powoda pozwanemu w zgłoszeniach z dnia 7 maja 2012 r., 14 stycznia 2013 r., 18 stycznia 2013 r., w szczególności istnienia śladów po naprawie tych wad;

d) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z oględzin budynku przy ulicy (...) w W. na okoliczność istnienia śladów po naprawach dokonywanych przez pozwanego na przedmiotowym obiekcie, istnienia śladów/skutków wad w wadliwie wykonanych przez pozwanego robotach budowlanych na przedmiotowym obiekcie;

Ponadto powód wniósł - na podstawie art. 381 i 382 k.p.c. - o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

a) z nagrania głosowego przebiegu wizji w dniu 7 marca 2015 r. na okoliczność przebiegu wizji, stanowisk oraz oświadczeń stron w toku wizji oraz braku zbieżności przebiegu wizji z treścią opinii biegłego M. K. z 17 maja 2015 r. (nagranie o długości 1:36:11, na nośniku przenośnym w aktach sprawy);

b) z opinii instytutu naukowego na podstawie art. 290 k.p.c. w związku z art. 278 § 1 k.p.c. i zlecenie mu przygotowania opinii (np. Politechnice (...) lub Politechnice B.) na okoliczność istnienia oraz przyczyn powstania wad zgłaszanych przez powoda pozwanemu w zgłoszeniach z dnia 7 maja 2012 r., 14 stycznia 2013 r., 18 stycznia 2013 r., w szczególności istnienia śladów po naprawie tych wad;

c) z oględzin budynku przy ulicy (...) w W. na okoliczność istnienia śladów po naprawach dokonywanych przez pozwanego na przedmiotowym obiekcie, istnienia śladów/skutków wad w wadliwie wykonanych przez pozwanego robotach budowlanych na przedmiotowym obiekcie;

d) z załączonej do apelacji opinii technicznej z marca 2016 r. na okoliczność: istnienia śladów po wadach w robotach wykonywanych przez pozwanego; istnienia śladów po naprawach w robotach wykonywanych przez pozwanego; niekompletności, nierzetelności opinii biegłego M. K. oraz stronniczości i braku obiektywizmu biegłego M. K. - wyjaśniając, że dowód powstał po 7 marca 2016 r.

Pozwany J. K. (1) wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego. Ponadto wniósł o oddalenie zgłoszonych przez powoda wniosków dowodowych.

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja powoda nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne. Także rozważania prawne Sądu pierwszej instancji są prawidłowe.

Ponieważ ustalony przez Sąd pierwszej instancji stan faktyczny sprawy nie wymagał uzupełnienia, zaś zgłoszone przez powoda w apelacji wnioski dowodowe były zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy, podczas rozprawy odwoławczej Sąd Apelacyjny je oddalił. Wcześniejsze postanowienie Sądu Okręgowego o oddaleniu wniosków dowodowych powoda oraz o oddaleniu wniosku o wyłączenie biegłego, Sąd odwoławczy ocenił jako prawidłowe.

Nie ma racji pozwany zarzucając Sądowi Okręgowemu naruszenie art. 281 k.p.c. w związku z art. 49 k.p.c. oraz w związku z art. 286 k.p.c. polegające na zaniechaniu wyłączenia biegłego M. K.. Zgodnie z treścią art. 281 k.p.c. - aż do ukończenia czynności biegłego strona może żądać jego wyłączenia z przyczyn, z jakich można żądać wyłączenia sędziego. Gdy strona zgłasza wniosek o wyłączenie biegłego po rozpoczęciu przez niego czynności, obowiązana jest uprawdopodobnić, że przyczyna wyłączenia powstała później lub że przedtem nie była jej znana. Przesłanki wyłączenia biegłego są analogiczne jak wyłączenia sędziego i zostały określone w art. 48 i art. 49 k.p.c. W niniejszej sprawie powód powołuje się na przesłankę z art. 49 k.p.c., który stanowi, że sąd wyłącza biegłego na jego żądanie lub na wniosek strony, jeżeli istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego w danej sprawie.

