

Sygn. akt I ACa 940/04

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 grudnia 2004 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Zofia Kołaczyk
Sędziowie :	SSA Urszula Bożałkińska SSA Maryla Domel-Jasińska (spr.)
Protokolant :	Barbara Skoczylas

po rozpoznaniu w dniu 2 grudnia 2004 r. w Katowicach

na rozprawie sprawy

z powództwa Syndyka Masy Upadłości Przedsiębiorstwa (...).W. Spółki Akcyjnej w C.

przeciwko (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością
w B.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 25 lutego 2004 r., sygn. akt XIV GC 164/03

o d d a l a apelację i zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

sygn. akt I ACa-940/04

UZASADNIENIE

Powód – Syndyk masy upadłości Przedsiębiorstwa (...) (...)Spółki Akcyjnej w C. domagał się zasądzenia od pozwanej – (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B. kwoty 53.070 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 3 stycznia 2003 r. i kosztami procesu.

Dochodzoną kwotę stanowiło odszkodowanie, jakie powód uścił na rzecz (...) SA za usunięcie wady montażu kotła parowego (...) w EC C.. Montaż kotła wykonała pozwana, na podstawie umowy stron z dnia 24 kwietnia 2001 r. i ponosi ona odpowiedzialność za usuwanie usterek w ramach gwarancji.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa. Zarzuciła, że poprawność montażu kotła została potwierdzona protokołem odbioru z dnia 3 lipca 2001 r., a uszkodzenie kształtek w sklepieniu przednim obmurza kotła zostało spowodowane okolicznościami niezależnymi od pozwanej. Powołała się na sprawozdanie Instytutu (...) w G., sporządzonego na jej zlecenie na temat analizy czynników mogących mieć wpływ na przedwczesne zniszczenie przedniego sklepienia kotła (...) w Elektrociepłowni (...), według którego na trwałość sklepienia mogą wpływać: jakość zabudowanych materiałów ogniotrwałych, sposób wykonania sklepienia, suszenia i wygrzewania oraz warunki eksploatacji. Pozwana nadto podniosła, iż powód nie był uprawniony do usunięcia wad kotła na jej koszt a także, że zalega on z zapłatą 70% wynagrodzenia za montaż kotła. Pismem z dnia 10 października 2002 r. pozwana wezwała powoda, w trybie art. 39 § 1

prawa upadłościowego, do złożenia oświadczenia, czy wykonuje umowę (dokonuje płatności wynikających z umowy) i czy żąda od pozwanej wykonania

(wykonania zobowiązań wynikających z gwarancji), czy też od umowy odstępuje.

Powód w piśmie z dnia 17 października 2002 r. oświadczył, że od umowy nie odstępuje i żąda jej wykonania. Wobec faktu, że powód nie spełnił świadczenia pieniężnego pozwana oświadczyła, że wstrzymuje się ze świadczeniem wynikającym z umowy do czasu spełnienia przez powoda świadczenia wzajemnego.

Wyrokiem z dnia 25 lutego 2004 r. Sąd Okręgowy w Katowicach zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę dochodzoną pozwem z ustawowymi odsetkami od dnia 3 stycznia 2003 r. oraz kwotę 5.792,59 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Ustalenia faktyczne Sądu I instancji były następujące.

W dniu 24 kwietnia 2001 r. strony zawarły umowę, na podstawie której pozwana zobowiązała się do wykonania montażu kotła parowego(...) w Elektrociepłowni (...), według szczegółowego zakresu robót, określonego w § 1 umowy. Pozwana wykonała montaż obmurza kotła, a roboty zostały odebrane bez zastrzeżeń, co wynika z protokołu odbioru technicznego z dnia 3 lipca 2001 r. (k.79).

W dniu 7 października 2002 r. stwierdzono ubytki i pęknięcia kształtek w sklepieniu przednim obmurza kotła, o czym generalny wykonawca zadania inwestycyjnego – (...) spółka z o.o. zawiadomił powoda, który o stwierdzonych wadach kotła zawiadomił pozwaną (k.12-13).

