

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 września 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Anna Kowacz-Braun
Sędziowie:	SSA Teresa Rak <b>SSA Zbigniew Ducki</b>
Protokolant:	st. prot. sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 6 września 2012 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. w K.

przeciwko KPB - (...) Sp. z o.o. w K.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Gospodarczego w Krakowie

z dnia 7 lutego 2012 r. sygn. akt IX GC 680/10

1. **zmienia zaskarżony wyrok, w ten sposób, że:**

a. **w punkcie I. kwotę 97.546,67 zł zastępuje kwotą 33.168,40 zł (trzydzieści trzy tysiące sto sześćdziesiąt osiem 40/100 złotych);**

b. **punktowi III. nadaje brzmienie zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 1737 zł (jeden tysiąc siedemset trzydzieści siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania**

c. **w punkcie IV. kwotę 1000 zł zastępuje kwotą 2065 zł (dwa tysiące sześćdziesiąt pięć złotych)**

d. **uchyla punkt V.**

2. **w pozostałym zakresie apelację oddala;**

3. **zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 5.019 zł (pięć tysięcy dziewiętnaście złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

# UZASADNIENIE

W pozwie skierowanym przeciwko KPB – (...) sp. z o.o. w K., (...) sp. z o.o. w K. wniosła o zasądzenie na swoją rzecz od strony pozwanej kwotę 164.378,28 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 15 czerwca 2010 r. do dnia zapłaty oraz kosztów postępowania.

W podstawie faktycznej dochodzonego roszczenia strona powodowa podała, że wykonała zlecone jej przez stronę pozwaną usługi, tudzież usunęła wskazane w związku z tym usterki. W dniu 6 kwietnia 2010 r. dokonała jednostronnego odbioru robót, gdyż kontrahent nie przystąpił do tego, natomiast pismem z dnia 14 kwietnia 2010 r. poinformowała stronę pozwaną o ostatecznym usunięciu usterek i wad oraz wystawiła dwie faktury na łączną kwotę 124.777,96 zł, dotychczas jednak przez (...) sp. z o.o. w K. nie zrealizowane.

Nadto na dochodzoną w sprawie należność strona powodowa zaliczyła wyżej wspomnianą pretensję oraz wartość kaucji gwarancyjnej w kwocie 46.650 zł pomniejszonej o kwotę 935,84 zł wynikającej z udziału w utrzymaniu budowy oraz zatrzymaną część kaucji gwarancyjnej ze wspomnianych faktur w wysokości 5.113,85 zł.

W sprzeciwie do wydanego w sprawie w dniu 23 lipca 2010 r. nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym, (...) sp. z o.o. w K. wniosła o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie na jej rzecz kosztów procesu.

Strona pozwana zarzuciła, że skoro potrąciła w dniu 15 marca 2010 r. na podstawie § 12 ust. 1 lit. b łączącej kontrahentów umowy kwotę 64.378,27 zł z tytułu kar umownych, tudzież nastąpiło obniżenie o 100.000 zł wynagrodzenie strony powodowej za wykonanie robót z wadami, przez nią nie usuniętych (§ 14 ust. 14 umowy) i dokonania oświadczenia z dnia 22 lutego 2010 r., roszczenie zgłoszone w sprawie jest niezasadne.

Nadto strona pozwana zarzuciła, że w trakcie wykonywania zleconych kontrahentowi robót były zgłaszane przez niego częściowe ich odbiory, obciążone jednak licznymi wadami i usterkami, na bieżąco jednak nie usuwanymi.

