

## UZASADNIENIE

W pozwie wniesionym w dniu 12 września 2011 roku, strona powodowa (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. wniosła o zasądzenie od strony pozwanej Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego (...) – A. Z., J. K. vel K., P. (...) spółki jawnej z siedzibą w Ł. kwoty 110.000,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami oraz kosztów postępowania.

W uzasadnieniu pozwu wskazano, że strony łączyła umowa o roboty budowlane. W okresie gwarancji ujawniły się wady przedmiotu umowy i w konsekwencji zaszła potrzeba ich usunięcia przez wykonawcę – stronę pozwaną. W związku z wystąpieniem wad dokonano przeglądu gwarancyjnego. Strona powodowa zgłosiła pozwanej spółce usterki. Strona pozwana nie dokonała usunięcia usterek w terminie ustalonym w umowie o roboty budowlane. Na skutek nieusuwania wad przez wykonawcę, jak również przez ich pogłębianie się, strona powodowa zleciła sporządzenie opinii technicznej, która wskazywałaby na przyczyny powstania wad. W opinii wskazano, że przyczyną powstania usterek były błędy wykonawcze przy wykonywaniu robót budowlano-wykończeniowych. Po przesłaniu opinii strona pozwana wskazała, że rozpoczęła usuwanie niektórych wad, a pozostałe miały być usunięte po upływie okresu gwarancji. Strona powodowa wskazała, że wartość przedmiotu sporu stanowi karę umowną, odpowiadającą 23 dniom zwłoki w usuwaniu wad (pozew – k. 2-13).

Nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym z dnia 30 września 2011 roku Sąd Okręgowy w Łodzi, X Wydział Gospodarczy orzekł zgodnie z żądaniem pozwu (nakaz - k. 130).

Od powyższego nakazu zapłaty, strona pozwana Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe (...) – A. Z., J. K. vel K., P. (...) spółka jawna z siedzibą w Ł. złożyła sprzeciw, w których wniosła o oddalenie powództwa oraz zasądzenie kosztów postępowania.

W uzasadnieniu strona pozwana wskazała, że pozwany uznaje jedynie obowiązek naprawy wady w postaci pęknięcia w nadprożu 4 piętra, jednakże przyczyny nienaprawienia powstałej wady leżą po stronie powodowej, gdyż strona pozwana wielokrotnie zwracała się o udostępnienie pomieszczenia, z którego można dokonać naprawy, natomiast powodowa spółka nigdy nie ustosunkowała się do tych wniosków. Strona pozwana pozostałych wad oraz obowiązku ich naprawy nie uznała, gdyż powstały bądź w wyniku przyczyn niezależnych od pozwanej spółki, np. osiadania budynku, bądź nie stanowią wad wykonanych robót budowlanych (sprzeciw - k. 136-139).

### **Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:**

Strona powodowa (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. prowadzi działalność gospodarczą m.in. w zakresie rozbiórki i burzenia obiektów budowlanych, przygotowywania terenu pod budowę, wykonywania wykopów i wierceń geologiczno-inżynierskich, wykonywania konstrukcji i pokryć dachowych. Strona pozwana prowadzi działalność gospodarczą m.in. w zakresie montażu konstrukcji budowlanych, instalatorstwa sanitarnego, elektrycznego i c.o., projektowania w budownictwie, nadzoru budowlanego (okoliczność bezsporna).

W dniu 24 stycznia 2008 r. strony zawarły umowę o roboty budowlane. Przedmiotem umowy stanowiła kompleksowa realizacja zadań inwestycyjnych polegających na modernizacji w zakresie robót remontowo-budowlanych oraz montażowych niezbędnych do wykonania prac instalatorskich, instalacji wodno-kanalizacyjnej, instalacji centralnego ogrzewania, instalacji wentylacji, instalacji solarnej, instalacji elektrycznej oraz robót wykończeniowych budynku mieszczącego się w Ł. przy ul. (...). Prace na obiekcie podzielono na dwa etapy, które miały się zakończyć w terminach do dnia 31 sierpnia 2008 r. (etap I) oraz 30 czerwca 2009 r. (etap II). Strony uzgodniły w § 9 umowy wynagrodzenie wstępne za wykonanie przedmiotu umowy na kwotę 2.000.000,00 zł netto. Wynagrodzenie miało być płatne na podstawie faktur VAT wystawianych raz w miesiącu na podstawie zaakceptowanych protokołów odbioru robót, których dotyczyłaby faktura. Płatność miała nastąpić w terminie 21 dni od daty doręczenia faktury do siedziby strony powodowej. W § 11 pkt 4 umowy strony uzgodniły, że w przypadku wystąpienia zwłoki w usunięciu przez wykonawcę (stronę pozwaną) wad wykonania przedmiotu umowy, stwierdzonych w okresie gwarancji, po upływie