Przedstawiciele stron i generalnego wykonawcy spotkali się w dniu 10 października 2002 r. Z tego spotkania sporządzono notatkę (k.16).

Wykonawca- (...) – zażądał natychmiastowego

usunięcia wad kotła przez pozwaną, zastrzegając dokonanie naprawy przez podmiot trzeci na koszt pozwanej.

Powód wezwał pozwaną do usunięcia wad pismem z dnia 11 października 2002 r. w którym podał, że brak działań z jej strony spowoduje powierzenie robót naprawczych innemu wykonawcy na koszt pozwanej (k.17).

Pozwana odmówiła wykonania naprawy gwarancyjnej podnosząc, iż wady obmurza nie zostały spowodowane złym montażem (k.18).

Pismem z dnia 15 października 2002 r. powód zawiadomił pozwaną o powierzeniu naprawy obmurza kotła innej firmie (k.19).

W dniu 7 listopada 2002 r. (...) sp. z o.o. obciążyła powoda kosztami naprawy sklepienia kotła (...) w kwocie 53.070zł (k.27), a powód z kolei kwotą tą obciążył pozwaną, przesyłając jej fakturę z terminem płatności na dzień 2 stycznia 2003 r. (k.26).

Z pisma generalnego wykonawcy z dnia 14 grudnia 2002 r., skierowanego do powoda, wynikało, że po zdemontowaniu uszkodzonego obmurza kotła stwierdzono wypełnienie przestrzeni dylatacyjnych betonem zamiast wełną żaroodporną (k.23). Na taką przyczynę awarii kotła wskazał powód w piśmie adresowanym do pozwanej w dniu 18 grudnia 2002 r. (k.25).

Pozwana w styczniu 2003 r. zwróciła powodowi fakturę obejmującą koszty naprawy kotła i odmówiła jej zapłaty (k. 29).

Na podstawie opinii biegłego dra inż. H. R. (1) z Instytutu Politechniki (...) i Ochrony (...) Sąd Okręgowy ustalił, że przyczyną uszkodzenia obmurza kotła parowego (...) w Elektrociepłowni (...) był brak dylatacji po lewej i prawej stronie kotła, a właściwie wypełnienie przestrzeni dylatacyjnych zaprawą, która łączyła kształtki, a nie materiałem włóknistym.

Nadto na podstawie zeznań świadków: L. P. (1) (k. 208-210), F. H. (1) (k.210-211), G. G. (1) (k.211-212), E.

Ł. (k.212), J. C. (k.212-213) i R. W. (k. 215-216) Sąd ustalił, że odbiór końcowy obmurza kotła został poprzedzony dokonaniem jego oględzin. Członkowie komisji dokonującej odbioru weszli do wnętrza kotła i zapoznali się z jego stanem. Wygląd obmurza nie budził zastrzeżeń i brak było podstaw do sprawdzania całej dylatacji. Z wnętrza kotła widoczna była przednia część dylatacji. Świadkowie nie posiadali wiedzy na temat istnienia bądź braku dylatacji po prawej i lewej stronie kotła w dniu końcowego odbioru robót.

Po ujawnieniu się wad obmurza dokonano jego komisyjnych oględzin w sposób analogiczny, jak dokonano odbioru robót. Stwierdzono pęknięcia kształtek ceramicznych znajdujących się wewnątrz kotła, na długości ok. 1,5 m.

Generalnie nie można było ustalić przyczyny pęknięcia kształtek i nie badano wówczas dylatacji (zeznania świadków G., H. i Ł.).

Również świadek R. W., który wykonał naprawę kotła, nie badał przyczyn uszkodzeń obmurza. Zeznał on, że można było się domyślać, że uszkodzenia były wynikiem braku dylatacji.

Sąd Okręgowy odmówił wiary zeznaniom świadka L. P. (1), dotyczących prawidłowego wykonania dylatacji po lewej i prawej stronie kotła, gdyż świadek ten jako bezpośredni wykonawca montażu kotła był zainteresowany w dobrym przedstawieniu wykonanych robót.