Skoro strona powodowa jako podwykonawca nie zgłosiła zakończenia swych robót z deklaracją gotowości do ich odbioru końcowego, zostały one objęte odbiorem końcowym całej inwestycji. W tej sytuacji, wobec poinformowania przez stronę powodową pismem z dnia 9 listopada 2009 r. kontrahenta o zakończeniu robót, wezwał on ją do ostatecznego usunięcia wszystkich dotąd zgłaszanych podczas częściowych przeglądów usterek, wyznaczając do tego termin 31 października 2009 r. Kolejny termin do usunięcia wspomnianych usterek został wyznaczony po zakończeniu końcowego odbioru budynku Hotelu (...) na dzień 28 listopada 2009 r. Wobec nie uczynienia jednak temu zadość strona pozwana określiła stronie powodowej kolejny termin usunięcia usterek wskazując go na dzień 14 grudnia 2009 r., informując jednocześnie o zatrzymaniu przez inwestora części wynagrodzenia strony pozwanej jako generalnego wykonawcy z przyczyny wad ujawnionych w robotach strony powodowej. W konsekwencji nieusunięcia przez stronę powodową usterek i wad inwestor pismem z dnia 28 stycznia 2010 r. poinformował stronę pozwaną o odmowie przyjęcia naprawy po czym oświadczeniem z dnia 3 lutego 2010 r. obniżył jej wynagrodzenie o kwotę 100.000 zł. W tej sytuacji strona pozwana naliczyła stronie powodowej kary umowne za opóźnienie w usuwaniu wad i usterek na kwotę 69.388 zł, przyjmując okres opóźnienia od 16 grudnia 2009 r. do 23 stycznia 2010 r., potrącając ją wobec braku zapłaty z kaucji gwarancyjnej.

W związku zaś z fakturami, których zapłaty strona powodowa się domaga, strona pozwana zauważyła, że wypłaciła kontrahentowi 1.180.537,98 zł z umowy i 544.500 zł z aneksu do umowy, dokonując obniżenia jego wynagrodzenia o 100.000 zł, co wyczerpuje całość roszczenia o zapłatę wynagrodzenia, z wyjątkiem kwoty 962,02 zł, którą jednak potrąciła notą księgową obejmującą kary umowne za opóźnienie.

Również dochodzona kwota kaucji gwarancyjnej w wysokości 39.600,31 zł została potrącona z wierzytelności objętej notą księgową.

Wyrokiem z dnia 7 lutego 2012 r. wydanym do sygn. akt IX GC 680/10 Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział IX Sąd Gospodarczy zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 97.546,97 zł wraz ustawowymi odsetkami

od 15 czerwca 2010 r. do dnia zapłaty (pkt. I); w pozostałym zakresie powództwo oddalił (pkt. II); zasądził od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 6.878 zł tytułem zwrotu kosztów procesu (pkt. III); nakazał ściąganie od strony powodowej i strony pozwanej na rzecz Skarbu Państwa, odpowiednio kwoty 1.000 zł i 578,02 zł tytułem nieuiszczonych kosztów procesu (pkt. IV i pkt. V).

W ustaleniach dotyczących stanu faktycznego sprawy Sąd I instancji wskazał, co następuje:

Strony w dniu 16 marca 2009 r. zawarły umowę nr (...) o wykonanie robót polegających na dostawie i montażu przez stronę powodową płytek ceramicznych, lusterek i wyposażenia: w 137 niestandardowych łazienkach, w 6-ciu łazienkach rodzinnych i dwóch łazienkach dla osób niepełnosprawnych.

Następnie wyżej wspomniani kontrahenci podpisali w dniu 22 lipca 2009 r. aneks do umowy, w którym zostały uzgodnione roboty dodatkowe, określając za nie wynagrodzenie na kwotę 550.000 zł. W efekcie tego strony uzgodniły ryczałtowe wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy na kwotę 1.826.000 zł.

Z uwagi na kilkukrotną zmianę zakresu prac i brak frontu robót zlecone stronie powodowej roboty zostały wykonane w terminie. Były one jednak obciążone wadami i usterkami estetycznymi.

Strona powodowa zgłosiła w dniu 14 października 2009 r. stronie pozwanej gotowość przystąpienia do odbioru przedmiotu umowy. Jednakże z uwagi na fakt, że w tym samym czasie miał miejsce inwestorski odbiór końcowy, strona pozwana nie dokonała ze stroną powodową osobnego odbioru końcowego wykonanych przez nią robót, formułując podówczas listę występujących w związku z nimi usterek.

Dnia 31 marca 2010 r. strona powodowa wystawiła na rzecz strony pozwanej faktury VAT: nr (...) na kwotę 118.067,97 i nr (...)/01/04/2010/B na kwotę 6.710 zł z terminem ich płatności określonym na dzień 7 maja 2010 r.

Wcześniej jednak strona pozwana pismem z dnia 22 lutego 2010 r. poinformowała stronę powodową, że w związku z nieusunięciem usterek obniżyła należne jej wynagrodzenie o kwotę 100.000 zł, natomiast z uwagi na opóźnienia w usunięciu wad i usterek naliczyła jej karę umowną w wysokości 68.388 zł, którą z uwagi na brak zapłaty potrąciła z zatrzymanej kaucji gwarancyjnej.

