

Sygn. akt: I AGa 196/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 marca 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Magdalena Natalia Pankowicz
Sędziowie	:	SA Jadwiga Chojnowska SO del. Grażyna Wołosowicz (spr.)
Protokolant	:	Izabela Lach

po rozpoznaniu w dniu 14 marca 2019 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) **Spółki z o.o. w B.**

przeciwko **M. T.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku

z dnia 11 października 2018 r. sygn. akt VII GC 73/17

I. zmienia zaskarżony wyrok:

a) **w punkcie 1. w ten sposób, że oddala powództwo,**

b) **w punkcie 3. o tyle, że zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę**

4.088,60 (cztery tysiące osiemdziesiąt osiem 60/100) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu;

II. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 3.450 (trzy tysiące czterysta pięćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu za instancję odwoławczą.

(...)

UZASADNIENIE

Powód (...) sp. z o. o. w B. wniósł pozew, w którym domagał się zasądzenia na swoją rzecz od pozwanego M. T. kwoty 100.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami za zwłokę od dnia wniesienia powództwa do dnia zapłaty oraz kosztów procesu z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Podnosił, że w dniu 23.07.2012 r. zawarł z pozwanym umowę o roboty budowlane, tj.: umowę nr (...), której przedmiotem było wykonanie gresów na korytarzach klatek schodowych oraz biegach schodowych klatek i balkonach. Zgodnie z treścią ww. umowy, pozwany udzielił mu 37-miesięcznej rękojmi i gwarancji na wykonane przez siebie roboty. Powód wskazał, że po rozpoczęciu biegu okresów rękojmi i gwarancji z umowy ujawniły się istotne wady wykonawcze w robotach pozwanego, objęte jego odpowiedzialnością, wskazane w dokumentacji usterkowej dla poszczególnych lokalów. Powód wskazał końcowo, że dochodzi kary umownej za usterki występujące w lokalach położonych przy: ul. (...), ul. (...) oraz ul. (...). Zaznaczył również, że zgłasza żądanie zapłaty kwoty jedynie 100.000 zł tytułem części kary umownej za opóźnienie w usunięciu wad, tj. zastrzegając sobie prawo do dochodzenia lub rozporządzania pozostałą częścią należnej jej kary umownej wg własnego uznania.

Pismem procesowym z 25 maja 2017 r. (data wpływu do Sądu) powód, powołując się na art. 193 § 1 k.p.c. wniósł o zasądzenie od pozwanego kwoty 100.000 zł, wskazując przy tym, że dochodzi kary umownej za usterki występujące w lokalach położonych przy: ul. (...), ul. (...) oraz ul. (...). Wskazał przy tym, że kiedy dowiadywał się o wadach, niezwłocznie nadawał do pozwanego wezwania do ich usunięcia, tj. z numerami lokali, rodzajami usterek oraz terminach ostatecznego ich usunięcia. Pozwany nie podchodził do usuwania powyższych wad, więc powód usuwał je zastępczo, na okoliczność czego lokatorzy powyższych lokali podpisali protokoły usunięcia wad.

M. T. wnosil o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 11 października 2018 roku Sąd Okręgowy w Białymstoku zasądził od pozwanego M. T. na rzecz powoda (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B. kwotę 15.000 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 24.05.2017 roku do dnia zapłaty (punkt 1.), oddalił powództwo w pozostałym zakresie (punkt 2.), zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 3.199,84 zł tytułem zwrotu części kosztów procesu (punkt 3.) oraz nakazał zwrócić ze Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Białymstoku tytułem niewykorzystanych zaliczek na wydatki sądowe: powodowi kwotę 380,50 złotych, a pozwanemu kwotę 528,40 złotych (punkt 4.).

