

Sygn. akt I ACa 492/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 lipca 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Wojciech Kościółek
Sędziowie:	SSA Andrzej Struzik (spr.) SSA Marek Boniecki
Protokolant:	st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska

po rozpoznaniu w dniu 14 lipca 2016 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa **Spółdzielni (...)" w K.**

przeciwko **M. D. (1)**

o nakazanie i o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 22 stycznia 2016 r. sygn. akt VII GC 64/14

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że nadaje mu treść:

„I. uchyla wyrok zaoczny Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 15 września 2014r. i oddala powództwo;

II. zasądza od strony powodowej na rzecz pozwanej kwotę 7 217 zł (siedem tysięcy siedemnaście złotych) tytułem kosztów procesu.”

2. zasądza od strony powodowej na rzecz pozwanej kwotę 10 800 zł (dziesięć tysięcy osiemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego;

3. nakazuje ściągnąć od strony powodowej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Kielcach kwotę 12 811 zł tytułem opłaty od apelacji, od której pozwana była zwolniona.

SSA Andrzej Struzik SSA Wojciech Kościółek SSA Marek Boniecki

Sygn. akt I ACa 492/16

UZASADNIENIE

Uwzględniając powództwo Spółdzielni (...)” w K. wyrokiem zaocznym z dnia 15 września 2014 r. Sąd Okręgowy w Kielcach nakazał pozwanej M. D. (1), aby na swój koszt w ramach udzielonej gwarancji i rękojmi wykonała usunięcie usterek prac naprawczo-malarskich elewacji budynku mieszkalnego nr (...) położonego przy ul. (...) w K. na rzecz powodowej Spółdzielni (...)” w K. oraz zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 88.094,88 zł z ustawowymi odsetkami w stosunku rocznym w wysokości 13% od dnia 21 marca 2014 r. i z dalszymi każdorazowymi ustawowymi odsetkami do dnia zapłaty oraz kwotę 20.028 zł tytułem kosztów procesu i nadał temu wyrokowi rygor natychmiastowej wykonalności. Po rozpoznaniu sprawy na skutek sprzeciwu pozwanej od powyższego wyroku zaocznego wyrokiem z dnia 22 stycznia 2016 r. Sąd Okręgowy w Kielcach utrzymał powyższy wyrok zaoczny w całości w mocy oraz zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 909,60 zł tytułem kosztów procesu.

Uzasadniając powyższy wyrok sąd I instancji poczynił następujące ustalenia faktyczne:

Strony w dniu 30 września 2010 r. w K. zawarły umowę nr (...). Zgodnie z §(...) zamawiający zlecał a wykonujący przyjął do wykonania roboty naprawczo malarskie elewacji budynku nr (...) przy ul. (...) w K., które stanowiły przedmiot umowy. Wynagrodzenie za wykonane prace zostało ustalone, zgodnie z §2 umowy, na kwotę 155.667,55 zł netto; 166.564,28 zł brutto. Rozliczenie miało nastąpić na podstawie kosztorysu powykonawczego sporządzonego na podstawie książki obmiaru robót sporządzonej przez wykonawcę i potwierdzonej przez osobę nadzorującą roboty z ramienia zamawiającego. Zgodnie z (...)termin rozpoczęcia ustalono na dzień 1 marca 2011 r., a termin zakończenia na 30 lipca 2011 r. Strony ustaliły również w umowie kwestię dotyczącą kar umownych, która zgodnie z §(...)kształtowała się następująco: wykonawca miał zapłacić karę umowną za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych w okresie gwarancji lub rękojmi w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia liczony od dnia wyznaczonego przez zamawiającego na usunięcie wad. Zgodnie z powyżej wskazaną umową, a dokładnie jej (...) wykonawca gwarantował, że wykonany przez niego przedmiot umowy nie będzie posiadał wad i usterek wynikających z nieprawidłowego wykonawstwa i wadliwości zastosowanych do budowy materiałów. Ponadto na zrealizowany przedmiot zamówienia wykonawca udzielił gwarancji i rękojmi w wymiarze 36 miesięcy licząc od dnia spisania protokołu końcowego bezusterkowego dla całości robót. Z kolei w (...)przedmiotowej umowy strony ustaliły, iż w przypadku stwierdzenia w okresie gwarancji i rękojmi wad lub usterek przedmiotu umowy, za które odpowiada wykonawca, zamawiający jest uprawniony do żądania ich poprawienia lub ponownego wykonania przedmiotu umowy w razie stwierdzenia usterek i niedoróbek, których usunięcia jest możliwe albo obniżenia wynagrodzenia o kwotę odpowiadającą utraconej wartości użytkowej- w razie stwierdzenia wad, których usunięcie jest niemożliwe lub dochodzenia innych przysługujących mu roszczeń i kar umownych. Zamawiający uprawniony był również do dochodzenia innych roszczeń i kar umownych.

Następnie w dniu 30 września 2010 r. strony zawarły aneks do umowy, który stanowił w(...), że ze względu na wyższą wartość podatku VAT od 1 stycznia 2011 r. strony ustalają wynagrodzenie w kwocie 1555.667,55 zł netto; 168.120,95 zł brutto i stanowił on integralną część umowy pierwotnej.

