

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 kwietnia 2013r.

Sąd Okręgowy w Suwałkach I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSO Dariusz Małkiński
Sędziowie:	SO Mirosław Kowalewski SO Cezary Olszewski (spr.)
Protokolant:	sekr. sądowy Ewa Andryszczyk

po rozpoznaniu w dniu 10 kwietnia 2013 roku w Suwałkach

na rozprawie

sprawy z powództwa **Powiatu (...)**

przeciwko (...) I. (...) **spółce jawnej w S.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego (...) I. (...) spółki jawnej w S.

od wyroku Sądu Rejonowego w Suwałkach

z dnia 7 grudnia 2012r., sygn. akt I C 445/11

I. Oddala apelację;

II. Zasądza od pozwanego (...) I. (...) spółki jawnej w S. na rzecz powoda Powiatu (...) kwotę 1.200 zł (jeden tysiąc dwieście złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego przed Sądem II – giej instancji.

Sygn. akt: I. Ca. 60/13

UZASADNIENIE

Powód Powiat (...) wystąpił przeciwko (...) I. (...) spółce jawnej w S. z pozwem o zapłatę kwoty 16.341,22 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty. Jednocześnie powód domagał się zasądzenia od pozwanego na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu wskazał, iż dochodzona przez niego kwota stanowi karę umowną za zwłokę w usunięciu wad robót budowlanych, wykonania których podjął się wobec niego pozwany. Wady te polegać zaś miały na nieprawidłowym wykonaniu izolacji przeciwwodnej i termicznej w budynku hostelowo-terapeutycznym w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L., skutkiem czego jest zawilgocenie ścian piwnic tego budynku. Powód zastrzegł przy

tym, że całkowita wysokość należnej mu od pozwanego kary umownej wynosi 836.341,22 zł, a dochodzenie części roszczenia warunkowane jest wysokością opłaty od pozwu.

Nakazem zapłaty z dnia 3 listopada 2011 r. w sprawie sygn. akt I. Nc. 1811/11 wydanym w postępowaniu upominawczym Referendarz Sądowy w Sądzie Rejonowym w Suwałkach żądanie powoda uwzględnił w całości.

Od orzeczenia powyższego, pozwany (...)” I. (...) spółka jawna w S. wniósł sprzeciw, zaskarżając je w całości i domagając się oddalenia powództwa oraz zasądzenia od powoda na swoją rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych wraz z kosztami zastępstwa procesowego.

Argumentując swe stanowisko w sprawie pozwany przyznał, iż łączyła go z powodem umowa o roboty budowlane z dnia 26.09.2005 r. Podniósł jednak, że z umowy tej wywiązał się należycie, wobec czego nie zaszyły przesłanki obciążenia go karą umowną. Nie negując faktu występowania zawilgocenia ścian piwnic w budynku hostelowo-terapeutycznym w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L., pozwany kwestionował, by odpowiedzialność za powyższe można było mu przypisać. Zdaniem pozwanego przyczyna zawilgocenia leżała nie w sposobie wykonania izolacji przeciwwilgociowej, lecz w jej typie przewidzianym w dokumentacji technicznej sporządzonej przez powoda jako zamawiającego. Dokumentacja ta zakładała mianowicie izolację typu lekkiego podczas gdy struktura geologiczna terenu, na którym budynek Ośrodka jest usytuowany, wymagała zastosowania izolacji typu ciężkiego. Krańcowo pozwany podnosił, że izolacja typu lekkiego przez niego wykonana (i zaakceptowana przez powoda) nie jest obciążona żadnymi wadami; stwierdzone zaś przy wykonaniu odkrywek pofałdowania folii kubelkowej użytej do wykonania tej izolacji powstały na skutek działania osób, za które pozwany nie ponosi odpowiedzialności, a które – już po zakończeniu robót przez pozwanego – wykonywały inne podmioty.

Wydanie wyroku poprzedziły następujące ustalenia faktyczne oraz prawne:

W dniu 26.09.2005 r. Powiat (...) (jako zamawiający) i (...) I. (...) spółka jawna w S. (jako wykonawca) zawarli umowę o wykonanie budowy I etapu budynku hostelowo-terapeutycznego w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L., polegającego na wykonaniu robót budowlanych: stanu zero, stanu surowego otwartego (ściany, część stropów) oraz zabezpieczenia wykonanych elementów konstrukcji parteru przed wpływami atmosferycznymi do czasu II etapu realizacji. Integralną część tejże umowy stanowił harmonogram realizacji robót (stanowiący załącznik nr 1 do umowy) oraz oferta wykonawcy (stanowiąca załącznik nr 2 do umowy). W przedmiotowej umowie zastrzeżono, że roboty stanowiące jej przedmiot winny być zrealizowane zgodnie z dokumentacją techniczną, harmonogramem rzeczowo-finansowym, kosztorysem ofertowym i przepisami prawa budowlanego – z materiałów własnych wykonawcy. Strony umowy przewidziały również, że wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną m.in. za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi w wysokości 1% wynagrodzenia umownego za przedmiot odbioru, za każdy dzień zwłoki licząc od dnia następnego po terminie wyznaczonym na usunięcie wad. Wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy – stosownie do zapisów przedmiotowej umowy – wynosić zaś miała 259.733,30 zł brutto. Końcowo zaś przewidziano, że jakiegokolwiek zmiany i uzupełnienia tejże umowy wymagają pisemnej zgody obu stron i muszą być dokonywane w formie aneksu do umowy, pod rygorem nieważności. Umowa powyższa zawarta została po przeprowadzeniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego.

Załączniki stanowiące integralną część umowy przewidywały wykonanie w budynku hostelowo-terapeutycznym w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L. izolacji przeciwwilgociowej typu lekkiego, przy czym w 3 różnych dokumentach wykonawca odmiennie określił warstwy izolacyjne. I tak, kosztorys inwestorski przewidywał wykonanie izolacji przeciwwilgociowej powłokowej pionowanej na zimno z lepiku asfaltowego (analogicznie izolację tę określono w kosztorysie ofertowym wykonawcy) i izolacji z płyt styropianowych pionowych na lepiku bez siatki metalowej bez sprecyzowania jaki styropian ma być zastosowany (analogicznie izolację tę określono w kosztorysie ofertowym wykonawcy, z jednoczesnym doprecyzowaniem płyt styropianowych na styropian FS 15 grubości 5 cm). Z kolei w opisie technicznym wskazano na izolacje przeciwwilgociowe ścian piwnic w postaci izolbetu i na izolację termiczną ścian fundamentowych w postaci styropianu akstrudowanego grubości 5 cm. Natomiast na przekroju

pionowym budynku przewidziano izolację termiczną w postaci 5 cm styropianu FS 15 oraz izolację przeciwwilgociową w postaci dwóch warstw papy asfaltowej na lepiku. Zapisy żadnego z przywołanych dokumentów nie były przy tym prawidłowe z punktu widzenia sztuki budowlanej. Ponadto, struktura geologiczna terenu, na którym budynek hostelowo-terapeutyczny w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L. jest usytuowany wymagała zastosowania izolacji typu ciężkiego, a nie lekkiego.

Przy wykonywaniu umowy z dnia 26.09.2005 r. wykonawca ((...) I. (...) spółka jawna w S.) zmienił technologię wykonania izolacji przeciwwilgociowej na izolację z folii kubelkowej, kwalifikowanej również jako izolacja typu lekkiego. Nie uzyskał jednak uprzednio zmiany zamawiającego - Powiatu (...). Zmiana ta odnotowana została jednak w dzienniku budowy przy wpisie z dnia 28.11.2005 r. Zastrzeżeń do niej (już po jej wykonaniu) nie zgłosił inspektor nadzoru. Przedmiotowa zmiana nie znalazła jednak odzwierciedlenia w aneksie do umowy z dnia 26.09.2005 r. Aneksem takim objęto jedynie następujące zmiany (zgodnie z kosztorysem zamiennym stanowiącym załącznik nr 1 do aneksu): dokonano zamiany materiałów, z których wykonane miały być ściany piwnic z prefabrykatów na bloczki betonowe, skorygowano ilość robót ziemnych oraz odstąpiono od realizacji zabezpieczenia zrealizowanych ścian przed działaniem czynników atmosferycznych do czasu rozpoczęcia II etapu. W aneksie tym strony zmieniły też wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy od zamawiającego na kwotę 255.062,41 zł brutto.