Z ustaleń poczynionych przez Sąd Okręgowy wynikało, że powód występował jako generalny wykonawca budowy m.in. budynków mieszkalnych przy ul. (...) w Ł.. W dniu 23 lipca 2012 r. pomiędzy (...) sp. z o. o z siedzibą w B., a M. T. została zawarta umowa nr (...) o wykonanie robót budowlanych (k. 12-15). Wykonawca przyjął do wykonania prace polegające na ułożeniu gresów na korytarzach klatek schodowych, biegach schodowych klatki 1 i balkonach całego budynku Al na inwestycji o nazwie (...) w Ł. przy ul. (...)(pkt 1 umowy).

Termin rozpoczęcia robót ustalono na 24 lipca 2012r, a zakończenia na 14 września 2012r. (pkt 3 umowy). Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 235 900 zł powiększone o należny podatek VAT wg stawki obowiązującej w dniu wystawienia faktury VAT (pkt 4 umowy). Wykonawca udzielił gwarancji na wykonane roboty na okres 37 miesięcy, począwszy od dnia podpisania bezusterkowego protokołu końcowego odbioru przedmiotu umowy (pkt 10 umowy).

W załączniku nr 1 do ww. umowy, będącym ogólnymi warunkami umowy (k. 16-25) uregulowano, że roboty zostaną wykonane zgodnie z postanowieniami umowy, sztuką budowlaną i przeznaczeniem realizowanego przedsięwzięcia inwestycyjnego, w zakresie i zgodnie z przekazaną dokumentacją projektową, a także zgodnie ze zmianami ustalonymi z przedstawicielem zamawiającego oraz projektantami przedsięwzięcia inwestycyjnego lub jego części. Wykonawca oświadczył, iż przed podpisaniem Umowy zweryfikował i sprawdził dokumentację projektową i stwierdził, iż jest ona kompletna i wystarczająca do wykonania przedmiotu umowy oraz, iż nie wnosi i w przyszłości nie będzie z tego powodu wnosil żadnych zastrzeżeń (§ 1 ust. 2 OWU).

Wykonawca udzielił zamawiającemu gwarancji jakości wykonanych robót i rękojmi. Okres gwarancji jakości miał rozpoczynać swój bieg od dnia bezusterkowego, odbioru końcowego i kończyć się po upływie okresu wskazanego w umowie. Okres gwarancji i rękojmi miał ulegać przedłużeniu o okres od dnia ujawnienia się wady do czasu jej skutecznego usunięcia, a w przypadku wymiany części lub całości robót miał biec od początku. Nie uważano za skuteczne usunięcie wady ponownie się jej ujawnienie w ciągu 6 miesięcy od ostatniej próby usunięcia (§ 12 ust. 2 OWU). Wady stwierdzone w toku czynności odbioru oraz w okresie rękojmi i gwarancji wykonawca miał usunąć w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. W razie stwierdzenia w toku czynności odbioru lub w okresie rękojmi wad nienadających się do usunięcia zamawiający mógł żądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi na koszt wykonawcy, zachowując prawo żądania od wykonawcy naprawienia szkody wynikłej z opóźnienia lub zwłoki (§ 12 ust. 3 OWU). O wykryciu wady zamawiający był zobowiązany zawiadomić wykonawcę pisemnie. Jako skuteczne powiadomienie Strony uznały informację wysłaną przez zamawiającego faxem lub pocztą elektroniczną lub listem poleconym, lub przekazaną za doręczeniem osobistym przedstawicielowi wykonawcy (§ 12 ust. 5 OWU). Wykonawca był obowiązany podjąć działania zmierzające do usunięcia wady w ciągu 1 dnia roboczego, licząc od daty doręczenia wykonawcy zawiadomienia o wadzie. Wykonawca był zobowiązany udzielić pisemnej odpowiedzi przedstawicielowi zamawiającego o terminie usunięcia wady, który to termin powinien zostać uzgodniony z przedstawicielem zamawiającego, jakkolwiek jednak termin ten nie mógł być dłuższy niż 5 dni liczonych od daty zawiadomienia wykonawcy o powyższej okoliczności, chyba że zamawiający wyraził zgodę na termin dłuższy. Strony uzgodniły, że wady utrudniające lub uniemożliwiające użytkowanie obiektu lub jego części zgodnie z jego przeznaczeniem albo też naruszające zasady ochrony i bezpieczeństwa zostaną usunięte przez wykonawcę niezwłocznie. W przypadku niewykonania przez wykonawcę obowiązków wynikających z gwarancji lub rękojmi, zamawiający, w zastępstwie wykonawcy, miał usunąć wady lub awarię i obciążyć wykonawcę poniesionym z tego tytułu kosztami oraz narzutem w wysokości 15 %, na co wykonawca wyraził zgodę (§ 12 ust. 7 OWU).