W dniu 6 czerwca 2011 r. i 17 czerwca 2011 r. zostały sporządzone protokoły odbioru technicznego- częściowe, w którym stronie zgodnie oświadczyły, że prace zostały wykonane zgodnie z umową, a ich jakość jest dobra. W związku z powyższym w tych dniach, pozwana wystawiła powodowi faktury VAT nr (...) na kwotę 54.000 zł za prace malarskie na budynku przy ul. (...), zgodnie z umową nr (...) i była to faktura etapowa.

Następnie w dniu 25 lipca 2011 r. został sporządzony kolejny protokół odbioru technicznego, w którym to strony stwierdziły zgodność prac z przedmiotem umowy, ich jakość określiły na dobrą oraz wskazały, że do ceny końcowej zostaną doliczone prace dodatkowe za wykonanie naprawy płyt balkonowych. Wobec powyższego pozwana wystawiła fakturę końcową VAT nr (...)na kwotę 60.131,75 zł oraz fakturę VAT nr (...) za roboty dodatkowe na kwotę 6.615,81 zł.

Pismem z dnia 7 maja 2012 r. powód poinformował pozwaną o braku usunięcia usterek związanych z przebarwieniami na zielonych pasach pomalowanej elewacji. W związku z tym wezwał pozwaną do ostatecznego ich usunięcia jak i przemalowania na nowo zielonych pasów budynku zakreślając termin do 31 maja 2012 r.

W dniu 5 marca 2013 r. została sporządzona notatka służbowa na okoliczność przeglądu elewacji budynku, który był przedmiotem umowy stron. Podczas wizji stwierdzono przebarwienia farby koloru zielonego, odspojenie tynku od strony wschodniej, na kolorze pierwotnym widoczne szare zabrudzenia. Następnie pismem z dnia 6 marca 2013 r. powód wezwał kolejny raz do usunięcia usterek wymienionych w powyższej notatce służbowej.

W odpowiedzi na powyższe pismo, pismem z dnia 24 kwietnia 2013 r. pozwana poinformowała powoda, że wystąpiła do producenta farby z prośbą o wydanie opinii w przedmiotowej sprawie, a ten zobowiązał się do zajęcia stanowiska do dnia 15 maja 2013 r. Ponadto wskazał, że zakres robót malarskich polegał na oczyszczeniu ścian z kurzu i brudu, uzupełnieniu drobnych ubytków tynku, wzmocnienia podłoża poprzez zagruntowanie stosownymi preparatami i pomalowaniu ścian farbami akrylowymi fasadowymi. Przez zawarciem umowy pozwana informowała przedstawicieli spółdzielni o zagrożeniach wynikających z odnowienia istniejącego wykończenia elewacji budynku, poprzez nałożenie nowych warstw malarskich. Natomiast w sprawie przebarwień na kolorze zielonym pozwana zobowiązała się podjąć stosowne działania po uzyskaniu opinii producenta. Wskazał również, że odspojenie fibroforu oraz zabrudzenia na kolorze piaskowym nie są usterekami podlegającymi naprawom gwarancyjnym.

W dalszej kolejności pismem z dnia 15 maja 2013 r. w odpowiedzi na pismo powódki, zarząd spółdzielni wezwał pozwaną do usunięcia przebarwień koloru zielonego oraz piaskowego elewacji w nieprzekraczalnym terminie do 30 czerwca 2013 r. Wymienione przebarwienia nie mają związku z normalną eksploatacją, a producent farb nie jest stroną dla spółdzielni w zakresie ustalania napraw gwarancyjnych. Powód zwrócił się z prośbą o przedstawienie atestów i deklaracji zgodności użytych farb.

Pismem z dnia 11 czerwca 2013 r. pozwana w odpowiedzi na powyższe pismo poinformowała, że w sprawie przebarwień koloru zielonego na elewacji przedmiotowego budynku trwają ustalenia przyczyn zaistniałego problemu bowiem pozwana oczekuje na opinię powołanego biegłego w zakresie budownictwa lądowego, a do czasu jej uzyskania nie może przystąpić do żadnych robót związanych z kolorystyką elewacji.

Ostatecznie pismem z dnia 17 czerwca 2013 r. odnosząc się do bezskuteczności korespondencji w sprawie naprawy usterek malowania elewacji budynku, zarząd spółdzielni wezwał pozwaną do rozpoczęcia robót, których termin ustalono na 28 czerwca 2013 r.

Pismem z dnia 3 stycznia 2014 r. pełnomocnik pozwanej zawiadomił powoda, że w dniu 31 grudnia 2013 r. pozwana złożył pozew przeciwko producentowi farb do Sądu Rejonowego w K.. W sprawie tej został zgłoszony wniosek o powołanie biegłego, który ocenić na stan powłoki malarskiej elewacji budynku oraz przyczynę powstałych usterek. W związku z powyższym zwrócił się do powoda z prośbą o zachowanie elewacji budynku w stanie niezmienionym do czasu przeprowadzenia wskazanego dowodu. W odpowiedzi na powyższe powód poinformował pozwaną, pismem z dnia 13 lutego 2013 r. o tym, że pozostawi elewację budynku w stanie niezmienionym do czasu przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego.