Koszt usunięcia wad prac wykonanych przez stronę powodową na rzecz strony pozwanej opiewały na kwotę 66.831,60 zł brutto (54.780 zł netto), czyli 3 % wartości całej umowy.

W ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego Sąd Okręgowy w szczególności wskazał, że z zaoferowanych w sprawie osobowych środków dowodowych wynika, że strona powodowa wykonywała zlecone jej prace zgodnie z harmonogramem, który powstawał w trakcie realizacji prac. Wówczas strona pozwana zgłaszała usterki wykonanych robót usuwane po ich zgłoszeniu, później ponawiając w tym względzie dalsze zastrzeżenia. Problem stanowił także brak frontu robót oraz zmiana zakresu prac. Jeśli natomiast chodzi o wadliwość wykonywanych na budowie robót dotyczyły one nie tylko wykonywanych przez stronę powodową, ale także innych firm realizujących inwestycje, uszkadzających efekt pracy strony powodowej jak np. na klatkach schodowych. W przedmiocie braku usunięcia przez stronę powodową zgłoszonych jej wad, zdaniem Sądu Okręgowego materiał dowodowy sprawy w tym opinia biegłego wskazuje, że dotyczyło to jedynie wad estetycznych wynikających z niestaranego wykonywania robót, a nie funkcjonalnych. Świadczy o tym także fakt odbioru i dopuszczenia do użytkowania przez organy nadzoru budowlanego, tudzież używania obiektu zgodnie z przeznaczeniem.

W rozważaniach prawnych Sąd I instancji zauważył, że odbiór prac wykonanych przez stronę powodową, których zakresu i uzgodnionej wartości co do zasady nie kwestionuje strona pozwana, nastąpił w dniu 9 listopada 2009 r. Jednakże wobec stwierdzenia podówczas licznych wad i usterek i opóźnień z tym związanych strona pozwana wywodzi prawo potrącenia roszczenia o zapłatę kar umownych. Tymczasem, na co wskazuje zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, były one w znacznej części sukcesywnie usuwane po ich określeniu. Tak też Sąd Okręgowy co do zasady uznał, że nie nastąpiły opóźnienia w usuwaniu tych wad i usterek, realizowane zgodnie z wymogami § 14

umowy łączącej strony. Istotnie strona pozwana pismami wyznaczała stronie powodowej terminy usunięcia usterek, co było przez wykonawcę realizowane. Wynika to z protokołów i wiarygodnych zeznań świadków. Jednocześnie niewątpliwy fakt braku usunięcia przez stronę powodową wszystkich usterek i wad, w sytuacji obniżenia z tego względu wynagrodzenia za wykonanie obiektu z nieusuniętymi usterekami i wadami, wyłącza możliwość naliczania kary umownej. Tak też brak możliwości naliczenia kar umownych w sprawie wynika już to z przyczyny usuwania na bieżąco, cyklicznie i w ustalonym przez strony terminie wad i usterek, już to z przyczyny obniżenia stronie powodowej wynagrodzenia za wykonane zlecenie, co mogło nastąpić zgodnie z ekwiwalentnością świadczeń stron.

Zdaniem Sądu Okręgowego częściowe obniżenie wynagrodzenia należnego stronie powodowej od strony pozwanej ma swoje uzasadnienie prawne w art. 637 § 2 w zw. z art. 656 k.c. oraz w opinii biegłego opracowującego opinię w sprawie stwierdzającej, że wady jakich dopuściła się strona powodowa przy wykonywaniu zlecenia, dotychczas nieusuniętych, mają charakter estetyczny i dają podstawę do obniżenia wynagrodzenia o kwotę 66.831,60 zł brutto. W tej sytuacji ostateczne wynagrodzenie należne stronie powodowej od strony pozwanej winno być obniżone względem preferowanego w wspomnianych fakturach opiewających na łączną kwotę 124.777,96 o kwotę 66.831,60 zł i wynosi 57.946,36 zł.