Przyjęte przez wykonawcę ((...) I. (...) spółka jawna w S.) rozwiązanie technologiczne w zakresie izolacji przeciwwilgociowej i izolacji termicznej nie spełniło swojej funkcji. Brakowało bowiem w tym wypadku ciągłości izolacji na styku ściany i odsadzki ławy fundamentowej. Samo wywinicie folii bez uszczelnienia jej np. lepikiem, podobnie jak pionowe styki połączeń arkuszy folii, nie stanowiły zapory dostatecznie szczelnej dla wód z opadów atmosferycznych. Dodatkowo izolacja ta wykonana została niezgodnie ze sztuką budowlaną, albowiem uległa skośnemu pofałdowaniu na skutek mechanicznego zasypywania wykopów fundamentowych a nie gruntem w stanie luźnym po 25 cm z zagęszczeniem mechanicznymi ubijakami jak przewidywał to kosztorys inwestorski i kosztorys wykonawcy. Nieprawidłowo przyklejono też płyty styropianowe do izolacji przeciwwodnej.

Roboty budowlane, stanowiące przedmiot umowy z dnia 26.09.2005 r., zostały wykonane w terminie i odebrane przez zamawiającego w dniach 13-14.12.2005 r. W protokole odbioru nie odnotowano żadnych wad, a jakość robót określono jako dobrą. Jednocześnie potwierdzono wykonanie umowy zgodnie z umową i dokumentacją techniczną oraz zmianami wniesionymi w trakcie realizacji, uwzględnionymi w rozliczeniu i naniesionymi w dokumentacji kolorem czerwonym – z zastrzeżeniem, iż dotyczy to zmiany materiałów ścian piwnic z prefabrykatów na bloczki betonowe.

W lutym 2006 r., już po odbiorze robót budowlanych stanowiących przedmiot umowy z dnia 26.09.2005 r., w budynku hostelowo-terapeutycznym w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L. ujawniły się wady w postaci nierówności ścian piwnic z bloczków betonowych oraz nierówności dolnej płaszczyzny stropu na stykach płyt stropowych. Wady te zgłoszono wykonawcy, który je usunął. Następnie, w sierpniu 2008 r., ujawniły się kolejne wady w budynku hostelowo-terapeutycznym w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L. w postaci zawilgocenia ścian piwnic. Projektant budynku, któremu zamawiający zgłosił zaistniały problem, jako przyczynę przedmiotowej wady, wskazał nieprawidłowo wykonaną izolację.

Wobec utrzymywania się zawilgoceń piwnic w budynku hostelowo-terapeutycznym w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L., Starosta Powiatowy w S. w dniu 06.07.2009 r. zorganizował spotkanie z udziałem wszystkich podmiotów uczestniczących w procesie inwestycyjnym i zaangażowanych w realizację stanu zero tegoż Ośrodka, w tym (...) I. (...) spółki jawnej w S.. Spotkanie to zakończyło się konkluzją, iż wnętrza pomieszczeń zawilgoconych należy osuszać i intensywnie przewietrzać. Kolejne spotkanie w przedmiocie wad w budynku hostelowo-terapeutycznym w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L. polegających na zawilgoceniu ścian piwnic odbyło się dnia 10.08.2009 r. W spotkaniu tym uczestniczył m.in. przedstawiciel (...) I. (...) spółki jawnej w S. – C. R. (1), który zobowiązał się wykonać odkrywki izolacji celem sprawdzenia jakości jej wykonania. W nawiązaniu do powyższego zobowiązania, Starosta Powiatowy w S. wezwał (...) I. (...) spółkę jawną w S. do wyznaczenia w trybie pilnym, terminu wykonania przedmiotowych odkrywek. Odkrywek tych dokonano ostatecznie w

lipcu 2010 r. Stwierdzono wówczas, że na ścianie fundamentowej z bloczka betonowego ułożona jest izolacja termiczna z płyt styropianowych o grubości ok. 5 cm, zaś na wierzchu ławy fundamentowej - izolacja przeciwwilgociowa z papy wystająca poza grubość ściany. Jednocześnie stwierdzono, iż izolacja pionowa na styropianie wykonana jest z folii kubelkowej, wywiniętej na górną powierzchnię ławy na wysokość 10-15 cm, przy czym powierzchnia tejże folii jest pofalowana.

Pismem z dnia 09.11.2010 r. Starosta Powiatowy w S. wezwał (...) I. (...) spółkę jawną w S. do usunięcia wady polegającej na nieprawidłowym wykonaniu izolacji ścian piwnic w budynku hostelowo-terapeutycznym w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L. w terminie 20 dni od daty otrzymania wezwania. Wezwanie to (...) I. (...) spółka jawna w S. otrzymała 09.11.2010 r.

W nawiązaniu do pisma z dnia 09.11.2010 r. (...) I. (...) spółka jawna w S. zaproponowała Powiatowi (...) wykonanie częściowego drenażu budynku, zobowiązując się do pokrycia kosztów sprzętu i robocizny, przy jednoczesnym pokryciu pozostałych kosztów przez Starostwo. W odpowiedzi na powyższe Powiat (...) odmówił partycypowania w kosztach usunięcia wad wskazanych w wezwaniu z dnia 09.11.2010 r., wzywając ponownie (...) I. (...) spółkę jawną w S. do usunięcia tychże wad we własnym zakresie. Do wezwania tego (...) I. (...) spółka jawna w S. ustosunkowała się na piśmie, odmawiając przyjęcia odpowiedzialności za wady wskazywane przez Powiat (...) i podnosząc jednocześnie, że zawilgocenie ścian piwnic w budynku hostelowo-terapeutycznym w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L. wynika z błędu konstrukcyjnego – projekt tego budynku przewidywał bowiem izolację przeciwwilgociową lekką podczas gdy struktura geologiczna gruntu, na którym budynek jest posadowiony wymagała izolacji przeciwwilgociowej ciężkiej. Następnie Powiat (...) i (...) I. (...) spółka jawna w S. prowadziły ze sobą korespondencję dotyczącą przedmiotowych wad. Ostatecznie, na spotkaniu w dniu 22.03.2011 r., ww. podmioty uzgodniły, że wykonawca (...) I. (...) spółka jawna w S.) odkopie fundamenty budynku na odcinku od A do I (sprecyzowanym w stosownym załączniku), wykona izolację pionową na odcinku AD (sprecyzowanym w stosownym załączniku), dokona oględzin stanu izolacji na odcinku od D do I (sprecyzowanym w stosownym załączniku) i podejmie decyzję co do zasadności wykonania nowej izolacji w uzgodnieniu z inspektorem nadzoru, wykona nową izolację na odcinku D-I (sprecyzowanym w stosownym załączniku) w przypadku stwierdzenia takiej konieczności, zaprojektuje i wykona drenaż na odcinku A-I (sprecyzowanym w stosownym załączniku) w uzgodnieniu z inspektorem nadzoru, obsypie budynek i uporządkuje teren – do dnia 30.05.2011 r., który następnie przedłużono do dnia 24.08.2011 r. Koszty powyższych prac (za wyjątkiem zaprojektowania i wykonania drenażu) zobowiązał się przy tym pokryć wykonawca - (...) I. (...) spółka jawna w S.. Zobowiązanie powyższe (na odcinku A-D), po kilkukrotnych ponagleniach ze strony Powiatu (...), (...) I. (...) spółka jawna w S. wykonał we wrześniu 2011 r., usuwając widoczne na ten czas wady w postaci zawilgoceń ścian piwnic.