okresu wyznaczonego na ich usunięcie, zamawiający (strona powodowa) uprawniony będzie do dochodzenia zapłaty na swoją rzecz kary umownej w kwocie stanowiącej 0,1% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki. Natomiast w § 11 pkt 5 umowy wskazano, że strony zastrzegają możliwość odstąpienia od naliczania i dochodzenia kar umownych w uzasadnionych przypadkach. W § 12 umowy strony ustaliły, że wykonawca udziela 3-letniej gwarancji na prace budowlano-instalacyjne zrealizowane w ramach przedmiotowej umowy. W § 13 umowy uzgodniono, że umawiające się strony ustalają 14-dniowy termin na usunięcie wad stwierdzonych w okresie gwarancji, a wszelkie opóźnienia w pracach związanych z usunięciem jakichkolwiek wad po zakończeniu inwestycji będą rozliczane z wykorzystaniem tej kwoty tzn. zamawiający uprawniony będzie do potrącenia z należnej zapłaty na swoją rzecz kary umownej w kwocie stanowiącej 0,1% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki; stwierdzenie usunięcia wad winno nastąpić w formie protokolarnej (umowa o roboty budowlane – k. 24-27; zeznania R. M. (1) – k. 641, nagranie 00:26:13; zeznania A. Z. (2) – k. 642, nagranie 00:53:33).

Umowa była następnie trzykrotnie aneksowana przez strony w dniach 22 września 2008 r., 30 grudnia 2008 r. oraz 10 września 2010 r. Aneksem z dnia 22 września 2008 r. m.in. zmieniono kwotę wynagrodzenia zwiększając ją do kwoty 3.500.000,00 zł oraz ustalając nowy termin zakończenia I etapu prac do dnia 31 grudnia 2008 r. Aneksem z dnia 30 grudnia 2008 r. m.in. podwyższono kwotę wynagrodzenia do kwoty 5.000.000,00 zł oraz ustalono termin zakończenia I etapu prac do dnia 30 marca 2009 r. Aneksem z dnia 10 września 2010 r. ustalono ostateczną kwotę wynagrodzenia na kwotę 4.853.930,71 zł netto, określono, że terminy rękojmi i gwarancji rozpoczynają swój bieg od dnia 30 kwietnia 2009 r. (I etap prac) oraz od dnia 30 grudnia 2009 r. (II etap prac) (aneksy do umowy – k. 24-32v).

Prace na budynku przy ul. (...) w Ł. zostały przez stronę pozwaną w całości wykonane, zakończone i następnie odebrane. W trakcie odbioru pojawiła się kwestia usterek i niedociągnięć, wskazywano usterki i niedoróbki, które miały zostać poprawione. Te usterki zostały usunięte przez stronę pozwaną. Protokół odbioru został podpisany bez zastrzeżeń (zeznania świadka M. G. (1) – k. 199; zeznania A. Z. – k. 643, nagranie 00:59:53).

W okresie gwarancji ujawniły się wady przedmiotu umowy i w konsekwencji strona powodowa wystąpiła w dniu 28 września 2010 r. do strony pozwanej o dokonanie przeglądu gwarancyjnego. W dniu 8 października 2010 r. odbył się przegląd gwarancyjny, z którego sporządzono protokół. W protokole wskazano, że stwierdzono istnienie licznych usterek m.in. pęknięcie płytek na II piętrze, niestabilność gniazdek telefonicznych na parterze, pęknięcia pod parapetem na I piętrze, pęknięcia ścian, zalane sufity, na IV piętrze odpadł fragment elewacji. W protokole wskazano, że usterki podpisane zostaną usunięte w terminie 14 dni, od dnia 11 października 2010 r., natomiast termin usunięcia usterek niepodpisanych zostanie ustalony na oddzielnym spotkaniu. (wezwanie, protokół z przeglądu gwarancyjnego – k. 33-54v; zeznania świadka M. G. – k. 199; zeznania świadka E. B. (1) – k. 357, nagranie 00:07:00).