Zgodnie ze sporządzoną budowlaną ekspertyzą techniczną dotyczącą stanu technicznego elewacji budynku mieszkalnego w K. ul. (...) sporządzonej przez inż. C. D., rzeczoznawca zalecał ponowne mechaniczne oczyszczenie powierzchni faktury elewacji z uwzględnieniem „ostukiwania” faktury tynków, uzupełnienie ubytków, reperację spękań, dwukrotne gruntowanie powierzchni oraz pomalowanie farbami akrylowymi zewnętrznego stosowania tynków nakrapianych i gładkich. Na wszystkie materiały wykonawca miał przedstawić atesty, deklaracje zgodności. Ponadto zalecał usunięcie wias i usterek w terminie lato 2014.

W toku procesu Sąd Okręgowy postanowił dopuścić dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa M. D. (2) na okoliczność ustalenia przyczyn i powstania wad w pracach naprawczo-malarskich elewacji budynku

mieszkalnego położonego w K. przy ul. (...). Biegły w swojej opinii wskazał, że została zastosowana nieprawidłowa technika wykonanych robót, a stan elewacji w kolorze zielonym i żółtym wymagają ponownego malowania. Elewacja w kolorze bordowym nie utraciła swojej barwy. Łączny koszt przygotowań, gruntowania i malowania za oba kolory określił za kolor zielony na kwotę 35.416 zł, za kolor żółty na kwotę 29.488 zł.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o następujące dowody w postaci: odpis KRS powoda, umowa nr (...), aneks do umowy, faktury (...) protokół odbioru technicznego z dnia 6 i 17 czerwca 2011r., protokół odbioru technicznego z dnia 25 lipca 2011 r., pisma z dnia 7 maja 2012 r., pisma z dnia 6 marca 2012 r., pisma z dnia 15 maja 2013 r., pisma z dnia 17 czerwca 2013 r., budowlanej ekspertyzy technicznej dotyczącej stanu technicznego elewacji budynku mieszkalnego w K. ul. (...) sporządzonej przez rzeczoznawcę budowlanego inż. C. D., opinii dotyczącej stanu powłoki malarskiej elewacji budynku przy ul. (...) w K., pisma z dnia 24 kwietnia 2015 r., pisma z dnia 11 czerwca 2013 r., pisma z dnia 3 stycznia 2014 r., pisma z dnia 13 lutego 2013 r., kserokopii akt sprawy V GC 36/14, dowód z zeznań świadków W. Ż., J. S., D. D., R. W., M. C. (1), J. W., M. G., E. W., W. i Z. D., opinii biegłego M. D. (2).

W swych rozważaniach sąd I instancji zakwalifikował umowę zawartą przez strony jako umowę o dzieło (art. 627 k.c.). Odwołał się do opinii biegłego sądowego M. D. (2) przyjmując na jej podstawie, że prace malarskie zostały wykonane zgodnie z ustaleniami stron, natomiast prace naprawcze balkonów zgodnie z zakresem i oczekiwaniami inwestora, jednak niezgodnie ze sztuką budowlaną, gdyż w tego rodzaju pracach najważniejsza jest izolacja przeciwwodna podpłytowa płyty balkonowej wraz z policzkami, która nie została zastosowana. Łuszczenie się tynku nie było efektem błędu wykonawczego powstałego w trakcie przeprowadzania robót, ale jest to efekt wieloletniego narażania istniejącego tynku nakrapianego na warunki atmosferyczne, zamarzania wody w kapilarach cementowej wyprawy tynkarskiej. Nadto przyjęta w tym wypadku technologia wykonania robót elewacyjnych była nieprawidłowa. Widoczne na kolorze zielonym przebarwienia nie są efektem błędu wykonawczego, ale słabej jakości użytych farb. Pomijając fakt użycia nieprawidłowej techniki w zakresie wykonywania robót, problem sprowadza się do zastosowania farby, która w bardzo krótkim czasie traci swe założone właściwości przez utratę koloru, wymywanie, brak odporności na warunki atmosferyczne. Stan elewacji w kolorze zielonym wymaga ponownego pomalowania w całości, kolor bordowy nie wykazuje oznak utraty barwy, natomiast kolor żółty wymaga poprawek elewacji północnej od strony klatek. Roboty powinny zostać wykonane po uprzednim usunięciu wad związanych z nieszczelnością obróbek blacharskich i określeniu prawidłowej technologii wykonania prac elewacyjnych związanych z łuszczącym się tynkiem, kalwizowaniem płyt izolacyjnych oraz prawidłowym wykończeniem płyt balkonowych. Koszt usunięcia wad w zakresie koloru zielonego wynosi 35.416 zł, natomiast w zakresie koloru żółtego 29.488 zł i obejmuje przygotowanie podłoża, oczyszczenie, gruntowanie i malowanie farbą akrylową odpowiednio we wskazanych kolorach. Sąd odwołało się też do treści opinii biegłej sądowej M. C. (2), wydanej w sprawie Sadu Rejonowego w K. sygn. V GC 36/14, stwierdzającej złą jakość zielonej farby zastosowanej przy malowaniu elewacji.