Opinię biegłego H. R. Sąd uznał za przekonującą, zwłaszcza, że żadna ze stron nie zgłosiła do tej opinii zastrzeżeń.

Pozwana zgłosiła syndykowi masy upadłości strony powodowej roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za montaż kotła i wierzytelność jej została ujęta na liście wierzytelności w postępowaniu upadłościowym. Syndyk nie wyraził zgody na odstąpienie przez stronę powodową od umowy z dnia 24 kwietnia 2001 r.

Stosunek prawny łączący strony Sąd Okręgowy zakwalifikował jako umowę o dzieło, do której zastosowanie mają art. 627 i nast. kc. Nadto z § 6

umowy z dnia 24 kwietnia 2001 r. wynikało, że pozwana udzieliła powodowi gwarancji dobrego wykonania robót na okres lat trzech. W okresie gwarancyjnym wystąpiła wada obmurza kotła, spowodowana niezachowaniem dylatacji podczas montażu kształtek przez pozwaną, która odmówiła naprawy gwarancyjnej.

Sąd I instancji wskazał, że odpowiedzialność pozwanej wynika z zapisu § 6 umowy z dnia 24 kwietnia 2001 r., w którym pozwana udzieliła gwarancji jakościowej wykonanych przez siebie robót, a także art. 471 kc. Pozwana nie wykazała, że uszkodzenie obmurza kotła nastąpiło z innych przyczyn aniżeli wskazane w opinii biegłego i jest zobowiązana do naprawienia szkody tj. zwrotu kosztów poniesionych przez powoda w celu usunięcia wady (art. 361 § 2 kc).

Wierzytelność pozwanej o zapłatę wynagrodzenia za montaż kotła została wciągnięta na listę wierzytelności w postępowaniu upadłościowym powodowej spółki i tym samym pozwana uzyskała tytuł egzekucyjny (art. 170 prawa upadłościowego).

Brak było natomiast podstaw, w ocenie Sądu Okręgowego, do zastosowania w sprawie art. 39 § 3 prawa upadłościowego. Prawo wstrzymania się ze spełnieniem świadczenia wzajemnego przysługuje według wskazanego przepisu stronie, która ma obowiązek wcześniejszego świadczenia. Zapis ten nie odnosi się do spełnienia świadczeń z tytułu gwarancji.

Pozwana zawiadomiona o wadach wykonanych robót i wezwana do ich bezzwłocznego usunięcia odmówiła wykonania naprawy, co uzasadniało żądanie powoda o zwrot poniesionych kosztów naprawy, dokonanej przez innego przedsiębiorcę.

Trudno także mówić o możliwości odstąpienia przez powoda od umowy z dnia 24 kwietnia 2001 r. skoro umowa ta została przez pozwaną wykonana.

Usunięcie awarii kotła było koniecznością i musiało nastąpić szybko.

Żądanie powoda zostało uwzględnione na podstawie powołanych wyżej

przepisów, o odsetkach orzeczono po myśli art. 481 kc, zaś o kosztach procesu na podstawie art. 98 kpc.

Pozwana złożyła apelację od powyższego wyroku domagając się jego zmiany przez oddalenie powództwa, bądź uchylenia rozstrzygnięcia i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Skarżąca zarzuciła naruszenie prawa materialnego przez błędną wykładnię i niezastosowanie art. 34 § 1 i art. 37 prawa upadłościowego oraz art. 361 § 2 kc przez uznanie dopuszczalności potrącenia przez (...) spółkę z o.o. kaucji gwarancyjnej w stosunku do powoda, znajdującego się w stanie upadłości. Wskazała także na naruszenie art. 637 § 1 i 2 kc przez przyjęcie możliwości usunięcia wad dzieła na koszt przyjmującego zamówienie w sytuacji, gdy uprawnienie takie nie wynika z przepisów kodeksu cywilnego ani z łączącej strony umowy, a także na naruszenie art. 31 § 1 prawa upadłościowego przez pominięcie okoliczności, że do czasu zabezpieczenia lub zaspokojenia przez powoda świadczenia wzajemnego w kwocie wynikającej z umowy, pozwanej służy prawo wstrzymania się ze świadczeniem zobowiązań wynikających z umowy.