Część drobnych usterek została przez stronę pozwaną usunięta np. spękania na ścianach pediatry, zły montaż sedesu, przeciekający dach (zeznania świadka M. G. – k. 199; zeznania świadka P. W. – k. 203 zeznania świadka E. B. – k. 357, nagranie 00:09:56; zeznania R. M. – k. 641, nagranie 00:36:12; zeznania A. Z. – k. 643, nagranie 01:02:51).

W związku z nieusunięciem wszystkich wykrytych wad w terminie do dnia 25 września 2010 r. sporządzono wykaz usterek usuniętych, wykaz usterek nieusuniętych oraz wykaz usterek spornych, co do zasady ich powstania (wykazy – k. 55-57).

Pismem z dnia 16 listopada 2010 r. strona powodowa wezwała pozwaną spółkę do usunięcia wszystkich wykrytych wad, zgodnie ze sporządzonym protokołem z przeglądu gwarancyjnego. W treści pisma wskazano, że od dnia 26 października 2010 r. wierzycielowi przysługiwało prawo naliczania kar umownych z tytułu nieterminowego usunięcia wad. Wskazano także, że strona powodowa może skorzystać w przypadku niewywiązania się przez stronę pozwaną z zobowiązania, z wykonania zastępczego. Ostatecznie wezwano do usunięcia wykrytych wad do dnia 27 listopada 2010 r. (pismo – k. 58-59).

Po przesłaniu pisma z listy 8 nieusuniętych usterek wynikających z protokołu gwarancyjnego zostały wykonane prace w zakresie 2 punktów.

W dniach 14 stycznia 2011 r. oraz 11 maja 2011 r. strona powodowa skierowała do pozwanej spółki dalsze pisma wzywające do usunięcia stwierdzonych protokołem z dnia 8 października 2010 r. usterek. W piśmie z dnia 11 maja 2011 r. podkreślono, że termin usunięcia usterek minął 25 października 2010 r. w związku z czym powodowa spółka może żądać kary umownej za 229 dni zwłoki w kwocie 1.111.549,97 zł (pisma – k. 61-63).

Pismem z dnia 20 maja 2011 r. strona pozwana podniosła, że zostały usunięte wszystkie wady objęte protokołem z dnia 8 października 2010 r. za wyjątkiem wady elewacji budynku w postaci pęknięcia na nadprożu 4 pięta. Nieusunięcie tej wady było spowodowane brakiem dostępu do pomieszczenia, z którego jest dostęp do tego punktu elewacji, czyli z przyczyny nie leżącej po stronie pozwanej spółki. Wskazano ponadto, że wymienione drobne pęknięcia i rysy na ścianach nie są objęte gwarancją wykonawcy, gdyż przyczyną ich powstania jest osiadanie budynku. Mimo tego zaproponowano wykonanie tych prac pod koniec okresu gwarancji (pismo – k. 65-65v; zeznania świadka E. B. – k. 357, nagranie 00:14:07).

W piśmie z dnia 13 czerwca 2011 r. strona powodowa przedstawiła pozwanej spółce proponowane terminy na usunięcie wad oraz zaproponowała przeciwko stanowisku, zgodnie z którym strona pozwana chce przeprowadzić prace malarskie pod koniec okresu gwarancji wskazując, że mogą powstać kolejne rysy (pismo – k. 66-66v).

Na zlecenie strony powodowej mgr inż. M. S. sporządził prywatną opinię techniczną w celu określenia przyczyn powstania usterek w budynku przy ul. (...) w Ł.. Na podstawie przeprowadzonych oględzin i analizy biegły stwierdził, że przyczyną powstania wszystkich wymienionych w opracowaniu usterek były błędy wykonawcze przy wykonywaniu robót budowlano-wykończeniowych. Prace zostały wykonane nieprawidłowo i spowodowały usterki, najczęściej w postaci pęknięć, rys i uszkodzeń na zewnętrznych powierzchniach elementów wykończenia budynku. Błędy wykonawcze popełnione w trakcie realizacji wpływają w sposób niekorzystny na trwałość i walory użytkowe budynku i jako takie nie odpowiadają akceptacji dla dalszego użytkowania obiektu. (opinia techniczna – k. 70-76).