W przedmiocie żądania zwrotu na podstawie § 11 ust. 1 umowy części kaucji gwarancyjnej w wysokości 40.600 zł wynoszącą 46.650 zł, którą to kwotę strona powodowa pomniejszyła o koszty udziału w utrzymaniu budowy (na podstawie § 3 pkt. 2.16 umowy) o kwotę 935,84 i o zatrzymaną część kwoty gwarancyjnej z faktur dochodzonych w sprawie tj. o kwotę 5.113,85 zł, Sąd Okręgowy zauważa, że zgodnie z § 11 pkt. 1 a, 50 % kwoty zatrzymanej kaucji powinna zostać zwrócona termie 14 dni po podpisaniu przez stronę pozwaną protokołu końcowego odbioru pod warunkiem usunięcia wad z protokołu odbioru końcowego. Strona pozwana zarzuciła, że strona powodowa do dnia rozpoczęcia odbioru końcowego całej inwestycji w ramach generalnego wykonawstwa nie zgłosiła zakończenia swoich robót z deklaracją odbioru końcowego. Stoi to jednak w sprzeczności z jej pismem dołączonym do akt zatytułowanym „oświadczenie o gotowości przystąpienia do odbioru” z dnia 14 października 2009 r., które wpłynęło do strony pozwanej w dniu 9 listopada 2009 r. Sama zaś strona pozwana nie przystąpiła do odbioru ponieważ, jak to zaznaczył jej pracownik A. G. nałożyły się jej dwa odbiory z inwestorem i stroną powodową, stąd też nie przeprowadziła ona odbioru końcowego z podwykonawcą. Zatem uczyniła to w trakcie odbioru końcowego z inwestorem, wymieniając przy tym ustereki prac strony powodowej, przesyłając w związku z tym ich listę. Nadto nie można, w ocenie Sądu Okręgowego, zaakceptować poglądu, że nie spełniona została formalna przesłanka uznania wymagalności należności wynagrodzenia wobec odbioru końcowego w sytuacji, gdy obiekt budowlany jest bieżąco wykorzystywany jako hotel. Tym samym miał miejsce faktyczny odbiór prac strony powodowej przez stronę pozwaną pomimo braku dokumentu o nazwie protokół odbioru końcowego. W tej sytuacji strona powodowa ma prawo do domagania się zwrotu 50 % zatrzymanej kwoty kaucji gwarancyjnej, niekwestionowanej przez stronę pozwaną co do wysokości.

Ostatecznie Sąd Okręgowy za uzasadnione na podstawie art. 647 k.c. uznał roszczenie strony powodowej z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace w łącznej wysokości 97.546,67 zł stanowiącej różnicę dochodzonej kwoty z wartością należnego jej wynagrodzenia wynikającego z opinii biegłego wynoszącego 66.831,60 zł.

O odsetkach Sąd Okręgowy orzekł przy zastosowaniu art. 481 § 1 i 2 k.c., zaś o kosztach postępowania na podstawie art. 100 k.p.c., przy uwzględnieniu faktu wygrania przez stronę powodową sporu w 2/3 części. Na analogicznych zasadach Sąd rozdzielił koszty opinii biegłego.

W apelacji od powyższego wyroku w zakresie jego pkt. I, pkt. III i pkt. V strona pozwana zarzuciła mu mające istotny wpływ na rozstrzygnięcie:

1. Obrazę prawa materialnego art. 483 k.c. i art. 637 § 2 w zw. z art. 560 § 1 i 3 k.c. poprzez błędną wykładnię jakoby obniżenie ceny z powodu istnienia wad wyłączyło możliwość obniżenia wykonawcy kara umowną za nieusunięcie tych wad w wyznaczonych terminach.

2. Błąd w ustaleniach faktycznych polegający na ustaleniu, że wartość naprawy robót wadliwie wykonanych przez powódkę wynosi 66.831,60 zł, a zatem obniżenie wynagrodzenia powódki zasadne jest tylko do tej wysokości, a nie w wysokości 100.000 zł jak przyjęła pozwana.

3. Obrazę prawa procesowego art. 233 § 1 k.p.c. w z. z art. 286 k.p.c. poprzez pominięcie zarzutów do opinii zawartej w piśmie procesowym pozwanej wskazującej na błędne zastosowanie przez biegłego sądowego mgr inż. G. D. normy PN – 75/B-10121, i nie zażądanie od biegłego ustosunkowania się do podniesionych zarzutów.