Przedstawiła także skarżąca zarzut naruszenia art. 233 § 1 kpc przez wybiórcze odniesienie się do dowodu z opinii biegłego i uznanie za wiarygodne wniosków końcowych tej opinii, choć nie miały one oparcia w treści opinii ani w zgromadzonym materiale dowodowym, podniosła błędną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego przez przyjęcie, że przyczyną uszkodzenia obmurza kotła parowego (...) w Elektrociepłowni (...) był brak dylatacji po lewej i prawej stronie kotła a także niewyjaśnienie wszystkich okoliczności sprawy, w szczególności według jakiego reżimu odpowiedzialności powód dochodził swoich roszczeń od pozwanej.

Skarżąca zgłosiła ponadto wniosek dowodowy o przeprowadzenie przez Sąd Apelacyjny dowodu z opinii biegłego zna okoliczność przyczyn uszkodzenia obmurza kotła.

W ocenie pozwanej ani z treści opinii biegłego H. R. ani z zeznań świadków nie wynikało, że przyczyną uszkodzeń kotła był brak dylatacji po jego lewej i prawej stronie. Roboty wykonane przez pozwaną zostały komisyjnie odebrane a w protokole odbioru nie zgłoszono żadnych zastrzeżeń co do ich jakości. Po ujawnieniu się wady obmurza kotła nie badano faktu istnienia dylatacji i nie stwierdzono przyczyny pęknięcia. Z kolei przy rozbiórce obmurza nie zachowano żadnej dokumentacji (zdjęcia, film) która wskazywałaby na istnienie lub brak dylatacji. Przyczynę uszkodzenia (...) sp. z o.o. ustaliły arbitralnie, obciążając za to pozwaną, będącą na końcu łańcucha podwykonawców.

Wypełnienie dylatacji betonem, zamiast wełną żaroodporną, biegły ocenił jako zachowanie irracjonalne, również z punktu widzenia ekonomicznego.

Brak śladów betonu w przestrzeniach dylatacyjnych potwierdzili także świadkowie: F. H., R. W. i L. P..

Nadto biegły na rozprawie wyjaśnił, że przy braku dylatacji i użyciu betonu awaria teoretycznie powinna wystąpić przy pierwszym bądź drugim włączeniu urządzenia do ruchu. Z zeznań świadków G. G., F. H. i L. P. wynikało, że kocioł w 2002 r. był kilkakrotnie odstawiany a przed rozbiórką obmurza były wykonywane prace naprawcze przez firmę działającą na zlecenie generalnego inwestora. W trakcie wykonywania tego typu prac beton mógł dostać się do przestrzeni dylatacyjnych.

Pozwana w toku postępowania przed Sadem I instancji nie zgłosiła wniosku o dopuszczenie kolejnego dowodu z opinii biegłego gdyż była przeświadczona o tym, że zostało wykazane, iż uszkodzenie obmurza kotła nastąpiło z przyczyn niezależnych od pozwanej. Odmienna ocena dowodów, dokonana przez Sąd Okręgowy, uzasadnia zgłoszenie takiego wniosku w apelacji.

Według skarżącej powód nie wykazał przesłanek odpowiedzialności kontraktowej, wynikających z art. 471 kc, choć był do tego zobowiązany.

Powód nie wykazał niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez pozwaną, gdyż okoliczność niewykonania dylatacji nie potwierdziła się w świetle zgromadzonego materiału dowodowego.

Powód nie sprecyzował jednoznacznie w toku sporu czy podstawą jego roszczeń są przepisy o gwarancji, rękojmi czy też ogólne przepisy odnoszące się do odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązań, wskazując na powołane podstawy i na art. 480 kc. Sąd I instancji arbitralnie zadecydował za powoda, że zgłosił on roszczenie wynikające z gwarancji. Wykonanie zastępcze nie służyło powodowi zarówno w świetle przepisów ogólnych kc, jak i przepisów o gwarancji i rękojmi. Umowa stron przewidywała uprawnienie do powierzenia realizacji przedmiotu umowy innemu wykonawcy na koszt i ryzyko pozwanej jedynie w przypadku odstąpienia od umowy (§ 13 ust. 3 umowy).