Pismem z dnia 18.10.2011 r. Powiat (...) wezwał (...) I. (...) spółkę jawną w S. do zapłaty kwoty 836.341,22 zł tytułem kary umownej za zwłokę w usunięciu wad w budynku hostelowo-terapeutycznym w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L. stwierdzonych w okresie rękojmi, zakreślając termin 3 dni na jej uiszczenie. Wezwanie powyższe okazało się jednak bezskuteczne.

W lipcu 2012 r. w budynku hostelowo-terapeutycznym w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L. zauważono kolejne ślady zawilgoceń w następujących pomieszczeniach: pracowni muzycznej, maszynowni dźwigu windy, pomieszczeniu socjalnym kierowców, pomieszczeniu archiwalno-magazynowym w piwnicy oraz w magazynach zasobów kuchni. Pomieszczenia te usytuowane są w części budynku nie objętej drenażem, wykonanym przez (...) I. (...) spółkę jawną w S. we wrześniu 2011 r.

W niniejszej sprawie Sąd Rejonowy ustalił, iż bezspornym było, iż strony postępowania łączyła umowa z dnia 26.09.2005 r. o roboty budowlane w budynku hostelowo-terapeutycznym w L., że izolacja przeciwwilgociowa i termiczna w tymże budynku została przez pozwanego wykonana niezgodnie z dokumentacją projektową, że po oddaniu robót wykonanych przez pozwanego w ramach umowy z dnia 26.09.2005 r. odnotowano fakt zawilgocenia piwnic. Z kolei spór dotyczył tego, czy zawilgocenie ścian piwnic w budynku hostelowo-terapeutycznym w L. jest

wynikiem wadliwie wykonanych przez pozwanego robót budowlanych – w zakresie izolacji przeciwwilgociowej i termicznej.

Sąd Rejonowy wskazał przy tym, że nie można było przyjąć, by zmiana sposobu wykonania izolacji przeciwwilgociowej i termicznej nastąpiła w wyniku ustnego porozumienia stron. Za powyższym stwierdzeniem przemawiał fakt, że z zeznań świadków uczestniczących w procesie inwestycyjnym objętym umową z dnia 26.09.2005 r. nie wynikało by do takiego porozumienia pomiędzy stronami postępowania doszło. Świadkowie wskazywali jedynie, że zmianę sposobu wykonania izolacji przeciwwilgociowej i termicznej pozwany konsultował z inspektorem nadzoru, który nie był stroną umowy z dnia 26.09.2005 r. Nadto zauważył, że nawet gdyby takie porozumienie miało miejsce, to - z uwagi na jego formę (ustną a nie pisemną) – uznać należałoby je za nieważne. Umowa z dnia 26.09.2005 r. wyraźnie bowiem przewidywała, że wszelkiej jej zmiany wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności. Za dochowanie takiej formy nie można zaś uznać samego wpisu w dzienniku budowy potwierdzającego fakt wykonania izolacji przeciwwilgociowej i termicznej w sposób odmienny od pierwotnie uzgodnionego. Wpisy w tymże dzienniku mają bowiem tylko charakter deklaratoryjny i nie można ich uznać za oświadczenia stron umowy. W konstatacji o braku porozumienia pomiędzy stronami postępowania co do zmiany sposobu wykonania izolacji przeciwwilgociowej i termicznej świadczy też okoliczność, iż aneksem z dnia 14.12.2005 r. zmieniono treść umowy z dnia 26.09.2005 r. (lecz nie w odniesieniu do przedmiotowej izolacji). W tych warunkach Sąd I instancji uznał, że zmiany sposobu wykonania izolacji strony nie wprowadziły.

Sąd Rejonowy zwrócił również uwagę, iż samo wykonanie przez pozwanego izolacji przeciwwilgociowej i termicznej w sposób odbiegający od pierwotnie umówionego nie przesądzało jeszcze o wadliwości tejże pracy. W tej kwestii decydujące znaczenie miało bowiem to, czy praca ta wykonana została zgodnie ze sztuką budowlaną czy też nie. Odpowiedzi na powyższe pytanie dostarczyła zaś opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa A. T., którą Sąd Rejonowy w pełni podzielił. W opinii tej biegły jednoznacznie zaś wskazał, że izolacja ścian piwnic w budynku hostelowo-terapeutycznym w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L. została przez pozwanego wykonana niezgodnie ze sztuką budowlaną.

W tych warunkach Sąd Rejonowy przechodząc do meritum sprawy i opierając się materiale dowodowym uznał, że niezgodne ze sztuką budowlaną wykonanie izolacji przeciwwilgociowej i termicznej przez pozwanego jest przyczyną zawilgocenia ścian piwnic w budynku hostelowo-terapeutycznym w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L.. Za powyższym stwierdzeniem przemawiała opinia biegłego sądowego A. T. z której wynika, że właściwym sposobem izolacji w przedmiotowym budynku – z uwagi na strukturę geologiczną gruntu, na którym jest posadowiony – byłaby izolacja typu ciężkiego, ewentualnie izolacja typu lekkiego połączona z odprowadzeniem wód opadowych z dachu do studzienek chłonnych i dalej poza obręb „działki budowlanej” i drenażu opaskowego w gruncie nasypowym. Tymczasem izolacji typu ciężkiego nie przewidywała ani dokumentacja projektowa sporządzona przez powoda przy ogłaszaniu zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych objętych następnie umową z dnia 26.09.2005 r. zawartą przez strony postępowania ani sporządzona przez pozwanego odpowiedź na to ogłoszenie. Izolacja typu lekkiego przewidziana przez powoda w dokumentacji projektowej nie przewidywała wykonania drenażu ani odprowadzenia wód opadowych z dachu do studzienek chłonnych i dalej poza obręb „działki budowlanej” i była określona wadliwie z punktu widzenia sztuki budowlanej. Z wnioskami biegłego w powyższym zakresie korelowały też zeznania świadków A. C., C. R., J. A., J. K., L. H. i H. B..

Błędy projektowe, zdaniem Sądu Rejonowego, pozostają jednak bez znaczenia dla rozstrzygnięcia. Podkreślił, że pozwany ostatecznie nie wykonał izolacji przeciwwilgociowej i termicznej w sposób określony przez powoda w dokumentacji projektowej, lecz odmiennie - według swego uznania, bez pozyskania zgody powoda, wbrew zapisom umowy dotyczącym wprowadzania do niej zmian. W ocenie Sądu Rejonowego zmieniając sposób wykonania izolacji przeciwwilgociowej i termicznej pozwany winien był obrać taki jej typ, który zapewniłby spełnienie oczekiwanej od niej funkcji. Tego zaś nie uczynił. Izolacja, którą ostatecznie wykonał, nie dość bowiem, że została wykonana niezgodnie ze sztuką budowlaną, to jeszcze bez wymaganego w tym wypadku drenażu. Podkreślił przy tym, że biegły sądowy A. T. jako równoważne przyczyny zawilgocenia ścian piwnic w budynku hostelowo-terapeutycznym w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L. wskazał brak drenażu opaskowego w gruncie nasypowym, brak