Na powyższym tle apelant wniósł o:

1. zmianę wyroku w zaskarżonym zakresie i oddalenie powództwa z zasądzeniem od pozwanej kosztów procesu za obie instancje, a razie nieuwzględnienia tego wniosku –

2. uchylene wyroku w zaskarżonych częściach i przekazanie w uchylonym zakresie sprawy Sądowi Okręgowemu w Krakowie do ponownego rozpoznania wraz z rozstrzygnięciem o kosztach instancji odwoławczej.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja okazała się częściowo zasadna i skutkowałą zmianą zaskarżonego wyroku.

Sąd Odwoławczy podziela w całości ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i uznaje je za prawidłową podstawę rozstrzygnięcia sprawy, tym niemniej uzupełnia je poprzez przytoczenie następujących okoliczności:

Zgodnie z § 12 pkt 1 umowy nr (...) wykonawca obowiązał się do zapłaty zamawiającemu kar umownych m.in. w następujących sytuacjach: a) za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy, w wysokości 0,1 % ryczałtowej należności netto za wykonanie prac wg § 8 ust. 1, za każdy dzień opóźnienia liczonego od dnia określonego w § 7 jako termin zakończenia, b) za opóźnienie w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze końcowym w wysokości 0,1 % ryczałtowej należności za wykonanie prac wg § 8 ust. 1, za każdy dzień opóźnienia liczonego od dnia wyznaczonego wg § 14 na zakończenie usunięcia wad.

W dniu 2 marca 2010 r. KPB (...) Sp. z o.o. wystawiła na rzecz (...) Sp. z o.o. notę obciążeniową opiewającą na kwotę 69.388,00 zł z tytułu opóźnienia w usunięciu wad i usterek na podstawie § 12 umowy nr (...) z dnia 16 marca 2009 r. Nadto poinformowała spółkę (...), iż w razie nieuiszczenia tej kwoty w terminie 14 dni od daty otrzymania noty, kwota naliczonych kar umownych zostanie potrącona z kwoty kaucji gwarancyjnych zatrzymanych zgodnie z § 1 umowy. Podstawę naliczenia kar umownych stanowił § 12 pkt 1 lit a i b umowy. Przy tym, ilość dni opóźnienia wynosiła 38 (od dnia 16 grudnia 2009 r. do dnia 23 stycznia 2010 r.), zaś wynagrodzenie umowne, od którego liczone wysokość kar umownych wynosiło 1.826.000,00 zł.

(dowód: umowa nr (...) z dnia 16 marca 2009 r. 24, nota obciążeniowa wraz z dowodem doręczenia, k. 143- 145)

Strona powodowa nie kwestionowała sposobu i zakresu naliczenia jej przez stronę powodową wartości kary umownej, nie wypowiadając się w tym względzie (art. 230 k.p.c.)

Przechodząc następnie do rozważenia poszczególnych zarzutów apelacji wskazać należy, iż w pierwszej kolejności ocenić należy zarzut naruszenia prawa procesowego oraz błędu w ustaleniach faktycznych, a dopiero w następnej kolejności zarzut naruszenia prawa materialnego, bowiem zarzut ten może zostać skutecznie podniesiony tylko w niewadliwie ustalonym czy też ocenionym stanie faktycznym oraz prawidłowo zastosowanych przepisach postępowania cywilnego. Podniesiony zarzut błędu w ustaleniach faktycznych oraz naruszenia prawa procesowego należy rozważyć łącznie, bowiem są one ze sobą ściśle powiązane. Jak wynika bowiem z uzasadnienia apelacji zarzut błędu w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu przez Sąd Okręgowy, że koszt usunięcia wad prac wykonanych przez stronę powodową wnosi 66.831,60 zł, wynikać ma, zdaniem apelującego, z błędnego i bezkrytycznego uznania za przekonującą opinii biegłego, co z kolei spowodowane było nieuwzględnieniem zarzutów do opinii wniesionym przez

stronę pozwaną. Na konieczność łącznego rozważenia zarzutów wskazuje też sam apelujący, który również łącznie omawia zasadność tych zarzutów w uzasadnieniu apelacji.

Oba zarzuty były nietrafne.