Wykonawca zobowiązał się do zapłaty zamawiającemu kar umownych za zwłokę lub opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze wstępnym, odbiorze końcowym, odbiorze pogwarancyjnym lub w okresie rękojmi lub gwarancji w wysokości 1 % (netto) wynagrodzenia, o którym mowa w pkt. 4 umowy, za każdy dzień opóźnienia lub zwłoki, liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad (§ 13 ust. 1 pkt b).

Prace objęte ww. umową z dnia 23 lipca 2012 r. zostały przez pozwanego wykonane i rozliczone. Pismem z dnia 20 maja 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę o wadzie polegającej na przesiąkaniu wody przez warstwę izolacyjną z balkonu powyżej (kapanie na podłogę tarasu) w lokalu położonym przy ul. (...), wyznaczając termin na jej usunięcie - do 27 maja 2014 r. (k.135). Pozwany nie podjął żadnych czynności. Powód zorganizował dokonanie naprawy we własnym zakresie. W dniu 24 lipca 2015 r. zamawiający sporządził protokół odbiorczy usunięcia usterek (k. 134). Pismem z dnia 23 czerwca 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę o wadzie polegającej na zalewaniu lokalu z balkonu lokalu (...) w lokalu położonym przy ul. (...), wyznaczając termin na jej usunięcie - do 30 czerwca 2014 r. (k.138). Pozwany nie podjął żadnych czynności. Powód zorganizował dokonanie naprawy we własnym zakresie. W dniu 19 września 2019 r. zamawiający sporządził protokół odbiorczy usunięcia usterek (k. 137). Natomiast pismem z dnia 1 października 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę o wadzie polegającej na wykruszaniu fugi na styku obróbki blacharskiej i płyty gresowej w lokalu położonym przy ul. (...), wyznaczając termin na jej usunięcie - do 8 października 2014 r. (k.141). Pozwany nie podjął żadnych czynności. Powód zorganizował dokonanie naprawy we własnym zakresie. W dniu 18 listopada 2014 r. zamawiający sporządził protokół odbiorczy usunięcia usterek (k. 140).

W dniu 17 maja 2017 r. powód wystawił noty księgowo: nr (...) (k. 133), (...) (k. 136), (...) (k. 139), w których obciążył pozwanego kwotami odpowiednio: 60.000 zł, 25.000 zł, 15.000 zł z tytułu kary umownej za nieterminowe usunięcie usterek w lokalach położonych przy: ul. (...), ul. (...), ul. (...).

W ocenie Sądu Okręgowego w tak ustalonym stanie faktycznym powództwo zasługiwało na uwzględnienie jedynie w części. Wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu spór sprowadzał się do oceny zasadności naliczenia przez powoda kary umownej względem pozwanej w związku z nieterminowym usunięciem usterek. Wywodził, że kara umowna uregulowana art. 483 k.c. jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, zgodnie z którym w przypadku niewykonania

umowy bądź też jej nienależytego wykonania naprawienie szkody może nastąpić przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Podkreślił, że przyjmuje w judykaturze i piśmiennictwie, iż kara umowna może być zastrzeżona w kontrakcie zarówno za zwłokę jak i tzw. opóźnienie proste, polegające na niespełnieniu świadczenia w oznaczonym terminie, a w wypadku nieoznaczenia - po wezwaniu dłużnika przez wierzyciela do wykonania, przy czym obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Stanowi ona surogat odszkodowania mającego kompensować negatywną dla wierzyciela konsekwencję wynikającą z niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania i z woli stron zostaje powiązana z określoną postacią nienależytego wykonania zobowiązania bądź jako następstwo niewykonania zobowiązania. Sąd I instancji wskazywał, że w niniejszej sprawie dochodzona na podstawie § 13 ust. 1 pkt b umowy kara umowna stanowi sankcję za nieterminowe usunięcie wad wskazanych w pismach z dnia 20 maja 2014 r. (k. 135), 23 czerwca 2014 r. (k. 138), 1 października 2014 r. (k. 141).