W § 6 umowy pozwana udzieliła powodowi gwarancji „jakościowo dobrego wykonania robót”. Zapisy umowy nie dawały podstaw do przyjęcia, że gwarancją objęto także same kształtki ceramiczne, dostarczone przez (...) SA. Pozwana wykazała prawidłowy montaż kształtek.

Wreszcie skarżąca zarzuciła, że powód nie wykonał zobowiązania pieniężnego, wynikającego z umowy (zaległość wynosi około 70% wartości umowy), natomiast po stronie pozwanej leżą zobowiązania wynikające z gwarancji. Zgodnie z art. 39 § 3 prawa upadłościowego pozwanej służy skuteczne prawo wstrzymania się ze świadczeniem zobowiązań wynikających z umowy, z którego skorzystała w piśmie z dnia 10 października 2002 r., skierowanym do powoda. W tej sytuacji pozwana nie pozostaje w zwłoce z wykonaniem zobowiązań wobec powoda.

W zakresie naruszenia art. 37 § 1 prawa upadłościowego i art. 361 § 2 kc skarżąca zwróciła uwagę na niedopuszczalność potrącenia przez (...)

(...) sp. z o.o. kosztów naprawy kotła z kaucją gwarancyjną, złożoną przez powoda.

Wobec bezskuteczności potrącenia powodowi służy wobec (...) roszczenie o zwrot bezprawnie zatrzymanej kaucji. W związku z tym po stronie powoda nie powstała szkoda, której naprawienia domagał się w niniejszym procesie.

Powód wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie od pozwanej zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja pozwanej nie zasługiwała na uwzględnienie.

Nie sposób uznać zasadności zarzutu skarżącej, że Sąd Okręgowy nie wyjaśnił według jakiego reżimu odpowiedzialności powód dochodził swoich roszczeń.

Powód w pozwie co prawda nie wskazał podstawy prawnej swojego żądania, jednak z treści dołączonych do pozwu pism; z dnia 11 października 2002 r. (k.17) i z dnia 15 października 2002 r. (k.19) wynikało ponad wszelką wątpliwość, że domagał się od pozwanej wykonania przez nią obowiązków wynikających z gwarancji, powołując się na § 6 umowy, traktujący o instytucji gwarancji. Pozwana w § 6 pkt 1 umowy z dnia 24 kwietnia 2001 r. udzieliła powodowi gwarancji jakościowo dobrego wykonania robót na okres lat trzech licząc od dnia odbioru końcowego przedsięwzięcia inwestycyjnego. W okresie gwarancji pozwana zobowiązała się do usunięcia wszystkich ujawnionych wad i usterek na własny koszt (§ 6 pkt 2), a do usunięcia usterek powinna przystąpić najpóźniej w ciągu 24 godzin po otrzymaniu zawiadomienia od powoda (§ 6 pkt 4). Gwarancja jest z jednej strony zapewnieniem, że wykonane roboty są dobrej jakości, z drugiej natomiast zobowiązaniem do naprawy ujawnionych w okresie gwarancyjnym wad tych robót.

Odpowiedzialność osoby zobowiązanej z tytułu gwarancji ma zakres bardzo szeroki. W doktrynie przedmiotu odpowiedzialność ta nazywana jest absolutną (Patrz: Cz. Żuławska: Zabezpieczenie jakości świadczenia, Studia Cywilistyczne 1978, t. XXIX, s. 75). Odpowiedzialność z tytułu gwarancji jest wyłączona tylko wtedy, gdy zostanie wykazane, że wady towaru (robót) wynikają z przypadku, winy osoby trzeciej, niewłaściwego użytkowania rzeczy, braku odpowiedniej konserwacji, nieprawidłowego korzystania lub obsługi.