W dalszej części rozważań sąd przytoczył zeznania świadków i doszedł do konkluzji, że jakkolwiek zastosowano nieprawidłową technikę doboru wykonania prac, to umowa tych kwestii nie precyzowała, natomiast na wykonawcy ciążył obowiązek doboru odpowiednich materiałów, co przesądza jego odpowiedzialność. Zgodnie z § (...) umowy wykonawca gwarantował, że wykonany przez niego przedmiot umowy nie będzie posiadał wad i usterek wynikających z nieprawidłowego wykonawstwa i wadliwości zastosowanych materiałów oraz udzielił 36-miesięcznej gwarancji. Zgodnie z zasadą swobody umów strony mogą dowolnie modyfikować postanowienia nakładające na nie prawa i obowiązki wynikające z umowy, obie strony są przedsiębiorcami, na których spoczywa obowiązek profesjonalizmu, a skoro wykonawca udzielił gwarancji, to ciąży na min obowiązki wynikające z tego tytułu. Zdaniem sądu wykonane dzieło ma wady w rozumieniu art. 638 k.c., w szczególności wadami takimi są przebarwienia pojawiające się na elewacji w kolorze zielonym i żółtym oraz częściowe odpadanie elewacji. Powódka wzywała pozwana od usunięcia wad, wady nie zostały w terminie usunięte, co rodzi obowiązek zapłaty kary umownej, zgodnie z art. 483 i art. 484 § 1 k.c. Skoro, zgodnie z § 11 umowy, kara umowna wynosi 0,02% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień, co daje kwotę 336,24 zł dziennie, to za cały okres do dnia 20 marca 2014 r., który był ostatnim dniem wyznaczonym przez pozwaną na podjęcie działań, kara należy się za okres 262 dni, co daje kwotę 88.094,88 zł. Obowiązek udowodnienia, że opóźnienie nastąpiło z przyczyn niezależnych od pozwanej, spoczywał na pozwanej, zgodnie z art. 6 k.c., a pozwana

okoliczności tych nie udowodniła. Sąd I instancji stwierdził też, że brak jest podstaw do miarkowania kary umownej, która w porównaniu z całością wynagrodzenia nie może zostać uznana za wygórowaną.

Wyrok powyższy został zaskarżony w całości przez pozwaną, która podniosła w apelacji następujące zarzuty:

- naruszenie art. 325 i art. 212 § 1 k.p.c. polegające na wydaniu rozstrzygnięcia, w którym nie wskazano, jakie czynności ma wykonać pozwana, w szczególności jakie usterki prac naprawczo-malarskich jest zobowiązana usunąć;

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, czego skutkiem były niepełne oraz błędne ustalenia faktyczne polegające w szczególności na: braku szczegółowych ustaleń co do usterek, za które odpowiedzialność ponosi pozwana, braku ustaleń dotyczących wyboru technologii prac i nietrafnym przyjęciu, że technologia ta nie była przedmiotem uzgodnień między stronami i nie została ustalona w umowie, a jednostronnie wybrała ją pozwana, braku jakichkolwiek ustaleń co do treści rozmów pomiędzy przedstawicielami stron mających miejsce przed zawarciem umowy, a dotyczących sposobu wykonania robót, zwłaszcza co do okoliczności, że powódka zdecydowała się na wykonanie prac naprawczo-malarskich mając świadomość tego, że długotrwały efekt może zostać osiągnięty wyłącznie przez usunięcie istniejącej i położenie nowej struktury tynku, błędnym przyjęciu, że roboty wykonane przez pozwaną były wadliwe, w szczególności na niezasadnym i sprzecznym z opinią biegłego ustaleniu, iż uszkodzenia elewacji polegające na luszczaniu się i odpadaniu tynku stanowią wadę prac zrealizowanych przez pozwaną, braku ustalenia, że w 2012 r. pozwana dokonywała napraw usterek w postaci przebarwień części elewacji pomalowanych kolorem zielonym przez ponowne ich pomalowanie;

- naruszenie art. 638 w zw. z art. 556 § 1 i art. 559 k.c. w brzmieniu obowiązującym w chwili zawarcia umowy i mającym zastosowanie w niniejszej sprawie oraz art. 354 § 1 k.c. polegające na nieprawidłowym ich zastosowaniu i uznaniu za wadę robót wykonanych przez pozwaną uszkodzeń i usterek będącego przedmiotem umowy budynku, które nie mają związku z pracami wykonanymi przez M. D. (1), a ponadto uznaniu, że wbrew treści umowy wiążącej strony, pozwana jest zobowiązana do naprawienia tych usterek na podstawie udzielonej rękojmi i gwarancji;

- naruszenie art. 557 § 1 i 2 w zw. z art. 638 k.c. przez ich niezastosowanie i przyjęcie, że pozwana ponosi odpowiedzialność z tytułu rękojmi, mimo że powódka zarówno w chwili zawarcia umowy, jak i w momencie odbioru robót wiedziała o okolicznościach uznanych przez sąd za wady prac, w tym o ryzyku związanym z naprawą i malowaniem istniejącego tynku;

- naruszenie art. 484 § 1 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że pozwana zobowiązana jest zapłacić powódce karę umowną, mimo braku podstaw faktycznych i prawnych do obciążenia jej taką karą oraz art. 484 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie i nieuznanie żądanej przez powoda kary umownej za rażąco wygórowaną.