odprowadzenia wód opadowych z dachu do studzienek chłonnych i dalej poza obręb „działki budowlanej” oraz niezgodnie ze sztuką budowlaną wykonanie izolacji przeciwwilgociowej i termicznej. W konsekwencji Sąd Rejonowy przyjął, że zawilgocenie ścian piwnic przedmiotowego budynku jest konsekwencją wady w robotach budowlanych wykonanych przez pozwanego w ramach umowy z dnia 26.09.2005 r. i winien zapłacić powodowi karę umowną za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonym przy odbiorze lub w okresie rękojmi w wysokości 1% wynagrodzenia umownego za przedmiot odbioru, za każdy dzień zwłoki, licząc od dnia następnego po terminie wyznaczonym na usunięcie wad, jako że odbiór robót nastąpił dnia 14.12.2005 r., zaś wady ujawniły się w sierpniu 2008 r. Termin trzyletni wynikający z art. 656§1 kc w zw. z art. 638 kc i w zw. z art. 568§ kc został zatem zachowany. Jak wynika z akt sprawy wady zostały przez pozwanego usunięte dopiero latem 2011 r. Wezwanie do usunięcia tych wad pozwany otrzymał, zaś od powoda już w dniu 09.11.2010 r. z określeniem terminu 20-dniowego na dokonanie tej czynności. Tym samym przyjął, że termin ten upłynął z dniem 29.11.2010 r. Od dnia 30.11.2010 r. aż do lata 2011 r. pozwany pozostawał zatem w zwłoce w usunięciu wad. Kwota dochodzona pozwem stanowiła jedynie część kary umownej, tj. 7 dnia zwłoki (1% x 255.062,41 zł = 2.550,62 zł; 16.341,22 zł : 2.550,62 zł = 6,4 dnia), a zatem była w pełni usprawiedliwiona.

O kosztach procesu Sąd Rejonowy rozstrzygnął w oparciu o art. 98 k.p.c. w zw. z § 6 pkt 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu. O brakujących kosztach sądowych Sąd Rejonowy orzekł zaś z mocy art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w zw. z art. 98 k.p.c.

Powyższy wyrok zaskarżył w całości pozwany (...) I. B. i wspólnicy sp. j. w S., zarzucając Sądowi I instancji:

1. naruszenie prawa materialnego przez niezastosowanie przepisów Kodeksu cywilnego Tytułu XVI, Księgi trzeciej regulujących umowę o roboty budowlane, w tym zwłaszcza art. 647 k.c., art. 648 § 2 k.c., art. 651 k.c., art. 656 § 1 k.c. oraz przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. – Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.), w tym zwłaszcza art. 57 ust. 2, art. 18, 25, art. 26 i art. 46 powodującego przypisaniu pozwanemu odpowiedzialności za wady projektowe oraz obowiązku wykonywania robót budowlanych o prace nieobjęte projektem, jak też ustaleniu, że brak aneksu do umowy w przypadku jakichkolwiek zmian w dokumentacji projektowej lub odstępstw od niej, jest wykonaniem robót bez zgody inwestora i w sposób sprzeczny z projektem, a także niezastosowanie w sprawie przepisu art. 471 k.c. i art. 362 k.c. powodującym pominięcie przyczynienia się powoda do powstania wady w przedmiocie umowy i ustaleniu, że wady dokumentacji projektowej nie mają znaczenia dla ustalenia przyczyn zawilgocenia ścian piwnic oraz niezastosowanie art. 484 § 2 k.c. dla zmiarkowania kary umownej ustalonej w umowie,
2. niedokonanie zgodnej z obowiązującymi regułami wykładni postanowienia § 10 ust. 1 lit. c) zawartej przez strony umowy z dnia 26 września 2005 r., powodującej pominięcie faktu niezaisnienia przesłanek wymaganych dla zapłaty przez pozwanego przewidzianej w w/w umowie kary umownej,
3. niewyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:
 - a) art. 217 § 2 k.p.c. przez bezzasadne nieuwzględnienie wniosków dowodowych pozwanego zgłoszonych w piśmie procesowym z dnia 4 lipca 2012 r., a zmierzających do wykazania faktu wykonywania prac ziemnych mogących skutkować naruszeniem wykonanej przez pozwanego izolacji po odbiorze przedmiotu umowy przez pozwanego oraz wniosku o powołanie w sprawie nowego biegłego w celu sporządzenia opinii wszechstronnej, uwzględniającej aktualny stan wiedzy w zakresie wykonywania robót budowlanych i usuwającej wady oraz sprzeczności w opinii złożonej przez biegłego sądowego A. T., a także wniosku o konfrontację świadka A. C. pełniącego przy realizacji umowy funkcję inspektora nadzoru ze świadkiem C. R. pełniącym funkcję kierownika budowy,
 - b) art. 328 § 2 k.p.c. przez niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku i ograniczenie tego obowiązku do przytoczenia jedynie zapisu § 10 ust. 1 lit. c) i § 13 ust. 2 umowy z dnia 26 września 2005 r.,

4. sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 § 1 k.p.c. przez dokonanie oceny dowodów w sposób nie wszechstronny, w sposób sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego i istotnie nasuwający zastrzeżenia z punktu widzenia zasad logicznego rozumowania, w świetle których nie można zaakceptować zeznań świadków M. M. i T. Z. oraz ustaleniu, że przyczyną zawilgocenia było wykonanie przez pozwanego izolacji w sposób sprzeczny z dokumentacją techniczną, posiadającą w tym zakresie wady, wbrew ustaleniom opinii biegłego sądowego oraz opinii pozasądowych, wskazujących, że przyczyną zawilgocenia ścian piwnic były błędy w dokumentacji projektowej oraz brak badań geologicznych gruntu, oraz przypisaniu pozwanemu wykonania izolacji niezgodnie ze sztuką budowlaną poprzez pominięcie dowodów wskazujących na możliwość powstania tych pofałdowań przy wykonywaniu przy niej prac ziemnych po zakończeniu robót przez pozwanego, przez osoby za które on odpowiedzialności nie ponosi, w tym zwłaszcza zeznań świadka A. C. oraz wpisów w dzienniku budowy.

Mając na względzie powyższe, wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów procesu wraz z kosztami postępowania apelacyjnego lub uchylenia zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi, powód Powiat (...) wniósł o oddalenie apelacji oraz zasądzenie od pozwanego na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelację strony pozwanej uznać należy za niezasadną.

Na wstępie wskazać należy, iż Sąd Okręgowy w całości podzielił ustalenia faktyczne, dokonane w sprawie przez Sąd Rejonowy, czyniąc je jednocześnie podstawą swojego rozstrzygnięcia. Sąd I instancji, w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania dowodowego, ustalił wszystkie istotne dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, które znajdowały odzwierciedlenie w całokształcie zaoferowanego przez strony materiału dowodowego.

W pierwszej kolejności rozważeniu podlegały zarzuty naruszenia przepisów prawa procesowego, albowiem ocena zasadności naruszenia prawa materialnego może być dokonana dopiero po stwierdzeniu, że ustalenia stanowiące podstawę faktyczną zaskarżonego wyroku dokonane zostały zgodnie z obowiązującą procedurą.

Wbrew zarzutom apelacyjnym ocena dowodów dokonana przez Sąd I instancji nie była dowolna. Ta ocena dokonana mieści się w ramach, które określa się mianem swobodnej. Sąd Rejonowy rozważył wszystkie dowody, wyjaśnił którym dał wiarę, a którym nie. Podniesiony w tym kontekście zarzut, że Sąd Rejonowy niezasadnie oddalił wnioski dowodowe o dopuszczenie dowodu z opinii innego biegłego sądowego jest niezasadny. Wskazać bowiem należy, że ekspertyza dokonana przez biegłego sądowego A. T., w oparciu o bogaty materiał dowodowy, w szczególności oględzin nieruchomości, dokumentacji wykonawczej, dziennika budowy, jak też zeznań świadków, w sposób wnikliwy wyjaśniła, że izolacja ścian piwnic w budynku hostelowo-terapeutycznym w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L. została wykonana niezgodnie ze sztuką budowlaną. Zarzuty pozwanego w zasadzie przedstawiają polemikę z ustaleniami biegłego, nie wskazują przy tym, w jakim zakresie ustalenia te są sprzeczne z materiałem dowodowym. Sąd Okręgowy nie dostrzegł również uchybień Sądu I instancji w zakresie oddalenia wniosku dowodowego pozwanego o przeprowadzenie konfrontacji świadków A. C. i C. R..