Przyczyny wyłączające odpowiedzialność udzielającego gwarancji muszą występować po stronie uprawnionego z gwarancji lub wynikać z okoliczności niezależnych od zobowiązanego. Ciężar dowodu w powyższym zakresie spoczywa na zobowiązanym z gwarancji, który dla zwolnienia się z odpowiedzialności winien wykazać, że wady robót wystąpiły z przyczyn od niego niezależnych.

Materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie nie pozwalał na ustalenie, że pozwana, zobowiązana z tytułu gwarancji, nie ponosi odpowiedzialności za wady wykonanego przez nią montażu kotła parowego. Należy w tym miejscu podkreślić, że po zawiadomieniu pozwanej o wystąpieniu wad obmurza kotła pismem z dnia 8 października 2002 r. poinformowała ona powoda, że wysłała 10 października 2002 r. do C. swojego pracownika celem zapoznania się z zaistniałą sytuacją (k.14). W rzeczywistości do oględzin kotła pozwana oddelegowała jego bezpośredniego wykonawcę - L. P. (k.16).

W trakcie oględzin kotła w dniu 10 października 2002 r. nie dokonano ustalenia przyczyn uszkodzenia obmurza. Sprawozdanie ze spotkania przedstawicieli osób zainteresowanych ustaleniem tych przyczyn wskazuje jedynie, że „przyczyną uszkodzenia było pęknięcie zamknięcia betonowego i penetracja płynnego żużla w głąb kształtek ceramicznych” (k.16). Obecny przy oględzinach przedstawiciel pozwanej miał możliwość zażądania przeprowadzenia badań obmurza przez biegłych, np. pracowników Instytutu

(...) (...)w G., w celu ustalenia bezpośredniej przyczyny pęknięcia zamknięcia betonowego kotła, a także zabezpieczyć materiał dowodowy przez wykonanie serwisu zdjęciowego lub filmowego, czego jednak nie uczynił.

Dla zwolnienia pozwanej od odpowiedzialności z tytułu gwarancji nie było wystarczające nieustalenie, że usterki obmurza nie są wynikiem złego montażu, jak twierdziła skarżąca w piśmie z dnia 10 października 2002 r. (k.18) lecz wykazanie rzeczywistej przyczyny uszkodzenia kotła, niezależnej od wykonawstwa robót montażowych. W interesie pozwanej leżało jak najszybsze ustalenie przyczyny uszkodzenia, a nie przerzucanie czynności wyjaśniających na powoda i innych uczestników procesu inwestycyjnego. Pozwana jednak poprzestała wyłącznie na przedstawieniu ekspertyzy Instytutu (...) (k.88), która wskazywała na czynniki wpływające na trwałość sklepienia przedniego kotła, jednak nie ustalała konkretnej przyczyny zaistniałego w październiku 2002 r. uszkodzenia.

Twierdzenie pozwanej, zawarte w piśmie procesowym z dnia 6 października 2003 r. (k.179), że jedyną przyczyną uszkodzenia sklepienia kotła mogło być niezachowanie odpowiednich warunków suszenia materiału ceramicznego

przy wprowadzeniu kotła do eksploatacji, nie zostało poparte żadnymi dowodami. Także wątpliwości co do jakości kształtek nie zostały udowodnione.

Można zgodzić się ze skarżącą, że biegły H. R. (1) ani w opinii pisemnej (k.163-167), ani też w ustnej opinii uzupełniającej, złożonej na rozprawie w dniu 27 listopada 2003 r. (k.191-192) nie wskazał w sposób jednoznaczny, że bezpośrednią przyczyną pęknięcia przedniego sklepienia kotła był wadliwy montaż obmurza kotła przez pozwaną. Biegły przyjął w opinii pisemnej, że „jedyną sugestią ujmującą przyczyny uszkodzenia (....) jest stwierdzenie braku dylatacji po lewej i prawej stronie kotła”, przy czym sugestię tę wyprowadził z treści pisma inwestora – (...) z dnia 14 grudnia

2002 r. (k.23, k.191 v.).

Niewątpliwie nie chodziło tu o całkowity brak dylatacji, lecz o wadliwe wypełnienie przestrzeni dylatacyjnych, przez dopuszczenie do dostania się tam zaprawy, za pomocą której łączono kształtki.