Pozwany nie kwestionował tego, że zdarzenia wskazywane przez powoda w ww. pismach istotnie wystąpiły. Wskazywał jednak okoliczności, które jego zdaniem zwalniały go z obowiązku uiszczenia naliczonej kary. Aby zweryfikować te twierdzenia Sąd Okręgowy dopuścił zarówno dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa J. F., z przesłuchania świadków, jak i z przesłuchania stron. Wskazał, że wszystkie zeznające w sprawie osoby były zorientowane w kwestii realizacji zadania inwestycyjnego i wiarygodność ich zeznań, co do zasady nie budziła wątpliwości Sądu. Występujący z ramienia obu stron, jako świadkowie, uczestnicy procesu budowlanego mieli wiedzę o rodzaju i postępach prac budowlanych, a ich zeznania dostarczyły w tej części wiarygodnych informacji. Były to wiadomości na ogół zbieżne z informacjami wynikającymi ze złożonych do akt dokumentów. Istotnych informacji dostarczył biegły sądowy z zakresu budownictwa J. F., w opinii sądowej (k. 353-393), na której Sąd I instancji oparł swoje ustalenia. W zakresie wad ujawnionych w lokalach położonych przy: ul. (...), ul. (...) oraz ul. (...) biegły wskazał, że za wykruszenie fugi (i inne wady dotyczące np. odspojonych płytek) odpowiedzialność ponosi pozwany. Za wady polegające na przeciekach z piętra wyżej odpowiedzialność może spoczywać po stronie zarówno powoda jak i pozwanego. Biegły zaznaczył, że z uwagi na znaczny upływ czasu i brak dokumentów źródłowych nie jest w stanie ustalić przyczyny tych wad i ustalenia odpowiedzialności za nie.

Sąd Okręgowy podkreślił, że zgodnie z obowiązującą zasadą rządząca procesem cywilnym, obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa na stronach (art. 3 k.p.c.), a ciężar udowodnienia faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie spoczywa na stronie, która wywodzi z tych faktów skutki prawne (art. 6 k.c.) Tym samym, jeżeli chodzi o rozkład ciężaru dowodu, to powód powinien udowodnić fakty pozytywne, które stanowią podstawę jego żądania, tj. okoliczności prawo tworzące, a druga strona, jeżeli faktów tych nie przyznaje, ma obowiązek udowodnienia okoliczności niweczających to prawo przy czym stosownie do art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony, jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu (vide: wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 11 grudnia 2007 roku, II CSK 332/07, z dnia 07 listopada 2007 roku, II CSK 293/07, Legalis nr 162518).

Zdaniem Sądu I instancji, przeprowadzone postępowanie dowodowe nie potwierdziło, że pozwany ponosi odpowiedzialność za ww. wady i zgodnie z ww. przedstawionymi zasadami rozkładu ciężaru dowodu, ta okoliczność obciąża powoda. Powództwo w zakresie żądania zapłaty kwot 60.000 zł i 25.000 zł było zatem niezasadne i podlegało oddaleniu w tej części. Stwierdził, że inaczej natomiast przedstawia się sytuacja w kwestii wady występującej w lokalu przy ul. (...). Wada ta polegała na wykruszeniu fugi. Biegły sądowy natomiast w sposób jednoznaczny stwierdził, że odpowiedzialność za to ponosi pozwany.

Pismem z dnia 1 października 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę o wadzie polegającej na wykruszaniu fugi na styku obróbki blacharskiej i płyty gresowej w lokalu położonym przy ul. (...), wyznaczając termin na jej usunięcie - do 8 października 2014 r. (k.141). Pozwany nie podjął żadnych czynności. Powód zorganizował dokonanie naprawy we własnym zakresie.