Należy dodatkowo wskazać na cel regulacji zawartej w art. 162 k.p.c., którym jest m.in. zapobieganie nielojalności procesowej przez zobligowanie stron do zwracania na bieżąco uwagi sądu na uchybienia procesowe w celu ich niezwłocznego wyeliminowania i niedopuszczenie do celowego tolerowania przez strony takich uchybień z zamiarem późniejszego wykorzystania ich w środkach odwoławczych. Znaczenie art. 162 k.p.c. realizuje się w postępowaniu odwoławczym i strona może skutecznie podnieść zarzut w apelacji pod warunkiem, że uprzednio zwróciła uwagę sądu na uchybienie zgodnie z art. 162 k.p.c., w przeciwnym zaś razie obowiązkiem sądu jest co do zasady pominięcie takiego zarzutu (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2010 r. II CSK 286/09, OSNC 2010/9/125, z dnia 10 lutego 2010

r. V CSK 234/09, LEX nr 589835, z dnia 23 kwietnia 2010 r. II UK 315/09, LEX nr 604215). Na końcowej rozprawie przed Sądem Rejonowym w dniu 23 listopada 2012 roku obecny pełnomocnik pozwanego nie zgłosił zastrzeżeń. W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, iż podnoszone w apelacji zarzuty zmierzają jedynie do zakwestionowania oceny stanu faktycznego dokonanej przez Sąd I instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Jako nietrafny Sąd Okręgowy uznał również zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w postaci błędnej oceny materiału dowodowego zebranego w sprawie. Zgodnie z art. 233 k.p.c. Sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Taka ocena, dokonywana jest na podstawie przekonań sądu, jego wiedzy i posiadanego doświadczenia życiowego, a nadto winna uwzględniać wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i - ważąc ich moc oraz wiarygodność - odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Poprawność rozumowania sądu powinna być możliwa do skontrolowania. 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 uwzględnienia jednoznacznie praktycznych związków przyczynowo – skutkowych przeprowadzona przez Sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2009 r. IV CSK 290/09, LEX nr 560607).

Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie Sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył Sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej. Tymczasem skarżący przedstawił swoją wersję zdarzeń, która nie ma pokrycia w dowodach obiektywnie istotnych. Dlatego też nie można stwierdzić, iż Sąd naruszył art. 233 k.p.c.

Odnosząc się do wskazanego w uzasadnieniu apelacji zarzutu dotyczącego naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. stwierdzić należy, iż jest on bezzasadny. Obrza art. 328 § 2 k.p.c. może być skutecznym zarzutem apelacji tylko wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie posiada wszystkich koniecznych elementów, bądź zawiera tak kardynalne braki, które uniemożliwiają kontrolę instancyjną. Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 7 lutego 2001 r. naruszenie przepisu, określającego wymagania, jakim winno odpowiadać uzasadnienie wyroku sądu (art. 328 § 2 k.p.c.), może być ocenione jako mogące mieć istotny wpływ na wynik sprawy w sytuacjach tylko wyjątkowych, do których zaliczyć można takie, w których braki w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej są tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostaje nieujawniona bądź ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej ocenie instancyjnej (sygn. akt V CKN 606/00, Lex nr 53116). Sytuacja taka w sprawie nie zachodzi. Treść uzasadnienia pozwala na odczytanie sfery motywacyjnej orzeczenia i poddanie go kontroli instancyjnej. Uzasadnienie zawiera wszystkie elementy konstrukcyjne wskazane w omawianym przepisie.

W świetle powyższego Sąd Okręgowy uznał, iż zarzuty podniesione przez apelującego dotyczące naruszenia prawa materialnego są niezasadne.

Zagadnienie właściwej kwalifikacji prawnej łączącej strony umowy, bezskutecznie podnoszone w ramach podstawy naruszenia przepisów postępowania, sytuuje skarżący równocześnie w podstawie naruszenia prawa materialnego w ramach zarzutu błędnej subsumcji przepisów art. 647 k.c., art. 648 § 2 k.c., art. 651 k.c., art. 656 § 1 k.c. oraz przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. – Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.), w tym zwłaszcza art. 57 ust. 2, art. 18, 25, art. 26 i art. 46 powodującego przypisaniu mu odpowiedzialności za wady projektowe oraz obowiązku wykonywania robót budowlanych o prace nieobjęte projektem, jak też ustaleniu, że brak aneksu do umowy w przypadku jakichkolwiek zmian w dokumentacji projektowej lub odstępstw od niej, jest wykonaniem robót bez zgody inwestora i w sposób sprzeczny z projektem. Trafne są przytoczone w uzasadnieniu tej podstawy wywody charakteryzujące umowę o roboty budowlane, w tym zgodny ze stanowiskiem utrwalonym w orzecznictwie (np. wyroki SN z 25 marca 1998 r., II CKN 653/97, OSNC 1998, nr 12, poz. 207, z dnia 7 grudnia 2005 r., V CK 423/05, Lex nr 269751, z dnia 18 maja 2007 r., I CSK 51/07) pogląd, że zasadniczym kryterium

rozdzielenia umowy o dzieło i umowy roboty budowlane jest ocena realizowanej inwestycji stosownie do wymagań prawa budowlanego. Zgodnie z art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego pojęcie robót budowlanych obejmuje nie tylko budowę, ale także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego, którym jest budynek z instalacjami i urządzeniami technicznymi lub budowla stanowiąca całość techniczno - użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, lub obiekt małej architektury.

Krąg osób uczestniczących w procesie remontowym obejmuje inwestora, wykonawcę, inspektora nadzoru inwestorskiego, kierownika budowy. Podstawą do wykonania robót budowlanych jest pozwolenie na budowę lub zgłoszenie wymagane przez prawo budowlane (art. 28 ust. 1, art. 30 ust. 1 pkt 2 Prawa budowlanego). Obowiązkiem wykonawcy jako strony umowy o roboty budowlane jest wykonanie obiektu zgodnie z dokumentacją projektową, z zasadami wiedzy technicznej, z obowiązującymi normami i przepisami techniczno - budowlanymi, a następnie oddanie gotowego obiektu do użytku - w zależności od umowy w całości lub części, w określonym w umowie terminie. Korelatem tego obowiązku jest obowiązek zamawiającego odebrania gotowego obiektu lub robót i zapłaty wynagrodzenia wykonawcy. Obowiązku dokonania odbioru wykonania prac, a co za tym idzie zapłaty wynagrodzenia nie znosi, co do zasady, sytuacja w której przedmiot umowy zrealizowany przez wykonawcę jest dotknięty wadami wykonawczymi, albowiem z chwilą odbioru zamawiający (inwestor) nabywa wobec drugiej strony umowy, wobec ich stwierdzenia roszczenia z tytułu rękojmi i ewentualnie gwarancji jakości.

Przebieg procesu budowlanego powinien być udokumentowany w sposób przewidziany prawem budowlanym. Umowa o roboty budowlane dotyczy większych przedsięwzięć o indywidualizowanych właściwościach fizycznych i użytkowych, którym co do zasady towarzyszy projektowanie, przy czym dokumentację projektową powinien dostarczyć inwestor, chyba że podjął się tego wykonawca i zinstytucjonalizowany nadzór. Umowa o roboty budowlane powinna być zawarta na piśmie.

Ustalony stan faktyczny pozwala stwierdzić, że - jak zasadnie podnosi skarżący - że przedmiotowa umowa spełniała wymogi konieczne do zakwalifikowania jej jako umowy o roboty budowlane. W danej sprawie podstawowe znaczenie miało ustalenie zakresu prac objętych umową, za które przewidziano ustalone w umowie wynagrodzenie dla wykonawcy.