Wyżej wskazana opinia techniczna została przesłana stornie pozwanej w dniu 13 czerwca 2011 r. (pismo – k. 77).

W piśmie z dnia 1 lipca 2011 r. strona pozwana odniosła się do sporządzonej prywatnej opinii technicznej mgr inż. M. S.. Pozwana spółka co do zasady nie negowała treści opinii i dopuszczała różne możliwości i przyczyny powstania wad. Podniesiono jednakże, że część wad wynikała z materiału o złej jakości oraz na skutek niewłaściwego uprzątnięcia śniegu z budynku, a nie wadliwego wykonawstwa. Wskazano także, że rozpoczęto prace poprawkowe w zakresie usuwania bieżących usterek (pismo – k. 69).

Wskazać należy, że twierdzenia zawarte w prywatnej opinii technicznej zostały potwierdzone przez biegłego sądowego M. Ł. w sporządzonej na zlecenie Sądu opinii. Biegły jednoznacznie wskazał, że wykryte usterki powykonawcze na dzień 6 sierpnia 2012 r. powinny zostać usunięte przez stronę pozwaną. Biegły zakwalifikował także usterkę powstałą na mozaice z płytek w poczekalni na parterze budynku jako trwałą wadę wykonawczą. Biegły podkreślił również, że strona pozwana oświadczyła, że uznaje spisane usterki na przeglądzie gwarancyjnym w dniu 8 października 2010 r., a więc zobowiązała się do ich usunięcia. Część usterek, co zauważył biegły, była przez pozwaną spółkę usuwana (opinia biegłego – k. 268-288).

W ustnej uzupełniającej opinii biegły M. Ł. sprecyzował, że wszelkie adnotacje w opinii pisemnej przy poszczególnych usterekach w postaci „do wykonania przez pozwanego” należy rozumieć jako usterki wykonawcze, do usunięcia których zobowiązany był wykonawca (opinia ustna uzupełniająca – k. 357, nagranie 00:35:07).

W pisemnej uzupełniającej opinii biegły M. Ł. określił, że szacunkowa wartość robót ogólnobudowlanych koniecznych do usunięcia usterek wykonawczych stwierdzonych w pisemnej opinii biegłego z dnia 31 lipca 2012 r., według średniego cen robocizny, materiałów i sprzętu na poziomie I kwartału 2013 r., wynosi 5.720 zł netto (opinia pisemna uzupełniająca – k. 371-393).

Biegły mgr inż. K. Ś. (1) w opinii sporządzonej na zlecenie Sądu opracował kosztorys prac naprawczych wad wskazanych w dwóch opiniach biegłego M. Ł. na kwotę 16.658,74 zł brutto (opinia biegłego – k. 446-456v).

W uzupełniającej pisemnej opinii biegły mgr inż. K. Ś. (1) wskazał wady elewacji zachodniej budynku przy ul. (...) w Ł. w postaci licznych spękań tynku oraz miejscowego braku siatki zbrojącej. Biegły zaproponował naprawę wypraw tynkarskich z ponownym siatkowaniem i kołkowaniem oraz gruntowaniem i wyprawą tynkarską lub malowaniem, oszacowując koszt prac naprawczych na kwotę 103.924,99 zł (opinia pisemna uzupełniająca – k. 582-596).

W dniach 18 listopada 2010 r., 8 grudnia 2010 r. oraz 28 grudnia 2010 r. strona powodowa wzywała pozwaną spółkę do wydania dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej. W związku z niewydaniem przez stronę pozwaną w/w dokumentu, strona powodowa w dniu 10 marca 2011 r. wniosła do Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi pozew o wydanie dokumentu gwarancji. W dniu 8 czerwca 2011 r. strona pozwana wydała dokument gwarancji, w związku z czym strona powodowa wycofała powództwo (pisma – k. 80-80v, 82-84, 87-87v; pozew – k. 89-92v; cofnięcie powództwa – k. 95-96).