W ww. okolicznościach w ocenie Sądu Okręgowego, nie można było mieć wątpliwości, że powód mógł naliczyć karę umowną pozwanemu za opóźnienie w usunięciu wady stwierdzonej w okresie gwarancji w lokalu położonym przy ul. (...). W dniu 17 maja 2017 r. powód wystawił notę księgową nr (...) (k. 139), w której obciążył pozwanego kwotą 15.000 zł z tytułu kary umownej za nieterminowe usunięcie usterek w lokalu położonym przy ul. (...). Tą kwotę należało zatem zasądzić.

O odsetkach ustawowych za opóźnienie orzeczono na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c., zasądzając je od dnia 24 maja 2017 r., a więc od dnia wniesienia pisma o zmianie powództwa (k. 142). Natomiast o kosztach procesu rozstrzygnięto zatem na mocy art. 100 zd. 1 k.p.c.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 11 października 2018 roku wniósł pozwany, który zaskarżył powyższy wyrok w części co do pkt I, zarzucając mu naruszenie:

I. przepisów postępowania:

1. **art. 232 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c., które miało istotny wpływ na wynik sprawy a to poprzez uznanie, że powód udowodnił fakty, z których wywodzi pozytywne dla siebie skutki prawne, a tym samym, iż prawidłowo wezwał pozwanego do usunięcia wady w lokalu przy ul. (...) w Ł. w zakresie wykruszonych fug, podczas gdy, z zapisów umowy łączącej strony wynika, iż dla skuteczności wezwania pozwanego do usunięcia usterek koniecznym było wystosowanie wezwania faxem lub pocztą elektroniczną lub listem poleconym, lub doręczyć osobiście, a powód w toku procesu nie przedłożył stosownego dowodu w powyższym zakresie, a co więcej, pozwany zaprzeczył, aby takie wezwanie zostało mu doręczone kiedykolwiek,**

2. **art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 217 k.p.c., które miało istotny wpływ na wynik sprawy, a to wskutek braku wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zgodnie z zasadami logicznego rozumowania i powzięcia błędnych ustaleń faktyczny w sprawie, co skutkowało błędnym przyjęciem, że:**

a. **powód prawidłowo wezwał pozwanego do usunięcia wady w lokalu przy ul. (...) w Ł., podczas gdy w piśmie z dnia 16 sierpnia 2017 roku, w piśmie z dnia 30 sierpnia 2017 roku oraz 14 lutego 2018 roku, pozwany kwestionował udowodnienie przez powoda podstaw faktycznych wysuwanych roszczeń oraz powstanie usterek w pracach pozwanego,**

b. **powód wezwał pozwanego do usunięcia wady w lokalu przy ul. (...) w Ł., podczas gdy pozwany w toku przesłuchania na rozprawie oświadczył że jedyne wezwania jakie otrzymał, dotyczyły obróbkę blacharskich, zaś powód nie udowodnił okoliczności przeciwnej, w szczególności poprzez brak przedstawienie potwierdzenia nadania lub odbioru wezwania do usunięcia usterek w postaci wykruszonych fug w ww. lokalu,**

c. **pozwany zobowiązany jest do zapłaty na rzecz powoda kwoty 15.000,00 zł z tytułu opóźnienia w usunięciu wad, mimo iż powód nie udowodnił, aby wzywał pozwanego do usunięcia wad, a tym samym brak jest możliwości ustalenia daty, od której należałoby naliczać kwotę kary umownej z tytułu opóźnienia w usunięciu wad,**

3. **art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. który miało istotny wpływ na wynik sprawy, a to poprzez bezzasadne uznanie przez Sąd I Instancji za wiarygodną opinię biegłego sądowego J. F., w zakresie w jakim uznał, iż to pozwany odpowiada za wady w postaci wykruszenia fug w lokalu położonym przy ul. (...) w Ł., podczas gdy biegły jednocześnie przyznał, iż materiał dowodowy zaoferowany przez powoda był wyraźnie ubogi, zaś podczas przesłuchania**

wyraźnie stwierdził, że nie miał możliwości zweryfikowania czy taka wada faktycznie miała miejsce;