Apelujący podał, iż Sąd Okręgowy nie powinien był bezkrytycznie przyjąć za prawdziwe twierdzeń zawartych w opinii biegłego, podając następnie szereg uchybień, jakich jego zdaniem dopuścił się biegły przy sporządzaniu swojej opinii. Uchybienia wymienione przez apelanta są w zasadzie zbieżne z tymi, jakie w toku postępowania I- instancyjnego podniósł w piśmie procesowym z dnia 14 grudnia 2011 r. zawierającym zarzuty do opinii biegłego. Nadto zdaniem apelującego Sąd Okręgowy winien był przedstawić biegłemu zarzuty w celu pisemnego lub ustnego ustosunkowania się do opinii, co stanowi naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c. Zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Zaś art. 286 k.p.c. daje sądowi uprawnienie do żądania ustnego wyjaśnienia opinii złożonej na piśmie, bądź żądania dodatkowej opinii od tych samych lub innych biegłych. W ocenie Sądu Odwoławczego nie doszło do naruszenia powyższych przepisów. Po pierwsze, jak słusznie zauważył apelujący, art. 286 k.p.c. daje sądowi możliwość zażądania od biegłego wyjaśnienia opinii lub żądania opinii uzupełniającej, nie nakłada na niego zaś takiego obowiązku. Zatem to do uznania sądu należy czy skorzysta z możliwości, jaką daje mu ten przepis. Konieczność taka istnieje, jeśli występuje rozbieżność, niezupełność lub niejasność opinii, albo gdy materiał dowodowy nie daje podstawy do oparcia się wyłącznie na opinii jednego biegłego, bądź tylko na jednej opinii tego samego biegłego. Wówczas sąd powinien przez łączne zbadanie stanowiska biegłych wyjaśnić zachodzące w ich opiniach sprzeczności bądź też zażądać dodatkowej opinii innych biegłych. Ewentualne wezwanie biegłego do złożenia wyjaśnień co do opinii czy sporządzenie opinii uzupełniającej będzie zatem uzależnione od tego czy sąd poweźmie wątpliwości co do treści opinii i zawartych w niej wniosków. Jeśli sąd uzna opinię za wyczerpującą, jasną, pełną, niesprzeczną to nie będzie konieczne wzywaniem biegłego do składania dodatkowych wyjaśnień. Pomimo, że strona pozwana złożyła w piśmie procesowym z dnia 14 grudnia 2011 r. zarzuty do opinii biegłego, zarzuty te nie wpłynęły na ocenę Sądu Okręgowego co do rzetelności opinii biegłego i nie wzbudziły wątpliwości, które mogłyby zostać rozstrzygnięte w ustnych wyjaśnieniach do opinii czy też opinii uzupełniającej. Wszystkie okoliczności podane przez stronę pozwaną w zarzutach były poruszone i wyjaśnione w opinii biegłego, wobec czego Sąd I Instancji nie znalazł przyczyn by jakieś okoliczności należało jeszcze wyjaśnić. Co więcej, strona pozwana co prawda złożyła w piśmie procesowym zarzuty do opinii biegłego, jednak w toku postępowania nie żądała przedstawienia ich biegłemu, nie wniosowała o złożenie przez biegłego ustnej czy pisemnej opinii uzupełniającej, ani też o powołanie innego biegłego. Nie uczyniła tego również na ostatniej rozprawie w dniu 25 stycznia 2012 r. Strona pozwana nie wniosła również o wpisanie zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 k.p.c. zwracającego uwagę na uchybienie przepisom postępowania (naruszenie art. 286 k.p.c. w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez nieprzedstawienie biegłemu zarzutów do opinii w celu ustosunkowania się do nich), na które to uchybienia zwraca uwagę dopiero w postępowaniu odwoławczym. Wobec braku wątpliwości Sądu Okręgowego co do złożonej opinii biegłego, nie było w ocenie Sądu Odwoławczego niezbędne wzywaniem biegłego do złożenia ustnych wyjaśnień na temat opinii czy składania opinii uzupełniającej. Co więcej wskazuje na to charakter zarzutów do opinii podniesionych przez stronę pozwaną, które mają charakter jedynie polemiki z twierdzeniami biegłego. Odnieść się również należy, choć na marginesie, do zarzutu błędnego zastosowanie przez biegłego sadowego G. D. normy PN – 75/B-10121. Jak wynika z tej normy dopuszczalne odchylenie płaszczyzny od płytek nie powinno być większe niż 1mm/m. Jak wynika z jej treści wielkość odchylenia ma charakter jedynie zalecenia, charakter dyspozycyjny, a nie kategorycznego nakazu. Wobec tego, niewielkie odstępstwa od tej normy nie mogą powodować uznania roboty za wykonaną nieprawidłowo. Odnośnie pozostałych zarzutów do opinii biegłego, a to, że podana przez biegłego kwota naprawy nie uwzględnia rzeczywistych kosztów usunięcia usterek i niedoróbek, że niezasadne jest uznanie wady w postaci „zębów na płytkach” jako mieszczących się w granicach tolerancji normowej, że niezasadne jest uznanie przez biegłego ze krzywizny i odchyłki ułożonej glazury jako dopuszczane, niewzięcie przez biegłego pod uwagę faktu iż Hotel (...) jest hotelem o podwyższonym standardzie, to wskazać należy, że stanowią one jedynie polemikę z wnioskami biegłego i dają wyraz niezadowolenia z ich treści. Jednak nie zostały poparte żadnymi dowodami wskazującymi, iż opinia biegłego została wykonana niefachowo. Wbrew twierdzeniom apelującego nie sposób też uznać, by walory estetyczne, dostrzegalne jedynie dla nielicznych