Ponadto, w dniu 16 marca 2011 r. strona powodowa wniosła do Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi wniosek o zabezpieczenie dowodu w postaci ekspertyzy biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność oceny stopnia uszkodzeń budynków. Sąd, postanowieniem z dnia 17 maja 2011 r., wydanym w sprawie sygn. akt XIII GCo 174/11, dopuścił w trybie zabezpieczenia dowód z opinii biegłego (wniosek o zabezpieczenie – k. 111-114v; postanowienie – k. 115-115v).

W dniu 4 stycznia 2011 r. strona powodowa przesłała stronie pozwanej wezwanie do zapłaty należności w wysokości 344.629,03 zł tytułem kary umownej za 71 dni zwłoki w usunięciu przez stronę pozwaną wad wykonywania przedmiotu umowy. Wezwanie strona pozwana odebrała w dniu 10 stycznia 2011 r. Kolejne wezwanie do zapłaty strona powodowa przesłała pozwanej spółce w dniu 19 maja 2011 r. wzywając do zapłaty należności w wysokości 1.111.549,97 zł w związku z 229 dniami zwłoki. W odpowiedzi z dnia 1 czerwca 2011 r. strona pozwana wskazała, że dochodzona należność jest nieuzasadniona (wezwania, potwierdzenie odbioru, odpowiedź na wezwanie – k. 116-117, 1119-121, 123).

W dniu 25 lipca 2011 r. strona powodowa ponownie wezwała stronę pozwaną do usunięcia wymienionych wad zgłoszonych w ramach protokołu z dnia 8 października 2010 r. (pismo – k. 102-107v).

W dniu 26 października 2010 r. strona powodowa, na podstawie art. 498 § 1 k.c. złożyła oświadczenie o potrąceniu wierzytelności w kwocie 140.422,49 zł przysługującej jej z tytułu nienależnego świadczenia uzyskanego przez stronę pozwaną w wyniku zapłaty dokonanej przez (...) Sp. z o.o. za wystawione faktury w części w jakiej zapłata obejmowała zawyżone w stosunku do faktycznie należnego wynagrodzenie. W dniu 22 sierpnia 2011 r. powodowa spółka złożyła oświadczenie o potrąceniu swojej wierzytelności tytułem kar umownych z umowy o roboty budowlane z wierzytelnością pozwanej w kwocie 111.946,23 zł (oświadczenie – k. 127-128).

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił opierając się na powołanych dowodach w postaci dokumentów złożonych w sprawie oraz zeznań świadków i stron, jak również na wydanych opiniach biegłych z zakresu budownictwa lądowego, które są przekonujące i korespondują ze sobą.

W zakresie ustalenia przewidywanych kosztów usunięcia stwierdzonych usterek sąd oparł się na opinii biegłego K. Ś. (1).

Opinia ta jest merytorycznie poprawna, spójna, logiczna i przekonująca. Biegły zgodnie z wnioskiem strony powodowej dokonał oględzin budynku w tym dokładnych oględzin elewacji budynku.

W ich wyniku biegły stwierdził występowanie szeregu usterek a koszt ich usunięcia oszacował na kwotę około 103.000 złotych.

Biegły Ł. czynności takich nie dokonał. Z tego względu w zakresie ustalenia szacunkowych kosztów usunięcia usterek opinia biegłego Ś. oceniona została jako bardziej wiarygodna i miarodajna.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Powództwo uznać należy za zasadne.

Zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Jak wynika z treści w/w przepisu umowa o roboty budowlane ma charakter konsensualny, jest umową wzajemną. Do jej elementów przedmiotowo istotnych należy zobowiązanie się wykonawcy do wykonania obiektu, zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Inwestor natomiast zobowiązany jest do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Na gruncie przedmiotowej sprawy bezspornym jest, że między stronami procesu doszło w dniu 24 stycznia 2008 r. do zawarcia umowy o roboty budowlane. Przedmiotem umowy stanowiła kompleksowa realizacja zadań inwestycyjnych polegających na modernizacji w zakresie robót remontowo-budowlanych oraz montażowych niezbędnych do wykonania prac instalatorskich, instalacji wodno-kanalizacyjnej, instalacji centralnego ogrzewania, instalacji wentylacji, instalacji solarnej, instalacji elektrycznej oraz robót wykończeniowych budynku mieszczącego się w Ł. przy ul. (...).