Zgodnie z umową z dnia 26 września 2005 r. zakres takich prac określa dokumentacja techniczna, harmonogram rzeczowo-finansowy, kosztorys ofertowy i przepisy prawa budowlanego. Umowa ta została zmieniona jedynie aneksem z dnia 14 grudnia 2005 r. w tym zakresie, iż zamieniono materiały ścian piwnic z prefabrykatów na bloczki betonowe. Strony umowy nie dokonywały w formie pisemnej korekty innych jej postanowień. Wspomniana dokumentacja spełniała zatem podstawową rolę w kształtowaniu zakresu zadania inwestycyjnego powierzonego wykonawcy. Dokumentacja obiektu (zakresu prac) obejmuje zatem dokumentację wymaganą przez właściwe przepisy oraz dokumentację uzgodnioną przez samych kontrahentów. W danej sprawie podstawowe znaczenie miała ta druga postać dokumentacji inwestycyjnej.

Poza sporem pozostaje fakt, że po wykonaniu prac w piwnicy budynku hostelowo-terapeutycznym w Ośrodku (...) dla Osób z Zaburzeniami Psychicznymi w L. stwierdzono zawilgocenia. Jak wynika z opinii technicznej sporządzonej przez L. H. (2) (k. 185-188) wilgoć ta pochodziła z opadów atmosferycznych. Duże ilości wody spływające z połaci dachowych gromadzą się w sąsiedztwie ścian zewnętrznych budynku. Warstwy gliny występujące nieco poniżej posadowienia, a w niektórych miejscach nawet powyżej tego poziomu stanowiły skuteczną blokadę przed przenikaniem wody opadowej w głąb gruntu. W konsekwencji tworzyła się pewnego rodzaju dość szczelną wannę z wodą w środku. Woda szukając ujścia natrafiała na niedostateczne na te warunki zabezpieczenie ścian. Gromadziła się w murze ścian i przenikała do pomieszczeń. Takie warunki wymagały zastosowanie izolacji ciężkiej ścian piwnicznych.

Jak wynika z projektu architektonicznego strony umowy przewidziały m. in. wykonanie izolacji termicznej ścian fundamentowych styropianem ekstrudowanym gr. 5 cm, zaś izolacji przeciwwilgociowej ścian fundamentowych - izolbetem. Tymczasem, pozwany wykonał izolację wedle własnego uznania ze styropianu i folii kubelkowej. Winien przy tym dostrzec, że występują rozbieżności w dokumentacji – co do sposobu wykonania izolacji ścian piwnic. Na

wykonawcy ciąży obowiązek dokładnego zapoznania się z dokumentacją. W takiej sytuacji dostrzeżenie rozbieżności w sposobie wykonania izolacji winno być natychmiast wychwycone i przedstawione inwestorowi – czego pozwany nie uczynił.

Z opinii biegłego sądowego A. T., co też nie było kwestionowane przez strony, wynika, że projekt obiektu w zakresie izolacji cieplnej i przeciwwilgociowej został wadliwie sporządzony, albowiem nie przeprowadzono badań geologicznych gruntu, na podstawie których można byłoby ocenić stan gleby.

W świetle art. 651 k.c. wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad. Przepis ten nakłada na wykonawcę obowiązek niezwłocznego zawiadomienia inwestora m.in. o tym, że dostarczona dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadaje się do prawidłowego wykonania robót, a także o tym, że wystąpiły inne okoliczności mogące przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót.. Z przepisu art. 651 k.c. nie wynika natomiast, aby wykonawca w każdym przypadku miał obowiązek szczegółowego sprawdzenia dostarczonej mu przez inwestora dokumentacji w celu wykrycia jej ewentualnych wad, zważywszy, że wykonawca nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania. W orzecznictwie SN wyrażono pogląd, że obowiązek wykonawcy określony w art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, iż musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub o tym, że realizacja robót zgodnie z dostarczonym projektem spowoduje powstanie obiektu wadliwego. Niedopełnienie tego obowiązku przez wykonawcę pociąga za sobą powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej, jeżeli szkoda nie powstałaby, gdyby wykonawca dopełnił ciężącego na nim obowiązku. Istnienie po stronie wykonawcy obowiązku zawiadomienia inwestora o wadach dokumentacji nie budzi zatem wątpliwości (vide: wyrok SN z dnia 27 marca 2000 r., III CKN 629/98, OSNC 2000/9/173).

Analizując tę kwestię należy przede wszystkim zauważyć, że z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania.

W rozpoznawanej sprawie wady dostarczonego projektu zostały stwierdzone dopiero po dokonaniu przez biegłego specjalistycznych oględzin. Z opinii biegłego sądowego A. T. można wywieść wniosek, że pozwany, jeszcze przed rozpoczęciem prac budowlanych nie reklamował dokumentacji projektowej, wykonał „izolację” która według niego była właściwym rozwiązaniem. Zgodnie z projektem technicznym ściany piwnic przewidziano jako prefabrykowane. Na takich gładkich ścianach można było wykonać izolację powłokową, jak w kosztorysie inwestorskim. Taką też izolację wycenił pozwany w kosztorysie ofertowym. Za wykonanie izolacji powłokowej pozwany otrzymał również wynagrodzenia. Aneks nr (...) z dnia 12 listopada 2005 r. do umowy nr (...)II- (...) przewidywał zmianę materiałów ścian piwnic z prefabrykatów na bloczki betonowe. Natomiast wpis w dzienniku budowy z dnia 12 listopada 2005 r. potwierdza „zakończenie murowania ścian z bloczków betonowych”. Zatem już po wykonaniu ścian piwnic podpisano aneks dopuszczający zmianę materiału budowlanego. Zmiana materiału, z jakiego wykonano ściany piwnic jest uciążliwa w wykonaniu izolacji powłokowej przeciwwilgociowej. W przeciwieństwie do gładkiej ściany z prefabrykatów, gdzie **po zagruntowaniu można wykonać** izolację powłokową, nierówna ściana murowana z bloczków betonowych wymaga wcześniejszego wyrównania powierzchni w postaci tynku cementowego. Na tak przygotowaną powierzchnię można nakładać izolację powłokową. Zmiana materiału ścian piwnic pociągnęła konieczność wykonania tynku cementowego pod izolację powłokową. Ten tynk byłby niewymagany w sytuacji, gdyby ściany piwnic zostały wykonane z prefabrykatów. W rzeczywistości takiego tynku, jak i izolacji powłokowej nie wykonano, jedynie na plackach przyklejono do ściany fundamentowej styropian i zabezpieczono folią kubelkową.

Biegły wskazał, że płyty styropianu przykleja się do izolacji przeciwwodnej, stosując wodne emulsje bitumiczne albo kleje niezawierające rozpuszczalników. Następnie pokrywa się je siatką z włókna szklanego (wtopioną w zaprawę klejową) i osłania folią tłoczoną. W analizowanej sprawie płyty styropianu przyklejono punktowo, co w przypadku obciążenia gruntem mogło uszkodzić izolację termiczną wykonaną ze styropianu. W konsekwencji izolacja ścian piwnic w budynku powoda, jak też sposób ułożenia styropianu na ścianie piwnic zostały wykonane niezgodnie ze sztuką budowlaną.

Biegły zwrócił również uwagę, że uszczelnianie ścian fundamentowych i fundamentów folią tłoczoną nie może pełnić roli samodzielnej izolacji wodoszczelnej, albowiem znajdzie ona zastosowanie jako ochrona i wspomaganie istniejącej hydroizolacji.