W konkluzji pozwana wnosiła o zmianę zaskarżonego wyroku przez uchylenie w całości wyroku zaocznego Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 15 września 2014 r. sygn. akt VII GC 64/14, oddalenie powództwa i zasądzenie od powódki na rzecz pozwanej kosztów procesu oraz zasądzenia kosztów postępowania przed sądem II instancji, względnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Powódka wnosiła o oddalenie apelacji i zasądzenie od pozwanej kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest zasadna.

Zasadnie skarżąca stawia zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., a w konsekwencji niepełnych i częściowo błędnych ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy.

Poprawne i niekwestionowane w apelacji są ustalenia sądu I instancji dotyczące daty zawarcia umowy o wykonanie prac naprawczo-malarskich elewacji budynku położonego przy ul. (...) w K., jej literalnych zapisów, czasu wykonania prac przez pozwaną i ich rodzaju oraz zakresu, pojawiających się po wykonaniu tych prac przebarwień na kolorze

zielonym elewacji, zabrudzeń na kolorze piaskowym oraz łuszczenia tynku, a także kosztów ponownego wykonania prac malarskich, po uprzednim przygotowaniu podłoża, oczyszczeniu i zagruntowaniu. Ustalenia te pomijają jednak część okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, pomimo że relacjonując zebrany w sprawie materiał dowodowy sąd I instancji wskazuje na te fakty, o których mówią świadkowie i które następnie są potwierdzane opinią biegłego. Stąd Sąd Apelacyjny, na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego przez sąd I instancji, uzupełnia ustalenia faktyczne w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy.

Przed zawarciem umowy działający w imieniu pozwanej jej mąż D. D. przedstawiał powodowej spółdzielni dwie możliwe technologie wykonania prac, a to tzw. technologię lekką mokrą, polegającą na wykonaniu nowej wyprawy elewacyjnej z wcześniejszymi wzmocnieniami zamocowania dotychczasowego ocieplenia wykonanego z płyt styropianowych oraz alternatywnie metodę polegającą na samym malowaniu elewacji poprzedzonym koniecznymi pracami naprawczymi powierzchni tynku. D. D. przedstawiał przedstawicielom powodowej spółdzielni, że druga ze wskazanych technologii nie jest zła, ale nie na tym podłożu. Rozmowy dotyczące wyboru technologii toczyły się w biurze spółdzielni. Jej pracownicy, a to J. S. zatrudniony jako specjalista ds. technicznych i R. W. będący pracownikiem działu technicznego wskazywali władzom spółdzielni, że druga technologia, ograniczająca się do naprawy uszkodzeń tynku i malowania, jest zła, a R. W. sugerował wykonanie nowej struktury tynku. Jednak z powodu ograniczonych środków finansowych władze powodowej spółdzielni wybrały tę drugą technologię, jako tańszą. W rezultacie zawarto umowę przyjmując wykonanie prac w tej tańszej technologii. Wykonywane prace polegały na czyszczeniu podłoża, naprawie uszkodzeń, gruntowaniu podłoża i malowaniu. Wynagrodzenie ustalono przyjmując za jego podstawę kosztorys obejmujący te prace. Prace te, w ustalonym umową zakresie, zostały przez pracowników pozwanej wykonane. Wykonanie to było nadzorowane przez J. S., a prace były odbierane bez zastrzeżeń. (Dowód: zeznania świadków J. S. k. 219, D. D. k. 219, R. W. k. 219-220, kosztorys ofertowy k. 93-106 i umowa k. 19-24, protokoły odbioru technicznego k. 30-32.)

Zastosowanie technologii polegającej na uzupełnieniu uszkodzeń tynku oraz jego pomalowaniu po oczyszczeniu i zagruntowaniu jest dopuszczalne w odniesieniu do tynków nakrapianych, o ile faktura jest w dobrym stanie. Jakkolwiek już w czasie, gdy prace były wykonywane, następowała stopniowa degradacja faktury tynku, to brak jakichkolwiek dowodów, że tynk ten był wówczas w złym stanie, posiadał głuche miejsca lub łuszczył się. Uzgodniony przez strony zakres robót był jednak od początku obarczony dużym ryzykiem braku długotrwałego efektu dobrze wykonanych robót. (Dowód: opinia biegłego M. D. (2) k. 259-260.)

Wobec konieczności naprawy czółek (policzków) balkonów strony powiększyły zakres prac o tę naprawę, za wynagrodzeniem 6.615,81 zł. Przy ustalaniu zakresu tych prac nie przewidziano wykonania przeciwwodnej izolacji podpłytkowej płyt balkonowych, gdyż naprawie podlegały jedynie policzki, a nie warstwy posadzkowe, a prace polegały bardziej na poprawieniu walorów estetycznych. (Okoliczność bezsporna, a nadto opinia biegłego M. D. (2) k. 259).

Widoczne na elewacji, szczególnie na kolorze żółtym, liczne ciemne przebarwienia są efektem wypłukiwania farby z nierównych powierzchni nakrapianej faktury, a ciemniejsze pasy wynikiem mostków termicznych, natomiast utrata koloru przez elewację pomalowaną na kolor zielony jest wynikiem słabej jakości farby.. (Dowód: opinia biegłego M. D. (2) k. 260).