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 10 lipca 2008 r., sygn. akt III CZP 62/08, stwierdził, że okoliczność, iż ustawodawca nie przewidział gwarancji przy umowie o roboty budowlane oraz umowie o dzieło, nie stoi na przeszkodzie udzieleniu gwarancji przez wykonawców robót lub przyjmujących zamówienia, na ogólnej zasadzie swobody umów. (art. 353<sup>1</sup> k.c.). W takim przypadku przepisy o gwarancji w umowach sprzedaży należy stosować w drodze analogii. Zgodnie natomiast z art. 577 k.c., w wypadku gdy zamawiający otrzymał od wykonawcy dokument gwarancyjny, co do jakości rzeczy, to poczytuje się w razie wątpliwości, że gwarant jest obowiązany do usunięcia wady fizycznej rzeczy jeżeli wady te ujawnią się w ciągu terminu określonego w gwarancji.

Bezspornym jest, że pozwana spółka na mocy umowy o roboty budowlane oraz aneksów do umowy udzieliła 3-letniej gwarancji na prace budowlano-instalacyjne zrealizowane w ramach przedmiotowej umowy (§ 12 umowy). W § 13 umowy uzgodniono, że umawiające się strony ustalają 14-dniowy termin na usunięcie wad stwierdzonych w okresie gwarancji, a wszelkie opóźnienia w pracach związanych z usunięciem jakichkolwiek wad po zakończeniu inwestycji będą rozliczane z wykorzystaniem tej kwoty tzn. zamawiający uprawniony będzie do potrącenia z należnej zapłaty na swoją rzecz kary umownej w kwocie stanowiącej 0,1% wynagrodzenia umownego netto za każdy dzień zwłoki; stwierdzenie usunięcia wad winno nastąpić w formie protokolarnej. Dodatkowo, aneksem z dnia 10 września 2010 r. ustalono, że terminy rękojmi i gwarancji rozpoczynają swój bieg od dnia 30 kwietnia 2009 r. (I etap prac) oraz od dnia 30 grudnia 2009 r. (II etap prac).

W okresie udzielonej gwarancji na budynku przy ul. (...) w Ł. ujawniły się wady przedmiotu umowy. W związku z wykryciem usterek strona powodowa skierowała w dniu 28 września 2010 r. do strony pozwanej pismo, odebrane w dniu 1 października 2010 r., o dokonanie przeglądu gwarancyjnego. W dniu 8 października 2010 r. odbył się przegląd gwarancyjny, z którego sporządzono stosowny protokół, w którym wymieniono i wskazano miejsce wystąpienia licznych usterek m.in. pęknięcie płytek na II piętrze, nietrzymające się gniazdko telefoniczne na parterze, pęknięcia pod parapetem na I piętrze, pęknięcia ścian, zalane sufity, odpadnięcie fragmentu elewacji na IV piętrze. W protokole wskazano, zgodnie z postanowieniami umownymi, że usterki podpisane zostaną usunięte w terminie 14 dni, od dnia 11 października 2010 r., natomiast termin usunięcia usterek niepodpisanych zostanie ustalony na oddzielnym spotkaniu.

W związku z nieusunięciem wykrytych wad przez stronę pozwaną w terminie, powodowa spółka przesłała stronie pozwanej w dniu 16 listopada 2010 r. pismo wzywające ją do usunięcia wszystkich wykrytych usterek, zgodnie ze sporządzonym protokołem z przeglądu gwarancyjnego. Jednocześnie strona powodowa wskazała, że od dnia 26 października 2010 r. przysługuje jej, jako wierzycielowi, prawo naliczania kar umownych z tytułu nieterminowego usunięcia wad. Jak wskazywane jest w literaturze przedmiotu, roszczenie o zapłatę kary umownej za zwłokę w terminowym usunięciu wady przedmiotu umowy o roboty budowlane staje się wymagalne w pierwszym dniu po upływie terminu do usunięcia wady. Wymagalność roszczenia o zapłatę kary umownej za zwłokę w usunięciu wady przedmiotu umowy o roboty budowlane, naliczaną za każdy dzień zwłoki, przypada na każdy kolejny dzień pozostawania dłużnika w zwłoce, a nie na dzień oddania przedmiotu umowy (wyrok SN z dnia 30 sierpnia 2006 r. II CSK 90/06).