Analiza akt sprawy, jak słusznie potwierdził to Sąd Rejonowy, że niezgodne ze sztuką budowlaną wykonanie izolacji przeciwwilgociowej i termicznej przez pozwanego jest przyczyną zawilgocenia ścian piwnic w budynku położonym w L.. Nie ulega wątpliwości, że właściwym sposobem izolacji w przedmiotowym budynku – z uwagi na strukturę geologiczną gruntu, na którym jest posadowiony – byłaby izolacja typu ciężkiego, ewentualnie izolacja typu lekkiego połączona z odprowadzeniem wód opadowych z dachu do studzienek chłonnych i dalej poza obręb „działki budowlanej” i drenażu opaskowego w gruncie nasypowym. Tymczasem izolacji typu ciężkiego nie przewidywała ani dokumentacja projektowa sporządzona przez powoda przy ogłaszaniu zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych objętych umową z dnia 26 września 2005 r. ani kosztorys ofertowy. Izolacja typu lekkiego przewidziana przez powoda w dokumentacji projektowej nie przewidywała wykonania drenażu ani odprowadzenia wód opadowych z dachu do studzienek chłonnych i dalej poza obręb „działki budowlanej” i była określona wadliwie z punktu widzenia sztuki budowlanej.

W okolicznościach niniejszej sprawy, nie można jednak przyjąć, że błędy projektowe miały wpływ na wadliwie wykonane prace budowlane. Nie ulega wątpliwości, że pozwany ostatecznie nie wykonał izolacji przeciwwilgociowej i termicznej w sposób określony przez powoda w dokumentacji projektowej, lecz odmiennie - według swego uznania, bez pozyskania zgody powoda, wbrew zapisom umowy dotyczącym wprowadzania do niej zmian. Słusznie wskazał, Sąd Rejonowy, że pozwany zmieniając sposób wykonania izolacji przeciwwilgociowej i termicznej winien był obrać taki jej typ, który zapewniłby spełnienie oczekiwanej od niej funkcji. Izolacja, którą ostatecznie wykonał, została wykonana niezgodnie ze sztuką budowlaną, jak też bez wymaganego w tym wypadku drenażu. W konsekwencji przyjąć należało, że zawilgocenie ścian piwnic przedmiotowego budynku jest konsekwencją wady w robotach budowlanych wykonanych przez pozwanego, co rodzi po jego stronie obowiązek zapłaty kary umownej za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi w wysokości 1% wynagrodzenia umownego za przedmiot odbioru, za każdy dzień zwłoki, licząc od dnia następnego po terminie wyznaczonym na usunięcie wad.

W ocenie Sądu Okręgowego, nie można również uznać, aby strony dokonały pisemnej zmiany izolacji. Z zeznań świadka A. C. (3) wynika, że strony zachowały jedynie pisemną procedurę zmiany materiału przeznaczonego na ścianki. Takiej procedury strony nie wdrożyły przy zmianie izolacji przeciwwilgociowej i termicznej. Również pozwany nie zasięgał informacji o zmianie technologii izolacyjnej u projektanta.

W konsekwencji powyższego przyjąć należało, że pozwany znajdował się w zwłoce w usunięciu wad za okres 322 dni, tj. od dnia 30 listopada 2010 r. do dnia 18 października 2011 r. Jako że powód dochodził kwoty 16.341,22 zł, stanowiącej część kary umownej, powództwo było usprawiedliwione.

Zdaniem Sądu Okręgowego, bezzasadny okazał się również zarzut naruszenia 471 k.c. i art. 362 k.c. Zgodnie z art. 471 k.c., dłużnik może wykazywać jedynie to, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie nastąpiło z przyczyn, za które nie odpowiada. W uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., mającej moc zasady prawnej, III CZP 61/03 (OSNC 2004, nr 5, poz. 69) stwierdzono, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (por. też np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 2003 r., II CK 160/02 i z dnia 4 grudnia 2003 r., II CK 271/02). Przesłanką uzasadniającą zapłatę kary umownej nie jest więc

szkoda, lecz niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, za które ponosi odpowiedzialność dłużnik (art. 483 § 1 i art. 484 § 1 k.c.). Jeżeli więc dłużnik odpowiedzialności nie ponosi, roszczenie z tytułu kary umownej w ogóle nie powstaje, co wynika z ogólnej zasady wyrażonej w art. 471 k.c.

W analizowanej sprawie Sąd Okręgowy nie dostrzegł również przesłanek uzasadniających twierdzenie pozwanego, iż powód przyczynił się do powstania wady w przedmiocie umowy poprzez wykonanie wadliwego projektu w sytuacji, gdy nie doszło do faktycznego sprawdzenia skuteczności zaprojektowanej izolacji. Pewnej oceny można byłoby dokonać jedynie wtedy, gdyby pozwany wykonał izolację zgodnie z dokumentacją projektową. Nie można bowiem wykluczyć, że wykonana prawidłowo izolacja zgodnie z dokumentacją projektową spełniłaby swoją rolę mimo, że z uwagi na warunki posadowienia obiektu (w tym geologiczne) zalecana byłaby izolacja typu ciężkiego. Zdaniem Sądu Okręgowego, zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. Charakter kary umownej nie jest zależny od wysokości poniesionej szkody i należy się nawet wtedy, gdy wierzyciel żadnej szkody nie poniósł. Oznacza to, że przepis art. 362 k.c. nie może znaleźć zastosowania do kary umownej. Zgodnie z tym przepisem, odszkodowanie ulega obniżeniu, jeżeli wierzyciel przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody. Musi zatem istnieć szkoda, tymczasem kara umowna należy się - w razie jej zastrzeżenia - niezależnie od tego, czy szkoda w ogóle powstała. Nie ma tym samym znaczenia to, czy wierzyciel przyczynił się do jej powstania lub zwiększenia.

Sąd Okręgowy nie podzielił również zarzutu naruszenia art. 484 § 2 k.c. Dokonując analizy w tym zakresie na wstępie podkreślić należy, iż nie ma zgodności, tak wśród przedstawicieli doktryny, jak i w orzecznictwie, co do tego, czy żądanie oddalenia powództwa o zapłatę kary umownej zawiera w sobie implicite wnioski o zmniejszenie (miarkowanie) tejże kary. Wyrażane są bowiem opinie, że żądanie oddalenia roszczenia o zapłatę kary umownej zawiera w sobie również żądanie jej miarkowania (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 14.07.1976 r., I CR 221/76, OSNC 1977/4/76; z dnia 16 lipca 1996 r., I CKN 802/97, OSNC 1999/2/32 i z dnia 27 lutego 2009 r., II CSK 511/08. Jednocześnie formułowane jest stanowisko przeciwne, zakładające że żądanie oddalenia roszczenia o zapłatę kary umownej i żądanie jej miarkowania są odmienne i nie mogą być utożsamiane (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 18 czerwca 2003 r., II CKN 240/01; z dnia 23 marca 2006 r., IV CSK 89/05, OSNC 2007/1/15; z dnia 6 lutego 2008 r., II CSK 421/07 i z dnia 26 listopada 2008 r., II CSK 168/08).

Wskazać również należy, iż aktualnie w doktrynie ten drugi pogląd zyskuje na znaczeniu i opowiada się za nim zdecydowana większość jej przedstawicieli (tak m.in. K. P. w Komentarzu do kodeksu cywilnego). Zwolennicy tego poglądu podkreślają, że miarkowanie kary umownej wymaga stosownego i wyraźnego wniosku dłużnika, bez którego sąd niejako z urzędu nie może zastosować instytucji objętej dyspozycją przepisu art. 484 § 2 k.c. Niewątpliwie bowiem ów dłużnik występując o zmniejszenie takowej kary umownej uznaje przecież zobowiązanie powstałe z tego tytułu co do samej zasady. Argumentuje się również, że wniosku o miarkowanie kary nie powinno się także wywodzić a maiori ad minus z tego, że pozwany wniósł o oddalenie powództwa obejmującego m.in. zapłatę kary umownej, gdyż dążenie pozwanego dłużnika do zmniejszenia przez Sąd kary umownej z powodu jej rażącego wygórowania wymaga udowodnienia przez niego niewspółmierności zastrzeżonej wysokości kary umownej do wysokości szkody poniesionej przez wierzyciela w związku z niewykonaniem zobowiązania. Bez powyższego nie jest bowiem możliwe zbadanie, czy niewspółmierność, oznaczająca rażące wygórowanie kary umownej, w ogóle ma miejsce, a jeśli tak, to w jakim zakresie powinna wpłynąć na zmniejszenie zasądzonej kary umownej w porównaniu z kwotą ustaloną przez strony w umowie.