Na podstawie protokołu odbioru z dnia 3 lipca 2001 r. (k. 79) i zapisów w dzienniku budowy biegły założył, że dylatacje zostały wykonane.

Świadek G. G. (k.211-211 v.) zeznał, iż w trakcie rozbiórki obmurza okazało się, że po prawej i lewej stronie kotła, w miejscach dylatacji, występowała wełna mineralna i cement, przy czym cementu było ok. 50-60%.

Całkowity brak dylatacji, w ocenie biegłego spowodowałby awarię kotła przy pierwszym bądź drugim włączeniu urządzenia do ruchu, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Biegły nadto stwierdził, że w piśmie inwestora z dnia 12 grudnia 2002 r. w istocie stwierdzono obecność w dylatacji nie betonu, lecz zaprawy użytej do łączenia kształtek. Zauważył także biegły możliwość, że zbyt grube spoiny mogły zmniejszyć przestrzeń dylatacji, co sygnalizował zapis w dzienniku budowy. Mogły wystąpić także inne przyczyny uszkodzenia kotła, wskazane przez biegłego: np. dostanie się betonu do przestrzeni dylatacyjnych podczas samowolnych napraw, których biegły jednak nie stwierdził, zawilgocenie kotła, czy dodatkowy montaż jakichkolwiek urządzeń na kotle, po wykonaniu sklepienia. Żadna z podanych wyżej przyczyn, która spowodowałaby zwolnienie pozwanej od odpowiedzialności z tytułu gwarancji, nie została przez skarżącą wykazana. Nie zastępuje tego wykazania (udowodnienia) powoływanie się na zeznania świadków o kilkakrotnym odstawieniu kotła i wykonywaniu w tym czasie jego drobnych napraw. Pozwana miała możliwość zarówno w październiku 2002 r. jak i w toku postępowania zażądania wglądu do dokumentacji pracy kotła, w której powinny być odnotowane odstawienia i naprawy. Stosownego wniosku dowodowego o przedłożenie przez powoda tej dokumentacji pozwana nie zgłosiła.

Tym samym podzielić należy ocenę Sądu Okręgowego, że skarżąca nie wykazała, że uszkodzenie obmurza kotła nastąpiło z przyczyn niezależnych od pozwanej.

Nie doszło w sprawie do wskazanych przez skarżącą naruszeń praw materialnego. Art. 637 § 1 i § 2 kc odnosi się do uprawnień zamawiającego dzieło z tytułu rękojmi, a ta instytucja nie była źródłem roszczeń powoda, co czyni bezzasadnym zarzut naruszenia tych przepisów. W świetle zapisu § 6 pkt 2 umowy stron powód posiadał roszczenie o wykonanie przez pozwaną naprawy gwarancyjnej. Wobec stanowczej odmowy wykonania naprawy uznać należy, że powód był uprawniony do bezzwłocznego wykonania tej naprawy na koszt strony pozwanej, gdyż kocioł parowy w elektrociepłowni, u progu sezonu grzewczego, winien spełniać swoje funkcje.

Nie nastąpiło naruszenie art. 39 § 1 prawa upadłościowego. Powołany przepis stanowi, że jeżeli umowa wzajemna w czasie ogłoszenia upadłości nie była wykonana ani przez upadłego, ani przez stronę drugą albo była wykonana tylko w części, syndyk może bądź wykonać umowę i żądać od drugiej strony wykonania, bądź od umowy odstąpić. Regulacja ta ma zastosowanie w trzech przypadkach: gdy żadna ze stron nie wykonała swojego zobowiązania, gdy obie strony wykonały częściowo swoje zobowiązania i gdy jedna ze stron nie wykonała w ogóle zobowiązania, druga zaś wykonała je tylko w części.

Żaden ze wskazanych przypadków nie odnosił się do umowy stron, którą pozwana wykonała w całości, gdyż roboty montażowe kotła zostały odebrane, a powód wykonał w części, płacąc część należnego pozwanej wynagrodzenia.