Uzasadniając wniosek powód wskazał na okoliczności, że: biegły wydał opinię w innej sprawie toczącej się między stronami niniejszego postępowania; biegły dokonał w opinii oceny prawnej i to stanu faktycznego wytworzonego wyłącznie przez siebie i to na korzyść pozwanego; biegły jawnie faworyzował, a wręcz był rzecznikiem pozwanego w sporządzonej opinii; biegły wskazał w opinii nieistniejące okoliczności; biegły nie uwzględnił wniosków powoda o wyznaczenie terminu oględzin na normalny dzień roboczy. W ocenie Sądu Apelacyjnego powyższe okoliczności nie świadczą o braku bezstronności biegłego, a więc nie mogły być podstawą jego wyłączenia. Nie było przeszkód, aby biegły sporządził opinię w niniejszej sprawie, pomimo, że wcześniej sporządził opinię w innej sprawie toczącej się między tymi samymi stronami. Analogicznie sędzia może rozpoznawać kolejne sprawy toczące się między tymi samymi stronami i okoliczność ta nie stanowi podstawy jego wyłączenia. O braku bezstronności biegłego nie świadczy również fakt, że nie uwzględnił on wniosku powoda o wyznaczenie terminu oględzin nieruchomości w dzień roboczy, skoro biegły wyjaśnił, że dysponuje on wolnym czasem jedynie w weekendy, albowiem w dni robocze pracuje zawodowo. Powód nie wyjaśnił w sposób przekonujący, na czym miałyby polegać faworyzowanie pozwanego przez biegłego, natomiast ewentualna ocena prawna biegłego nie wiąże sądu, który pomija te części opinii. Co do zasady, celem opinii biegłego nie jest również ustalenie faktów, lecz ich interpretacja z wykorzystaniem wiadomości specjalnych.

Nietrafny jest również zarzut naruszenia art. 217 § 1 i 2 k.p.c. w związku z art. 278 § 1 k.p.c. i art. 290 § 1 k.p.c. polegającego na nieuwzględnieniu wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego (instytutu naukowego), pomimo że istotne dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności nie zostały wyjaśnione przez biegłego sądowego mgr inż. M. K.. Zgodnie z treścią art. 286 k.p.c. - Sąd może zażądać ustnego wyjaśnienia opinii złożonej na piśmie, może też w razie potrzeby zażądać dodatkowej opinii od tych samych lub innych biegłych. Ponadto art. 290 § 1 k.p.c. stanowi, że Sąd może zażądać opinii odpowiedniego instytutu naukowego lub naukowo-badawczego. Jednakże z powołanych wyżej regulacji nie wynika dla sądu obowiązek dopuszczenia dowodu z kolejnej opinii innych biegłych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 kwietnia 2017 r., sygn. akt III UK 96/16, LEX nr 2352149), gdyż decyzja ta należy do sądu, który podejmuje ją w sytuacji, gdy dotychczasowa opinia jest wadliwa. W judykaturze wyjaśniono, że opinia biegłego jest niejasna wtedy, gdy jej wnioski końcowe są nielogiczne, nieścisłe lub obwarowane takimi zastrzeżeniami, iż nie można ustalić, jaki ostatecznie pogląd przyjmuje biegły, a także wówczas, gdy sformułowana jest w sposób tak zawily, że jest niezrozumiała lub gdy jej wnioski końcowe nie znajdują oparcia w badaniach opisanych przez biegłego. Natomiast za opinię niepełną uznać należy taką opinię, która nie uwzględnia lub pomija niezbędne czynności badawcze, co ma wpływ na jej końcowe wnioski lub też nie odpowiada na wszystkie pytania lub zagadnienia wskazane przez sąd w tezie dowodowej (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2017 r., sygn. akt I CSK 142/15, LEX nr 2269098). Zdaniem Sądu Apelacyjnego w przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, albowiem Sąd pierwszej instancji dokonał oceny opinii biegłego sądowego mgr inż. M. K. i uznał ją za rzetelną, wyczerpującą i kompletną. W tej sytuacji niecelowe było dopuszczanie dowodu z opinii kolejnego biegłego (instytutu naukowego), mając na względzie jedynie niezadowolenie powoda z treści dotychczasowej opinii.

Nie ma racji również powód zarzucając Sądowi pierwszej instancji naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. polegające na dowolnej ocenie zgromadzonych dowodów, tj. opinii biegłego sądowego, zeznań świadka M. M. (1), a także pominięcie dowodu z wydruków wiadomości e-mail. W ocenie Sądu Apelacyjnego, w przedmiotowej sprawie stan faktyczny został ustalony przez Sąd Okręgowy prawidłowo, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, która wymaga, aby sąd oceniał materiał dowodowy w sposób logiczny, spójny i zgodny z zasadami doświadczenia życiowego. Należy podzielić utrwalony w orzecznictwie pogląd, że do naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. mogłoby dojść tylko wówczas, gdyby skarżący wykazał uchybienie podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów, tj. regułom logicznego myślenia, zasadzie doświadczenia życiowego i właściwego kojarzenia faktów (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2005 r., sygn. III CK 314/05, LEX nr 172176). Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo wbrew zasadom doświadczenia życiowego nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo - skutkowych, przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 lutego 2007 r., sygn. I ACa 1053/06, LEX nr 298433).

Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem może być jedynie przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie, niż ocena sądu (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 kwietnia 2006 r., sygn. I ACa 1303/05, LEX nr 214251). Tymczasem powód w apelacji ograniczył się do polemiki z ocenami Sądu pierwszej instancji, nie stawiając im przekonujących zarzutów, mogących stać się podstawą uznania rozumowania Sądu Okręgowego za nielogiczne bądź niezgodne z zasadami doświadczenia życiowego, a przez to wadliwe. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku zawarta jest dokonana przez Sąd Okręgowy obszerna i wnikliwa ocena dowodów, która należy uznać za prawidłową. W szczególności Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że zeznania świadka M. M. (1) uznał za częściowo niewiarygodne, z uwagi na ich sprzeczność z zeznaniami pozostałych świadków. Wyjaśnił również obszernie, dlaczego uznał za rzetelną i kompletną opinię biegłego. Natomiast zarzut pominięcia dowodu z wydruków wiadomości e-mail nie mieści się w art. 233 § 1 k.p.c., albowiem pomijając dowód sąd nie dokonuje jego oceny.

Z powołanych wyżej przyczyn niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 278 § 1 k.p.c. polegający na nadaniu opinii sporządzonej przez mgr inż. M. K. waloru opinii biegłego w rozumieniu art. 278 k.p.c., podczas gdy - zdaniem powoda - z jej treści wynika, że nie zawiera ona żadnej wartości merytorycznej ani wiedzy specjalistycznej. Zarzut ten jest wynikiem subiektywnej oceny skarżącego, niezgodnej z obiektywną oceną sądu.

Nie zasługują na uwzględnienie także zarzuty naruszenia prawa materialnego. Nie ma racji powód zarzucając naruszenie art. 577 § 1 k.c. w związku z art. 471 k.c. poprzez ich niewłaściwą interpretację polegającą na przyjęciu, jakoby to na powodzie jako na uprawnionym z gwarancji spoczywał obowiązek wykazania przyczyn powstania stanu niezgodnego z umową, podczas gdy to obowiązany z gwarancji winien wykazać, że nie ponosi odpowiedzialności za powstałą wadę, tym samym wskazać przyczynę powstania wady inną niż własne działanie lub zaniedbanie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wynika, aby Sąd pierwszej instancji podzielił niewiązący go pogląd biegłego sądowego i obciążył powoda obowiązkiem wykazania przyczyn powstania stanu niezgodnego z umową. Sąd Okręgowy stwierdził jedynie, że na powodzie spoczywał obowiązek zgłoszenia pozwanemu wad w taki sposób, aby możliwa była ich precyzyjna identyfikacja i odnalezienie miejsc w budynku, w którym one wystąpiły. Natomiast - oparte na treści opinii biegłego sądowego oraz zeznaniach świadków - rozważania Sądu pierwszej instancji o przyczynach powstania wad wiązały się z analizą zagadnienia, czy pozwany ponosi odpowiedzialność za ich powstanie, tj. czy mają one swoje źródło w robotach wykonanych przez pozwanego na podstawie łączącej strony umowy.

Nietrafny jest też zarzut naruszenia art. 65 § 1 k.c. w związku z art. 471 k.c. poprzez wadliwą ocenę oświadczeń woli złożonych przez strony, w szczególności treści § 21 ust. 2 umowy z dnia 25 października 2010 r., zmienionego aneksem nr (...), poprzez przyjęcie, jakoby pozwany nie poddał się odpowiedzialności z tytułu kar umownych za opóźnienie

w terminowym usuwaniu wad, podczas gdy pozwany jednoocznie zobowiązał się do usunięcia wad w maksymalnym terminie 30 dni bez względu na rodzaj wady. Wniosek taki nie wynika bowiem z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Podstawą oddalenia powództwa było ustalenie przez Sąd pierwszej instancji, że część zgłoszonych wad nie powstała (powód nie udowodnił ich istnienia), część zgłoszonych wad nie pozostawała w związku przyczynowo-skutkowym z robotami wykonanymi przez pozwanego (powód nie udowodnił istnienia tego związku), zaś część wad została usunięta przez pozwanego w umówionym terminie (liczonym zgodnie z zasadami uczciwości kupieckiej i zasadami współżycia społecznego od dnia udostępnienia przez powoda terenu budowy, co nastąpiło po zbadaniu przyczyn przecieków i ustaleniu odpowiedzialności pozwanego). Rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego jest prawidłowe. Zobowiązania pozwanego do usunięcia wad „w maksymalnym terminie 30 dni bez względu na rodzaj wady” nie można bowiem interpretować w oderwaniu od całości łączącej strony umowy, a w szczególności w ten sposób, że pozwany był zobowiązany do usunięcia usterek niezależnie od tego, czy ponosi odpowiedzialność za ich powstanie. Ponieważ ustalenie istnienia tej odpowiedzialności wymagało czasu, a zatem zgłoszenie usterek mogło być traktowane jako skuteczne dopiero od momentu, gdy wiadomo było, że to pozwany powinien je naprawić.

Podstawą orzeczenia Sądu Apelacyjnego był art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c.