Pozwana, po otrzymaniu wezwania do naprawy usterek polegających na przebarwieniu elewacji pomalowanej na kolor zielony w 2012 roku dokonała naprawy polegającej na ponownym pomalowaniu tych części elewacji (okoliczność bezsporna).

Powyższe ustalenia faktyczne znajdują pełne podstawy w powołanych wyżej dowodach. W szczególności zauważyć trzeba, że nie tylko mąż pozwanej D. D., ale i pracownicy powodowej spółdzielni zatrudnieni w jej dziale technicznym J. S. i R. W. wskazywali na przedstawienie przez pozwaną dwóch możliwych technologii i na wybór przez władze spółdzielni tańszej z nich, pomimo świadomości ryzyka wiążącego się z jej zastosowaniem i przedstawiania przez nich władzom spółdzielni zastrzeżeń dotyczących zastosowania tej technologii. Na dokonanie takiego wyboru jednoznacznie wskazuje też kosztorys ofertowy, do którego odwołuje się umowa przy ustalaniu wynagrodzenia w

§ 2 ust. 10. Kosztorys ten nie obejmuje prac polegających na wykonaniu nowej wyprawy elewacyjnej, a strona powodowa nie twierdziła, że takie prace umową przewidziano. Co więcej, fakt odbioru robot przez pracowników działu technicznego spółdzielni bez zastrzeżeń wskazuje jednoznacznie, że wykonano wszystkie prace przewidziane umową. Nie sposób też nie zauważyć, że zeznania świadka E. A. (k. 242-243), członka rady nieruchomości, nie zawierają twierdzeń dotyczących wyboru technologii prac, a zatem nie przeczą twierdzeniom ww. świadków o przedstawieniu obu technologii prac i przebiegu rozmów ich dotyczących. Faktowi jakoby przedstawiano obie technologie i wskazywano, że ta, która gwarantuje pożądany efekt jest droższa, zaprzecza w swych zeznaniach świadek M. G. (k. 243). Tym twierdzeniom sąd jednak nie daje wiary, gdyż z zeznań świadków – pracowników spółdzielni wynika, że to właśnie M. G. podjął decyzję o wyborze tańszej technologii – „uparł się” – a zatem jest zrozumiałe, że odsuwa on od siebie odpowiedzialność z tym związaną.

Poczynione wyżej ustalenia faktyczne uzupełnić należy wskazaniem oczywistego błędu sądu I instancji, który ustala, że powodowa spółdzielnia poinformowała pozwaną, że pozostawi elewację w stanie niezmienionym do czasu przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego pismem z dnia 13 lutego 2013 r., podczas gdy chodzi tu o pismo z dnia 13 lutego 2014 r. Oczywiście tego błędu wynika z faktu, że pismo to stanowiło odpowiedź na wcześniejsze pismo pozwanej z dnia 3 stycznia 2014 r., a błąd jest wynikiem podania błędnej daty w samym piśmie, co wyjaśniała pozwana w sprzeciwie (k. 84). Błędnie też sąd I instancji podaje, że dzień 20 marca, od którego to przyjął zwłokę pozwanej w usunięciu usterek i liczył termin 262 dni, za które zasądził karę umowną, jest ostatnim dniem wyznaczonym pozwanej przez powodową spółdzielnię na podjęcie działań mających doprowadzić do usunięcia usterek. W rzeczywistości powódka nie liczyła kary umownej od tego dnia, ale do tego dnia i była to data bezpośrednio poprzedzająca wniesienie pozwu (pозew wpłynął w dniu następnym, to jest 21 marca 2014 r.). Jako początkową datę powódka wskazywała dzień 30 czerwca 2013 r., to jest datę usunięcia usterek zakreśloną w piśmie z dnia 15 maja 2013 r. (k. 36), jakkolwiek w późniejszym piśmie kierowanym do pozwanej (k. 37) zakreśliła termin podjęcia prac naprawczych na 28 czerwca 2013 r., co wskazuje na odstępianie od terminu 30 czerwca 2013 r.

Pozwana w apelacji, kwestionując ustalenia faktyczne sądu I instancji, wskazuje także na błędne przyjedzie, że roboty wykonane przez pozwaną były wadliwe. W gruncie rzeczy uzasadnienie zaskarżonego wyroku takiego ustalenia nie zawiera, jakkolwiek wskazuje na nieprawidłową technikę wykonanych robót. Sąd I instancji relacjonując w swych rozważaniach opinię biegłego, jak się zdaje w ten sposób przyjmuje ustalenia zgodne ze stwierdzeniami tej opinii. W przytaczanym jej fragmencie zawarte jest stwierdzenie, że łuszczenie się tynku nie jest efektem błędu wykonawczego powstałego w trakcie prowadzenia robót, ale jest to efekt wieloletniego narażenia istniejącego tynku nakrapianego na warunki atmosferyczne, zamarzania wody zawartej w kapilarach cementowej wyprawy tynkarskiej. Sąd zawarł natomiast w tym fragmencie uzasadnienia stwierdzenie, że przyjęta technologia wykonania robót elewacyjnych była nieprawidłowa. Tymczasem biegły stwierdzenie takie odnosi tylko do prac polegających na naprawie balkonów, zaś co do pozostałych prac jednoznacznie wskazuje, że przyjęta technologia była dopuszczalna, jakkolwiek obciążona ryzykiem. Tak też w ślad za biegłym przyjmuje Sąd Apelacyjny dzieląc przy tym stwierdzenie biegłego, że zakres prac polegających na naprawie policzków balkonów wynikał z uzgodnienia przez strony. Ta okoliczność była między stronami bezsporna i wynika nawet z samej treści uzasadnienia pozwu.