Pozwany w treści wniesionego w sprawie sprzeciwu od nakazu zapłaty podniósł, że nie uznaje, za wyjątkiem wady w postaci pęknięcia w nadprożu 4 piętra, zgłoszonych przez stronę powodową wad. W ocenie pozwanej spółki usterki wymienione w przeglądzie gwarancyjnym powstały bądź to na skutek osiadania budynku, bądź w wyniku czynników nie związanych z robotami budowlanymi np. na skutek niewłaściwego odśnieżania dachu, złej jakości materiału kupionego przez stronę powodową. W ocenie Sądu, z takimi twierdzeniami nie sposób się zgodzić. Przeczą temu przede wszystkim sporządzone na potrzeby niniejszego procesu opinie biegłego sądowego M. Ł.. Biegły w treści pisemnej opinii głównej wskazał i opisał kilkadziesiąt wykrytych usterek, dokładnie je określając i wskazując miejsce ich wystąpienia. Wymienione wady zostały opatrzone adnotacją w jaki sposób powinny one być usunięte oraz kto winien je usunąć. W przypadku dominującej większości wymienionych usterek biegły wskazał stronę pozwaną jako podmiot, który winien je usunąć, zaledwie w 6 przypadkach biegły nie był w stanie określić kto powinien je usunąć (pkt 4f, 30-34). Biegły jednoznacznie również we wnioskach końcowych wskazał, że strona pozwana oświadczyła, że uznała spisane w trakcie przeglądu gwarancyjnego z dnia 8 października 2010 r. usterki, a więc tym samym zobowiązała się do ich usunięcia. W ustnej uzupełniającej opinii, złożonej na rozprawie w dniu 30 listopada 2012 r., biegły M. Ł. sprecyzował, że wszelkie adnotacje w opinii pisemnej przy poszczególnych usterekach w postaci „do wykonania przez pozwanego” należy rozumieć jako usterki wykonawcze, do usunięcia których zobowiązany był wykonawca.

Jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego strona pozwana usterek wymienionych w protokole z przeglądu gwarancyjnego z dnia 8 października 2010 r. nie usunęła w 14-dniowym terminie, zakreślonym przez strony w umowie o roboty budowlane z dnia 24 stycznia 2008 r. Mimo usunięcia części drobnych usterek np. montażu sedesu, czy usunięcia spękań na ścianie w pediatrii, strona pozwana co do zasady pozostawała bierna, a kontakt z nią nie odnosił żadnych rezultatów zmierzających do usunięcia wszystkich ujawnionych wad i usterek.

Z tej przyczyny strona powodowa była uprawniona do naliczenia kary umownej stosownie do § 13 pkt 2 umowy w wysokości 0,1% umowy, czyli 4.853,93 zł dziennie. Powódka była uprawniona do naliczenia kary umownej za okres od 26 października 2010 r. do chwili wniesienia pozwu, ale w pozwie wskazała, że jej żądanie obejmuje kwotę tytułem kary umownej z tytułu zwłoki w usuwaniu wad od 25. do 47. dnia zwłoki, czyli za okres 23 dni. Wysokość kary umownej określiła na 110.000,00 zł.

Zwrócić należy uwagę, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty, nawet w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (uchwała SN 7 sędziów - zasada prawna z 6.11.2003 r. III CZP 61/03). Zastosowanie kary umownej miało w tej sytuacji przede wszystkim skłonić wykonawcę do spełnienia swego zobowiązania, co jednak nie nastąpiło. Strona powodowa nie miała obowiązku wykazywania, że wskutek zaniechania strony pozwanej tj. niewykonania obowiązku gwarancyjnego i nie usunięcia wad poniosła szkodę. Nie mniej jednak ocena tej szkody ma wpływ na wysokość dochodzonej kary umownej i może mieć wpływ np. na ograniczenie wysokości dochodzonej kary umownej w oparciu o art. 484 § 2 k.c. (wyrok SN z 19 kwietnia 2006 r. V CSK 34/06). Wskazać jednakże należy, że na gruncie przedmiotowej sprawy nie zaistniała taka sytuacja. Jak podkreślił biegły K. Ś. (1) w opinii sporządzonej na zlecenie Sądu koszt prac naprawczych wad wskazanych w dwóch opiniach biegłego M. Ł. wynosi kwotę 16.658,74 zł brutto. Dodatkowo, w uzupełniającej pisemnej opinii biegły wskazał wady elewacji zachodniej budynku przy ul. (...) w Ł. w postaci