Do zakresu obligatoryjnych obowiązków umownych, które strona umowy powinna wykonać w ramach umowy, nie należą obowiązki z tytułu gwarancji, które mogą w ogóle w przyszłości nie powstać, kiedy w okresie gwarancyjnym nie ujawnią się wady dzieła.

Art. 39 § 3 prawa upadłościowego nie znajduje zastosowania w niniejszej

sprawie, gdyż obowiązkom z tytułu gwarancji, tj. obowiązkom wykonania naprawy dzieła po ich ujawnieniu nie odpowiadają żadne obowiązki wzajemne (świadczenia wzajemne) drugiej strony umowy. Nie doszło także do naruszenia art. 34 § 1 i art. 37 prawa upadłościowego oraz art. 361 § 2 kc.

Należy podzielić pogląd skarżącej, że art. 34 § 1 prawa upadłościowego dopuszcza potrącenie długu upadłego z długiem wierzyciela, jeżeli oba długi istniały w czasie ogłoszenia upadłości, chociażby termin uiszczenia jednego z nich nie nastąpił. Nie ulega wątpliwości, że ogłoszenie upadłości powoda nastąpiło postanowieniem Sądu Rejonowego w Katowicach z dnia 14 maja 2002 r. (k.6) a dług powoda wobec inwestora, wynikający z dokonanej naprawy obmurza kotła parowego, powstał po ogłoszeniu upadłości. Inwestor koszty naprawy kotła w kwocie 53.070 zł przedstawił do potrącenia z kaucjami gwarancyjnymi powoda. Kaucje gwarancyjne strona uiszcza w celu zabezpieczenia kosztów napraw dzieła (robót) w okresie gwarancyjnym. Jeżeli zobowiązany z gwarancji nie wykona naprawy, koszty te odlicza się z uiszczonej kaucji. Cel uiszczenia kaucji polega więc na zabezpieczeniu pokrycia kosztów usunięcia wad dzieła. Trudno w tej sytuacji traktować kaucję jako dług inwestora wobec wykonawcy, w rozumieniu art. 34 § 1 prawa upadłościowego, skoro nie sposób twierdzić, że kaucja winna być zawsze zwrócona. Może być ona zwrócona jedynie wtedy, gdy naprawy w okresie gwarancyjnym zostały przez wykonawcę wykonane.

Wobec powyższego należy uznać dopuszczalność potrącenia kosztów usunięcia wady dzieła z kaucją gwarancyjną uiszczoną przez powoda inwestorowi bądź generalnemu wykonawcy.

Gdyby nawet przyjąć, że z momentem ogłoszenia upadłości powoda dokonanie potrącenia kosztów naprawy z kaucją gwarancyjną nie było dopuszczalne, to oświadczenie inwestora (generalnego wykonawcy) o potrąceniu, złożone w dniu 6 lutego 2003 r. (k.110) winno być traktowane

jako zgłoszenie wierzytelności w kwocie 53.070 zł, które powiększa ogólne zadłużenie upadłego o tę sumę i stanowi w istocie szkodę w rozumieniu art. 361 § 2 kc.

Wniosek dowodowy pozwanej o dopuszczenie w postępowaniu apelacyjnym dowodu z opinii biegłego na okoliczność przyczyn uszkodzenia obmurza kotła Sąd Apelacyjny oddalił, gdyż skarżąca nie wykazała, że dowodu tego nie mogła powołać przed Sądem Okręgowym lub że potrzeba powołania tego dowodu wynikła później. Nie stanowi uzasadnionej przyczyny przeprowadzenia dowodu z kolejnej opinii biegłego dokonana przez Sąd Okręgowy ocena dowodu z opinii biegłego, niekorzystna dla strony skarżącej, gdyż Sąd I instancji jest władny dokonać własnej oceny przeprowadzonego dowodu (art. 382 kpc), która została wyżej zaprezentowana.

W tym stanie rzeczy należało apelację oddalić, w oparciu o art. 385 kpc.

O kosztach postępowania apelacyjnego postanowiono na podstawie art. 98 i 99 kpc.