(jak np. wielkość odchylenia powierzchni mierzona w milimetrach) wpływały na wartość użytkową dzieła nawet jeśli znajdują się w hotelu o wysokim standardzie. Podkreślić należy, że Sąd powołuje biegłego w celu zasięgnięcia opinii w przypadkach wymagających wiadomości specjalnych (art. 278 § 1 k.p.c.). Dowód z opinii biegłego jest tylko jednym z dowodów, jakie przewiduje kodeks postępowania cywilnego i podlega takiej samej ocenie przez Sąd jak każdy inny dowód przeprowadzony w sprawie. Jak wynika z uzasadnienia wyroku Sądu I Instancji, dokonał on oceny całokształtu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym opinii biegłego, którą konfrontuje z zeznaniami świadków wyciągając następnie wnioski co do wiarygodności opinii. Co więcej, wnioski zawarte w opinii, tj. m.in., iż usterki miały głównie charakter usterek estetycznych, a nie użytkowych potwierdzają również prezes powodowej spółki (...). P., świadek B. K.. Nadto wskazać należy, że opinia została sporządzona przez biegłego z zakresu budownictwa, a zatem mającego wiadomości specjalne konieczne do wydania opinii w sprawie. Jest ona spójna, rzeczowa, niesprzeczna wewnątrznie, wobec czego Sąd Okręgowy prawidłowo oparł się na jej wnioskach.

Podsumowując, w ocenie Sądu Odwoławczego w sprawie nie doszło również do popełnienia przez Sąd Okręgowy błędu w ustaleniach faktycznych polegający na ustaleniu, że wartość naprawy robót wadliwie wykonanych przez powódkę wynosi 66.831,60 zł. Na uzasadnienie tego zarzutu apelujący wskazał błędy w opinii biegłego, co do których zasadności wypowiedział się już Sąd Apelacyjny w powyższych rozważaniach.