licznych spęknięć tynku oraz miejscowego braku siatki zbrojącej. Biegły zaproponował naprawę wypraw tynkarskich z ponownym siatkowaniem i kołkowaniem oraz gruntowaniem i wyprawą tynkarską lub malowaniem, oszacowując koszt prac naprawczych na kwotę 103.924,99 zł. Uwzględniając obydwa wyliczenia kosztów naprawy istniejących wad i usterek, nie można mówić o ograniczeniu wysokości kary umownej na gruncie przedmiotowej sprawy.

Jednocześnie w toku procesu nie pojawił się należycie zgłoszony i uzasadniony zarzut, aby strona powodowa w jakikolwiek sposób, czy to w drodze zapłaty czy potrącenia zrealizowała już roszczenie z tytułu kar umownych za nieterminowe usunięcie usterek.

Strona powodowa powołała się, co prawda na okoliczność złożenia wobec pozwanego oświadczenia o potrąceniu kwoty kary umownej z tytułu nieterminowego usunięcia wad robót budowlanych w kwocie przekraczającej dochodzone w niniejszym postępowaniu 110 000 złotych. Brak jednak jakichkolwiek podstaw do ustalenia, iż oświadczenie to było, w jakimkolwiek zakresie skuteczne.

Powodowa spółka, co prawda zrealizowała wydaną jej przez pozwanego gwarancję ubezpieczeniową na kwotę 44.413 złotych, lecz wiarygodność powoda wobec (...) z tego tytułu została zajęta przez Komornika w dniu 13 października 2011 roku w sprawie KM715/10 prowadzonej z wniosku pozwanego w niniejszej sprawie.

Nie jest zatem prawdą twierdzenie pozwanego, iż powód dysponował środkami ze zrealizowanej gwarancji bankowej i miał możliwość wykonania prac poprawkowych we własnym zakresie i pokrycia ich kosztów z gwarancji.

Nawet przy uwzględnieniu tej okoliczności suma zasądzonej wyrokiem kary umownej i kwoty uzyskanej z tytułu gwarancji (110 000 złotych i 44 413 złotych) nieznacznie tylko przekracza szacunkową wartość kosztów usunięcia stwierdzonych usterek ustaloną w opinii biegłego K. Ś. a wynoszącą łącznie około 130 000 złotych.

Nadto przepis art. 484 par 2 kc. przewiduje jako przesłankę miarkowania kary umownej „ wykonanie zobowiązania w znacznej części „

Tymczasem z poczynionych w sprawie ustaleń wynika, iż przesłanka ta nie wystąpiła gdyż zobowiązanie wynikające z gwarancji do usunięcia usterek robót budowlanych zostało przez pozwanego wykonane jedynie w bardzo nieznacznym zakresie w odniesieniu do kilku drobnych usterek.

Biorąc powyższe pod uwagę sąd nie znalazł podstaw do zastosowania w sprawie instytucji miarkowania kary umownej .

Mając powyższe na uwadze Sąd uwzględnił powództwo w całości.

O odsetkach orzeczono na podstawie art. 481 k.c. i 455 k.c., w związku z § 13 pkt 1 umowy. Strona pozwana otrzymała wezwanie do zapłaty kary umownej w dniu 10 stycznia 2011 r., a zatem siedmiodniowy termin do zapłaty kary upłynął w dniu 17 stycznia 2011 r.

Na podstawie art. 83 ust. 2 w zw. z art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych Sąd nakazał sięgnąć od strony pozwanej na rzecz Skarbu Państwa Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 1.220,58 złotych tytułem zwrotu poniesionych przez Skarb Państwa wydatków – kosztów wydania opinii przez biegłego.

z\ odpis wyroku z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikom stron.