W rezultacie powyższych rozważań Sąd Apelacyjny przyjmuje za podstawę swego orzeczenia ustalenia faktyczne o treści wyżej wskazanej, a zatem wymienione wyżej ustalenia sądu I instancji uzupełnione ustaleniami poczynionymi w postępowaniu drugoinstancyjnym.

Sąd Okręgowy w swym wywodzie prawnym, jakkolwiek nie do końca jasnym, zdaje się przyjmować, że strony umownie rozszerzyły odpowiedzialność pozwanej także na skutki wynikające z zastosowania obciążonej ryzykiem technologii prac. Treść umowy zawartej przez strony nie daje podstaw do takiej jej interpretacji, co więcej strona powodowa nie twierdziła, że do takiego umownego rozszerzenia odpowiedzialności pozwanej doszło. O odpowiedzialności z tytułu rękojmi i gwarancji stanowi § (...)i § (...)umowy. Stosownie do ich postanowień wykonawca gwarantuje, że wykonany przez niego przedmiot umowy nie będzie posiadał wad i usterek wynikających z nieprawidłowego wykonawstwa i wadliwości zastosowanych materiałów (§ (...)) oraz że zamawiający jest uprawniony do żądania poprawienia lub ponownego wykonania przedmiotu umowy, obniżenia wynagrodzenia oraz dochodzenia innych przysługujących mu

roszczeń i kar umownych w razie stwierdzenia w okresie gwarancji i rękojmi usterek przedmiotu umowy, za które odpowiada wykonawca (§ (...)). Nie sposób przyjąć, że takie sformułowanie obejmuje także odpowiedzialność za ryzyko związane ze świadomym wyborem przez stronę powodową określonej technologii prac. W konsekwencji do odpowiedzialności wykonawcy znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego normujące rękojmię za wady dzieła w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umowy, a zatem sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 30 maja 2014 roku o prawach konsumenta. Przepisy o umowie o dzieło nie zawierają pełnej regulacji rękojmi za wady dzieła, ale poprzez art. 638 k.c. odsyłają do stosowania przepisów o rękojmi przy sprzedaży. Nie zawierają one także regulacji dotyczącej gwarancji jakości, brak też stosownego odesłania do przepisów o gwarancji jakości dotyczącej umowy sprzedaży. Ta niewątpliwa luka w prawie winna być wypełniona zastosowaniem przepisów art. 577 i nast. k.c. przez analogię, o ile same postanowienia umowy gwarancji dostatecznie określonych zdarzeń nie regulują.

Niewątpliwie złuszczenia i spękania tynku oraz zabrudzenia i przebarwienia malowanej powierzchni elewacji stanowią wadę fizyczną w rozumieniu art. 556 § 1 w zw. z art. 638 k.c., gdyż zmniejszają zarówno wartość, jak i użyteczność wykonanego dzieła, nie zapewniając pożądanego efektu estetycznego, a w odniesieniu do złuszczeń i spękań tynku także należytego zabezpieczenia tynku przed wpływami atmosferycznymi. Rzecz w tym, że zgodnie z art. 559 w zw. z art. 638 k.c. przyjmujący zamówienie jest odpowiedzialny z tytułu rękojmi za wady wynikające z przyczyny tkwiącej w wykonanym dziele, zaś stosownie do art. 557 § 1 k.c. w zw. z art. 638 k.c. jest zwolniony od odpowiedzialności z tytułu rękojmi, jeżeli zamawiający wiedział o wadzie w chwili zawarcia umowy. Ustalone wyżej fakty jednoznacznie przesądzają, że poza przebarwieniami pomalowanych na zielono części elewacji, pozostałe wady wynikają z przyczyn tkwiących w samym tynku oraz wyboru przez powodową spółdzielnię technologii prac, która nie gwarantowała zapobieżeniu tym wadom. Co istotne pracownicy działu technicznego spółdzielni i osoby decydujące w powodowej spółdzielni o wyborze technologii prac zostały uprzedzone o tym przez przedstawiciela pozwanej i miały świadomość ryzyka związanego z możliwością wystąpienia takich wad, a pomimo tego dokonały wyboru kierując się niższymi kosztami związanymi z wybraną technologią. Oni też w zakresie prac dodatkowych, dotyczących balkonów, ze względów ekonomicznych zlecili tylko ograniczony zakres prac. W świetle powyższego za zasadne uznać należy podniesione w apelacji zarzuty naruszenia przez sąd I instancji wyżej powołanych przepisów. Zauważyć przy tym trzeba, że wynikający z art. 634 k.c. obowiązek zawiadomienia zamawiającego przez przyjmującego zamówienie o okolicznościach mogących przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu dzieła został zrealizowany jeszcze przed zawarciem umowy poprzez udzielenie informacji o ryzyku związanym z zastosowaniem tańszej technologii. W konsekwencji, poza przebarwieniami części elewacji pomalowanych na kolor zielony pozwana odpowiedzialności z tytułu rękojmi za ujawnione wady nie ponosi.