Trafny natomiast okazał się zarzut naruszenia prawa materialnego a to art. 483 k.c. i art. 637 § 2 w zw. z art. 560 § 1 i 3 k.c. Sąd Okręgowy w uzasadnieniu swego wyroku wskazał, że zasadne było naliczenie w niniejszej sprawie kary umownej za opóźnienie w usuwaniu usterek, gdyż nie wszystkie zostały usunięte przy odbiorze końcowym oraz zasadne było obniżenie ceny skoro obiekt został wykonany z nieusuniętymi usterkami. Jednakże w ocenie Sądu I Instancji obniżenie ceny z powodu zaistnienia wad wyłącza możliwość obciążania wykonawcy karą umowną. Takie stanowisko Sądu uznać należy za nieprawidłowe. Zastrzeżenie kary umownej ułatwia wierzycielowi realizację jego uprawnień z tytułu niewykonania lub nienależytego zobowiązania (roszczeń odszkodowawczych), ponieważ może on dochodzić jej zapłaty bez względu na wysokość poniesionej szkody. W razie zastrzeżenia kary umownej i wystąpienia okoliczności jej zapłaty, to obowiązek ten obciąża dłużnika niezależnie od wykazania szkody wywołanej przyczynami uzasadniającymi jej naliczenie. Obowiązek zapłaty ma w tym wypadku charakter bezwzględny. Nie znajduje uzasadnienia łączenie obowiązku zapłacenia umówionej kary umownej z przesłanką powstania szkody. Postanowienie art. 483 § 1 k.c., iż "naprawienie szkody" może nastąpić przez zapłatę określonej sumy, oznacza jedynie tyle, że zastrzeżona kara umowna ma zrekompensować wszelkie niedogodności, jakie dotyczą wierzyciela, a ich przyczyną jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie świadczenia głównego. Sąd Odwoławczy w pełni podziela stanowisko Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 2006 r. sygn. akt I CK 247/05, LEX nr 346091, który wskazał, że kara umowna jest rodzajem odszkodowania za nienależyte wykonanie umownego zobowiązania niepieniężnego i jeżeli strony nie postanowiły inaczej, zastępuje to odszkodowanie. Należy się wierzycielowi, nawet jeśli nie poniósł żadnej szkody. Odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu kary umownej jest niezależna i odrębna od odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady fizyczne, która nie ma charakteru odpowiedzialności odszkodowawczej. Strony umowy mogą umówić się, że niezależnie od kary umownej będą mogły dochodzić odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Wówczas kara umowna ma charakter zaliczalny tj. można ją zaliczyć na poczet odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Jednakże określone w art. 637 § 2 k.c. oraz art. 530 § 1 i 3 k.c. żądanie obniżenia ceny z powodu wad dzieła nie stanowi roszczenia odszkodowawczego, wobec tego nieprawidłowe był uznanie przez sąd I instancji, iż obniżenie wynagrodzenia z uwagi na istniejące wady wyłącza możliwość naliczenia kary umownej. Wobec tego, w ocenie Sądu Odwoławczego możliwe jest naliczanie kary umownej pomimo jednoczesnego obniżenia wynagrodzenia z uwagi na wady rzeczy (dzieła), tym bardziej, że strony taki podwójny reżim odpowiedzialności ustaliły w łączącej je umowie (§12ust. 2, § 14 ust. 14). Wobec tego za skuteczny należało uznać zarzut potrącenia kary umownej określonej w sprzeciwie do nakazu zapłaty w wysokości 64.378,28 zł, bowiem roszczenie o ich zapłatę jest wymagalne oraz może być dochodzone przed sądem.

W związku z powyższym zaskarżony wyrok należało na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienić w ten sposób, że w pkt I zasądzić od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 33.168,40 zł stanowiącą 20 % pierwotnie dochodzonej przez powoda.

W konsekwencji powyższego zmianie ulec musiało rozstrzygnięcie o kosztach postępowania. Otóż stronie pozwanej na podstawie stosownego rozdzielenia kosztów (art. 100 k.p.c.) należy się zwrot 80 % (wygrała w tym stosunku sprawę) wynagrodzenia radcy prawnego (2.880 zł), od czego należało odjąć wartość opłaty od uwzględnionej części powództwa (1.737 zł) do czego należało dodać kwotę 515 zł z tytułu obciążenia stron w związku z poniesionymi przez nie wydatkami na koszty opinii biegłego (art. 113 ust. 1 pkt. 1 u.k.s.c.), adekwatnie do wyniku procesu. Analogicznie również zmianie uległo w rozliczenie w pkt. IV zaskarżonego wyroku kosztów sądowych (tymczasowo wyłożonych z budżetu Sądu Okręgowego na koszty opinii biegłego) obliczonych w postaci zwiększenia obciążenia nimi strony powodowej adekwatnie do wyniku sprawy (strona powodowa w wysokości 2.063 zł, zaś strona pozwana w pozostałym zakresie, względem kwoty 2.578 zł stanowiącej wynagrodzenie dla biegłego).

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono natomiast na zasadach art. 100 w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. poprzez stosunkowe ich rozdzielenie w wyniku uwzględnienia apelacji w 2/3 części jej zakresu (opłata od apelacji 3.219 + wartość stosowana wartość wynagrodzenia radcy prawnego obliczana na podstawie § 12 ust. 1 pkt. 2 w zw. z §6 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163 poz. 1349 ze zm.).