Także najnowsza linia orzecznictwa Sądu Najwyższego wydaje się powyższe stanowisko w pełni aprobować, na co wskazuje treść wyroków tego Sądu z dnia 16 kwietnia 2010 r. (IV CSK 494/09, OSNC-ZD 2010/4/115, Biul. SN 2010/5/15, M. Prawn. 2011/7/377-380), z dnia 26 listopada 2008 r. (III CSK 168/08, LEX 479329), z dnia 6 lutego 2008 r. (II CSK 421/07, LEX 361437), czy wreszcie z dnia 22 stycznia 2010 r. (V CSK 217/09, LEX 564858). I tak w cytowanym wyroku z dnia 16 kwietnia 2010 r. Sąd Najwyższy kategorycznie stwierdził, że żądanie miarkowania kary umownej musi być konkretnie sprecyzowane przez zgłaszającego podkreślając, że przemawia za tym możliwość oparcia owego żądania na dwóch różnych przesłankach określonych w art. 484 § 2 k.c., a także to, że żądanie oddalenia roszczenia o karę umowną w ogóle może nie odnosić się do jej wysokości. Jego podstawą może być przecież twierdzenie, że kara umowna nie należy się, ponieważ dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub

nienależyte wykonanie zobowiązania, albo np. dlatego, że roszczenie uległo przedawnieniu. Podobne stanowisko wyrażone zostało w cytowanych wyrokach z 26 listopada 2008 r. i 6 lutego 2008 r., w których Sąd Najwyższy podkreślił, że przewidziane w art. 484 § 2 k.c. uprawnienie do żądania zmniejszenia kary umownej jest środkiem obrony pozwanego prowadzącym do częściowego oddalenia powództwa, a zatem może być realizowane jedynie w formie zarzutu merytorycznego, a gramatyczna wykładnia powyższego przepisu (a także okoliczność, że zarzut taki może być oparty na dwóch różnych przesłankach), prowadzi do wniosku, iż zarzut ten powinien zostać konkretnie sprecyzowany przez zgłaszającego. Wreszcie w przywołanym powyżej wyroku z dnia 22 stycznia 2010 r. Sąd Najwyższy wskazał, że do miarkowania kary umownej wystarczające jest gdy w trakcie procesu dłużnik, który wnosi o oddalenie powództwa, podniesie także zarzut rażącego wygórowania kary umownej. Zauważyć jednak za skarżącą trzeba, iż w niniejszej sprawie pozwani takiego zarzutu nie formułowali, nie wskazywali również na którąkolwiek z podstaw do ewentualnego miarkowania tejże kary, jak również nie wykazali zasadności tego miarkowania dowodząc istnienia przesłanek umożliwiających zastosowanie miarkowania kary wymienionych w art. 484 § 2 k.c. (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 2 lutego 2012 r., I ACa 1392/11, LEX nr 1120016).

Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę opowiada się w pełni za drugim z omówionych powyżej stanowisk, dzieląc przywołane w tym zakresie poglądy orzecznictwa i doktryny.

W konsekwencji, uwzględniając istotę i funkcje kary umownej, obronny charakter uprawnienia dłużnika wynikający z przepisu art. 484 § 2 k.c., jak również gramatyczną wykładnię treści tego przepisu stwierdzić należy, że zmniejszenie (miarkowanie) wysokości kary umownej możliwe jest tylko i wyłącznie na wniosek lub merytoryczny zarzut pozwanego, konkretnie sprecyzowany i udowodniony stosownie do treści art. 6 k.c. Brak zatem sformułowania przez pozwanego takiego wniosku lub zarzutu uniemożliwia sądowi dokonanie zmniejszenia wysokości dochodzonej w procesie kary umownej.

W świetle powyższych rozważań nieuprawnione było zatem przyjęcie przez skarżącego, że wniosek o oddalenie powództwa zawierał w sobie żądanie miarkowania kary umownej i w istocie istniała konieczność dokonania z urzędu zmniejszenia wysokości spornej kary umownej. Tym bardziej brak jest uzasadnionych podstaw, aby pozwanemu, reprezentowanemu w niniejszej sprawie przez profesjonalnego pełnomocnika, przepisywać żądania czy zarzuty, których nie wyraził w toku trwającego procesu. Podkreślić przy tym należy, iż pozwany wnosząc w sprzeciwie o oddaleniu żądania strony powodowej o zapłatę kary umownej wskazywał jedynie po jego stronie brak odpowiedzialności za skutki prac budowlanych. Z treści sprzeciwu i pism procesowych pozwanego wnoszonych w toku procesu w sposób jednoznaczny wynika, iż pozwany nie podnosił (tym bardziej też nie dowodził) żadnych twierdzeń, wniosków czy zarzutów, które zmierzałyby, czy też pozwalałyby uznać, iż kwestionuje wysokość spornej kary umownej, jako rażąco wygórowanej. Twierdzenia i zarzuty pozwanego, zawarte w sprzeciwie od nakazu zapłaty, czy też apelacji, kwestionują samą zasadę żądania zapłaty przez stronę powodowej kary umownej.

W okolicznościach analizowanej sprawy brak więc było uzasadnionych podstaw do przyjęcia, że pozwany domagał się zmniejszenia wysokości spornej kary umownej. Pozwany nie usiłował nawet dowodzić którejkolwiek z podstaw do ewentualnego miarkowania tejże kary. Podkreślić przy tym trzeba, iż czym innym jest wykazywanie braku zasadności zapłaty kary umownej, a czym innym jest wykazywanie jej rażącego wygórowania. Podniesienie bowiem zarzutu rażącego wygórowania kary umownej albo wykonania zobowiązania w znacznej części, zmusza dłużnika do przeprowadzenia postępowania dowodowego w oznaczonym zakresie, ale także co w tym wypadku istotniejsze, pozwala wierzycielowi podjąć działania obronne. W modelu procesu kontradiktoryjnego w zasadzie wykluczyć należy rozwiązanie akceptujące pasywną postawę dłużnika i pozwalające doszukać się wniosku o miarkowanie kary w żądaniu oddalenia powództwa.

Z powyższych względów, Sąd Okręgowy na mocy art. 385 k.p.c. uznał apelację skarżącego jako niezasadną. Pozwany nie wykazał, aby wyliczona przez powoda wysokość kary umownej była błędnie wyliczona. Na marginesie zaznaczyć jednak należy, iż rola kar umownych nie powinna sprowadzać się do mechanicznego przeliczenia. Temu ustawodawca dał wyraz w treści art. 484 § 2 k.c. – w sytuacji, gdy zobowiązanie wykonane zostało w znacznej części. Tym bardziej

zachodzą przesłanki do miarkowania kary umownej, gdy zobowiązanie wykonane zostało w całości (jak to ma miejsce w sprawie niniejszej), jeżeli obciążony karami o takie miarkowanie wystąpi.

O kosztach procesu Sąd okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c., a wysokość wynagrodzenia pełnomocnika powoda została ustalona w oparciu o § 6 pkt 5 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r. Nr 163, poz. 1349 z późn. zm.).