II. przepisów prawa materialnego:

1. art. 483 k.c., a to poprzez zastosowanie tego przepisu, pomimo tego, że nie było ku temu podstaw, zwłaszcza wobec faktu, że powód nie wykazał, aby kiedykolwiek wysłał lub doręczył pozwanemu wezwanie z dnia 1 października 2014 roku w zakresie rzekomych wad ujawnionych w lokalu przy ul. (...) w Ł., w związku z którym można by w ogóle wiązać rozpoczęcie biegu terminu do usunięcia wad i ewentualnie ustalić czy doszło do opóźnienia w ich usunięciu.

Wskazując na powyższe zarzuty, pozwany wnosił o zmianę wyroku w zaskarżonym zakresie, poprzez oddalenie powództwa także co do kwoty 15.000,00 zł, oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu za obydwie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm prawem przepisanych.

SĄD APELACYJNY USTALIŁ I ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:

Apelacja pozwanego zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny nie aprobuje wyprowadzonego przez Sąd Okręgowy w oparciu o poczynione ustalenia faktyczne wniosku, że w okolicznościach sprawy istnieją podstawy do uwzględnienia w części żądania pozwu. Kluczowy zarzut apelacji pozwanego uwzględnienia przez Sąd I instancji powództwa mimo, że roszczenie nim objęte nie zostało przez powoda należycie wykazane jest trafny. Sąd Odwoławczy stwierdza, że w tym kontekście Sąd I instancji naruszył przepisy art. 233 § 1 k.p.c. i 232 k.p.c. w zw. z art. art. 6 k.c..

Wyjaśnienia wymaga, że jak słusznie podniósł Sąd I instancji, zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten formułuje podstawową regułę rozkładu ciężaru dowodu w sporze wskazując przede wszystkim, kogo obciążają skutki niepowodzenia procesu dowodzenia (tak zwany ciężar dowodu w znaczeniu materialnoprawnym). Zgodnie z tą regułą za prawdziwe mogą być przyjęte w procesie cywilnym jedynie fakty, które zostały udowodnione przez stronę obciążoną ciężarem ich dowodzenia, zaś pominięte powinny zostać te fakty, które przez stronę obciążoną obowiązkiem dowodzenia nie zostały w sposób należyty wykazane. Nie budzi wątpliwości Sądu Apelacyjnego, że w okolicznościach sprawy, to na powodzie spoczywał obowiązek wykazania istnienia roszczeń materialnoprawnych stanowiących podstawę dochodzonego żądania zapłaty. Nie można jednak zaaprobować poglądu Sądu Okręgowego, że powód w części tj. w odniesieniu do wady lokalu położonego przy ul. (...) w Ł. należycie sprostą temu obowiązkowi. W przekonaniu Sądu Odwoławczego, dokonane przez Sąd I instancji ustalenia, co do okoliczności zawiadomienia Wykonawcy o wadzie tegoż lokalu polegającej na wykruszeniu fugi na styku obróbki blacharskiej i płyty gresowej nie znajdują podstaw w zaoferowanym Sądowi materiale dowodowym. Świadcowie, na zeznania których powołuje się Sąd Okręgowy – T. I. i K. K. - owszem zgodnie podali, że wady lokali były wykonawcy zgłaszane, jednakże nie opisali sposobu zgłoszenia wady dotyczącej lokalu położonego przy ulicy (...).

Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, iż zgodnie z załącznikiem nr 1 do zawartej przez strony umowy o roboty budowlane nr (...), będącego ogólnymi warunkami umowy (k. 16-25 akt) - Wykonawca udzielił zamawiającemu gwarancji jakości wykonanych robót i rękojmi. Okres gwarancji jakości miał rozpoczynać swój bieg od dnia bezusterkowego, odbioru końcowego i kończyć się po upływie okresu wskazanego w umowie. Okres gwarancji i rękojmi miał ulegać przedłużeniu o okres od dnia ujawnienia się wady do czasu jej skutecznego usunięcia, a w przypadku wymiany części lub całości robót miał biec od początku. Wady stwierdzone w toku czynności odbioru oraz w okresie rękojmi i gwarancji wykonawca miał usunąć w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Co najistotniejsze jednak w niniejszej sprawie - o wykryciu wady zamawiający był zobowiązany zawiadomić wykonawcę pisemnie, a jako skuteczne powiadomienie Strony uznały informację wysłaną przez zamawiającego faxem lub pocztą elektroniczną lub listem poleconym, lub przekazaną za doręczeniem osobistym przedstawicielowi wykonawcy (§ 12 ust. 5 OWU). Wykonawca

był wówczas obowiązany podjąć działania zmierzające do usunięcia wady w ciągu 1 dnia roboczego, licząc od daty doręczenia wykonawcy zawiadomienia o wadzie.

W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy przyjął, że pismem z dnia 1 października 2014 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawcę o wadzie polegającej na wykruszaniu fugi na styku obróbki blacharskiej i płyty gresowej w lokalu położonym przy ul. (...), wyznaczając termin na jej usunięcie - do 8 października 2014 r. (k.141), a w związku z tym, że pozwany nie podjął żadnych czynności, powód zorganizował dokonanie naprawy we własnym zakresie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego brak było podstaw ku takiemu stwierdzeniu w sytuacji, gdy złożone do akt zawiadomienie o wadzie (k. 141akt) nie zawiera dowodu nadania go do Wykonawcy czy dowodu doręczenia tegoż zawiadomienia Wykonawcy, który konsekwentnie w toku postępowania zaprzeczał, aby zawiadomienie dotyczące wady lokalu przy ul (...) w ogóle otrzymał. W piśmie z dnia 19 lutego 2018r. (k. 336-337 akt) jednoznacznie natomiast wskazywał, że kwestionuje zasadność wezwań do usunięcia usterek wskazanych przez powoda w treści pisma z dnia 24 maja 2017r., wyznaczone terminy usunięcia wad i daty usunięcia. Podkreślał także w treści ww. pisma, że powód tych okoliczności w żaden sposób nie udowodnił.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Sądu Apelacyjnego zawiadomienie z k. 141 akt nie stanowi więc dowodu tego, że po stronie powoda istnieje roszczenie o zapłatę kary umownej w kwocie zgłoszonej w pozwie i odpowiadający mu obowiązek pozwanego jego zaspokojenia. W tych okolicznościach Sąd Apelacyjny stwierdza, że w sprawie brak jest podstaw do poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń odnośnie zawiadomienia Wykonawcy o wadzie lokalu przy ul (...). W efekcie, „jeżeli materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie daje podstaw do dokonania odpowiednich ustaleń faktycznych w myśl twierdzeń jednej ze stron, Sąd musi wyciągnąć ujemne konsekwencje z braku udowodnienia faktów przytoczonych na uzasadnienie żądań lub zarzutów. Należy to rozumieć w ten sposób, że strona która nie przytoczyła wystarczających dowodów na poparcie swych twierdzeń ponosi ryzyko niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia, o ile ciężar dowodu, co do tych okoliczności na niej spoczywał” (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 18 stycznia 2012 roku, I ACa 1320/11, Lex 1108777).

Kierując się zatem tymi względami, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w punkcie 1 w ten sposób, że powództwo oddalił. Konsekwencją ww. zmiany była także zmiana punktu 3.w przedmiocie kosztów procesu.

O kosztach procesu za I i II instancję orzeczono w myśl art. 98 k.p.c. kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania w sprawie. Koszty zastępstwa procesowego pozwanego ustalono odpowiednio w oparciu o § 2 pkt 6 oraz § 10 ust. 1 pkt. 2) w zw. z § 2 pkt. 3) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1804 ze zm.).

(...)