Brak także podstaw do przypisania pozwanej odpowiedzialności z tytułu udzielonej gwarancji za inne wady niż przebarwienia elewacji pomalowanej na kolor zielony. Pozwana w umowie udzieliła 36-miesięcznej gwarancji na zrealizowany jej przedmiot, gwarantując, że nie będzie on posiadał wad i usterek wynikających z nieprawidłowego wykonawstwa i wadliwości zastosowanych materiałów (§ (...) umowy). O nieprawidłowym wykonawstwie mowy być nie może, skoro, jak wyżej ustalono za opinią biegłego, przyjęta technologia prac była dopuszczalna, jakkolwiek obciążona ryzykiem, a brak było przesłanek do przesądzenia, że zakładany efekt nie zostanie osiągnięty. Wadliwość materiałów spowodowała zaś jedynie przebarwienia na zielonym kolorze elewacji.

Trafnie pozwana w apelacji zarzuca, że zaskarżonym wyrokiem nie wskazano, jakie konkretnie usterek ma usunąć pozwana i jakie czynności wykonać. W sytuacji, gdy pozwana ponosi odpowiedzialność tylko za część wad, zaś pozostałe są efektem ryzyka, które przyjęła na siebie powódka, konkretyzacja taka była konieczna. Takie sformułowanie orzeczenia było następstwem sformułowania żądania pozwu, w którym domagano się wykonania prac polegających na usunięciu usterek prac naprawczo-malarskich, bez skonkretyzowania o jakie usterek chodzi i jakie prace należy dla usunięcia tych usterek wykonać. Co istotne, jak wynika z treści korespondencji stron, wcześniej takie same wezwania kierowano do pozwanej i to pomimo że wskazywała ona, iż nie ponosi odpowiedzialności za inne usterek niż przebarwienia zielonej farby. Należy też zwrócić uwagę, że w świetle opinii biegłego i poczynionych na jej podstawie ustaleń roboty polegające na pomalowaniu elewacji powinny być poprzedzone uprzednim usunięciem wad tej elewacji związanych z nieuszczelnnością obróbek blacharskich i określeniu prawidłowej technologii wykonania

prac elewacyjnych związanych z łuszczeniem się tynkiem, klawiszowaniem płyt izolacyjnych oraz prawidłowym wykończeniem płyt balkonowych. Koniecznym jest zatem uprzednie wykonanie prac, które nie były przedmiotem umowy z pozwaną w sytuacji, gdy pozwana nie ponosi odpowiedzialności za skutki zaniechania ich przeprowadzenia. Wyklucza to możliwość nakazania pozwanej przez sąd, w częściowym uwzględnieniu powództwa, przemalowania części elewacji koloru zielonego, gdyż prace te nie mogą dać pożądanego efektu.

Ta sama argumentacja powoduje bezzasadność żądania zasądzenia kary umownej. W sytuacji, gdy pozwana była wzywana o usunięcie wszystkich wad, także tych, za które odpowiedzialności nie ponosi, zaś usunięcie wad, za które odpowiada musiało być poprzedzone innymi pracami, których wykonanie do jej obowiązków nie należało, nie sposób przyjąć, że żądanie usunięcia usterek stało się wymagalne, a zatem że doszło do opóźnienia, o którym mowa w § (...)ust. (...) lit.(...)umowy. W konsekwencji nie można mówić o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu przez pozwaną zobowiązania do usunięcia usterek i apelująca trafnie zarzuca naruszenie art. 484 § 1 k.c.

Z powyższych przyczyn powództwo okazało się bezzasadne, a zatem na podstawie art. 347 k.p.c. zaskarżony sprzeciwem wyrok zaoczny powinien zostać uchylony a powództwo oddalone, zaś na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. zasądzone na rzecz pozwanej koszty procesu. Odrębnym zagadnieniem jest natomiast, czy wady polegające na przebarwieniu zielonych części elewacji nie są źródłem innych niż zgłoszone w pozwie roszczeń powódki w stosunku do pozwanej. Ta kwestia pozostawała jednak poza rozważaniami sądu (art. 321 § 1 k.p.c.).

Skoro apelacja okazała się zasadna, na podstawie art. 385 k.p.c. należało zmienić zaskarżony wyrok, uchylając na podstawie wyżej powołanych przepisów wyrok zaoczny i oddalając powództwo oraz zasadzając od powódki na rzecz pozwanej koszty procesu.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. zasadzając od powódki, jako strony przegrywającej sprawę, na rzecz pozwanej kwotę odpowiadającą wynagrodzeniu pełnomocnika będącego radcą prawnym ustalonym w stawce minimalnej określonej przez przepisy § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

Na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w zw. z art. 98 § 1 k.p.c. nakazano ściągnięcie od powódki opłaty od apelacji, od której pozwana była zwolniona.

SSA Andrzej Struzik SSA Wojciech Kościółek SSA Marek Boniecki